

Collana delle pubblicazioni di "FA.RI sul lavoro"

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon

A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci



Autonomia collettiva e realtà economica

L'omaggio dei giuslavoristi ad Antonio Vallebona

a cura di

Roberto Pessi e Giampiero Proia



G. Giappichelli Editore

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Diretta da

E. Balletti, A. Bellavista, E. Gragnoli, F. Lunardon, A. Pizzoferrato, G. Proia, R. Santucci

Autonomia collettiva e realtà economica

L'omaggio dei giuslavoristi ad Antonio Vallebona

a cura di

Roberto Pessi e Giampiero Proia



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2025 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0779-1

ISBN/EAN 979-12-211-8020-6 (ebook)

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza Università degli Studi Roma Tre.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
GARILLI ALESSANDRO	
<i>Saluti</i>	IX
PROIA GIAMPIERO	
<i>La "forza" del pensiero di Antonio Vallebona</i>	XIII
PESSI ROBERTO	
<i>Antonio Vallebona: accademia e dottrina</i>	XVII
BALLETTI EMILIO	
<i>L'autonomia collettiva in relazione alle odierne esigenze di ripresa e sviluppo economico e occupazionale</i>	1
BELLAVISTA ALESSANDRO	
<i>Autonomia collettiva e realtà economica. In dialogo con Antonio Vallebona</i>	11
FRANZA GABRIELE	
<i>Antonio Vallebona e l'autonomia privata collettiva (con note minime sulla nuova funzione del contratto collettivo in tema di licenziamento disciplinare)</i>	21
GAROFALO DOMENICO	
<i>Il ruolo delle organizzazioni sindacali nella gestione delle crisi aziendali, anche in funzione della ripresa</i>	33
GRAGNOLI ENRICO	
<i>La teoria volontaristica dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo</i>	49
LUNARDON FIORELLA	
<i>La subordinazione come rimedio alle carenze del legislatore</i>	67

pag.

MAGNANI MARIELLA

Nuovi spunti di riflessione sulla autonomia collettiva 81

MARESCA ARTURO

I rinvii della legge al contratto collettivo: cenni introduttivi alla discussione 85

MARTONE MICHEL

L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale 97

MISCIONE MICHELE

Il minimo retributivo fisso con applicazione della Costituzione 107

PERONE NICOLA VITO

Sindacato e la crisi della democrazia 133

PISANI CARLO

Salario minimo legale: una soluzione semplicistica ad un problema complesso 149

PIZZOFERRATO ALBERTO

Controllo datoriale e dignità della persona: nuove sfide sul versante giuridico 163

POZZAGLIA PIETRO

Contrattazione di prossimità e principio di responsabilità nello stato sociale 171

PROSPERETTI GIULIO

Rappresentatività sindacale e riserva della autonomia collettiva 199

SANDULLI PASQUALE

Autonomia collettiva, welfare aziendale e incentivi fiscali nell'art. 51, comma 2, lett. f.), t.u.ii.rr. 205

SANTONI FRANCESCO

Modelli dispositivi dell'autonomia collettiva e diritti individuali 215

SANTUCCI ROSARIO

Crisi economiche ed esigenze di ripresa e sviluppo: uno sguardo sugli assetti più recenti e sulle prospettive della contrattazione collettiva 223

SIGILLÒ MASSARA GIUSEPPE

Cumulo fra attività lavorative: la novella del decreto trasparenza 233

BATTISTI ANNA MARIA

L'invecchiamento attivo nel sistema normativo "multilivello". Prospettive di sviluppo della contrattazione collettiva 251

CAPONETTI SIMONE

Autonomia collettiva e compenso dei riders 265

CASSAR SABRINA

Spunti ricostruttivi in tema di tutela della salute e della sicurezza dei soggetti che esercitano la prestazione lavorativa a bordo delle navi 285

CATAUDELLA MARIA CRISTINA

Efficacia soggettiva del contratto collettivo e volontà delle parti 325

DE MARINIS NICOLA

Economia digitale e valorizzazione del capitale umano 335

DELLA ROCCA GIADA

La tutela reale per il licenziamento individuale tra riforma e controriforma 341

SITZIA ANDREA

La funzione riabilitativo/rieducativa del lavoro e la questione del riconoscimento delle caratteristiche essenziali del rapporto di lavoro subordinato nel dibattito internazionale 363

TAMBURRO LIVIA

La tutela dell'integrità psichica nella giurisprudenza 377

TOSI PAOLO

C'erano una volta le fattispecie e c'erano una volta gli «indici della subordinazione» ...! 387

SALUTI

Nel portare, quale suo Presidente, il saluto dell'AIDLaSS, che questo convegno ha patrocinato con piena condivisione dell'argomento e dei relatori, desidero rivolgere il mio più affettuoso saluto all'amico Antonio Vallebona, a cui oggi la comunità dei giuslavoristi, presente in gran numero, esprime vicinanza e riconoscenza per il peculiare contributo dei suoi studi alla scienza del diritto del lavoro.

Giurista con solide basi dommatiche e con approfondita conoscenza degli istituti civilisti e processualisti, egli può essere considerato un neopositivista – un suo allievo ne ha definito il metodo quale positivismo teleologico – perché, se da un canto sempre presente è il richiamo alla certezza del diritto e al rifiuto del soggettivismo interpretativo, dall'altro la sua analisi mette al centro la persona, come singolo e quale cellula delle formazioni sociali; e perciò coerentemente il suo pensiero è rivolto ai bisogni e alle aspirazioni della persona a cui il diritto, inteso come dover essere, deve tendere. Dunque, il rigore metodologico non è avulso dall'attenzione verso i valori innervati nella Carta costituzionale, pur se questi non possono autonomamente, al di là del dato normativo, assurgere a regola interpretativa, ma devono trovare concretezza nelle norme. Da qui la sottolineatura della distinzione tra giurista interprete e giurista che partecipa (con il suo contributo di studioso) alla formazione delle leggi e ne critica, quando occorre, il contenuto.

L'impostazione metodologica di Antonio è ben chiara nella sua relazione al congresso dell'AIDLaSS del 1997 che aveva come tema il rapporto tra l'autonomia collettiva e l'occupazione. Anche questo convegno è dedicato all'autonomia collettiva, analizzata sia sotto il profilo classico del rapporto con la legge, sia sotto quello di scottante attualità dei suoi possibili (ed auspicabili) sviluppi in correlazione con le esigenze di ripresa e sviluppo del tessuto economico-produttivo.

La relazione di Antonio prende le mosse dalla critica all'edonismo ca-

pitalistico, ravvisata già nel pensiero di Balzac, che dalla borghesia si è espanso ai ceti popolari e quindi ai lavoratori dipendenti. Ma, è questo il filo conduttore della sua relazione, il benessere consumistico, sostenuto da un diritto del lavoro garantista e redistributivo dei profitti, ha generato nuovi squilibri socio-economici tra i lavoratori, sia al loro interno e tra le aree del Paese, sia nei confronti dei paesi poveri; e, soprattutto, ha mantenuto alto il tasso di disoccupazione. In tale contesto Antonio ritiene che il sistema lavoristico incentrato sulla norma inderogabile e sull'accrescimento delle tutele abbia concorso a determinare l'irrazionale distribuzione delle risorse, poiché non tiene conto della situazione economica complessiva, che richiede flessibilità e differenziazione legale e contrattuale per pervenire ad un'equa distribuzione delle risorse. Va dunque valorizzata l'anima del diritto del lavoro «pubblicistica, macroeconomica e partecipativa», verso cui deve tendere anche l'autonomia collettiva, che deve concorrere a «flessibilizzare e diversificare i modelli protettivi» al fine di sostenere imprese e produttività, e offrire maggiori chances occupazionali. Ma la contrattazione non può assolvere questo compito, neppure quando la legge le affida funzioni deregolatorie, perché imbrigliata nei vincoli di sistema che l'Autore analizza con attenta ricostruzione in chiave privatista, criticando i tentativi di dottrina e giurisprudenza di aggirare l'inattuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost. La conclusione del discorso è che un sistema certo di contrattazione *erga omnes* richiede il compimento del disegno costituzionale, sia pure modificato, ma sempre nel rispetto del principio di maggioranza.

Da quando Antonio ha scritto la relazione nuovi e più insidiosi problemi, di cui si occuperà il presente convegno, hanno travolto il diritto sindacale: i nodi irrisolti, insuperabili senza un intervento eteronomo, riguardano la sfuggente individuazione della rappresentatività, sindacale e delle associazioni imprenditoriali, e la frammentazione delle categorie contrattuali, che si intersecano con la controversa questione dell'introduzione del salario minimo legale. E a causa di questi l'auspicio di un provvedimento legislativo si è fatto sempre più pressante e ampiamente condiviso, come testimoniano le numerose proposte formulate da gruppi parlamentari e da studiosi, che variano da interventi soft di sostegno alle regole stabilite dalle parti sociali a progetti di attuazione degli artt. 39 e 46 Cost. (come la proposta di legge di iniziativa popolare presentata dalla Cgil nel 2016). Ma la questione resta aperta e non mancano resistenze e divisioni tra le stesse organizzazioni sindacali.

Il dibattito che oggi si svolgerà sarà dunque di grande interesse non solo

per il tema in sé, ma anche per l'autorevolezza dei relatori; e pertanto, nel rinnovare il mio più caro saluto ad Antonio, non posso che esprimere vivo compiacimento al Dipartimento di Giurisprudenza e a FA.RI, che hanno promosso ed organizzato questa giornata di studio.

Alessandro Garilli

LA “FORZA” DEL PENSIERO DI ANTONIO VALLEBONA

1. – Do il benvenuto a tutti i presenti, anche a nome del Dipartimento di Giurisprudenza e di FA.RI, che hanno promosso ed organizzato questa giornata di studio.

Una giornata che considero speciale, perché è anche e soprattutto l'occasione per festeggiare e rendere un sentito, quanto doveroso, “*omaggio*” al Prof. Antonio Vallebona.

Preparando l'iniziativa con il Prof. Pessi, ci siamo permessi – spero che l'età ce lo consenta – di riferire questo “*omaggio*” all'intera comunità dei giuslavoristi, pensando di interpretare così un *idem sentire* collettivo.

Una interpretazione, la nostra, che mi sembra sia stata ampiamente confermata dalla straordinaria partecipazione di oggi. Devo, quindi, ringraziare tutti coloro che non hanno voluto mancare a questa occasione di festa, sfidando anche il periodo non fortunato in cui, per vari condizionamenti, si svolge (tra l'afa di questi giorni e i contagi da Covid che sono tornati ad incombere).

Una partecipazione non solo di amici, ma di una comunità che si sente tale, non solo cioè dei colleghi più vicini delle università romane, ma dell'intera accademia italiana.

Una partecipazione che possiamo ben dire è anche intergenerazionale, a conferma proprio dell'identità comunitaria. Ci sono oggi qui tanti autorevoli Maestri che, credo di poter dire, sono stati importanti punti di riferimento anche per Antonio. Altri non hanno potuto essere presenti per impedimenti insuperabili, ma hanno tenuto a fare presente la loro affettuosa vicinanza.

Ovviamente, la partecipazione di cui dicevo raccoglie anche i colleghi della sua stessa generazione (con i quali ha condiviso percorsi di vita, non solo universitaria e professionale) e i più giovani, a cominciare, in prima fila, dai suoi Allievi. Ma non solo, unisce, direi, tutti coloro che, anche se con pochi anni di differenza di età (come nel mio caso), hanno avuto la fortuna di averlo come “*faro*”.

2. – E sì, perché Antonio Vallebona è un “faro”.

Credo che tutti siano d'accordo nel dire che Antonio è un impareggiabile dominatore della tecnica giuridica. Ma non è solo questo. In epoca di pensiero debole, il suo è un pensiero “forte”, che legge ed interpreta i fatti nella loro dimensione globale ed epocale. E così il suo pensiero è in grado di illuminare non solo ciò che è vicino, e sotto gli occhi di tutti, ma anche a distanze ove altri non arrivano.

3. – Con gli amici di FA.RI., non è stato semplice individuare il tema di questo incontro, volendolo scegliere tra i tanti sui quali Antonio ha scritto pagine importanti.

L'idea dell'autonomia collettiva è stata proposta da Enrico Gagnoli, e condivisa dagli altri amici del nostro gruppo di ricerca, perché abbiamo pensato alla relazione svolta al Congresso AIDLaSS tenutosi a Milano nel 1997, che tutti ricorderanno.

Mi guardo bene dall'entrare nel vivo della discussione che seguirà.

Sono tanti coloro che lo faranno, e spero che ci sarà tempo anche per il dibattito, perché sono qui presenti altrettanti colleghi ed amici che hanno pari titoli per intervenire, sia per competenze che per pari vincoli di affetto con il nostro onorato.

4. – Per questo, mi limito a fare una sola osservazione.

Anche a rileggerla oggi, quella relazione mostra emblematicamente come il rigoroso metodo giuridico, anche applicato alla soluzione di problemi molto specifici, come quelli dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, sia sempre combinato, negli scritti di Antonio, ad una visione chiara di come i problemi tecnici della materia si iscrivano nella trama complessiva dell'intera evoluzione della società.

Ed è qui che ritorniamo al pensiero “forte” che attraversa la produzione di Antonio. Una visione globale della traiettoria esistenziale dell'uomo, e dei rapporti tra la società e diritto.

Penso alla critica di quelli che lui definisce i due contrapposti materialismi dell'ideologia marxista e dell'ideologia consumistica.

Penso alla critica delle degenerazioni della fase incrementale del diritto del lavoro, causa di ingiusti squilibri di tutela dentro i confini nazionali e, soprattutto, tra la società dell'opulenza e i paesi poveri.

Penso, ancora, alla critica della estensione generalizzata della norma inderogabile, che non è in grado di funzionare perché la norma nazionale non “copre l'intero mercato” globalizzato.

Penso alla sua predizione circa il carattere strutturale dei cambiamenti delle tutele giuslavoristiche che nell'ultima parte del Novecento hanno iniziato a manifestarsi.

5. – Qualche spunto?

Nel 1997, Antonio già aveva avvertito che il diritto del lavoro chiamato dall'emergenza è in realtà *"una componente stabile della materia"*, perché le tutele non possono essere considerate *"variabili indipendenti"* dai *"problemi di computibilità economica"*.

Così come avvertiva che il diritto del lavoro ha sì *"uno spirito"*, ma anche *"due anime"*, perché vi è una nuova anima, che si aggiunge a quella tradizionale, ossia l'*"anima pubblicistica, macroeconomica e partecipativa"*. Ma rimane unitario lo *"spirito"* della materia, che resta quello della *"tutela della persona del lavoratore, dentro e fuori il rapporto"*.

6. – Da qui la forza del pensiero di Antonio, che sta nel puntare l'indice contro i problemi, senza mezzi termini. Per tutti, basta ricordare il suo invito al giurista, animato da forte impegno etico e civico, di condannare e contrastare la barbarie dell'incertezza del diritto, che *"non crea ordine, ma crea disordine"*.

7. – Ed allora, grazie Antonio. La fortuna per noi è che professori come te non scendono mai dalla cattedra, e così possiamo continuare ad averti come punto di riferimento oggi come ieri, e domani come oggi.

8. – A questo punto, non mi resta che dire *"E che la festa cominci!"*, perché questa è una giornata nella quale la discussione scientifica si mescola con un'occasione che è, e vuole essere, di festa.

Giampiero Proia

ANTONIO VALLEBONA: ACCADEMIA E DOTTRINA

1. – L'occasione che oggi ci riunisce mira ad onorare Antonio Vallebona, e, nel fare ciò, valutare lo «stato dell'arte» di un profilo della nostra materia, quello dell'interazione tra autonomia collettiva e realtà economica che Antonio stesso ha studiato, con spunti ricostruttivi sempre originali e, sia consentito dirlo, pregevolmente eterodossi.

Nel presiedere i lavori ritengo opportuno offrire un sintetico profilo della brillante ed articolata carriera personale ed accademica di Antonio Vallebona, pur nella consapevolezza che sia veramente difficile concentrare, nel poco tempo a mia disposizione, il contenuto e la portata dei relevantissimi contributi scientifici offerti nel corso degli anni dal mio carissimo amico e collega.

Quanto al primo profilo, quello biografico, ricordo che l'Onorato ha conseguito le lauree in Scienze politiche e Giurisprudenza, rispettivamente nel 1973 e nel 1975, con il massimo dei voti e la lode accademica, ricoprendo il ruolo di ricercatore confermato presso la cattedra di Diritto del lavoro della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma La Sapienza dal 1974 e di professore incaricato di Diritto del lavoro comparato presso la Scuola di specializzazione in Diritto del lavoro dell'Università degli Abruzzi sede di Teramo dal 1979.

È stato, quindi, professore associato di Diritto del lavoro nella Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Perugia nel 1989, per poi acquisire l'ordinariato nella medesima materia, venendo chiamato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trieste dal 1990, nella quale ha anche svolto l'incarico di direttore della Scuola di specializzazione in Diritto del lavoro e dalla quale si è trasferito per ricoprire la cattedra di Diritto del Lavoro presso la Facoltà (poi Dipartimento) di Giurisprudenza dell'Università di Roma "Tor Vergata".

Insieme alla carriera accademica Antonio Vallebona ha coltivato una ricca attività professionale ed istituzionale, essendo titolare di un prestigioso studio legale in Roma ed avendo ricoperto gli incarichi di componente della Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenzia-

li e di presidente del Collegio arbitrale di disciplina dell'INPS.

2. – L'Onorato è autore di numerose pubblicazioni, che coprono i più vari ambiti della nostra materia. Premettendo ai richiami monografici un doveroso riferimento alle Sue "Istituzioni di diritto del lavoro" (la cui prima edizione risale al 1998, per poi essere costantemente aggiornato su base annuale), ricordo che la Sua prima monografia, del 1982, si concentra sul "Contratto collettivo di lavoro nei paesi della Comunità Europea", affrontando una tematica comparatistica in un'epoca in cui gli interventi di armonizzazione in materia contrattuale erano effettivamente in una fase meramente embrionale. L'attenzione dell'Onorato si sposta poi su tematiche eminentemente lavoristiche, con le monografie del 1984 sul "Trattamento di fine rapporto di lavoro" e del 1990 sulla "Nuova disciplina dei licenziamenti individuali" introdotta nello stesso anno dalla legge n. 108 e su quelle inerenti il diritto processuale del lavoro, con le monografie del 1988 su "L'onere della prova nel diritto del lavoro", del 1995 sulle "Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore" e del 2006 su "Allegazioni e prove nel processo del lavoro". Gli studi di Antonio Vallebona hanno sempre tenuto conto dello stato dell'arte degli istituti lavoristici, con i suoi contributi monografici, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2011, sul "Nuovo lavoro a termine" e sulla riforma Biagi, oggetto del d.lgs. n. 276/2003, con "La riforma dei lavori" del 2004. L'Onorato ha poi offerto la sua esperienza in qualità di membro della Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali nella monografia del 2007 sulle "Regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali" e ha combinato la riflessione giuridica a quella teologica, tenendo in considerazione la rilevanza della dottrina sociale della Chiesa nella nostra materia, con la più recente monografia del 2011 "Lavoro e spirito".

3. – L'interazione tra diritto sindacale e del lavoro ed economia è sovente oggetto delle riflessioni di Antonio Vallebona, soprattutto nel corso gravi crisi globali che hanno avuto pesanti effetti anche sull'ordinamento nazionale.

In merito mi permetto di ricordare, in particolare due saggi.

Con il primo "Conflitto collettivo e crisi economica, in AA.VV., *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, del 2015, l'Onorato rileva come la crisi economica abbia reso scarsamente efficaci gli scioperi a fini economici, che, peraltro, occorrerebbero solo nelle poche imprese "che guadagnano in maniera costante, mentre il debito pubblico ormai troppo elevato non renda possibili degli interventi statali efficaci". Nella riflessione di

Vallebona, da me peraltro condivisa, emerge la centralità di “norme che coprano l'intero mercato globale” che “potrebbero migliorare la situazione economica”, permettendo di evitare forme di *dumping* sociale, particolarmente perniciose per gli ordinamenti caratterizzati da elevati livelli di protezione, quale quello italiano.

Con il secondo, pubblicato nel 2021 sul Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, dall'evocativo titolo “Economia disastrosa e diritto del lavoro”, l'Onorato prende atto che “i c.d. contratti collettivi di prossimità possono derogare norme di legge o di contratti collettivi nazionali (art. 8, d.l. n. 138/2011 conv. legge n. 148/2011), mentre questa facoltà è ancora preclusa al singolo lavoratore, anche nel caso in cui viene assistito”, rilevando sul punto che “i sindacati sono stati costituiti per ristabilire una tendenziale parità tra le parti della contrattazione in sostituzione della debolezza del singolo lavoratore. Ma dopo più di un secolo la situazione è molto cambiata, perché non tutti ma molti lavoratori, adeguatamente assistiti, non vogliono più essere legati al sindacato, ma vogliono trattare singolarmente con il datore di lavoro per essere assunti e per concordare le clausole del contratto individuale”. Sempre in tale ottica lo stesso Vallebona auspica l'introduzione di una legge ordinaria di attuazione dell'art. 46 Cost. che dovrebbe prevedere “una commissione eletta dai lavoratori nelle aziende di più di 50 dipendenti; l'obbligo dell'azienda di informare preventivamente la commissione per tutte le scelte economiche, produttive, organizzative; il parere della commissione su queste scelte; la riunione tra l'azienda e la commissione in cui verranno esaminate le scelte e il parere; se la riunione ha esito positivo vuol dire che è stata ben attuata la cogestione e il verbale della riunione può derogare qualsiasi norma di legge o di contratto collettivo; in caso di esito negativo l'azienda può eseguire le sue scelte e i lavoratori, anche mediante i loro sindacati, possono esercitare il diritto di sciopero”.

4. – Nel concludere questo intervento introduttivo, mi permetto di superare le, pur relevantissime, note biografiche e scientifiche, per offrire un attestato di affetto e stima per Antonio Vallebona, che, con le Sue doti di efficacia, lucidità e sintesi, rappresenta un punto di riferimento nella comunità scientifica del Diritto del Lavoro e del quale mi sento onorato ad essere, non solo collega, ma, soprattutto, carissimo amico.

Roberto Pessi

L'AUTONOMIA COLLETTIVA IN RELAZIONE ALLE ODIERNE ESIGENZE DI RIPRESA E SVILUPPO ECONOMICO E OCCUPAZIONALE

Emilio Balletti *

1. Peculiarità ed evoluzione dell'azione dell'autonomia collettiva in materia occupazionale

A distanza oramai di venticinque anni permangono in larga parte aperti i nodi problematici in ordine all'efficacia ed ai limiti dell'azione collettiva evidenziati lucidamente da Antonio Vallebona nella sua bella relazione su autonomia collettiva e occupazione alle giornate Aidlass del maggio 1997, segnatamente con riguardo ad una contrattazione collettiva che “al fine di favorire l'occupazione” è chiamata ad assolvere al *«difficile compito di flessibilizzazione e riduzione delle tutele e di distribuzione di sacrifici»*¹.

È evidente che l'autonomia collettiva venga in tal senso ad operare in relazione alla materia occupazione, non già secondo i più tradizionali contratti collettivi di natura “acquisitiva”, ma piuttosto mediante *«accordi triangolari di concertazione sociale, contratti ablativi e gestionali»*, in quanto *«gli stessi sindacati dei lavoratori possono ritenere conveniente non solo concertare con il governo un generale contenimento delle tutele per il conseguimento di obiettivi macroeconomici funzionali ad una crescita dell'occupazione, ma anche flessibilizzare e diversificare i modelli protettivi per rendere legittimamente fruibili occasioni di lavoro particolari e per consentire la creazione e la*

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

¹ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, Relazione in AA.VV., *Autonomia collettiva e occupazione, Atti del XII Congresso Nazionale di diritto del lavoro AIDLASS*, Milano 23-25 maggio 1997, Giuffrè, Milano, 1998, p. 79.

sopravvivenza di imprese altrimenti fuori mercato»². Con le risapute relative questioni che ne conseguono, anche alla luce della persistente mancata attuazione dell'art. 39 Cost., seconda parte, in tema di controversa efficacia soggettiva della contrattazione collettiva (*stricto iure* “non *erga omnes*”), di consenso, possibile rifiuto o di dissenso delle parti individuali rispetto al contratto collettivo, di rappresentatività e comunque di legittimazione a trattare delle parti collettive nei confronti delle parti individuali, peraltro anche in riferimento a lavoratori e datori di lavoro non iscritti.

È noto che a tali interrogativi non sia stata data risposta, ad oggi, se non in forma parziale e comunque non esaustiva: né dalle parti sociali in sede di molteplici successive intese collettive e soluzioni in genere prefigurate negli anni in ordine alle varie questioni³; né a livello legislativo, al di là della comunque ricorrente devoluzione all'autonomia collettiva di prerogative di completamento, integrazione e anche di possibile deroga delle stesse norme di legge (spec., in riferimento limitato a determinate finalità, quali, tra le altre, la “maggiore occupazione”, la “gestione delle crisi aziendali e occupazionali” e gli investimenti e l'avvio di nuove attività: v. art. 8, d.l. n. 138/2011, modificato dalla legge di conversione n. 148/2011). Ciò, tuttavia, nei comunque ristretti ambiti consentiti dal disposto dell'art. 39 Cost., seconda parte, e in ogni caso con il filtro della coeva delimitazione alle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nonché alle r.s.u. e alle r.s.a. (art. 51, d.lgs. n. 81/2015).

Non senza che i medesimi interrogativi in tema di efficacia dell'azione dell'autonomia collettiva vengano ad assumere ancora maggiore rilievo negli odierni tempi di crisi e di relativa diffusa contrattazione collettiva di natura gestionale e di frequente anche “al ribasso”, di tassi di adesione sindacale obiettivamente bassi e in continua decrescita, di fenomeni di disgregazione e comunque di divisione della rappresentanza sindacale, peraltro anche in riferimento allo stesso associazionismo datoriale, con relativo moltiplicarsi di contratti collettivi alternativi rispetto a quelli a firma delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ed anche di accordi collettivi “pirata”.

Anche perché in relazione all'odierna prospettiva di (auspicata) uscita

² Così A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 92 s.

³ Cfr., tra gli altri, l'accordo quadro per la riforma degli assetti contrattuali 22 gennaio 2009, l'accordo interconfederale 28 giugno 2011, l'accordo sulla produttività 21 novembre 2012, il testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014, l'accordo interconfederale “patto per la fabbrica” 9 marzo 2018.

definitiva dalla vicenda pandemica “Covid-19”, nel momento in cui l'autonomia collettiva è chiamata ad assolvere a generali finalità occupazionali e comunque ad operare anche in funzione della ripresa e dello sviluppo del sistema economico, si rivela tanto più necessario che *«la valutazione sull'opportunità, misura e distribuzione dei sacrifici utili per favorire l'occupazione sia effettuata dalle parti sociali, non solo per intuibili necessità di consenso, ma anche per assicurare l'esigenza di elasticità e adattamento della disciplina alle situazioni concrete»*⁴.

2. Il ruolo delle associazioni sindacali al cospetto della normativa emergenziale “Covid-19”

Al cospetto dell'emergenza pandemica Covid-19 è da subito risultata rilevante una tale azione dell'autonomia collettiva in funzione della possibile acquisizione di consenso e comunque di mediazione in relazione ai reiterati provvedimenti normativi di carattere appunto emergenziale susseguitisi a partire dal marzo 2020, peraltro anche in forma di decreti del presidente del Consiglio dei ministri⁵, al fine primario della tutela di fondamentali diritti e interessi di rango costituzionale, quali anzitutto il diritto alla salute e alla stessa sicurezza del lavoro (in ordine al rischio di contagio, nonché ai relativi divieti stabiliti per assicurare il necessario distanziamento sociale)⁶. Provvedimenti normativi, tuttavia, proprio in tal senso, specie nella fase più acuta dell'emergenza pandemica (c.d. *lock down*), sospensivi o comunque variamente limitativi delle attività lavorative e produttive (come del resto limitativi, prima ancora, di molteplici diritti primari inerenti alla vita personale e sociale, sempre in virtù dei divieti e vincoli imposti per il necessario distanziamento sociale), ma, al contempo, segnatamente funzionali a preservare l'occupazione e la mancanza di reddito da lavoro.

Una finalità occupazionale e di tutela del reddito da lavoro viene chiaramente a manifestarsi, oltre che in forma di garanzia e comunque di promo-

⁴ Ancora A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 92, senza che sia da rimarcare la persistente attualità di tali valutazioni in riferimento all'odierno contesto.

⁵ Cfr. d.p.c.m. 22 marzo 2020 e già d.p.c.m. 11 marzo 2020, nonché provvedimenti successivi.

⁶ Cfr. d.l. n. 3/2020, convertito in legge n. 13/2020, d.l. n. 6/2020, convertito in legge n. 13/2020, d.l. n. 18/2020, convertito in legge n. 27/2020, d.l. n. 19/2020, convertito in legge n. 35/2020 e norme collegate successive.

zione della possibile prosecuzione dello svolgimento delle attività lavorative in condizioni di sicurezza pur a fronte delle cennate restrizioni generali “Covid-19” (spec., in modalità “a distanza” e/o di c.d. lavoro agile⁷), in virtù della statuizione del c.d. blocco dei licenziamenti economici *ex d.l.* 17 marzo 2020, n. 18 (conv. con modif. dalla legge n. 27/2020), nonché della corrispondente estensione generalizzata del campo di applicazione e comunque dell’incremento della portata dell’intervento delle integrazioni salariali, in ragione della previsione *ex novo* dell’apposito regime speciale di cassa integrazione guadagni (cig) c.d. “Covid-19”⁸.

Il blocco dei licenziamenti economici è evidentemente valso a “conservazione dell’occupazione” anche al cospetto della sospensione o contrazione delle attività lavorative, e comunque anche in relazione a condizioni legittimanti *stricto iure* il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o il licenziamento collettivo. Mentre il trattamento di integrazione salariale è rilevato a garanzia del reddito da lavoro, pur in difetto di svolgimento delle attività lavorative, e comunque in riferimento a rapporti di lavoro “improduttivi” che tuttavia è stato impedito ai datori di lavoro di poter risolvere in forza del medesimo blocco dei licenziamenti economici.

Rispetto a tali misure di natura occupazionale –rimaste notoriamente in vigore, in virtù di reiterate proroghe della normativa emergenziale “Covid-19” fino al 30 giugno 2021 o al 31 ottobre 2021, a seconda dei casi⁹ – è tuttavia risultato marginale il ruolo esplicabile dall’autonomia collettiva.

L’estensione di ambito e portata di applicazione delle integrazioni salariali, ai sensi della normativa emergenziale “Covid-19”, pur importando in teoria un corrispondente ampliamento delle occasioni e del raggio di azione delle organizzazioni sindacali, segnatamente in sede di iter procedurale di concessione della cig, non ha infatti avuto un’effettiva ricaduta nella realtà, stante l’essenziale “automaticità” della stessa concessione del tratta-

⁷Cfr.: artt. 26, 39, 87 e 87-*bis*, d.l. n. 18/2020, conv. in legge n. 27/2020; art. 90, d.l. n. 34/2020, conv. in legge n. 77/2020; art. 26, d.l. n. 104/2020, convertito in legge n. 126/2020.

⁸Cfr.: artt. 19-22, d.l. n. 18/2020; artt. 68-71, d.l. n. 34/2020; artt. 1-3, d.l. n. 104/2020 *citt.*, nonché disposizioni collegate e successive. Per la giurisprudenza sulla legislazione d’emergenza Covid-19, cfr. M. MISCIONE, *La giurisprudenza sulla legislazione Covid*, in questa *Rivista*, 2022, 1, p. 91.

⁹Ciò, invero, in relazione all’applicazione o meno, in riferimento ai singoli datori di lavoro, della normativa sulla cassa integrazione guadagni. Cfr. art. 8, commi 9 e 10, d.l. n. 41/2021, convertito nella legge n. 69/2021, nonché art. 40, commi 2 e 3, d.l. n. 73/2021, convertito nella legge n. 106/2021.

mento cig “Covid-19”, pur in difetto di una causale (nemmeno da allegare alla domanda di cig) e comunque anche nel caso di opposizione o comunque di mancato accordo con le parti sindacali (art. 19, comma 2, d.l. n. 18/2020)¹⁰.

Mentre, invece, in merito al c.d. blocco dei licenziamenti economici, un precipuo spazio di azione è riconosciuto all'autonomia collettiva solo in tema di c.d. contratti collettivi aziendali di incentivo all'esodo, in deroga allo stesso blocco dei licenziamenti, *ex* art. 14, comma 3, d.l. n. 104/2020.

Fermo restando che, al cospetto dell'esigenza primaria di contrastare la diffusione della pandemia, l'autonomia collettiva è di fatto privata di una prerogativa di effettiva incidenza, almeno fino a quando a prevalere è, ai sensi della normativa emergenziale “Covid-19”, una connotazione solo “difensiva” e meramente “assistenziale” degli strumenti messi in campo a tutela dell'occupazione e del reddito, ad operatività si ripete pressoché generalizzata e incondizionata.

3. Azione e potenzialità dell'autonomia collettiva in uscita dall'emergenza pandemica per la ripresa e lo sviluppo dell'occupazione

Sensibile è il mutamento di prospettiva che si delinea con il graduale miglioramento della situazione sanitaria e comunque con la fine del c.d. *lockdown*, quando a rilevare è piuttosto anche la dichiarata esigenza di promuovere l'uscita dalla fase emergenziale e quindi il rilancio dell'economia nazionale, incentivando e favorendo la ripresa delle attività produttive e del lavoro.

Tali obiettivi appaiono infatti realisticamente perseguibili, non più mediante interventi di natura meramente difensiva, bensì, invece, in virtù di misure funzionali al rilancio delle attività produttive e strumenti “attivi” di politica occupazionale: nei termini che in particolare sono andati delineandosi con il c.d. d.l. “sostegni” n. 41/2021 (convertito, con modiff. dalla legge n. 69/2021), il c.d. d.l. “sostegni *bis*” 25 maggio 2021, n. 73 (convertito,

¹⁰ Cfr. E. BALLETTI, *Cassa integrazione guadagni e licenziamenti economici in uscita dalla pandemia*, in E. BALLETTI (a cura di), *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 89, nonché, conf., G. CANAVESI, *La specialità degli ammortizzatori sociali “emergenza Covid-19”: intervento emergenziale o nuovo modello di tutela*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 755 e R. DEL PUNTA, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi del Covid-19*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 257.

con modiff. dalla legge n. 125/2021), il c.d. d.l. “fiscale” 21 ottobre 2021, n. 146 (convertito, con modiff. dalla legge n. 215/2021) e disposizioni collegate e successive.

E tanto, peraltro, mentre si tratta anche di doversi coordinare con la da tempo annunciata e da ultimo almeno in parte realizzata riforma degli ammortizzatori sociali (cfr. c.d. legge di “bilancio 2022” n. 234/2021), nel senso sì di un ampliamento di ambito di operatività e portata dell'intervento di *welfare*, ma, al contempo, anche nel senso di un'innegabile valorizzazione della funzione occupazionale attiva degli ammortizzatori sociali e delle politiche del lavoro in generale¹¹. Così come appare da convenire alla luce della ristabilita limitazione dell'intervento delle integrazioni salariali alla ricorrenza di precipue causali già indicate *ex art.* 11, d.lgs. n. 148/2015 (con relativo venir meno dell'essenzialmente “automatica” erogazione “a pioggia” e senza condizioni dei trattamenti di *welfare* ai sensi della normativa “Covid-19”), del condizionamento del possibile prolungamento del periodo massimo di concessione delle integrazioni salariali solo a fronte di precipue finalità-obiettivi occupazionali da definirsi mediante accordo con le parti sindacali (c.d. accordi di transizione occupazionale *ex art.* 22-*ter*, d.lgs. n. 148/2015, inserito dall'art. 1, comma 200, legge n. 234/2021), nonché anche del parimenti ripristinato meccanismo a scalare in via progressiva del contributo addizionale, in relazione alla durata della cig, *ex art.* 5, d.lgs. n. 148/2015, come modificato dall'art. 1, comma 195, legge n. 234/2021¹².

È evidente che risulti rivalutato il ruolo che in questo senso l'autonomia collettiva è deputata a svolgere.

Ciò, in primo luogo, in forma di possibile condivisione o comunque di mediazione del consenso rispetto alla definizione delle stesse politiche occupazionali funzionali all'auspicata ripresa e sviluppo del sistema economico e occupazionale, peraltro anche in relazione al corrispondente necessario possibile ridimensionamento o flessibilizzazione dei trattamenti giu-slavoristici ad esse sottesi.

E con l'autonomia collettiva che viene d'altro canto a disporre di precipue potenzialità operative anche sul piano applicativo e di svolgimento delle medesime politiche occupazionali e delle relative misure di *welfare*.

¹¹ Cfr. in tal senso già il documento 22 febbraio 2021 della Commissione costituita del Ministro del lavoro e delle politiche sociali N. CATALFO, *Linee di indirizzo e proposte di intervento per la riforma universalistica degli ammortizzatori sociali*, p. 8 ss.

¹² Cfr. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 1/2022.

Anzitutto in ragione del rimarcato ripristinato condizionamento funzionale in sé in chiave occupazionale dei trattamenti di *welfare* alla ricorrenza di determinate causali, che importa un innegabile spazio di possibile incidenza ad opera delle parti collettive, alla luce delle prerogative di informazione e consultazione loro attribuite *ex lege* in sede di iter procedurale di concessione dei medesimi trattamenti di protezione; nonché vieppiù nel momento in cui la previa stipulazione di un accordo collettivo è prevista quale condizione del possibile accesso a determinate misure di tutela.

4. Gli accordi di transizione occupazionale. Il contratto di espansione

Un condizionamento dell'erogazione dei trattamenti di *welfare* alla sottoscrizione di un'apposita intesa collettiva si ha, in specie, nel caso dei già menzionati c.d. accordi di transizione occupazionale, *ex art. 22-ter*, d.lgs. n. 148/2015, inserito dall'art. 1, comma 200, legge n. 234/2021.

Ad un'intesa di tal fatta è infatti riportato il possibile prolungamento di dodici mesi del periodo massimo di erogazione del trattamento straordinario di integrazione salariale per crisi o riorganizzazione aziendale. Ma ciò comunque solo in relazione al perseguimento di precipue finalità-obiettivi occupazionali che appunto si prevede che siano da stabilirsi in sede di accordo di transizione occupazionale, in forma, in particolare, di appositi interventi di recupero di lavoratori in esubero anche con l'utilizzo di politiche attive di formazione e riqualificazione dirette alla loro rioccupazione mediante le misure del programma denominato "Garanzia di occupabilità dei lavoratori" (c.d. programma GOL), *ex art. 1, comma 324*, legge n. 178/2020, e tramite i Fondi paritetici interprofessionali, in tal senso significativamente valorizzati, pure con il possibile cofinanziamento delle regioni.

Il tutto anche con il rilevare di possibili incentivi in favore dell'impresa che provveda all'assunzione di un lavoratore in esubero, nella misura del cinquanta per cento del trattamento di integrazione salariale autorizzato e non goduto dal lavoratore, sebbene con la in sé significativa previsione della revoca e dell'eventuale recupero del beneficio già fruito nel caso di licenziamento nei sei mesi successivi del lavoratore assunto oppure anche di un altro lavoratore addetto alla medesima unità produttiva con lo stesso livello e categoria legale di inquadramento¹³. Ove un tale condizionamento dell'incentivo ad un effettivo saldo positivo degli occupati nell'unità pro-

¹³ Cfr. ancora Circolare Ministero del lavoro n. 1/2022, cit.

duttiva in relazione al livello e categoria legale di inquadramento vale ad evidente conferma ulteriore della natura occupazionale attiva della misura d'intervento.

Un analogo condizionamento dell'erogazione di trattamenti di *welfare* di natura occupazionale alla previa sottoscrizione di un'apposita intesa collettiva si ha anche per il c.d. contratto di espansione, già introdotto *ex art.* 41, d.lgs. n. 148/2015.

Contratto di espansione che, infatti, nella sua versione originaria, *ex art.* 41 cit. è stato prefigurato al fine di incentivare il reclutamento delle nuove figure professionali necessarie in relazione a processi di reindustrializzazione e riorganizzazione delle imprese “con un organico superiore a 1.000 unità lavorative”, in particolare prevedendosi, mediante la sua stipulazione, la possibile riduzione o sospensione dell'orario di lavoro per le qualifiche professionali in esubero, con intervento della cig straordinaria fino a diciotto mesi complessivi anche non continuativi, pure con possibile accompagnamento “volontario” alla pensione di vecchiaia per i lavoratori cui manchino non più di sessanta mesi al conseguimento del relativo diritto al pensionamento *ex commi* 5, 5-*bis* e 6, art. 41 cit. Ma con il cennato limite di organico che, già abbassato a “500” e “250” unità lavorative *ex art.* 1, comma 349, lett. b, legge n. 178/2020, è stato poi ridotto a “100 unità” per l'anno 2021 in via sperimentale, *ex art.* 39, d.l. n. 73/2021, nonché per gli anni 2022 e 2023, sempre in via sperimentale, a 50 unità, che si precisa pure essere da calcolarsi “complessivamente nelle ipotesi di aggregazione stabile di imprese con un'unica finalità produttiva e di servizi” (art. 1, comma 215, lett. b, legge n. 234/2021). Ove a risultare è evidentemente un ampliamento anche in questo senso di potenzialità e ambito d'intervento delle associazioni sindacali in merito alla gestione e al concreto operare dei trattamenti di sostegno all'occupazione.

5. Prospettive di influenza dell'autonomia collettiva in materia occupazionale

Appare pertanto da convenire riguardo l'innegabile rilievo dell'azione che l'autonomia collettiva è oggi chiamata ad esplicare in relazione alle auspiccate prospettive di ripresa e sviluppo del sistema economico e segnatamente in materia occupazionale in uscita dall'emergenza “Covid-19”: oltre che in forma di condivisione e comunque di acquisizione del consenso in relazione alle risorse e alle misure normative messe in campo al riguardo,

nel senso di una loro attuazione e gestione proficue e realmente rispondenti al loro fine occupazionale.

Fine occupazionale il cui perseguimento, infatti, l'autonomia collettiva è in condizione di presidiare e verificare in ordine ai vari trattamenti di tutela, alla luce degli spazi d'intervento riconosciutigli in forma di diritti e prerogative di informazione, consultazione e confronto nell'ambito degli *iter* procedurali di loro concessione e, di più, almeno in alcuni casi, anche in virtù del segnatamente stabilito condizionamento dell'erogazione delle provvidenze ad un necessario accordo collettivo con le rappresentanze sindacali, che vale a rendere obiettivamente determinante il ruolo della medesima autonomia collettiva.

Permane naturalmente da verificare se, ed in che misura, l'autonomia collettiva effettivamente sarà in grado di contribuire positivamente in relazione alle auspiccate esigenze di ripresa e sviluppo del sistema economico e dell'occupazione.

Ciò, peraltro, anche al cospetto dei rilevati ad oggi non superati limiti di possibile controversa efficacia soggettiva e comunque di possibile dissenso o rifiuto della contrattazione collettiva da parte dei singoli, come pure di controversa rappresentatività delle stesse parti collettive. Limiti che comunque potrebbero eccepirsi in relazione ad un'attività dell'autonomia collettiva, se non "al ribasso", di flessibilizzazione (anche in via solo temporanea) della normativa giuslavoristica: quale appunto l'azione che le organizzazioni sindacali si è rilevato ritrovarsi inevitabilmente il più delle volte a svolgere nell'attuale contesto, in relazione al medesimo fine primario della ripresa e dello sviluppo economico e occupazionale oggi da perseguirsi in uscita dall'emergenza "Covid-19".

AUTONOMIA COLLETTIVA E REALTÀ ECONOMICA. IN DIALOGO CON ANTONIO VALLEBONA

*Alessandro Bellavista **

1. Diritto del lavoro e diritto al lavoro nella società opulenta

È sicuramente superfluo osservare che Antonio Vallebona ha fornito importanti contributi al dibattito scientifico in materia di diritto del lavoro e alla stessa evoluzione della relativa disciplina legale. Va sottolineato che le opinioni di Vallebona, spesso del tutto «controcorrente» e isolate, o, semplicemente, non condivisibili per la loro radicalità, hanno offerto, a tutti gli studiosi, formidabili e affascinanti spunti per riflessioni critiche sia sul piano dell'esegesi del diritto positivo sia su quello della politica del diritto.

È del tutto impossibile soffermarsi sull'immensa produzione scientifica di Vallebona e quindi è necessario limitarsi a svolgere alcune considerazioni su alcuni dei suoi scritti più rilevanti che intercettano l'oggetto specifico di questa bellissima giornata.

Così, va anzitutto ricordato che Vallebona, in occasione del congresso dell'A.I.D.La.S.S. del maggio del 1997 dedicato al tema: «Autonomia collettiva e occupazione», svolge la sua relazione su «L'efficacia soggettiva del contratto collettivo». La relazione di Vallebona è, tuttavia, molto di più che una rigorosa analisi giuridica delle questioni concernenti il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune nel peculiare contesto italiano: contesto caratterizzato dalla mancanza di un sistema di contrattazione collettiva ad efficacia generale, a causa della non attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.

Infatti, l'indagine di Vallebona si diffonde sulle contraddizioni generate dallo sviluppo capitalistico e dalla connessa «ideologia edonistica del con-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Palermo.

sumo». In particolare, egli mette in luce come tanti soggetti restano esclusi da ogni tutela e «dall'opulenza edonistica»: «da un lato, i disoccupati e i nuovi poveri nei paesi sviluppati, per i quali non a caso si parla di società dei due terzi; dall'altro lato, intere popolazioni nei paesi arretrati»¹. Peraltro, egli vede le «serie controindicazioni al dogma capitalistico dello sviluppo permanente, che non sempre nella società opulenta migliora la qualità della vita, fondandosi sulla induzione edonistica di nuovi bisogni e sulla mercificazione di bisogni prima soddisfatti altrimenti»². Ciò perché «nei paesi ricchi l'aumento del pil, attuale totem di classi dirigenti incapaci di guidare l'evoluzione culturale necessaria per la condivisione di un progetto sociale alternativo all'egoismo consumistico, non significa automaticamente aumento dell'occupazione o vero progresso per l'individuo, ma significa sovente distruzione di risorse ambientali e sacrificio delle generazioni future, in un clima di scomparsa di valori ideali che concorre anche a spiegare alcune forme di rifiuto (ad es. nel mondo islamico) della odierna civiltà occidentale»³. E proprio critiche analoghe a quelle di Vallebona, al «dogma capitalistico dello sviluppo permanente» trovano oggi riscontro nel grande progetto di transizione ecologica e tecnologica in atto.

È quindi evidente in Vallebona una netta repulsione nei confronti della «società dei consumi» e della «tragica e nevrotica omologazione consumistica»⁴. Il che è chiaramente dimostrato dai rinvii all'Enciclica *Centesimus Annus* di Giovanni Paolo II e alle «tempestive e accurate analisi» di Pier Paolo Pasolini.

Di fronte alle drammatiche questioni che emergono dallo scenario poc'anzi accennato, Vallebona mette in evidenza la necessità di «governare il problema della crescente disoccupazione nelle economie opulente, aggredite dall'irresistibile *dumping* sociale dei paesi emergenti»⁵, nonché di affrontare il problema «delle punte di disoccupazione in alcune aree interne ai paesi ad economia avanzata, come ad esempio nel meridione d'Italia»⁶.

Di conseguenza, Vallebona osserva che «si comprende così l'impor-

¹ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 383.

² ID., *Autonomia*, cit., p. 385.

³ ID., *Autonomia*, cit., p. 386 s.

⁴ ID., *Autonomia*, cit., p. 382.

⁵ ID., *Autonomia*, cit., p. 384.

⁶ ID., *Autonomia*, cit., p. 385.

tanza dell'intervento giuslavoristico al fine di agevolare la creazione e la sopravvivenza delle imprese in difesa dell'interesse all'occupazione». Ed egli aggiunge che «in questa prospettiva il diritto del lavoro opera su sé stesso, flessibilizzando o riducendo le tutele precedentemente stabilite per rendere conveniente l'instaurazione o la prosecuzione di rapporti altrimenti fuori mercato, e dunque, finisce per essere utilizzato quale strumento di politica economica per compensare gli svantaggi derivanti all'impresa da altri fattori»⁷.

Ad avviso di Vallebona, «si spiega così l'evoluzione del diritto del lavoro, in cui l'anima tradizionale, privatistica, microeconomica e conflittuale, incentrata sulla tutela della persona del lavoratore implicata nel rapporto mediante norme inderogabili poste dalla legge o dall'autonomia collettiva, a sua volta garantita e sostenuta dalla legge stessa, convive ormai con una diversa anima pubblicistica, macroeconomica e partecipativa, attenta alle interrelazioni tra la disciplina del lavoro da un lato ed il funzionamento dell'impresa e del complessivo sistema economico dall'altro, nella consapevolezza che tale funzionamento condiziona la stessa possibilità di effettiva soddisfazione delle esigenze dei lavoratori»⁸. Talché, «si può ben dire che il diritto del lavoro ha ormai due anime, ma conserva uno spirito unitario consistente nella tutela della persona del lavoratore dentro e fuori il rapporto»⁹.

Beninteso, va sottolineato che Vallebona non assume mai (nella relazione qui discussa e in tutte le sue opere) posizioni da ultimo moicano del liberismo ottocentesco, a favore dell'abbattimento puro e semplice delle tutele del lavoro, bensì egli si chiede, sempre in termini dubitativi, come si possano contemperare, in modo equo e ragionevole, tutti i diversi interessi, particolari e generali (di cui sono portatori molteplici soggetti), che si scontrano nel mercato del lavoro. E quindi Vallebona ritiene che «l'eliminazione di alcune rigidità e una razionale redistribuzione delle tutele in base alle effettive condizioni di debolezza ambientale e personale dei beneficiari» siano ammissibili solo se giustificate in funzione del perseguimento di un interesse (da lui ritenuto d'ordine) superiore, come quello alla crescita o del mantenimento dell'occupazione¹⁰. Si tratta, comunque, di una rifles-

⁷ ID., *Autonomia*, cit., p. 387.

⁸ ID., *Autonomia*, cit., p. 389.

⁹ ID., *Autonomia*, cit., p. 394.

¹⁰ ID., *Autonomia*, cit., p. 388 e p. 432.

sione tormentata, sempre aperta ad essere messa in discussione. Come dimostra la lunga citazione di uno scritto di Umberto Romagnoli che critica «l'idea, ormai di senso comune, per cui il diritto *del* lavoro d'una minoranza antagonizza con il diritto *al* lavoro della maggioranza»; nonché il conseguente «spot accattivante e intelligente: meno diritto *del* lavoro = più diritto *al* lavoro»¹¹. D'altra parte, in quegli anni la disciplina lavoristica di tutela degli occupati cominciava ad essere fortemente messa sul banco degli accusati proprio in nome del diritto *al* lavoro degli inoccupati e dei disoccupati. E questo dibattito non s'è mai arrestato, ed ha, com'è noto, assai influenzato le molteplici riforme del lavoro, progettate ed attuate nel corso di tutti questi anni.

2. Il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo

Nel quadro evolutivo così descritto, Vallebona colloca l'inevitabile e «profondo coinvolgimento dell'autonomia collettiva». Ciò perché, «la contrattazione collettiva concorre, infatti, con la legge, non solo nella tradizionale costruzione del sistema di protezione del lavoro (contratti acquisitivi), ma anche nel sopravvenuto difficile compito di flessibilizzazione e riduzione delle tutele e di distribuzione di sacrifici tra lavoratori al fine di favorire l'occupazione (accordi triangolari di concertazione sociale, contratti ablativi e gestionali)»¹².

Sicché, la doppia funzione della contrattazione collettiva (di tutela delle condizioni di lavoro e di difesa dell'interesse all'occupazione) investe direttamente il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune nei confronti dei suoi destinatari: i singoli datori e i singoli lavoratori. E questa indagine costituisce la parte principale della relazione di Vallebona, che affronta, in dettaglio, ogni nodo e offre soluzioni imperniate sul riconoscimento di una netta natura privatistica dell'autonomia collettiva e quindi sull'attribuzione al contratto collettivo del «carattere di fonte negoziale con efficacia limitata ai soli soggetti consenzienti»¹³.

Ciò che va messo in evidenza è che Vallebona è, comunque, un fervido sostenitore della necessità dell'attuazione del procedimento, previsto dal-

¹¹ U. ROMAGNOLI, *Il patto per il lavoro. Quale lavoro?*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 457.

¹² ID., *Autonomia*, cit., p. 392.

¹³ ID., *Autonomia*, cit., p. 396.

l'art. 39 Cost., per la stipulazione di contratti con efficacia generale, «proprio al fine di superare i problemi dell'altrimenti limitata efficacia soggettiva»¹⁴ del contratto collettivo di diritto comune. È veemente la critica dell'autore alla decisione (risalente e tuttora permanente) del legislatore ordinario di non dare attuazione all'art. 39 Cost., che si è, tuttavia, risolta «in un'affannosa e talvolta contorta ricerca di strumenti alternativi in qualche modo compatibili con il dettato costituzionale rimasto tranquillamente in vigore»¹⁵. Infatti, egli afferma che «è evidente la schizofrenia di questa situazione, in cui il legislatore ordinario, la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto a gara per eludere il disposto costituzionale, pur nell'encomiabile intento di fronteggiare, con forme più o meno camuffate di efficacia generale della disciplina collettiva, i pressanti problemi derivanti prima dalla fuga di molti imprenditori dal contratto collettivo acquisitivo e, poi, anche dalla fuga di molti lavoratori dai contratti gestionali o ablativi»¹⁶.

Sicché, Vallebona sottolinea, con vigore, che «la barbarie del nostro diritto, che il giurista ha il dovere di denunciare e combattere, consiste anche nella scelta politica di non attuare norme costituzionali così importanti, ma neppure di abrogarle o modificarle con il previsto procedimento di revisione, lasciando gli "interlocutori" del diritto sindacale a sbrigarsela da soli in un deleterio clima di incertezza»¹⁷. Pertanto, Vallebona reclama «un intervento deciso, volto a sgombrare il campo di tutte le incerte costruzioni che cercano di sopperire all'inattuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.». Tuttavia, egli aggiunge, in modo condivisibile, che «la semplice abrogazione del disposto costituzionale non sembra sufficiente, perché molti problemi di tutela del dissenso verrebbero più o meno fondatamente riproposti, anche in presenza di una legge ordinaria, con riferimento al principio di libertà sindacale di cui all'intangibile primo comma dell'art. 39 Cost.»¹⁸. E, quindi, Vallebona precisa che «serve dunque, l'attuazione del sistema costituzionale, eventualmente modificato per agevolare il compito del legislatore ordinario, ma sempre nel rispetto integrale del principio di maggioranza»¹⁹.

¹⁴ ID., *Autonomia*, cit., p. 407.

¹⁵ ID., *Autonomia*, cit., p. 408.

¹⁶ ID., *Autonomia*, cit., p. 408.

¹⁷ ID., *Autonomia*, cit., p. 408.

¹⁸ ID., *Autonomia*, cit., p. 433.

¹⁹ ID., *Autonomia*, cit., p. 433.

3. L'art. 36 Cost. e la giurisprudenza

Nel corso della sua relazione, Vallebona esamina il noto meccanismo, di origine giurisprudenziale, fondato sul riconoscimento della immediata precettività dell'art. 36 Cost. Egli richiama gli orientamenti concreti della giurisprudenza la quale, nel determinare la retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost., non applica in modo automatico ed immediato le tariffe collettive, bensì effettua una valutazione caso per caso. Ed egli sostiene che «proprio per questo è esclusa non solo in senso tecnico ma anche dal punto di vista sostanziale una definizione dell'operazione in esame come estensione *erga omnes* delle clausole retributive dei contratti collettivi, trattandosi, piuttosto, dell'applicazione giudiziale di un principio generale che trova nelle tariffe collettive un insostituibile parametro di riferimento, da adattare, ove necessario, al caso concreto secondo criteri di cui è auspicabile una razionalizzazione ordinante da parte della Cassazione»²⁰.

Secondo Vallebona, però, «non è consentita l'operazione ... che pretenda di superare, e persino di invalidare nei confronti dei soggetti direttamente vincolati, valutazioni specifiche dell'autonomia collettiva in nome di un inesistente principio di uniformità»²¹. Così, Vallebona afferma a chiare lettere che «non compete al giudice, che non può invadere la sfera tutelata dall'art. 39 Cost., il controllo sul livello retributivo fissato nei contratti collettivi, purché effettivamente tali e quindi, con esclusione di quelli stipulati da sindacati di comodo»²². Questo perché «nel sistema della Costituzione, è rimessa all'autonomia collettiva la individuazione del variabile punto di equilibrio tra interessi contrapposti in ciascuna fase dello sviluppo economico, sicché sarebbe senza senso, oltre che pericolosissima per il suo inevitabile soggettivismo, una verifica di conformità della retribuzione collettiva rispetto al principio di sufficienza e proporzionalità che in essa si inverte»²³.

Tali considerazioni sono riprese da Vallebona nelle varie edizioni del suo bel manuale; e, in particolare, nel volume dedicato a «Il rapporto di lavoro». Dove Vallebona, prendendo atto del deleterio fenomeno del *Far West* contrattuale, precisa che, «ovviamente, in presenza di una pluralità di contratti collettivi nel medesimo ambito categoriale e territoriale, è inevi-

²⁰ ID., *Autonomia*, cit., p. 412.

²¹ ID., *Autonomia*, cit., p. 412.

²² ID., *Autonomia*, cit., p. 413.

²³ ID., *Autonomia*, cit., p. 413.

tabile per il giudice scegliere quello più idoneo a fungere da parametro per l'individuazione della retribuzione sufficiente»; «e qui potrebbe essere seguito lo stesso criterio di preferenza per il contratto stipulato dai sindacati comparativamente più rappresentativi previsto dal legislatore ai fini della retribuzione imponibile»²⁴. Ma ciò sarebbe ammissibile, secondo il pensiero di Vallebona, sempre e soltanto per controllare la retribuzione prevista in un contratto individuale svincolato dal rispetto del contratto collettivo. Peraltro, l'autore, con apprezzabile onestà intellettuale, menziona l'orientamento giurisprudenziale in base al quale il potere del giudice si estende a valutare la proporzionalità e la sufficienza *ex art. 36 Cost.* anche della retribuzione fissata dal contratto collettivo²⁵. Ed è noto che questo orientamento si sta sempre più consolidando nella stessa giurisprudenza di legittimità per porre un freno alla cosiddetta contrattazione collettiva al ribasso e al connesso *dumping* salariale, fomentato dalla presenza di più contratti collettivi applicabili nello stesso settore.

4. La questione del salario minimo legale

Peraltro, in uno scritto di qualche anno dopo, Vallebona sostiene che, grazie all'orientamento giurisprudenziale sull'applicazione dell'art. 36 Cost., «la previsione per legge di un salario minimo non solo sarebbe inutile, ma rischierebbe anche di creare seri problemi all'autonomia collettiva». Questo perché: «se, infatti, il minimo legale fosse inferiore a quello collettivo, delle due l'una: o sarebbe dichiarato incostituzionale per lesione del principio di giusta retribuzione, identificata con quella fissata nel libero confronto tra le parti sociali; oppure sarebbe dichiarato conforme al principio costituzionale, con contestuale inevitabile riconoscimento della eccedenza della tariffa sindacale rispetto al minimo costituzionale, ed allora si verificherebbe una formidabile spinta alla fuga dei datori di lavoro dalla applicazione dei contratti collettivi al fine di attestarsi sul minor salario legale». Invece, se «il minimo legale fosse superiore a quello collettivo ne risulterebbero pesantemente delegittimati i sindacati, anche affiliati alle maggiori

²⁴ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, XIII ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 306 s.

²⁵ ID., *Il rapporto*, cit., p. 305.

confederazioni, per avere pattuito una retribuzione insufficiente, così dimostrandosi incapaci di una vera tutela dei lavoratori»²⁶.

Questa posizione radicale spiega perché Vallebona, da un lato, afferma che il meccanismo di salario minimo legale, operante per il settore della cooperazione, «rimane, di per sé, incostituzionale, trattandosi della attribuzione di efficacia generale al contratto collettivo in contrasto con il procedimento previsto dall'art. 39 Cost.»; e, dall'altro, perché egli critica la Corte Costituzionale (n. 51/2015), che ha invece avallato il suddetto meccanismo, sulla base dell'argomento che essa «confonde il potere discrezionale del giudice di fissare la retribuzione sufficiente con l'obbligo imposto dalla legge»²⁷.

Peraltro, Vallebona, nei suoi scritti più recenti, ribadendo la sua contrarietà al salario minimo legale, è arrivato finanche ad ammettere esplicitamente che i contratti collettivi, cosiddetti «pirata», «in cui la retribuzione è molto bassa» e che quindi «prevedono una retribuzione insufficiente», alla stregua dell'art. 36 Cost., «sono invalidi e il giudice può aumentare la retribuzione»²⁸.

Le argomentazioni di Vallebona si inseriscono, a pieno titolo, nella sempre più accesa discussione sull'opportunità di introdurre una strumentazione generale di salario minimo legale.

L'esigenza di un salario minimo legale scaturisce dalla constatazione di un evidente dato empirico. In molte aree del lavoro subordinato è aumentato a dismisura il cosiddetto lavoro povero. E cioè, esistono ampie quote di lavoratori che, pur lavorando, percepiscono retribuzioni estremamente basse, talvolta anche al disotto della soglia della povertà. Questo fenomeno della «povertà nonostante il lavoro» dipende da vari fattori. Anzitutto, prolifera il lavoro sommerso in cui il lavoratore non ha alcun diritto. Poi, dove v'è un'apparente regolarità, molti datori di lavoro applicano contratti collettivi (detti anche «pirata» o minori), stipulati da soggetti poco o nulla rappresentativi, che prevedono trattamenti economici e normativi meno favorevoli rispetto a quelli contenuti nei contratti collettivi siglati dalle parti sociali più rappresentative. Per giunta, quest'ultimi contratti collettivi, con trattamenti economici e normativi dignitosi, vengono sovente di fatto disapplicati dagli stessi datori.

²⁶ A. VALLEBONA, *Sul c.d. salario minimo garantito*, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 326.

²⁷ ID., *Il rapporto*, cit., p. 31 s.

²⁸ A. VALLEBONA, *Salario minimo legale*, in *Mass. Giur. lav.*, 2023, p. 580; ID., *Sul salario minimo nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *Guida al lavoro*, n. 4, 2022, p. 12 s.

E, purtroppo, vi sono anche alcuni contratti collettivi, pur firmati dai sindacati più rappresentativi, che contengono trattamenti risibili e, in particolare, retribuzioni estremamente basse. Alcuni di questi contratti hanno un campo di applicazione onnicomprensivo e trasversale (cosiddetto *omnibus*), non limitato a specifici settori economici: e perciò essi instaurano una concorrenza al ribasso nei confronti di altri contratti collettivi, stipulati dalle stesse organizzazioni più rappresentative, e dedicati a determinati settori economici. Gli esempi principali sono quelli del contratto multiservizi e del contratto delle imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari che trovano sovente applicazione, lungo la catena degli appalti e dei subappalti in ambito privato, nei perimetri di vigenza dei contratti collettivi di settore: tra cui, in particolare, quelli della logistica, dell'industria alimentare, dell'igiene ambientale. E, com'è noto, le clausole retributive del contratto collettivo per i dipendenti delle imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari sono state ritenute dalla giurisprudenza prevalente non conformi ai parametri dell'art. 36 Cost.

In estrema sintesi, quando non opera nel sommerso, un datore di lavoro è, in pratica, libero di scegliere il contratto collettivo da applicare ai propri dipendenti; e, ovviamente, rimane sedotto dalla possibilità di utilizzare un contratto collettivo meno costoso rispetto ad uno più oneroso. È evidente come la presenza di più contratti collettivi, nello stesso settore economico, alteri la concorrenza tra gli operatori, esposti a costi del lavoro differenti, e induca un'irreversibile corsa verso il peggioramento delle condizioni dei lavoratori.

Questa velenosa giungla contrattuale può essere disboscata in due modi. Il primo è quello, fortemente condiviso da Vallebona, dell'attuazione dell'art. 39 Cost. Così, il contratto collettivo, sottoscritto dalle coalizioni dei lavoratori e dei datori più rappresentative nei vari settori economici, sarebbe obbligatorio per tutti i singoli datori di lavoro. Ci sarebbe, per ogni ambito di attività economica, un costo del lavoro unico (che non è dato dalle sole retribuzioni, ma anche da tanti altri aspetti del trattamento come le ferie, i permessi, le pause, ecc.).

L'altra soluzione è quella di intervenire solo sulla parte economica, prevedendo, per legge, trattamenti salariali minimi inderogabili. L'idea più concreta, e ragionevole, nonché maggiormente coerente con le tradizioni del sistema italiano di relazioni industriali, nonché recepita in vari progetti di legge finora presentati in Parlamento, è quella di fissare tali trattamenti minimi attraverso il rinvio alle tariffe dei contratti collettivi siglati dai soggetti più rappresentativi (le cosiddette organizzazioni comparativamente

più rappresentative), seppure stabilendo un minimo non derogabile al ribasso dalla stessa contrattazione collettiva.

Questo progetto (denominato anche come «la via italiana al salario minimo legale»), in apparenza alquanto elementare e razionale, incontra notevoli ostacoli. Beninteso, una parte del mondo delle imprese teme che un congegno siffatto aumenterebbe eccessivamente il costo del lavoro. Una frazione del sindacato è consapevole che una soglia minima salariale legale metterebbe in crisi alcuni suoi prodotti contrattuali che contengono salari poveri.

Tuttavia, secondo altre opinioni, meccanismi di salario minimo legale, articolati nel modo poc'anzi esposto, avrebbero benefici effetti sull'intero sistema economico. Si eliminerebbe la concorrenza sleale basata sullo sfruttamento del lavoro, i lavoratori avrebbero più denaro da spendere, crescerebbe la domanda di beni e servizi e aumenterebbero gli stessi profitti delle imprese. Insomma, si innescerebbe un circolo virtuoso a vantaggio di tutti. E proprio sulla base di questa consapevolezza, di stampo tipicamente keynesiano, l'Unione Europea ha, di recente, approvato una Direttiva sui «salari minimi adeguati» che l'Italia dovrà attuare.

D'altra parte, la suddetta Direttiva europea parte dal presupposto che solo un sistema di contrattazione collettiva solido, ordinato e genuino sarebbe in grado di garantire l'adequatezza dei salari e di contrastare il lavoro povero. Il che non si verifica in Italia, laddove, come s'è poc'anzi accennato, è presente un vero e proprio *Far West* contrattuale e quindi è diffusa una contrattazione collettiva che viene meno alla sua funzione storica di «togliere i salari dalla concorrenza» e che invece innesca forme di competizione salariale (ma anche su tutti gli altri trattamenti) al ribasso e diventa strumento di concorrenza tra i datori di lavoro.

Come si vede, la discussione è aperta, e sicuramente non potranno mancare nuovi e stimolanti contributi di Antonio Vallebona.

ANTONIO VALLEBONA E L'AUTONOMIA PRIVATA COLLETTIVA (CON NOTE MINIME SULLA NUOVA FUNZIONE DEL CONTRATTO COLLETTIVO IN TEMA DI LICENZIAMENTO DISCIPLINARE)

*Gabriele Franza **

1. Metodo e positivismo di Antonio Vallebona

Oggi molti Maestri del diritto del lavoro si sono riuniti attorno ad Antonio Vallebona per rendergli omaggio e per discutere un tema amplissimo ed estremamente versatile, su cui l'Omaggiato si è speso ripetutamente offrendo il suo inestimabile contributo alla comunità scientifica. In un tale consesso, ritengo che il diverso ruolo di allievo consenta di onorarlo evitando lo stretto merito del dibattito. Violando un suo basilare precetto, espresso icasticamente¹, credo infatti che in questa sede non sia possibile, ed anzi sarebbe ingiusto, semplificare un rapporto che non potrebbe mai ridursi, nella sua unicità e per certi versi intimità, al confronto con i tanti argomenti coltivati nei suoi scritti.

È tuttavia opportuno chiarire che la resistenza ad entrare nel vivo del dibattito, mentre dipende anche dalla consapevolezza dell'ampiezza culturale del Professore, con la quale non è mai agevole misurarsi, non è invece condizionata in alcun modo dai suoi insegnamenti. Infatti Antonio Vallebona non ha mai chiesto agli allievi di conformarsi acriticamente alle sue idee. Ha invece preteso, fedele al suo metodo, che ogni opinione dissenziente venisse adeguatamente argomentata, con l'invito costante ad andare oltre le "quattro mura della logica", secondo l'insegnamento a sua volta ri-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Macerata.

¹ A. VALLEBONA, *Prolissità è delitto*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012.

cevuto dal suo amato Maestro². Ed anche il suo stile notoriamente assertivo è, in realtà, espressione di un metodo appreso da Ubaldo Prosperetti, di cui ricorda l'importanza che attribuiva al "dire il proprio pensiero senza necessariamente elencare in bell'ordine tutte le teorie precedenti ... occorrendo un paziente ma continuo ed ostinato lavoro di ricerca dell'essenziale".

Alla pretesa del rigore tecnico è, peraltro, sempre corrisposto lo stimolo degli allievi ad approcciare il diritto del lavoro cogliendone fino in fondo le origini, attraverso non solo le letture tradizionali, *in primis* le opere di Marx e la dottrina sociale riformista, ma anche i romanzi di Dickens e di Zola, dai quali emerge una rappresentazione delle condizioni di vita e lavoro dei proletari che nei manuali si è soliti descrivere come disumane e a cui il Professore sovente abbina il termine "terribili", perché in effetti atterriscono, secondo la etimologia della parola. E non è un caso che in altro contributo si affermi che pure "l'ordinamento attuale atterrisce, ostacolando la vita"³.

Questo riferimento ai presupposti storici ed alla conseguente evoluzione in chiave pluralista delle fonti del diritto del lavoro⁴, che si ripete ciclicamente negli studi di Vallebona, è necessario per comprendere i presupposti della sua indagine sull'efficacia del contratto collettivo, che parte dalla natura giuridica ma meramente obbligatoria della regola collettiva affermata dal Messina nel suo *Concordati di tariffe*, giudicata opera "fondamentale"⁵.

Antonio Vallebona non ha dovuto dichiarare agli allievi la sua impostazione verso la funzione del diritto. Al riguardo, è sufficiente leggere l'introduzione al suo lavoro monografico *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, in cui esprime la convinzione che "gli studi giuridici abbiano ad oggetto il dover essere e non l'essere, di cui pure presuppongono la conoscenza perché il diritto serve alla vita e non viceversa".

Va tuttavia avvertito che questa concezione del diritto non cede mai al formalismo interpretativo ma neppure agli eccessi del cognitivismo, ed anzi potrebbe a giusto titolo essere qualificata come un positivismo teleologico, in cui il fine è però intrinseco allo stesso concetto di ordinamento, che

² A. VALLEBONA, *Ricordo di Ubaldo Prosperetti*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007.

³ A. VALLEBONA, *Alla ricerca della certezza perduta*, in *Giur. it.*, 2000.

⁴ A. VALLEBONA, *Il nuovo sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012.

⁵ A. VALLEBONA, *Alle origini del diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007.

deve il suo nome alla garanzia democratica dell'ordine rispetto alla evoluzione della società, ed è dunque un fine identificato nel superamento del conflitto, tanto individuale quanto collettivo, perlomeno quando esasperato e considerato nefasto per la stessa collettività, quale "male intollerabile"⁶.

Si può concordare o dissentire, a patto però di tenere presente che in questa visione anche il diritto naturale, concepito quale "riferimento esterno al diritto positivo", trova variabile sviluppo in epoche differenti, in cui si alternano momenti di progresso e altri di decadenza, senza garanzie di affermazione del primo⁷. Sicché anche i principi e i valori, inclusa l'uguaglianza sostanziale spesso confusa con l'egualitarismo⁸, per quanto recepiti in carte costituzionali o internazionali costituiscono diritto positivo e come tale sempre modificabile.

In questa prospettiva, necessariamente sintetizzata, la forza ed il coraggio di Antonio Vallebona sta, a mio avviso, nel dichiarare che il diritto, non potendo "sfuggire al destino della vita, racchiuso tra aspirazione dell'essere e inevitabilità del divenire", può funzionare da nomocondotto, una volta privato di scopi esterni, soltanto se realizza il suo ultimo valore, cioè la garanzia della pace⁹.

Ne consegue che, mentre la certezza del diritto può essere concepita come strumento di interpretazione, quale canone per scongiurare il soggettivismo e l'arbitrio, è il diritto come tecnica legislativa – alla cui formazione il giurista deve contribuire, anche quando non è il consigliere del principe – che deve realizzare il diritto alla certezza¹⁰, che dunque non è solo strumento ma si identifica con lo stesso concetto di ordinamento, evidentemente assunto come sistema giuridico dinanzi alla pluralità degli ordinamenti normativi, garantita dal riconoscimento delle formazioni sociali.

Da qui anche le ripetute invettive contro una produzione normativa miope, che lascia l'uomo comune solo con il suo assillo di realizzazione e di sfruttamento della sua vita terrena, in un contesto di finzioni che rafforza

⁶ A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004.

⁷ A. VALLEBONA, *Giustizia sociale: Eraclito surclassa Sen*, in *Arg. dir. lav.*, 2011.

⁸ A. VALLEBONA, *Eguaglianza sostanziale e natura umana*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010.

⁹ A. VALLEBONA, *Il diritto tra essere e divenire*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006.

¹⁰ A. VALLEBONA, *Le tecniche normative nella riforma dei lavori*, in *Dir. lav.*, 2004; ID., *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005; ID., *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 2005.

l'atteggiamento passivo dei destinatari delle tutele¹¹ spingendoli all'edonismo consumistico e competitivo¹², che aliena l'esistenza o nel troppo lavoro per il successo o, al contrario, nel tempo libero quale mera collezione di esperienze¹³.

Per restare al piano scientifico, sarebbe quindi ingeneroso affermare, come pure è stato detto, che Antonio Vallebona è un civilista prestato al diritto del lavoro. Ma sarebbe ingeneroso per il diritto del lavoro, mentre è certo che la sua conoscenza spazia nel sapere giuridico, coerentemente alla convinzione che il diritto sia soltanto uno, in dichiarato contrasto con la teoria dei micro-sistemi legislativi e della codificazione specialistica. E comunque non potrebbe essere diversamente per un giuslavorista, come ancora si ricorda in uno scritto minore¹⁴.

2. Il contratto collettivo e le due "anime" del diritto del lavoro

In questa cornice vanno collocati anche gli studi sull'autonomia collettiva, i quali, in linea col saggio che emblematicamente riassume la formazione scientifica del Professore¹⁵, trovano la loro perfetta sintesi nella relazione al Congresso AIDLASS del 1997¹⁶.

Nell'ottica pubblicistica, macroeconomica e partecipativa, l'attenzione è rivolta al controllo degli effetti della contrattazione collettiva, per la loro incidenza sul costo del lavoro e sulla difesa dell'interesse all'occupazione¹⁷,

¹¹ A. VALLEBONA, *Panem et circenses: lo Stato sociale della decadenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2008.

¹² A. VALLEBONA, *L'edonismo d'assalto di fronte alle Sezioni Unite: il danno alla persona del lavoratore*, in *Mass. Giur. lav.*, 2006.

¹³ A. VALLEBONA, *Guerra e pace nel mondo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009.

¹⁴ A. VALLEBONA, *Diritto del lavoro: cancellata l'offesa del CSM*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009.

¹⁵ A. VALLEBONA, *Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996.

¹⁶ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1997.

¹⁷ A. VALLEBONA, *Costo del lavoro e autonomia collettiva*, in *Dir. lav.*, 1978; ID., *Ancora sul ruolo dell'autonomia collettiva nella difesa dell'interesse all'occupazione*, in *Dir. lav.*, 1979; ID., *Limiti legali all'autonomia collettiva per il contenimento del costo del lavoro: profili di costituzionalità*, in *Dir. lav.*, 1984; ID., *Crisi economica e diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014; *Retribuzione e occupazione*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014; ID., *Conflitto collettivo e crisi economica*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2015.

e soprattutto alla compatibilità della tutela dell'interesse collettivo rispetto a quello generale, indagata per lo sciopero nei servizi essenziali¹⁸ e sempre con la critica all'invasione della sfera pubblica da parte degli egoismi di gruppi privati¹⁹, giudicata esasperata dal processo di privatizzazione del pubblico impiego, per l'appunto sul presupposto che vada esclusa ogni funzionalizzazione dell'autonomia collettiva²⁰. E pure in questo caso non è casuale che, occupandosi della partecipazione²¹, si osservi che nell'art. 46 Cost. essa viene testualmente riferita ai lavoratori e non ai sindacati²², peraltro in linea con le note esperienze europee sul doppio canale di rappresentanza.

Nello stesso senso non vanno dimenticate le premonizioni di fine secolo, che involgono anche il ruolo futuro dell'autonomia collettiva, sulle dinamiche del mercato globalizzato e quindi su quello del lavoro²³, poi sviluppate oltre la questione della crisi occupazionale²⁴ e con preoccupato sguardo al sistema previdenziale²⁵, al diritto tributario²⁶ e all'ambiente²⁷.

¹⁸ A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007.

¹⁹ A. VALLEBONA, *Interesse generale e concertazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2008.

²⁰ A. VALLEBONA, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: spunti per una riflessione*, in *Dir. lav.*, 1979; ID., *L'indimostrabile onnipotenza del contratto collettivo nel lavoro pubblico*, in *Mass. Giur. lav.*, 2006; ID., *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010.

²¹ A. VALLEBONA, *Considerazioni generali in tema di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Dir. lav.*, 1977; ID., *Il fallimento della giustizia sociale contrappositiva e impersonale*, in *Mass. Giur. lav.*, 2013; ID., *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016.

²² A. VALLEBONA, *Conflitto e partecipazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005.

²³ A. VALLEBONA, *Etica e ordinamento del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2000.

²⁴ A. VALLEBONA, *Crisi economica e riduzione delle tutele per il lavoratore*, in *Mass. Giur. lav.*, 2016; ID., *Il lavoro nell'economia globalizzata*, in *Mass. Giur. lav.*, 2017; ID., *Evoluzione del diritto del lavoro ed economia*, in *Mass. Giur. lav.*, 2019; ID., *Economia disastrosa e diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2021.

²⁵ A. VALLEBONA, *Età pensionabile e differenze*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009; ID., *La previdenza complementare nel declino dello stato sociale*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010; ID., *La solidarietà nel diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011; ID., *Vecchiaia e diritto tra amore e terrore*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012; ID., *Pensioni di vecchiaia: crescita della vita e decrescita del tasso di natalità*, in *Mass. Giur. lav.*, 2019; ID., *Pensioni ed eutanasia*, in *Mass. Giur. lav.*, 2021.

²⁶ A. VALLEBONA, *Diritto del lavoro e diritto tributario: un rischio comune*, in *Mass. Giur. lav.*, 2006; ID., *Riduzione della retribuzione e prelievo tributario: la Consulta va in confusione*, in *Mass. Giur. lav.*, 2013; ID., *La Consulta insiste a confondere la riduzione delle retribu-*

Il tratto unificante di questi studi con l'anima privatistica, microeconomica e conflittuale del diritto del lavoro è inevitabilmente costituito, nella materia sindacale e più precisamente di rappresentanza e rappresentatività, dallo snodo dell'art. 39 Cost., da un lato esaminato, come già ricordato, soprattutto in relazione al problema dell'efficacia soggettiva²⁸ ed ai livelli della contrattazione (con una incursione in tema di divisione sindacale²⁹, su cui chi scrive ha espresso opinioni divergenti) e, dall'altro, rispetto al suo svolgimento nell'ambito statutario.

Va detto, per chiarezza ed a riprova della sua estrazione accademica, che Antonio Vallebona manifesta insoddisfazione verso un ordinamento intersindacale indagato con approccio realistico-sociologico, ritenuto incompatibile con il metodo concettualistico su cui dovrebbe fondarsi il dialogo tra dottrina e giurisprudenza³⁰. Ed infatti ribadisce che le regole di tale ordinamento possono spiegare effetti in quello statuale solo mediante lo strumento privatistico del contratto³¹, peraltro rifiutato come dogma perfino nel rapporto individuale³², mentre le molteplici riflessioni critiche sono sempre rivolte agli sviluppi, post-referendari e giurisprudenziali, della cosiddetta legislazione di sostegno³³.

Quanto all'efficacia normativa del contratto collettivo, qualificato come essenziale tecnica di tutela, è altrettanto noto il favore espresso per il rinvio

zioni e delle pensioni con il prelievo fiscale: ma l'agognata "patrimoniale" equivarrebbe a una guerra civile, in *Mass. Giur. lav.*, 2014.

²⁷ A. VALLEBONA, *Il rapimento dell'estate mediterranea*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014; ID., *Lavoro e ambiente*, in *Mass. Giur. lav.*, 2015.

²⁸ A. VALLEBONA, *Veri e falsi limiti alla libertà del datore di scegliere il contratto collettivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990; ID., *Le alternative alla efficacia generale del contratto collettivo*, in *Giur. cost.*, 1996; ID., *Il contratto collettivo con efficacia generale: una proposta*, in AA.VV. *Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005; ID., *Sulla volontà di rinvio al contratto collettivo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2015.

²⁹ A. VALLEBONA, *L'efficacia dei contratti collettivi al tempo della divisione sindacale: col diritto non si scherza!*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011.

³⁰ A. VALLEBONA, *Avvocati, giudici e professori nella formazione giurisprudenziale del diritto del lavoro*, in *Studium Juris*, 1999.

³¹ A. VALLEBONA, *L'autonomia privata collettiva nel diritto vivente*, in *Mass. Giur. lav.*, 2008.

³² A. VALLEBONA, *Nostalgia dello status*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011.

³³ A. VALLEBONA, *Il padre disconosce il cambiamento del figlio: critica alla tesi del prof. Giugni sulla parziale abrogazione referendaria dell'art. 19 stat. lav.*, in *Dir. lav.*, 1996; ID., *L'art. 19 stat. lav.: la Corte costituzionale stravolge la volontà popolare*, in *Dir. lav. merc.*, 2013; ID., *Giochi di parole sull'erga omnes*, in *Mass. Giur. lav.*, 2015.

della legge all'autonomia collettiva, che però – nell'esplicito obiettivo di circoscrivere il binomio foriero di incertezza tra norma astratta inderogabile e giudice, con la critica alla persistente uniformazione delle tutele da cui muove sia l'elaborazione della c.d. derogabilità assistita³⁴, sia l'apprezzamento per la contrattazione di prossimità³⁵ – è rinvio declinato in chiave autorizzatoria preventiva, per la fissazione della regola del caso concreto, e soprattutto in senso specificativo del precetto legale indeterminato³⁶.

3. Contratto collettivo e processo del lavoro

Nonostante i tanti consigli Antonio Vallebona non è stato anche un maestro professionale, non avendo assunto quel ruolo di *praeceptor meus* a cui assegna, in altri momenti storici, il compito di trasmissione del sapere³⁷. Tuttavia anche in quel contesto – in cui le tecniche di redazione degli atti sono ispirate alla medesima idea di semplificazione che contraddistingue i contributi scientifici – emerge la lungimiranza con cui, presagendo la definitiva mercificazione delle professioni liberali alla luce delle prescrizioni comunitarie in materia di circolazione dei servizi, ribadiva con fermezza l'esigenza che il libero professionista potesse ancora e “sempre seguire il proprio pensiero e la propria coscienza”³⁸.

Il riferimento alla professione si iscrive, tuttavia, nell'attenzione costantemente dedicata ai profili processuali della nostra materia, nella convinzione che le riflessioni della comunità scientifica – qui concepita in senso ampio, inclusiva degli operatori del diritto – debbano incentrarsi sulla qualità del dialogo, e quindi sull'essenziale strumento dell'argomentazione giuridica, idoneo ad innescare la circolarità tra dommatica ed ermeneutica

³⁴ A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. lav.*, 1992; ID., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Persiani, Diritto del lavoro, I nuovi problemi*, Cedam, Padova, 2005; ID., *Giusti spazi per l'autonomia individuale*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010.

³⁵ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011.

³⁶ A. VALLEBONA, *Fini e tecniche del diritto del lavoro*, in ID. (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2009.

³⁷ A. VALLEBONA, *Professori e Università*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010.

³⁸ A. VALLEBONA, *Libero professionista e uomo libero*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007.

tra le quali – sulla scorta degli studi di Ascarelli e Mengoni – si rifiuta esplicitamente qualsiasi contrapposizione.

Del resto, proprio l'ambito del processo del lavoro, giudicato in più occasioni l'archetipo del nostro processo civile³⁹ – e nel cui studio naturalmente risalta l'opera monografica *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, che nel pensiero dell'Autore rappresenta il canale osmotico tra il diritto sostanziale e quello processuale – costituisce il terreno su cui saggiare l'effettività dell'azione collettiva e delle relative elaborazioni dottrinali. Ed infatti nelle repliche al Congresso nazionale del 1997 Antonio Vallebona avvertiva che “tutto passa ... attraverso il processo e non esiste la possibilità di trattare queste problematiche se non nell'ottica giurisprudenziale”⁴⁰.

È appunto nel momento applicativo che si manifesta la complessità degli elementi indagati sul piano teorico e, in particolare, delle dinamiche tra legge e contratto collettivo, scrutinate attraverso:

a) la disciplina dell'arbitrato, con la incessante critica alla impugnabilità del lodo per violazione di norma inderogabile anche collettiva, che trova compimento nella riforma del 2010 e conseguente avvio del dibattito sulla legittimità della clausola compromissoria⁴¹;

b) le regole di produzione giudiziale del contratto collettivo, con particolare riguardo alla sua necessaria integrale produzione nel giudizio per Cassazione ed alle sue implicazioni sistematiche circa la natura e l'interpretazione del prodotto negoziale dell'autonomia collettiva⁴²;

c) la funzione della nomofilachia anticipata e la legittimità costituzionale dell'artt. 420-bis c.p.c.⁴³, secondo un meccanismo di cui la legge delega sul-

³⁹ A. VALLEBONA, *Elogio del processo del lavoro e sua perfettibilità*, in *Mass. Giur. lav.*, 1999; ID., *Parola d'ordine: salvate il processo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007; ID., *Il trionfo del processo del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2009; ID., *Il processo del lavoro: ha quarant'anni ma non li dimostra*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014.

⁴⁰ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione. Repliche*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 258.

⁴¹ A. VALLEBONA, *L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001; ID., *L'arbitrato irrituale per le controversie di lavoro nella piccola e media industria*, in *Dir. lav.*, 2001; ID., *L'arbitrato irrituale nel sistema del diritto del lavoro dopo la legge n. 183/2010*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010.

⁴² A. VALLEBONA, *Diritti individuali ed interessi collettivi nel processo del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1977; ID., *Sulle controversie collettive giuridiche per l'interpretazione del contratto collettivo*, in *Giust. civ.*, 1984; ID., *Clausole collettive: onere di deduzione tempestiva e deposito integrale del contratto in Cassazione*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011.

⁴³ A. VALLEBONA, *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi na-*

la riforma del processo promuove l'estensione alla stessa norma di legge, accogliendo un'idea fatta propria dal Professore e che chi scrive ha invece criticato, a conferma della garanzia accordata all'autonomia scientifica degli allievi.

4. *Il nuovo orientamento di legittimità sull'interpretazione delle clausole elastiche dei contratti collettivi per l'applicazione della tutela reintegratoria*

Per contribuire al dibattito va ricordato che, subito dopo l'entrata in vigore della legge Fornero, Antonio Vallebona avviò la discussione sulla ingiustificatezza qualificata del licenziamento⁴⁴, in cui uno dei quesiti verteva proprio sul valore attribuibile alle previsioni disciplinari espresse dai contratti collettivi mediante clausole generali o elastiche in relazione alle sanzioni conservative.

Qui l'alternativa era di ritenere inutilizzabili queste clausole ai fini dell'accertamento regolato dal comma 4 dell'art. 18 o al contrario – secondo quanto adesso afferma il giudice di legittimità (da Cass. n. 11665/2022), ribaltando il suo precedente orientamento (da Cass. n. 25534/2018) – consentire al giudice l'opera di interpretazione di tali clausole con conseguente sussunzione della condotta concreta, cioè un intervento che non trasmoderebbe “in un giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato”, nel senso che tale giudizio non costituirebbe una “autonoma valutazione di proporzionalità” rispetto a quella già eseguita dalle parti sociali.

Nel merito, la nuova impostazione può dirsi senz'altro supportata dall'argomento, di immediata percepibilità e ragionevolezza, per cui la rinuncia a valorizzare tali clausole, rispetto alle condotte tipizzate dalle fonti collettive, genererebbe disparità di trattamento difficilmente giustificabili. Ciò, tuttavia, non esime dal rilevare che la soluzione della Cassazione, benché ritenuta costituzionalmente orientata, genera perplessità di ordine tecnico.

In effetti, la soluzione si incentra su un'operazione di integrazione per via interpretativa che riproduce, rispetto alle sanzioni conservative, quella svolta in relazione ai concetti di giusta causa e notevole inadempimento,

zionali, in *Mass. Giur. lav.*, 2006; ID., *Legittimità costituzionale della nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007.

⁴⁴ A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012.

come del resto conferma il riferimento agli “standard conformi ai valori all’ordinamento”, mediante i quali il giudice dovrebbe “riempire di contenuto” anche le clausole elastiche di origine negoziale. Senonché, a differenza di quanto accade per le nozioni legali, in questo caso il potere (“compito”) giudiziale deriverebbe da un doppio processo di integrazione, fondato sul “rinvio” della legge alle previsioni del contratto collettivo e sul “rinvio” di quest’ultimo all’interpretazione giudiziale, appunto tramite tali clausole.

Questa ricostruzione presenta due complicazioni. La prima riguarda i criteri di interpretazione del contratto. Non è infatti casuale che il precedente orientamento, incentrando la valutazione di sproporzione – agli effetti del comma 4 dell’art. 18 e nella logica restrittiva attribuita alla disposizione legale – sui soli fatti espressamente tipizzati, avesse ammesso l’applicazione di clausole affette da “inadeguatezza per difetto dell’espressione letterale adottata dalle parti rispetto alla loro volontà”, cioè di clausole contenenti esemplificazioni (art. 1365 c.c.), comunque escludendo l’analogia. In questa prospettiva, pertanto, è la stessa legge che consente di svolgere “secondo ragione” il processo di integrazione del contenuto esplicitato nel contratto. Sicché la selezione della tutela legale, pur fondandosi sugli elementi di un atto negoziale, si salda con uno specifico criterio legale di interpretazione di quel negozio.

Qualora sia invece pattuita una clausola elastica, a fronte di criteri assai più ondivaghi (artt. 1363, 1364 e 1367 c.c.), occorre dunque chiedersi se sia necessario accertare che le parti sociali abbiano voluto demandare all’attività integrativa dell’interprete, cioè al giudice, non solo un mero giudizio di proporzione alla sanzione conservativa e quindi di eventuale sproporzione rispetto al licenziamento, bensì anche di sproporzione agli effetti della diversa tutela applicabile. Ovviamente non basta, a tale scopo, il rilievo per cui “la mancata tipizzazione di alcune condotte ... non è di per sé significativa della volontà delle parti sociali di escluderle da quelle meritevoli di una sanzione più lieve rispetto al licenziamento”.

È però altrettanto opinabile che dalla scelta delle parti sociali di adottare una clausola elastica possa desumersi una chiara volontà di segno opposto, cioè di selezione di una diversa e minore tutela per il caso del licenziamento ingiustificato, tenendo conto, oltretutto, che molte clausole sono state pattuite prima dell’entrata in vigore della legge. Ed il problema è ulteriormente acuito, proprio sul piano dell’efficacia soggettiva, dalla volontà dell’autonomia individuale di recepire quei contenuti, potenzialmente anche tramite un codice disciplinare di formazione unilaterale.

La prima impressione, in definitiva, è che nella nuova ricostruzione giudiziale il “rinvio” legislativo del comma 4 dell’art. 18, pur venendo confor-

mato al parametro della ragionevolezza, entri in tensione con l'art. 39, comma 1, Cost., a maggior ragione ove si riconosca la titolarità bilaterale della libertà sindacale protetta da tale disposizione⁴⁵.

Peraltro la questione si intreccia, nel ricordato contrasto giurisprudenziale, con il principio di diritto in base al quale il giudice sarebbe vincolato dalla previsione negoziale che ricollega ad una determinata condotta una sanzione conservativa. La regola, che secondo l'indirizzo adesso superato consentiva, in coerenza con la *ratio legis*, l'applicazione della tutela reintegratoria alle sole condotte tipizzate, è richiamata dal nuovo orientamento per evidenziarne la sua irriducibilità rispetto ad una classificazione contrattuale disomogenea e variabile e, dunque, per contestarne il valore di argomento come criterio interpretativo della stessa legge.

Qui, però, interessa rilevare che le origini di tale principio, oramai riportato tralatizamente, risalgono alla fine degli anni '80 (scorrendo indietro nel tempo, il principio risulterebbe infatti "massimato" nella sentenza di Cassazione n. 820/1988), senza che sia chiaro in che termini il vincolo giudiziale derivi dall'attuazione, ad opera dell'autonomia collettiva, della regola di proporzionalità fissata dall'art. 2106 c.c., oppure dipenda dal rispetto di una condizione di miglior favore che, tuttavia, l'art. 12, legge n. 604/1966, riferisce soltanto alla "materia disciplinata dalla presente legge". Ed infatti lo stesso Vallebona riconduce tale condizione al solo "caso di contrasto con la nozione di giusta causa o di giustificato motivo"⁴⁶.

Senonché, è evidente che il problema delle clausole elastiche di cui ci si sta occupando riguarda un giudizio di proporzione che non interferisce (o, comunque, può non interferire) con quelle nozioni legali. In questo quadro, resta allora tutta da decifrare – e di certo non si può banalizzare – l'affermazione, presente nella sentenza stipite del nuovo indirizzo, secondo cui anche la norma sulla proporzionalità della sanzione sarebbe "sempre derogabile *in melius*".

La seconda questione, che condiziona la prima pure per la valutazione dell'atto datoriale esercitato in forza della clausola collettiva, riguarda proprio l'interpretazione della fonte legale. Anche in questo caso non è casuale che il nuovo orientamento, cercando di superare il problema di interpretazione del contratto, rinvenga la legittimazione del più ampio potere giu-

⁴⁵ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, *Il diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2017, p. 80.

⁴⁶ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2021, p. 494.

diziale nella lettera e nella *ratio* della stessa legge Fornero, osservando che in essa “non si evince alcun ragionevole richiamo ad una tipizzazione specifica”. Ciò che, però, sembra contraddire l’idea sistematica per cui la tutela indennitaria costituirebbe la nuova regola, oltretutto rafforzata proprio in ambito disciplinare dal decreto n. 23/2015. Al contrario, infatti, la nuova soluzione della Cassazione finisce per svuotare di contenuto il comma 5 dell’art. 18, in pratica relegandolo alle ipotesi in cui il giudice ritenga di disattendere le tipizzazioni di licenziamento previste nella stessa disciplina collettiva e, semmai, a quelle in cui le parti sociali non abbiano escluso, per i casi di maggiore gravità, la sanzione espulsiva.

Nell’ottica della scelta legislativa, tuttavia, il punto essenziale è di carattere strutturale, e consiste nello stabilire se – ferma la garanzia costituzionale della dinamicità dell’azione sindacale – la valorizzazione dell’autonomia collettiva, mediante il peculiare rinvio che il comma 4 dell’art. 18 dispone alle previsioni dei contratti collettivi “applicabili”, debba intendersi – per usare un linguaggio convenzionale – in senso formale o recettizio. Vale a dire se tali previsioni negoziali entrino nella struttura precettiva della disposizione legale o se, al contrario, si atteggino a meri presupposti esterni. Il che ha un’innegabile incidenza sui limiti dell’intervento giudiziale nel raffronto tra clausole elastiche e condotte tipizzate ma, al tempo stesso, alimenta le perplessità sulla tenuta della soluzione del legislatore, proprio in termini di funzionalizzazione *sui generis* dell’autonomia collettiva, dinanzi al principio dell’art. 39, comma 1, Cost.

Oltre il merito, non risulta peraltro trascurabile la questione del metodo. Invero, se è difficilmente accettabile che una questione interpretativa venga risolta a distanza di dieci anni dalla posizione della norma, appare davvero inaccettabile che tale soluzione venga propugnata come una mera “precisazione” dell’orientamento di legittimità consolidatosi fino a quel momento, il quale invece sosteneva come “solo ove il fatto contestato sia *espressamente* contemplato da una previsione di fonte negoziale che *tipizzi* la condotta del lavoratore come punibile con sanzione conservativa ... il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela reintegratoria”. Pertanto il nuovo indirizzo non rappresenta affatto una “chiarificazione”, rovesciando quello precedente con una motivazione che può anche essere reputata corretta, ma elude, se non l’onere della motivazione rafforzata prescritto nella stessa sede nomofilattica, quantomeno l’ordine delle responsabilità istituzionali.

IL RUOLO DELLE ORGANIZZAZIONI SINDACALI NELLA GESTIONE DELLE CRISI AZIENDALI, ANCHE IN FUNZIONE DELLA RIPRESA

CONTRIBUTO PER ATTI DEL CONVEGNO
IN ONORE DI ANTONIO VALLEBONA

*Domenico Garofalo **

1. Premessa

L'ampiezza del tema sintetizzato nel titolo di questa sessione "l'autonomia collettiva tra crisi economiche ed esigenze di ripresa e sviluppo" impone per un verso e consente per altro verso di operare una scelta dell'angolo prospettico dal quale riflettere sul fenomeno.

La scelta è ricaduta sul tema de "il ruolo delle organizzazioni sindacali nella gestione delle crisi aziendali, anche in funzione della ripresa", prendendo spunto da alcuni recenti interventi legislativi; si allude nello specifico, in primo luogo, al codice della crisi d'impresa e della insolvenza, varato con il d.lgs. n. 14/2019 e modificato con il d.lgs. n. 83/2022, alla vigilia della sua entrata in vigore dopo vari rinvii, determinati anche dalla pandemia¹; in secondo luogo, alla legge n. 234/2021 (legge di bilancio per l'anno 2022) che ha riformato gli ammortizzatori sociali, manomettendo in più punti la disciplina adottata nel 2015 con il d.lgs. n. 148/2015, e che ha introdotto anche una regolamentazione abbastanza articolata in tema di delocalizzazione, an-

* Professore Ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Bari.

¹ Giova segnalare che il codice della crisi è stato interessato da ulteriori modifiche, da ultimo con il d.lgs. n. 136/2024 (c.d. correttivo-ter), delle quali non si terrà e non si darà conto nel presente contributo onde non manometterne il testo e per le quali si rinvia al contributo "codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (C.C.I.I.) e rapporti di lavoro dipendente" in corso di pubblicazione su *Il lavoro nella giurisprudenza* n. 2/2025.

ch'essa recentemente modificata con il d.l. n. 144/2022.

In entrambi i provvedimenti risulta rafforzato ed implementato il ruolo delle OO.SS. a livello di informazione, consultazione, contrattazione, così di fatto accendendo i riflettori su un apparato normativo, relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, oggetto di ampio dibattito in dottrina ma sovente poco "frequentato" nella realtà del confronto sindacale sulle crisi aziendali.

2. Il quadro normativo di riferimento sull'informazione e sulla consultazione dei lavoratori

La breve sintesi che si va a sviluppare è apparsa necessaria proprio per verificare se le recenti novità legislative, alle quali ho fatto riferimento nella premessa, si muovano e in quale misura, nel solco di tale normativa, pur se colpisce la circostanza che ogni qualvolta si prevedono l'informazione e la consultazione dei lavoratori (*rectius* dei loro rappresentanti) si omette, con qualche eccezione, il rinvio a tale quadro normativo.

Detto ciò, quest'ultimo è portato dal d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25 (quindi in vigore da 15 anni), e dal d.lgs. 22 giugno 2012, n. 113 (quindi in vigore da 10 anni), che ha sostituito il d.lgs. 2 aprile 2002, n. 74.

Restringendo l'analisi all'oggetto dell'obbligo di informazione e consultazione a carico del datore di lavoro, va ricordato che la disciplina del d.lgs. n. 25/2007 riguarda le imprese o le unità produttive situate in Italia (in attuazione della Direttiva 2002/14/ce), mentre quella recata dal d.lgs. n. 113/2012 riguarda le imprese e i gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (in attuazione della Direttiva 2009/38/ce).

La disciplina del 2007, applicabile a tutte le imprese che impiegano almeno 50 lavoratori (art. 3, comma 1)², è così sintetizzabile: 1) efficacia dell'informazione e della consultazione contemperando gli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori (art. 1, comma 2); 2) collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori nel rispetto dei reciproci diritti e obblighi (art. 1, comma 2); 3) l'informazione deve riguardare la trasmissione di dati da parte del datore di lavoro ai rappresentanti dei lavora-

² V. l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 25/2007, che precisa le modalità di computo della forza lavoro: "2. La soglia numerica occupazionale è definita nel rispetto delle norme di legge e si basa sul numero medio mensile dei lavoratori subordinati, a tempo determinato e indeterminato, impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro".

tori finalizzata alla conoscenza e all'esame di questioni attinenti all'attività di impresa [art. 2, comma 1, lett. e)]; 4) la consultazione si sostanzia in ogni forma di confronto, scambio di opinioni e dialogo tra rappresentanti dei lavoratori e datore di lavoro su questioni attinenti all'attività di impresa [art. 2, comma 1, lett. f)]; 5) l'informazione e la consultazione, disciplinate dall'art. 4, d.lgs. n. 25/2007, riguardano: a) l'andamento recente e quello prevedibile dell'attività dell'impresa, nonché la sua situazione economica; b) la situazione, la struttura e l'andamento prevedibile dell'occupazione nella impresa, nonché, in caso di rischio per i livelli occupazionali, le relative misure di contrasto; c) le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro e dei contratti di lavoro.

L'informazione avviene secondo modalità di tempo e contenuto appropriate allo scopo ed in modo da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e preparare, se del caso, la consultazione.

La consultazione avviene: a) secondo modalità di tempo e contenuto appropriate allo scopo; b) tra livelli pertinenti di direzione e rappresentanza, in funzione dell'argomento trattato; c) sulla base delle informazioni, di cui all'art. 2, comma 1, lett. e), fornite dal datore di lavoro e del parere che i rappresentanti dei lavoratori hanno diritto di formulare; d) in modo tale da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di incontrare il datore di lavoro e di ottenere una risposta motivata all'eventuale parere espresso; e) al fine di ricercare un accordo sulle decisioni del datore di lavoro, quale individuato dall'art. 2, comma 1, lett. b).

La disciplina del 2007 contiene poi un'analitica disciplina delle informazioni riservate.

Ai rappresentanti dei lavoratori vengono estese le tutele previste per gli RSA/RSU.

La violazione degli obblighi di informazione e di consultazione è punita con una sanzione amministrativa, da 3.000,00 a 10.000,00 euro per ciascuna violazione, disciplinata dalla legge n. 689/1981 e dal d.lgs. n. 124/2004.

Infine, il d.lgs. n. 25/2007 fa espressamente salve le procedure *ex lege* 428/1990 e 223/1991 nonché quanto previsto dal d.lgs. n. 74/2002, ora sostituito dal d.lgs. n. 113/2012.

Come anticipato quest'ultimo riguarda le imprese e le questioni transnazionali. Rientrano nel campo di applicazione della normativa le imprese "di dimensioni comunitarie" che impiegano almeno 150 lavoratori per stato membro in almeno due stati membri; stessi numeri riguardano i gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (art. 2, comma 1).

Da un rapido confronto tra i due provvedimenti emerge una maggiore

analiticità del secondo funzionale all'obiettivo dello stesso, enunciato nell'*incipit*, di "migliorare il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie" (art. 1, comma 1).

Tra le materie oggetto di informazione e consultazione spicca quella relativa ai "trasferimenti di produzione, le fusioni, la riduzione delle dimensioni o la chiusura di imprese, stabilimenti o loro parti importanti e i licenziamenti collettivi" (art. 16, comma 2); materia di informazione e consultazione che viene poi espressamente ripresa nel successivo comma 8 con riferimento ai processi di delocalizzazione, che comportino chiusura d'impresa o di stabilimenti oppure licenziamenti collettivi. Anche in questo caso è prevista la sanzione amministrativa.

Orbene, di questa disciplina non v'è traccia nell'art. 1, commi 224-236, legge n. 234/2021 in tema proprio di delocalizzazione, peraltro applicabile alla doppia condizione che si abbia un licenziamento di non meno di 50 lavoratori e che l'organico sia di almeno 250 dipendenti, quindi una "disciplina al ribasso" emanata non tenendo nel dovuto conto il d.lgs. n. 113/2012 pur se in vigore da 10 anni, a meno che la disciplina dettata dalla legge n. 234/2021 non riguardi le delocalizzazioni, fenomeno al quale ad onor del vero la legge non fa mai esplicito riferimento.

3. L'informazione e la consultazione sindacale nel codice della crisi d'impresa e della insolvenza

Sul coinvolgimento sindacale nell'ambito delle procedure concorsuali va operato un distinguo tra quanto previsto nel testo originario del CCI e quanto risulta all'esito della novellazione dello stesso ad opera del d.lgs. n. 83/2022 e della emanazione del d.l. n. 118/2021, che ha introdotto l'istituto della "composizione negoziata" per la risoluzione della crisi d'impresa.

Pur con un'impostazione nuova che si coglie nella novellazione dell'art. 2086, comma 2, c.c., anche il CCII, nel testo originario del 2019, limita il ruolo del sindacato alle procedure di informazione e consultazione previste per l'intervento CIGS; i licenziamenti collettivi per riduzione del personale; il trasferimento d'azienda o di sue parti.

Ruolo "limitato" in chiara distonia con la Direttiva 2019/1023 che, viceversa, prevede il coinvolgimento del sindacato anche nella fase di allerta

e di ristrutturazione dei debiti [artt. 3 e 13 nonché considerando 10-23-43-60]³. Il coinvolgimento, viceversa, è pieno nella gestione delle deroghe all'art. 2112, sulle quali si tornerà in seguito.

Questa lacuna è stata recuperata con un doppio intervento legislativo. Ed infatti, ancor prima dell'entrata in vigore del CCII, il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. nella legge n. 147/2021, ha introdotto l'istituto della "composizione negoziata" per la risoluzione della crisi di impresa.

Si tratta di uno strumento nuovo, in vigore dal 15.11.2021, al quale può ricorrere l'imprenditore per superare la "condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario" che rende probabile la crisi o l'insolvenza, nel rispetto del principio della continuità aziendale. Si tratta quindi di una procedura alternativa alla composizione "assistita" prevista nel codice, con il vantaggio per l'imprenditore di non perdere la gestione della propria azienda. Tralasciando i profili più squisitamente societari del nuovo istituto, giova richiamare ai fini che qui interessano l'art. 4, comma 8, secondo cui ove la composizione negoziata possa determinare rilevanti ripercussioni sui rapporti di lavoro, anche con riferimento all'organizzazione del lavoro o alle modalità di svolgimento della prestazione, è previsto a carico del datore di lavoro che occupi più di 15 dipendenti, l'obbligo di informare prima dell'adozione delle misure i soggetti sindacali previsti dall'art. 47 della legge n. 428/1990. Segue una consultazione temporalmente scandita alla quale partecipa l'esperto indipendente nella logica della uscita dalla crisi e della continuità aziendale. Ovviamente nel corso della consultazione la norma non esclude che si possa raggiungere un accordo con le OO.SS. funzionali a facilitare la composizione negoziale.

La misura appena esaminata si pone con tutta evidenza in linea con la Direttiva (UE) n. 2019/1023 del 20 giugno 2019 in tema di insolvenza.

Il secondo intervento si è avuto col decreto correttivo n. 83/2022, che ha sostituito l'art. 4, del CCII⁴, prevedendosi, al comma 1, che "Nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza". Nel successivo comma 3 "Ove non siano previste, dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 6

³ Sul coinvolgimento sindacale nella fase che precede la dichiarazione di insolvenza merita una citazione l'art. 24 del CCNL 19 dicembre 2018 del settore Distribuzione Moderna Organizzata.

⁴ V. l'art. 2, comma 2, d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che ha sostituito l'art. 4 del CCI.

febbraio 2007, n. 25, diverse procedure di informazione e consultazione, il datore di lavoro, che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, informa con comunicazione scritta, trasmessa anche tramite posta elettronica certificata, i soggetti sindacali di cui all'articolo 47, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, delle rilevanti determinazioni, assunte nel corso delle trattative della composizione negoziata e della predisposizione del piano nell'ambito di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni. I soggetti sindacali, entro tre giorni dalla ricezione dell'informativa, possono chiedere all'imprenditore un incontro. La conseguente consultazione deve avere inizio entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza e, salvo diverso accordo tra i partecipanti, si intende esaurita decorsi dieci giorni dal suo inizio. La consultazione si svolge con vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dal datore di lavoro o dai suoi rappresentanti nel legittimo interesse dell'impresa. In occasione della consultazione svolta nell'ambito della composizione negoziata è redatto, ai soli fini della determinazione del compenso dell'esperto di cui all'articolo 25-ter, comma 5, un sintetico rapporto sottoscritto dall'imprenditore e dall'esperto".

Come si vede una procedura apparentemente in linea con il d.lgs. n. 25/2007, che viene espressamente richiamato, ma totalmente ineffettiva se si considera che i sindacati hanno 3 giorni per chiedere l'incontro, quest'ultimo deve avere inizio entro 5 giorni e si deve concludere nei successivi 10, quindi in totale 18 giorni per esaminare le problematiche che affliggono l'azienda e formulare eventuali osservazioni e proposte; lasso temporale inferiore a quello previsto dall'art. 47, legge n. 428/1990 pari a 49 giorni (25 + 7 + 7 + 10), già non adeguato a consentire un serio confronto in caso di cessione d'azienda.

4. Il ruolo sindacale nelle vicende traslative delle imprese insolventi

Come già anticipato, più pregnante è il ruolo sindacale nelle vicende traslative dell'azienda di imprese insolventi, condizionandosi ad accordi sindacali tutte le ipotesi di deroghe previste dall'art. 47, legge n. 428/1990, profondamente rimaneggiato dal CCII.

Varie le novità e le problematiche indotte dalla novellazione, ma l'analisi viene circoscritta a due di esse.

La prima è connessa al rinvio che l'art. 191 CCII fa all'art. 47 cit. prevedendone l'applicazione "nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e al trasferimento d'azienda in esecuzione di accordi di ristrutturazione", ma come si sa l'art. 47 ha un campo di applicazione limitato (+ di 15 dipendenti), con l'effetto che per le aziende che impiegano meno di 16 dipendenti non applicandosi l'art. 47 non sono ammesse deroghe. Ora, l'art. 191 non fa alcun distinguo a seconda del numero dei dipendenti, con l'effetto che il rinvio può leggersi proprio nella prospettiva delle deroghe, con applicazione anche della procedura che resterebbe svincolata dal numero dei dipendenti. L'interrogativo finale è se l'art. 191 abbia inciso sul campo di applicazione dell'art. 47, potendosi sostenere che fuori della concorsualità nulla è cambiato; viceversa, nell'ambito delle procedure concorsuali tale allargamento del campo di applicazione c'è stato. Invero il problema interpretativo è stato risolto dalla modifica apportata all'articolo 191 con l'inserimento della frase "in presenza dei relativi presupposti", per cui anche nella concorsualità opera il limite di applicabilità dell'articolo 47.

La seconda novità riguarda proprio il testo dell'art. 47, profondamente modificato dall'art. 368 del CCII, che detta il "coordinamento [del CCII] con la disciplina del diritto del lavoro". Senza avventurarsi sulla scivolosa strada della idoneità di tale disposizione a centrare l'obiettivo del coordinamento (anche se si esprime un'opinione di segno negativo), va detto che l'art. 368 a livello di raccordo si occupa di due istituti, e cioè da un lato del licenziamento collettivo per riduzione di personale, intervenendo sulla legge n. 223/1991 e sul d.lgs. n. 23/2015, introducendo una procedura *ad hoc* per le riduzioni di personale nelle procedure concorsuali; dall'altro lato si occupa del trasferimento d'azienda, intervenendo sull'art. 47, legge n. 428/1990, al doppio fine di adeguare la norma alle nuove procedure e di superare una volta per tutte le criticità connesse alla non conformità dello stesso alla normativa comunitaria in tema di trasferimento d'azienda. L'art. 47 oltre a proceduralizzare la traslazione è in massima parte dedicato alla traslazione dell'azienda il cui titolare versi in una situazione di insolvenza.

Circoscrivendo il discorso al ruolo sindacale, vanno segnalate quattro novità.

La comunicazione di avvio della procedura può essere effettuata anche solo da chi intenda proporre l'offerta di acquisto dell'azienda ovvero formuli una proposta di concordato preventivo concorrente con quella dell'imprenditore; non viene menzionata l'ipotesi dell'affitto.

Viene ridisegnata la mappa delle deroghe rimesse alla sottoscrizione

dell'accordo sindacale (sia quando funge da condizione per le deroghe sia quando ne sia la fonte).

L'accordo che legittima le deroghe va concluso "anche" attraverso i contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, escludendosi in tal modo la sua obbligatorietà.

Dopo aver individuato i soggetti sindacali legittimati al confronto preventivo al trasferimento, l'art. 47 non specifica nei commi 4-*bis* e 5 quale sia il soggetto sindacale legittimato alla stipula dell'accordo derogatorio, pur se nel comma 5 prevede che "tuttavia, in tali ipotesi, nel corso delle consultazioni di cui ai precedenti commi, possono comunque stipularsi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, contratti collettivi si sensi dell'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 ...", facendo così coincidere chi è legittimato all'accordo con chi è legittimato al confronto.

Quindi non due criteri selettivi diversi e concorrenti ma sostanzialmente coincidenti, con l'unica eccezione, che va segnalata, che in presenza di RSA/RSU i sindacati di categoria che hanno stipulato il CCNL applicato nell'impresa interessata al trasferimento, potrebbero non coincidere con quelli *ex art.* 51. In questa evenienza la *formula legis* legittima entrambi i sindacati, anche perché il comma 1 dell'art. 47 non è stato modificato⁵.

Non costituisce, viceversa, una novità l'efficacia dell'accordo derogatorio che sia nel vecchio sia nel nuovo testo dell'art. 47 è generalizzata.

5. L'informazione e la consultazione sindacale nei processi di delocalizzazione

Come anticipato, una procedura *ad hoc* è stata introdotta dalla legge n. 234/2021 (commi 224-237-*bis*) per i fenomeni di delocalizzazione, già rimangiata a distanza di qualche mese con l'art. 37 del d.l. 23 settembre 2022, n. 144, convertito in legge 17 novembre 2022, n. 175.

Di tale articolata disciplina, come detto assoggettata a limiti numerici di applicabilità, vanno segnalati per il tema qui trattato alcuni aspetti.

La comunicazione, alle OO.SS. e agli altri destinatari previsti dal comma 224, dell'intenzione di chiudere l'azienda e di licenziare un certo numero di lavoratori va effettuata almeno 180 giorni prima dell'avvio della

⁵ È la tesi, condivisibile, di R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 239 ss., secondo cui, in forza della congiunzione "anche" presente nel comma 4-*bis*, i soggetti *ex art.* 51 si aggiungono a quelli *ex art.* 47, comma 1.

procedura *ex art.* 24, legge n. 223/1991⁶, con indicazione delle ragioni economiche, finanziarie, tecniche o organizzative della chiusura, il numero e i profili professionali del personale occupato e il termine entro cui è prevista la chiusura; come si vede una comunicazione abbastanza simile a quella prevista dall'art. 4, legge n. 223/1991.

Entro 60 giorni da tale comunicazione, agli stessi soggetti ai quali è stata inviata quest'ultima, va presentato un "piano" della durata non superiore a 12 mesi, per limitare le ricadute occupazionali ed economiche derivanti dalla chiusura. Nel piano devono essere esplicitate a) le azioni programmate per la salvaguardia dei livelli occupazionali e gli interventi per la gestione non traumatica dei possibili esuberi, quali il ricorso ad ammortizzatori sociali, la ricollocazione presso altro datore di lavoro e le misure di incentivo all'esodo; b) le azioni finalizzate alla rioccupazione o all'autoimpiego, quali formazione e riqualificazione professionale, anche ricorrendo ai fondi interprofessionali ovvero al programma GOL; c) le prospettive di cessione dell'azienda o di rami d'azienda con finalità di continuazione dell'attività, anche mediante cessione dell'azienda, o di suoi rami, ai lavoratori o a cooperative da essi costituite; d) gli eventuali progetti di riconversione del sito produttivo, anche per finalità socioculturali a favore del territorio interessato; e) i tempi e le modalità di attuazione delle azioni previste.

Sul piano si avvia il confronto, entro 120 giorni dalla presentazione⁷, con le rappresentanze sindacali, alla presenza degli altri soggetti destinatari della comunicazione, con possibile sottoscrizione di un accordo che incide sull'ammontare del contributo di licenziamento, escludendosi la triplicazione dello stesso (*infra*). In pendenza di confronto non può essere avviata la procedura di licenziamento collettivo e non possono essere intimati licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. I licenziamenti individuali o collettivi intimati in mancanza della comunicazione o prima dello scadere del termine di 180 giorni, ovvero del minor termine entro il quale è sottoscritto il piano, sono nulli⁸, con una decisa inversione di tendenza rispetto al depotenziamento dell'apparato sanzionatorio per le violazioni procedu-

⁶ Il termine di 90 giorni previsto dall'art. 1, comma 227, legge n. 234/2021, è stato raddoppiato dall'art. 37, comma 1, lett. a), d.l. n. 144/2022.

⁷ Il termine di 30 giorni previsto dall'art. 1, comma 231, legge n. 234/2021, è stato raddoppiato dall'art. 37, comma 1, lett. b), d.l. n. 144/2022.

⁸ In sintonia con il raddoppio del termine per l'invio della comunicazione, anche in questo caso il termine di 90 giorni previsto dall'art. 1, comma 227, legge n. 234/2021, è stato raddoppiato dall'art. 37, comma 1, lett. a), d.l. n. 144/2022.

rali realizzato dalla legge n. 92/2012 prima e dal d.lgs. n. 23/2015 poi.

Varato il piano, il datore deve comunicare mensilmente ai soggetti del confronto lo stato di attuazione, dando evidenza del rispetto dei tempi e delle modalità di attuazione, nonché dei risultati delle azioni intraprese. A questo riguardo si vuole segnalare che tale previsione contenuta nel comma 234 è stata inspiegabilmente replicata nel successivo comma 235, quarto periodo, novellato dall'art. 37, comma 1, lett. c), d.l. n. 144/2022.

Articolato è l'apparato sanzionatorio a carico dei datori che violano tale complessa procedura, distinguendosi le ipotesi di: – mancata presentazione del piano; – piano insufficiente quanto ai contenuti previsti dalla legge; – mancata sottoscrizione dell'accordo; – inadempimento rispetto agli impegni assunti, ai tempi e alle modalità di attuazione del piano di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro. Senza entrare qui nel dettaglio, va evidenziato che in caso di mancata sottoscrizione del piano da parte delle OO.SS. il contributo di licenziamento viene aumentato del 500%, essendo stata decuplicata l'originaria misura del 50% prevista dal comma 235, ad opera dell'art. 37, comma 1, lett. c), che ha sostituito il terzo periodo di quest'ultimo comma.

Poiché in tema di delocalizzazioni alcuni CCNL (vedi ad esempio quello del settore dell'industria metalmeccanica privata) contengono una disciplina *ad hoc*, con il nuovo comma 237-*bis*, introdotto sempre dal d.l. n. 144/2022, sono fatte salve le previsioni di maggior favore per i lavoratori sancite dai contratti collettivi di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

Sempre a scopo dissuasivo/sanzionatorio, il d.l. n. 144/2022 (art. 37, comma 2), prevede che “Nel caso in cui, all'esito della procedura di cui all'articolo 1, commi da 224 a 237-*bis*, della legge 30 dicembre 2021, n. 234, il datore di lavoro cessi definitivamente l'attività produttiva o una parte significativa della stessa, anche per effetto di delocalizzazioni, con contestuale riduzione di personale superiore al 40 per cento di quello impiegato mediamente nell'ultimo anno, a livello nazionale o locale ovvero nel reparto oggetto della delocalizzazione o chiusura, lo stesso è tenuto alla restituzione delle sovvenzioni, dei contributi, sussidi ed ausili finanziari o vantaggi economici a carico della finanza pubblica di cui hanno beneficiato gli stabilimenti produttivi oggetto delle cessazioni o ridimensionamenti di attività di cui alla presente disposizione, e rientranti fra quelli oggetto di iscrizione obbligatoria nel Registro nazionale degli aiuti di Stato, percepiti nei dieci anni antecedenti l'avvio della procedura medesima, in proporzione alla percentuale di riduzione del personale. Fino alla completa restituzione delle somme di cui al primo periodo. Al soggetto debitore non posso-

no essere concessi ulteriori sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili. Il provvedimento delle singole amministrazioni che hanno erogato i predetti benefici che dà atto della sussistenza dei presupposti per la restituzione costituisce titolo per la riscossione coattiva mediante ruolo ai sensi del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46. Le somme in tal modo rimosse sono riversate in apposito capitolo di bilancio e sono destinate per processi di reindustrializzazione o riconversione industriale delle aree interessate dalla cessazione dell'attività".

6. *Il ruolo del sindacato e della contrattazione nella gestione delle transizioni occupazionali*

Più complessa è l'individuazione del ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva nella gestione delle transizioni occupazionali, in funzione del superamento della crisi e della ripresa produttiva ed occupazionale. Rinviando per l'analisi della strumentazione finalizzata a centrare questo obiettivo a quanto detto altrove⁹, la riflessione viene circoscritta al ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva in tali processi transizionali, evidenziando da subito che il ruolo sindacale in questi casi non è limitato all'informazione e alla consultazione ma è sicuramente più attivo e coinvolgente, traducendosi nella stipula di contratti ed accordi, sovente di natura gestionale.

6.1. *Il contratto di espansione*

Principiando dal contratto di espansione *ex art.* 41, d.lgs. n. 148/2015, giova ricordare che tale strumento ha sostituito il contratto di solidarietà espansivo "resuscitato" dopo trent'anni di "coma" dal d.lgs. n. 148/2015 ma soppresso in via definitiva nel 2019 con l'art. 26-*quater*, comma 1, d.l. n. 34/2019, conv. in legge n. 58/2019, forse troppo frettolosamente, anche perché il contratto di espansione è una misura sperimentale e con un ambito di applicazione limitato.

Tale nuovo strumento ruota intorno a tre possibili misure: la riqualificazione dei lavoratori in organico, con un intervento in deroga della CIGS per massimo 18 mesi, anche non continuativi; l'assunzione di nuove pro-

⁹ Vedi D. GAROFALO, *Gli strumenti di gestione della crisi di impresa Un quadro d'insieme*, in *Working Paper ADAPT*, n. 8, 2022.

fessionalità; l'esodo incentivato dei lavoratori anziani (per tali intendendosi quelli ai quali mancano non più di 60 mesi per il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia).

In forza della nuova norma si consente alle aziende interessate da processi di reindustrializzazione e riorganizzazione, a condizione che per il biennio 2022-2023 abbiano almeno 50 dipendenti (anche facenti capo a più imprese stabilmente aggregate con un'unica finalità produttiva o di servizi) di stipulare un contratto, avente natura gestionale, che preveda un intervento di CIGS in deroga per massimo 18 mesi con un progetto di riqualificazione dei lavoratori in vista della reindustrializzazione e della riorganizzazione.

A tal fine (comma 8) l'impresa deve presentare un progetto formativo, essendo consentita anche la formazione *on the job*, che preveda l'acquisizione di nuove competenze. È utilizzabile l'assegno di ricollocazione; è da verificare l'utilizzabilità del Fondo Nuove Competenze (vedi *infra*).

6.2. L'accordo di transizione occupazionale

Specificatamente destinato alla transizione occupazionale è l'A.T.O. disciplinato dall'art. 22-ter, d.lgs. n. 148/2015, introdotto dalla legge n. 234/2021 (art. 1, comma 200)¹⁰.

Il Ministero del lavoro nella circolare n. 6/2022 parla di una "nuova misura di integrazione salariale", pur se si tratta dell'ennesima deroga ai limiti di durata dell'intervento CIGS previsti dagli artt. 4 e 22, d.lgs. n. 148/2015.

La durata non a termine della previsione corrobora tale qualificazione dell'ATO, che si può considerare, quindi, come strumento a regime.

Come detto, si tratta sostanzialmente di una proroga della CIGS (ma il ministero ha opportunamente precisato che potrebbe esserci soluzione di continuità con l'intervento *standard*) della durata massima di 12 mesi (allo stato non prorogabili ma dubitare è lecito) ove definite, con accordo sindacale *ex art. 24*, d.lgs. n. 148/2015, azioni finalizzate alla rioccupazione, all'autoimpiego, quali formazione e riqualificazione professionale.

Vanno individuati i lavoratori a rischio di esubero ai quali è rivolta la misura, e la mancata partecipazione da parte degli stessi alle iniziative comporta la decadenza dalla prestazione. Sono ammessi finanziamenti regionali e dei fondi *ex art. 118*, legge n. 388/2000.

¹⁰ Vedi circolare Ministero del lavoro n. 6/2022, punto 7.

Gli esuberanti accedono al programma GOL – Percorso 5: ricollocazione collettiva.

6.3. *Gli accordi territoriali per la formazione professionale nei settori della transizione ecologica e digitale*

Ulteriore misura è rappresentata dagli accordi territoriali per la formazione professionale nei settori della transizione ecologica e digitale, disciplinati nei commi 249-250 della legge n. 234/2021.

Nell'ambito del programma GOL (su cui v. *infra*) autonomie locali – soggetti pubblici e privati – ETS – associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possono sottoscrivere accordi per realizzare progetti formativi e di inserimento lavorativo nei settori della transizione ecologica e digitale, diretti a inserire o reinserire con adeguata formazione disoccupati-inoccupati-inattivi ovvero a riqualificare lavoratori già occupati e potenziare le loro conoscenze (comma 250).

Nell'ambito di questi accordi imprese anche in rete possono realizzare la formazione dei lavoratori nei settori dell'ecologia e del digitale al fine di fare acquisire ai soggetti del primo tipo conoscenze specialistiche tecniche e professionali, anche tramite l'apprendistato dei tre tipi, o di garantire ai lavoratori del secondo tipo una formazione continua, istituendo conti individuali di apprendimento anche per mobilità tra imprese.

6.4. *Il programma garanzia occupabilità lavoratori*

Più impegnativo è il discorso da fare in relazione al Programma GOL, Garanzia Occupabilità Lavoratori (art. 1, comma 324, legge n. 178/2020), evocato in occasione dell'intervento della CIGS sia in funzione del mantenimento dei livelli occupazionali sia in funzione della ricollocazione degli esuberanti. Il GOL preesiste al PNRR essendo stato varato con l'art. 1, comma 324, legge n. 178/2020, ma il PNRR se ne è "appropriato" inserendolo nella missione 5 – componente C1 – punto 1.1 – politiche attive del lavoro e formazione, con una dotazione iniziale di 880 milioni di euro.

Il programma deve erogare servizi specifici di politica attiva del lavoro nell'ambito del patto di servizio personalizzato, nei quali fare confluire in prospettiva le misure di assistenza intensiva dell'assegno di ricollocazione. È stato già emanato il d.m. 5 novembre 2021 attuativo del programma, che all'allegato A lo sviluppa in maniera molto articolata.

Da segnalare che il primo riparto di risorse è per numero “di potenziali beneficiari”, mentre i successivi riparti sono collegati all’utilizzo delle risorse e alle misure attivate, secondo la logica del “più fai più hai” (v. all. B e art. 2, comma 4, del d.m. 5 novembre 2021).

Il programma si caratterizza anche per il possibile ausilio del sistema privato con una forma di sussidiarietà orizzontale evoluta ma ancora da costruire.

Il GOL si articola in cinque percorsi differenziati a seconda dei bisogni: 1) reinserimento occupazionale per profili più facilmente occupabili; 2) aggiornamento per migliorare le competenze specifiche; 3) riqualificazione con attività formative più robuste e specifiche; 4) lavoro e inclusione (anche in collaborazione con i comuni); 5) ricollocazione collettiva per la gestione di crisi aziendale.

Il primo step per gli obiettivi del gol era fissato al 2022, garantendo un avvio delle attività formative entro quattro mesi dall’inizio dell’intervento dell’ammortizzatore sociale.

Al programma GOL possono attingere anche i lavoratori autonomi che cessano in via definitiva l’attività professionale, attraverso lo sportello ad essi dedicato *ex art.* 10, legge n. 81/2017 (legge n. 234/2021, commi 251-252).

Per gli accordi tra autonomie locali – soggetti pubblici e privati – ETS – Associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale si rinvia al precedente punto 6.3.

6.5. Il fondo nuove competenze

Attraverso il fondo nuove competenze, istituito presso l’ANPAL (art. 88, d.l. n. 34/2020 – art. 11-*ter*, d.l. n. 146/2021), è possibile stipulare accordi aziendali e territoriali che prevedano una rimodulazione dell’orario di lavoro (*id est* riduzione) per destinare le ore così liberate a percorsi formativi, con oneri per le ore di formazione (sia per la retribuzione sia per i contributi) a carico del Fondo. Al finanziamento di tali percorsi possono partecipare regioni, PATB, PON, FSE, fondi paritetici interprofessionali, FORMATEMP. L’ambito di applicazione del FNC è stato recentemente esteso dall’art. 24, d.l. n. 17/2022, alle aziende che abbiano sottoscritto accordi di sviluppo per progetti di investimento strategico ovvero abbiano fatto ricorso al Fondo per il sostegno alla transizione industriale, istituito dalla legge n. 234/2021 (commi 478-479).

Gli accordi, stipulati tra associazioni datoriali e organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero con le RSA, prevedono la rimodulazione dell’orario di lavoro per mutate esigenze

organizzative/produttive ovvero per favorire percorsi di ricollocazione dei lavoratori, destinando le ore così liberate a percorsi formativi. Per l'attuazione del FNC è stato emanato il d.m. 9 ottobre 2020 (al cui contenuto si rinvia), mentre a dicembre 2020 è stata sottoscritta la convenzione ANPAL-INPS per l'erogazione del contributo e il monitoraggio affidato all'INPS.

Il quesito di fondo che si pone rispetto all'intervento del Fondo è se esso costituisca uno strumento alternativo alla CIGS ovvero di supporto ad essa, in funzione del recupero dei lavoratori sospesi o della loro ricollocazione. Stando a quanto previsto nel decreto attuativo la risposta dovrebbe andare nella direzione dell'alternatività, pur se si sente parlare di una possibile utilizzabilità dello strumento anche da parte delle aziende in CIGS.

Per lo stretto nesso del Fondo Nuove Competenze con il PNRR (Missione 5, componente 1), il 22 settembre 2022 è stato emanato un nuovo decreto interministeriale (Lav. e MEF) che ha introdotto una serie di rilevanti modifiche alla disciplina adottata col decreto del 2020¹¹.

Varia l'ammontare degli oneri finanziabili dal Fondo che non rimborsa più l'intero costo del personale in formazione, ma solo il 60% della retribuzione oraria, invariato il rimborso dei contributi previdenziali. Il rimborso della retribuzione può essere totale in caso di accordi che prevedano, oltre alla rimodulazione dell'orario di lavoro finalizzata a percorsi formativi, anche una riduzione dell'orario normale di lavoro a parità di retribuzione complessiva (di carattere strutturale o sperimentale per almeno un triennio).

Vengono modificate le modalità di erogazione del finanziamento, con la possibilità di ottenere le risorse in anticipo, prima dell'attivazione delle azioni formative, a condizione che sia prestata una fidejussione bancaria o polizza assicurativa, prima prevista in via generale per il 70% del finanziamento.

Ancora, si strutturalizza l'intervento dei Fondi interprofessionali per la formazione continua, considerati partner privilegiati per l'attuazione dei programmi e il finanziamento dei costi strettamente relativi alla formazione.

Altra novità riguarda i contenuti formativi dei piani finanziati dal Fondo nuove competenze. Innanzitutto viene introdotto un monte orario minimo di 40 ore (per un massimo di 200 ore) per ciascun lavoratore. Ma soprattutto sono definite le aree tematiche verso le quali devono essere orientati i progetti formativi. Se in origine era sufficiente che fossero funzionali alle «mutate esigenze organizzative e produttive dell'impresa», le nuove

¹¹ Per una prima disamina v. G. IMPELLIZZIERI, *Al via il (nuovo) Fondo nuove competenze*, in *Bollettino ADAPT*, 7 novembre 2022, n. 38.

modalità di funzionamento limiteranno l'accesso alle risorse del fondo ai soli programmi rivolti all'acquisizione di competenze utili alla transizione ecologica e tecnologica. Le competenze da acquisire sono già preventivamente e tassativamente individuate da allegati al decreto ministeriale, con una scelta che potrebbe collidere con le competenze regionali, oltre che creare problemi di coordinamento con i fabbisogni professionali dei territori e delle imprese.

Al fine di garantire la qualità delle azioni formative e di evitare forme di utilizzo distorsive è anche escluso, a differenza di quanto previsto nel decreto del 2020, che la formazione possa essere erogata dall'azienda stessa.

L'accentramento delle competenze a gestire il Fondo, pur giustificato dalla volontà di non disperdere le risorse in azioni formative di bassa qualità, prevedendosi clausole limitative e restrittive, corre l'opposto rischio di sottrarre facoltà di programmazione e controllo alle parti sociali, con la possibilità che il coinvolgimento delle stesse si riduca a semplici adempimenti formali.

7. Una considerazione conclusiva

Alla luce della disamina che precede sul ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva nella gestione delle crisi e della ripresa, analizzato dall'angolo di visuale prescelto, si intende concludere ponendo un interrogativo: il sindacato per come oggi è composto e rappresentato sarà in grado di giocare tale importante ed impegnativo ruolo? La mia opinione è pressoché scontata! Quale il rimedio a tale situazione? In mente viene il potere sostitutivo che la legge prevede nel caso di inerzia del soggetto legittimato a governare determinati fenomeni (si pensi, solo per fare un esempio, al potere sostitutivo dell'ANPAL (ora del ministero del lavoro) rispetto alle regioni inadempienti, previsto dal d.lgs. n. 150/2015): nella materia qui trattata come organo in grado di governarla non si intravedono alternative all'ispettorato del lavoro, del resto già coinvolto nelle procedure di riduzione del personale dal Codice della crisi e dell'insolvenza [vedi gli artt. 189, commi 4 e 6, lett. a-c-d), e 368, comma 1, d.lgs. n. 14/2019].

LA TEORIA VOLONTARISTICA DELL'EFFICACIA SOGGETTIVA DEL CONTRATTO COLLETTIVO

Enrico Gragnoli *

1. L'efficacia soggettiva del contratto collettivo e la rappresentanza

In ossequio alla dominante e convincente teoria della rappresentanza¹, rilevante ai fini della determinazione del contratto applicabile, l'appartenenza dei datori e dei prestatori di lavoro alle associazioni definisce per chi operi il contratto², ai sensi dell'art. 1372 c.c. e, comunque, con l'osservanza del principio di libertà sindacale, anche in una ottica negativa³. Ciò ha trovato conferma a seguito della stipulazione dei cosiddetti negozi separati⁴, cioè voluti solo da alcune fra le confederazioni con maggiore consistenza⁵. Infatti, “il principio dell'art. 2070, comma primo, cod. civ. non ha applicazione nei riguardi della contrattazione di diritto comune con efficacia vincolante nei confronti degli iscritti”⁶. Dunque, “l'art. 2070, primo comma, cod. civ. non opera”⁷. Anzi, “dopo la soppressione dell'ordina-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Parma.

¹ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 381 ss.

² V. SIMI, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1967, I, p. 335 ss.

³ A. CATAUDELLA, *Adesione al sindacato e prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale di lavoro*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 1966, p. 544 ss.

⁴ G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 173 ss.

⁵ A. LASSANDARI, *Problemi e ricadute della contrattazione “separata”*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 325 ss.

⁶ Trib. Bologna, 12 ottobre 2011, in *Giur. it. rep.*, 2011.

⁷ Trib. Taranto, 22 marzo 2010, in *Giur. it. rep.*, 2010.

mento corporativo, i contratti sono sottoposti alle regole civilistiche e la loro efficacia, non estesa alla generalità, è ristretta a quanti, con l'iscrizione, abbiano conferito il potere di rappresentanza"⁸.

Il problema diventa più complesso⁹ qualora manchi l'unità dell'accordo e ne siano conclusi due o, almeno, uno non accettato da tutte le confederazioni tradizionali¹⁰. Come è noto, qualora il datore di lavoro sia iscritto¹¹, se non altro si prescinde dall'appartenenza del dipendente a un sindacato¹². L'obbligazione dell'impresa non è solo nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori, ma anche dei singoli¹³, e non vi è interesse a limitare l'operare del contratto ai soli prestatori di opere aderenti, proprio per la necessaria omogeneità di trattamento, a maggiore ragione dopo l'affermarsi delle tecniche informatiche. A fronte dell'adesione all'associazione che abbia negoziato e dell'efficacia diretta delle clausole normative nella sfera dello stesso datore di lavoro¹⁴, perdono in parte di risalto la condizione del dipendente e, cioè, la sua eventuale iscrizione, che, se mai, incide sul potere di rifiuto.

Fa eccezione il caso, sporadico una volta, ora meno, delle aziende con una struttura così complessa, per le funzioni eterogenee, da suggerire il ricorso a più accordi, al limite con la partecipazione a diverse organizzazioni. Se il contratto è efficace a seguito dell'iscrizione aziendale e, cioè, per effetto della rappresentanza¹⁵, i negozi individuali portano clausole di conferma dell'operare

⁸ Trib. Napoli, 1° dicembre 2009, in *Giur. it. rep.*, 2009.

⁹ M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 1 ss.

¹⁰ V. Cass. 3 dicembre 2020, n. 27757, in www.dirittolavorovariazioni.com, per cui «a una società cooperativa aderente all'Associazione Lega delle cooperative non si applica il contratto collettivo nazionale delle imprese di trasporto e di logistica aderenti all'Associazione Confindustria, ma quello stipulato dall'Associazione Lega delle cooperative, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 36 cost.».

¹¹ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, loc. cit., p. 395 ss.

¹² C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in F. CARINCI-M. PERSIANI (diretto da), *Tratt. dir. lav.*, Cedam, Padova, 2010, p. 490 ss.

¹³ M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 360 ss.

¹⁴ U. PROSPERETTI, *I contratti collettivi di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 46 ss.

¹⁵ S. LIEBMAN, *Contributo allo studio della contrattazione collettiva nell'ordinamento giuridico italiano*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 57 ss.

dell'intesa e fanno così scomparire ogni dubbio sulla sorte dei non iscritti¹⁶. Se anche ciò non accade (ed è raro), l'impresa dà attuazione all'accordo nei confronti dell'intero personale, in nome di quella omogeneità più imposta che suggerita dalle moderne tecniche. Qualora più contratti siano applicati nella stessa azienda, occorre stabilire quale riguardi ciascun dipendente.

L'iscrizione del datore di lavoro non implica solo il conferimento della rappresentanza¹⁷, ma, prima di tutto, l'accettazione del negozio quale risorsa regolativa volta a consentire l'organizzazione aziendale¹⁸, e ciò si distingue dalla mera attribuzione del potere, per l'originaria dichiarazione di consenso all'intesa. Del resto, le clausole sull'ambito di applicazione hanno natura normativa¹⁹ ed effetti diretti e vincolanti nella sfera delle imprese aderenti. Quindi, le decisioni dell'associazione determinano quale accordo diventi rilevante, nelle varie e successive stesure²⁰, poiché l'impresa vuole il contratto come strumento di composizione del conflitto industriale. Se è uno, non occorre l'adesione del dipendente a una associazione e l'iscrizione del datore di lavoro implica l'applicazione generale dell'accordo, a tutti coloro che non lo rifiutino. Ciò accade nei fatti ed è implicito nell'attribuzione della rappresentanza²¹. Senza che, per il datore di lavoro, si debba fare riferimento a una adesione implicita al negozio, la sua iscrizione ha una portata generale, per la partecipazione all'organizzazione imprenditoriale, in quanto tale²². Se l'affiliazione del lavoratore è irrilevante²³ e se l'esercizio della rappresentanza è asimmetrico sul versante dei prestatori di opere e su quello delle imprese²⁴, ci si deve chiedere fino a quale punto sia

¹⁶ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, loc. cit., p. 403 ss.

¹⁷ M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, p. 98 ss.

¹⁸ Seppure in una prospettiva diversa, v. G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 127 ss.

¹⁹ R. FLAMMIA, *Problemi circa l'ambito di applicazione dei contratti collettivi*, in AA.VV., *Categorie professionali e contratti collettivi*, in *Not. giur. lav., suppl.*, 1990, p. 21 ss.

²⁰ In senso opposto, v. Trib. Trento, 11 febbraio 2000, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 815.

²¹ G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, cit., p. 121 ss.

²² R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 170 ss.

²³ Se mai, il tema incide sul possibile esercizio del potere di rifiuto.

²⁴ M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO-G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Cedam, Padova, 1980, p. 105 ss.

conveniente per queste ultime appartenere a una associazione.

Sulla base dell'attuale lettura dell'art. 2070 c.c.²⁵, il datore di lavoro non iscritto può scegliere fra le tante intese; con un po' di fantasia, si potrebbe parlare di un "mercato" dei contratti, i quali si offrono per la loro applicazione, fermi i vincoli dell'art. 36 Cost.²⁶. Al contrario, l'impresa aderente deve sottostare all'esercizio della rappresentanza e, di rinnovo in rinnovo, rispettare l'accordo concluso dal suo agente negoziale. A fronte di una composizione frazionata delle organizzazioni imprenditoriali, l'iscrizione presenta un fascino limitato. È fondamentale per i pochi soggetti in grado di condizionare le relazioni industriali, ma, per gli altri, il contratto si presenta nella sua oggettività, come il prodotto dell'azione di un procuratore senza il minimo vincolo e senza che si apra una realistica discussione preparatoria, neppure per mezzo dei moderni sistemi di comunicazione, almeno nei confronti di un numero significativo di soggetti.

2. La cosiddetta adesione esplicita

Qualora l'identificazione del contratto non possa avere luogo in forza dell'iscrizione del datore di lavoro²⁷, hanno rilievo le eventuali indicazioni degli accordi individuali, con la cosiddetta "adesione esplicita" o, a volere essere più precisi, con l'assunzione di un obbligo bilaterale²⁸. Chi invochi l'applicazione di un negozio deve "provare l'estremo dell'iscrizione o, almeno, che vi sia stata una adesione"²⁹, con un esatto, ma scontato rinvio all'art. 2697 c.c. Di solito, quando si richiama una intesa di categoria³⁰, si usano espressioni univoche e si enuncia l'intento con chiarezza. Per esempio, il negozio non si deve limitare "al rinvio alle tabelle salariali e a prevedere la corresponsione della quattordicesima mensilità"³¹, ma si dovrebbe riferire a un accordo identificato con la menzione delle parti, come accade

²⁵ V. Cass., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1999.

²⁶ V. Cass. 13 luglio 2009, n. 16340, in *Giur. it. rep.*, 2009.

²⁷ V. Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, in *Giur. it. rep.*, 1999.

²⁸ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, loc. cit., p. 403 ss.

²⁹ V. Trib. Napoli, 3 gennaio 2006, in *Giur. it. rep.*, 2010.

³⁰ L. NOGLER, *Note di tema di schemi innominati di rinvio al contratto collettivo da parte del contratto individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, p. 531 ss.

³¹ V. Cass. 8 maggio 2009, n. 10632, in *Giur. it. rep.*, 2009.

quasi sempre. Poco importa il richiamo delle successive rinnovazioni³², perché basta una frase sintetica, relativa a ogni variante, salvo il caso in cui l'intesa non sia poi stipulata da tutti i soggetti sindacali³³. Né il lavoratore può opporre il suo dissenso³⁴, poiché ha accettato il negozio.

Si potrebbe obiettare che il prestatore di opere non potrebbe accondiscendere in modo definitivo all'intera contrattazione³⁵, in previsione delle modificazioni, e che, seppure espresso nell'accordo individuale, il consenso dovrebbe riguardare ciascuna intesa, poiché la dichiarazione avrebbe un contenuto determinabile solo se riferita a un testo. La tesi non convince. Si osserva che, "ove non altrimenti vincolati per atti di esercizio di autonomia privata, i singoli possono rifiutare (...) che il loro rapporto" sia "assoggettato alla disciplina globalmente dettata dalla fonte collettiva", ma, se questa è accettata, "l'efficacia degli (...) 'atti' – ossia delle singole disposizioni dei contratti collettivi – non può essere contestata, in quanto quelle (...) operano (...) alla stessa stregua di norme di diritto oggettivo"³⁶. Ciò non è persuasivo, perché il contratto resta tale, ma, di fronte alla sua menzione nell'intesa individuale dei prestatori di opere non iscritti³⁷, non vale opporre che ciascuna edizione avrebbe sue caratteristiche.

La volontà riguarda il negozio nella sua dimensione storica e, cioè, come espressione di un consenso riproposto a cadenze periodiche e senza che si debba considerare lo specifico regolamento consensuale, se non altro per il suo contenuto troppo articolato perché sia possibile una analisi consapevole. Il contratto individuale provoca l'interferenza sul rapporto

³² P. LAMBERTUCCI, *Tipologia, struttura e funzioni della contrattazione collettiva*, in F. CARINCI (a cura di), G. PROIA (coord. da), *Il lavoro subordinato*, tm. I, *Il diritto sindacale*, in M. BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, Utet, Torino, 2007, p. 229 ss.

³³ In senso opposto, si è detto che «il datore di lavoro che dichiara di recepire un contratto collettivo, è obbligato alla sua applicazione, ma non di tutti quelli successivi, se manca una nuova ed espressa manifestazione di volontà o non sia ravvisabile una implicita adesione alla nuova regolamentazione, che si manifesti attraverso una ripetuta e inequivoca applicazione delle relative clausole» (v. Cass. 23 aprile 1999, n. 4070, in *Giur. it. rep.*, 1999).

³⁴ In senso diverso, v. P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, in F. CARINCI (a cura di), G. PROIA (coord. da), *Il lavoro subordinato*, tm. I, *Il diritto sindacale*, cit., p. 277 ss.

³⁵ G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, cit., p. 207 ss.

³⁶ G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, cit., p. 207 ss.

³⁷ L. MARIUCCI, *Per nuove regole sindacali: riflessioni e proposte*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 459 ss.

non della “contrattazione” nel suo insieme³⁸ (e, tanto meno, sulla base di una sua pretesa oggettività), ma dei vari accordi collettivi, risultato di una attività progressiva, soprattutto se corroborati dalla stipulazione di tutte le associazioni³⁹. Ciascun esito del dialogo sociale non è a sé e il nesso fra le rinnovazioni periodiche⁴⁰, comunque collegate in un tragitto, è sufficiente a rendere determinato il rinvio⁴¹. In senso opposto, si può argomentare in modo persuasivo solo per il cosiddetto negozio “separato”⁴², poiché, in tale eventualità, la mancata partecipazione di tutte le associazioni⁴³ giustifica una lettura restrittiva dell’adesione⁴⁴. In generale, perché abbia un contenuto determinabile⁴⁵, questa deve identificare solo gli autori⁴⁶.

Le consuete clausole presenti negli schemi convenzionali utilizzati al momento dell’assunzione provocano doveri bilaterali, con vincoli efficaci, senza possibili, successivi pentimenti, se non nell’ipotesi descritta della contrattazione “separata”⁴⁷. Ciò non è in contrasto con l’art. 39, comma 1, Cost., poiché, in nome della priorità delle sue aspettative, il singolo dispone del suo patrimonio in modo valido, proprio per l’affiliazione del datore di lavoro o, in difetto, per l’adesione ai negozi sindacali⁴⁸, senza alcuna incorporazione⁴⁹. Non vale obiettare che, al momento della costituzione

³⁸ G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, cit., p. 207 ss.

³⁹ A. LASSANDARI, *L’azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 325 ss.

⁴⁰ P. LAMBERTUCCI, *Tipologia, struttura e funzioni della contrattazione collettiva*, loc. cit., p. 231 ss.

⁴¹ V. Cass. 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Giur. it. rep.*, 2008, sul concetto di determinatezza dell’oggetto.

⁴² A. LASSANDARI, *Considerazioni a margine della “firma separata” del contratto collettivo nazionale per i lavoratori metalmeccanici*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 715 ss.

⁴³ Però, v. P. TOSI, *L’efficacia del contratto collettivo prescinde dall’atto di autonomia individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 101 ss.

⁴⁴ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, loc. cit., p. 381 ss.

⁴⁵ V. Cass. 12 aprile 2002, n. 5281, in *Giur. it. rep.*, 2002, sulla nozione di determinabilità.

⁴⁶ In senso opposto, v. P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, loc. cit., p. 282 ss.

⁴⁷ F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell’800 al primo decennio 2000*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, cit., p. 159 ss.

⁴⁸ V. Cass. 17 ottobre 1985, n. 5122, in *Not. giur. lav.*, 1985, p. 540.

⁴⁹ M. TREMOLADA, *Concorso e conflitto tra regolamenti collettivi di lavoro*, Cedam, Padova, 1984, p. 31 ss.

del rapporto, l'impresa esercita il suo massimo potere e poco può resistere il dipendente. Infatti, l'accettazione espressa del contratto di categoria non lede il patrimonio individuale, non solo per il diritto alla retribuzione minima, alla stregua dell'art. 36, comma 1, Cost., ma per l'illiceità intrinseca degli accordi "pirata", in sé nulli. Così, se si opta per una intesa valida, il sistema dà sufficienti garanzie al lavoratore, a tutela della sua libertà.

Seppure di solito senza particolare consapevolezza⁵⁰, egli manifesta un efficace consenso, nel perimetro delle tutele costituzionali. In grado di decidere, resta poi obbligato, senza influenza alcuna delle evoluzioni imprevedibili dei rapporti di forza nelle relazioni industriali. Allo stesso modo si può pronunciare il contratto aziendale, come è accaduto per uno "che richiamava in premessa sia il negozio nazionale, sia quello provinciale"⁵¹. Ne conseguono "la piena validità ed efficacia della clausola con cui le organizzazioni aziendali stabiliscano l'applicabilità di accordi conclusi per una categoria diversa"⁵². Anzi, a sua volta si deve stabilire l'ambito di rilevanza del negozio di secondo livello, ferma la natura normativa delle relative previsioni⁵³. In generale, si può scegliere il contratto "nazionale"⁵⁴ e, per l'adesione esplicita⁵⁵, il rapporto resta così regolato, senza possibilità di invocare il criterio legale della natura "dell'attività produttiva"⁵⁶, vista l'inapplicabilità dell'art. 2070, comma 1, c.c.⁵⁷. Perciò, se opera "un negozio proprio di un settore diverso, il lavoratore non si può dolere, se l'impresa non è obbligata in modo differente per appartenenza" sindacale⁵⁸.

⁵⁰ Però, non si può parlare in senso stretto di una ipotesi di asimmetria informativa, poiché vi è da chiedersi quanto siano consapevoli di tali problemi tecnici i datori di lavoro, per lo meno nella media e con l'eccezione delle imprese più avvedute e documentate.

⁵¹ V. Cass. 6 agosto 2003, n. 11875, in *Giur. it. rep.*, 2003.

⁵² V. Cass. 6 agosto 2003, n. 11875, in *Giur. it. rep.*, 2003.

⁵³ P. LAMBERTUCCI, *Tipologia, struttura e funzioni della contrattazione collettiva*, loc. cit., p. 233 ss.

⁵⁴ M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, loc. cit., p. 1 ss.

⁵⁵ L. MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 695 ss.

⁵⁶ V. Cass. 13 novembre 1999, n. 12608, in *Giur. it. rep.*, 1999.

⁵⁷ V. Pret. Milano, 18 giugno 1997, in *Orient. giur. lav.*, 1997, p. 912.

⁵⁸ V. Cass., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giur. it. rep.*, 1997.

3. *Un noto caso di possibile rilevanza dell'adesione esplicita*

La nozione di adesione esplicita fa sorgere dubbi per un caso noto⁵⁹. Nulla vieta al datore di lavoro iscritto di confermare negli accordi individuali il riferimento all'intesa nazionale, non solo per abitudine, ma per fare sorgere nel prestatore di opere non affiliato il corrispondente obbligo, ostativo all'eventuale, successivo dissenso. L'impresa non ha conseguenze dall'adesione espressa⁶⁰, che, però, vincola i dipendenti⁶¹. Che cosa accade se, all'improvviso, il datore di lavoro recede dalla sua associazione e stipula un contratto di gruppo, sostitutivo di quello nazionale, per le sue caratteristiche e per gli argomenti trattati? Nei confronti dei neoassunti, in carenza di una adesione esplicita o di quella implicita a una intesa nazionale, non vi sono difficoltà. In generale, nulla preclude la conclusione di un accordo aziendale con i contenuti di quello nazionale.

Poi, che cosa succede qualora, nell'intesa individuale preesistente, si trovi una univoca clausola di adesione al vecchio negozio di categoria, inserita prima del recesso intimato dal datore di lavoro alla sua organizzazione? Come si combina ciò con la successiva stipulazione di un accordo aziendale, stipulazione che postula la mancata, ulteriore applicazione del primo? I singoli prestatori di opere hanno diritto al perdurante operare del negozio a cui abbia rinviato la loro intesa individuale? O la menzione del contratto di categoria è pleonastica ai fini della sua efficacia, basata all'epoca solo sull'affiliazione del datore di lavoro, finché si sia protratta? Forse la clausola era di stile, in presenza dell'iscrizione, e tale da non ostare all'applicazione di un diverso contratto, dopo il recesso dell'impresa dalla sua vecchia organizzazione? O il richiamo convenzionale precludeva qualunque sua modificazione, in forza di un obbligo bilaterale?

A quanto consta, nonostante il problema fosse di grande rilievo, non vi sono stati strascichi giudiziari di tale questione. In generale, la clausola di adesione esplicita non è pleonastica. Come impedisce la manifestazione del dissenso del non iscritto, così crea un separato obbligo dell'impresa, aggiuntivo (perché differente per natura) e parallelo rispetto al dovere deri-

⁵⁹ E. ALES, *Dal caso Fiat al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 1061 ss.

⁶⁰ G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo*, in AA.VV., *Il contratto collettivo di lavoro, Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 5 ss.

⁶¹ V. Cass. 17 febbraio 1988, n. 1746, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 587.

vante dall'affiliazione. Finché questa si protrae, non hanno rilievo operativo la duplicazione dei percorsi di attribuzione di efficacia al contratto di categoria e la riconoscibilità di due doveri (l'uno derivante dall'iscrizione, l'altro dal contratto individuale)⁶²; lo stesso non si può dire per il periodo successivo al recesso intimato dall'impresa alla sua associazione. In tale eventualità, l'adesione al negozio di categoria ha effetti nel rapporto individuale e preclude di invocare un altro contratto o uno aziendale sostitutivo, con una obbligazione rilevante per l'intero rapporto. Come il prestatore di opere non può manifestare il dissenso, così l'impresa deve applicare il contratto nazionale, a prescindere dalla sua appartenenza al gruppo e anche qualora adotti soluzioni opposte per i neoassunti. Non vi è alcuna lesione della libertà sindacale negativa (o positiva), proprio per il sorgere di un obbligo sia per il datore, sia per il prestatore di opere⁶³.

Pertanto, qualora vi siano accordi di adesione esplicita, a maggiore ragione se in numero significativo e, addirittura, se ve ne siano molte migliaia, il contratto collettivo è applicato nell'unità produttiva, con tutte le conseguenze dell'art. 19 St. lav. Il profilo delicato non è tanto l'interpretazione di tale ultima norma, poiché è comune ritenere il suo operare anche in caso di mancata iscrizione del datore di lavoro all'associazione sindacale; l'art. 19 St. lav. rileva senza difficoltà per le imprese non affiliate ad alcuna associazione, in linea con la natura imperativa della disposizione, la quale prende come termine di riferimento l'esecuzione delle previsioni del contratto collettivo, a prescindere dal modo con il quale ciò abbia luogo. Il problema sta nell'oggetto dell'intesa individuale e, cioè, nel suo riferirsi a tutte le edizioni dei negozi di categoria, a prescindere dalla formula utilizzata per la manifestazione del consenso. Se si preferisce questa interpretazione e se si vede la pattuizione fra impresa e lavoratore come inerente alla progressiva contrattazione⁶⁴, l'oggetto resta determinabile e il datore di lavoro è vincolato persino a distanza di tempo al rispetto dell'accordo nazionale, appunto in virtù dell'obbligo assunto. Questo preclude l'esercizio del potere di recesso, poiché, seppure in caso di mancata affiliazione, vi è un dovere opposto.

⁶² M. PEDRAZZOLI, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *Lav. dir.*, 1990, p. 375 ss.

⁶³ Per una diversa ricostruzione teorica, v. S. LIEBMAN, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, cit., p. 237 ss.

⁶⁴ G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, cit., p. 207 ss., nella consapevolezza di dare una sorta di ... interpretazione analogica della teoria dell'A., non condivisa per altri versi, in particolare a proposito della natura complessiva del contratto di categoria.

Ne deriva la perdurante applicazione del contratto, nei soli confronti dei lavoratori con i quali sia stata concordata l'adesione esplicita, quindi senza un rilievo generale, ai sensi dell'art. 1372 c.c. Tuttavia, ciò è sufficiente ai fini dell'operare dell'art. 19 St. lav., che richiama il concetto di applicazione. Essa non deve essere generale, proprio perché la norma è indifferente al percorso di attuazione dell'intesa, del resto senza efficacia *erga omnes*. Quindi, libera di lasciare la sua associazione e di rifiutarne le ulteriori iniziative consensuali, l'impresa rimane vincolata all'intesa raggiunta con ogni dipendente. Questa ha effetto per l'intero protrarsi del corrispondente rapporto, essendo funzionale a regolare i criteri di identificazione del negozio nazionale chiamato a introdurre la corrispondente normativa convenzionale, né il datore di lavoro può recedere, poiché ciò è precluso dalla coerenza fra tale pattuizione complementare e quella generale, sulla costituzione del rapporto di lavoro. Se questo è a tempo indeterminato e con una estinzione presidiata dall'art. 3 della legge n. 604/1966, non vi è libertà di fare cessare la più circoscritta e strumentale previsione riguardante la determinazione del contratto nazionale. Per quanto, nel noto caso nel quale il problema si pose, questo aspetto non sia stato affrontato in giudizio, esso avrebbe avuto notevole rilevanza e avrebbe potuto condurre a una differente configurazione delle complesse controversie.

4. I comportamenti esecutivi del datore di lavoro e l'applicazione del contratto collettivo

L'espressione "adesione implicita"⁶⁵ non è convincente sul piano teorico, poiché, se si guardasse al suo significato lessicale, sarebbe contraddittoria; si intende che la manifestazione di volontà del datore di lavoro sull'operare del contratto di categoria sarebbe desunta dal suo comportamento e, cioè, non da una dichiarazione, tanto meno contenuta nell'accordo individuale⁶⁶. La differenza non è marginale, in quanto difetta il consenso del prestatore di opere, il quale mantiene inalterato il suo potere di dissenso. Però, per lo più, l'espressione della volontà aziendale non è ricavata dal fare e, cioè, in carenza di una espressa esternazione, poiché si discute spes-

⁶⁵ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, loc. cit., p. 403 ss.

⁶⁶ P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, loc. cit., p. 279 ss.

so della menzione dell'intesa nei prospetti di paga⁶⁷ e, di fronte a tale risultanza documentale, non vi è alcunché di "implicito".

Infatti, per la natura di tali prospetti⁶⁸, riferibili senza riserve all'impresa, come suoi atti e a essa imputabili, le relative indicazioni hanno implicazioni negoziali e mostrano in via diretta la volontà di applicare l'accordo di categoria, non solo per il trattamento retributivo; ai fini della loro elaborazione, rileva buona parte delle clausole normative, anche di carattere non economico, almeno non in senso stretto, per esempio in tema di ferie, di preavviso e di calcolo della relativa indennità sostitutiva, di inquadramento, di orario, di permessi, di lavoro straordinario, notturno e festivo, di trasferta, di rimborso delle spese, e così via. Il riferimento sui prospetti a un contratto nazionale implica la sua estesa, se non onnicomprensiva, applicazione, molto al di là della determinazione della remunerazione, secondo quanto si intende nel lessico comune.

L'adesione "può essere desunta per implicito dalla valutazione complessiva di dati indicativi della ricezione della contrattazione da parte del datore di lavoro non iscritto"⁶⁹, ma occorre stabilire quali fatti siano considerati. Se si discute di una menzione sui prospetti di paga, la dichiarazione è unilaterale, ma espressa, e ha natura di ratifica, poiché il datore di lavoro si avvale di una attività negoziale compiuta da chi non è suo rappresentante, ma con l'accettazione del negozio. Del resto, "l'applicazione spontanea soltanto di alcune clausole non è sufficiente"⁷⁰, e tale affermazione è diffusa, ma non sempre persuasiva. Di rado, se non mai, trovano attuazione nel rapporto individuale tutte le previsioni dell'accordo nazionale e molte hanno una esecuzione sporadica, anzi occasionale⁷¹. In qualunque organizzazione produttiva, se non ha dimensioni molto estese, l'attenzione abituale si concentra su alcuni profili del contratto di categoria, centrali nell'ordinario svolgersi della produzione⁷². La cosiddetta "adesione implicita" si veri-

⁶⁷ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, loc. cit., p. 405 ss.

⁶⁸ V. Cass. 16 gennaio 2017, n. 862, in *Giur. it. rep.*, 2017.

⁶⁹ V. App. Potenza, 16 marzo 2010, in *Giur. it. rep.*, 2010.

⁷⁰ V. Trib. Trieste, 13 gennaio 2010, in *Giur. it. rep.*, 2010.

⁷¹ Sul fatto che, ai fini dell'identificazione della cosiddetta "adesione implicita", si deve avere riguardo solo per il rispetto delle clausole più rilevanti e significative e, quindi, vi è da credere, per quelle che hanno ordinaria attuazione nei rapporti e non esecuzione sporadica, v. Cass. 9 giugno 1993, n. 6412, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, p. 291.

⁷² A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, loc. cit., p. 403 ss.

fica allorché “trovino impiego numerose e significative clausole”⁷³ e, se non basta il rinvio a pochi punti, non si deve eccedere nel pretendere l’osservanza diffusa del testo negoziale⁷⁴.

È irrilevante l’eventuale trasgressione ad alcune previsioni, poiché “l’attribuzione, operata con esplicito riferimento alla contrattazione, di un inquadramento inferiore a quello dovuto non integra una manifestazione di volontà contraria, bensì una erronea applicazione” del negozio⁷⁵; si nega a torto la sufficienza del richiamo alle tabelle salariali⁷⁶, invece cuore di qualunque accordo nazionale. Diverso è il caso in cui il datore di lavoro in via espressa applichi alcune parti contestando l’operare di altre, poiché “il contratto non può avere efficacia vincolante per le componenti oggetto del rifiuto”⁷⁷. A fronte di una indicazione univoca, non si può ricostruire in modo indiretto un intento opposto rispetto a quello reso palese e “l’applicazione spontanea, costante e uniforme, di molteplici clausole significa implicita adesione all’accordo, ma non nella sua globalità, poiché non vi è efficacia per le parti contestate”⁷⁸.

5. Il pagamento della retribuzione e l’adesione al contratto collettivo

Solleva dubbi la comprensione della manifestazione di volontà e della sua portata, sebbene prevalgano le indicazioni dei prospetti di paga⁷⁹, per quanto se ne ricava sull’architettura del pacchetto informatico utilizzato dall’impresa. La decisione di attuare l’accordo nazionale è consapevole e, se mai, si discute della prova e, cioè, delle condotte rilevanti. Poi, dal momento che non esternano alcun consenso, i prestatori di opere non iscritti

⁷³ V. Trib. Napoli, 23 novembre 2009, in *Giur. it. rep.*, 2009.

⁷⁴ In un modo equilibrato, si chiede “l’applicazione, caratterizzata da un certo grado di costanza e uniformità, di alcuni istituti contrattuali, in particolare quelli più rilevanti ovvero caratteristici (nella specie, era applicato il contratto collettivo nazionale dell’industria metalmeccanica minore con la corresponsione dei relativi minimi retributivi). Di conseguenza, esso si doveva applicare anche con riguardo alla durata del periodo di apprendistato” (v. Pret. Treviso, 6 dicembre 1993, in *Inf. prev.*, 1994, p. 287).

⁷⁵ V. Cass. 30 luglio 2001, n. 10375, in *Giur. it. rep.*, 2001.

⁷⁶ V. Cass. 14 aprile 2001, n. 5596, in *Giur. it. rep.*, 2001.

⁷⁷ V. Cass. 16 gennaio 1996, n. 319, in *Giur. it. rep.*, 1996.

⁷⁸ V. Cass. 3 novembre 2005, n. 21302, in *Giur. it. rep.*, 2005.

⁷⁹ V. Cass. 1° settembre 2015, n. 17413, in *Giur. it. rep.*, 2015.

possono esercitare il loro dissenso e l'adesione esplicita si contrappone a quella implicita, in quanto la prima presuppone un accordo, con l'assunzione di una obbligazione, reciproca e duratura, mentre, nel secondo caso, non vi è alcun contratto, ma solo una decisione dell'impresa. Nella sua libertà, questa accetta l'accordo nazionale, anche senza la sua affiliazione, con la ratifica dell'agire dei rappresentanti sindacali. Se non vi è una menzione nei prospetti di paga, l'onere della prova è complesso e grava per lo più sul dipendente⁸⁰. Il punto è stabilire quali e quanti istituti debbano trovare realizzazione e criteri troppo restrittivi sembrano di scarso pregio, per il valore centrale delle indicazioni sulla retribuzione e sulle questioni connesse, per esempio sull'inquadramento, sull'orario, sulle ferie, sui permessi, sull'indennità sostitutiva del preavviso, sulla malattia. In fondo, l'esigenza di uniformità è centrale, anche in carenza del vincolo associativo, e si deve dare risalto alle materie correlate al cosiddetto governo del personale.

I prospetti di paga sono imputabili al datore di lavoro, seppure predisposti spesso su suo impulso, ma per opera di un terzo, il quale agisce a fronte di specifiche indicazioni. Poco importa se, per negligenza, inconsapevolezza o scarsa ponderazione, difettino ordini chiari, perché simili carenze organizzative non incidono sulla natura dei prospetti, con una volontà comunque riferibile al datore di lavoro⁸¹. Pertanto, qualora sia menzionato un contratto, non vi è alcuna adesione implicita, ma un atto espresso⁸². Vi è una dichiarazione aperta (anzi, ripetuta ogni mese!) e la manifestazione di volontà è palese e unilaterale, portata a conoscenza dei dipendenti, con il sorgere di obblighi, senza alcun effetto preclusivo nei riguardi dei prestatori di opere, liberi di dissentire, se non iscritti a una associazione.

Qualora manchi tale riferimento nei prospetti, non si esterna la volontà in forma scritta⁸³. Purché il datore di lavoro non sia obbligato ai sensi dell'art. 36, comma 1, Cost., l'applicazione di talune clausole è un comportamento utile per l'identificazione di un intento, non chiarito, ma ricavato da

⁸⁰ Ciò non è vero in assoluto, per esempio qualora il datore di lavoro alleggi l'operare del contratto collettivo in tema di determinazione del periodo di comporto. V. Cass. 6 settembre 2019, n. 22367, ord., in www.dirittolavorovariazioni.com.

⁸¹ Seppure in una prospettiva diversa, v. G. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Franco Angeli, Milano, 1989, p. 137 ss.

⁸² V. Trib. Palermo, 2 marzo 2009, in *Giur. it. rep.*, 2009.

⁸³ V. SIMI, *Ambito di efficacia del contratto collettivo: categoria professionale, spazio, tempo*, in L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, p. 344 ss.

una condotta significativa⁸⁴. Per la carenza della dichiarazione, seppure sintetica, occorre guardare alla complessiva situazione⁸⁵. Per questo, varie sentenze si chiedono quali clausole debbano essere rispettate, per quanto di variabile vi è sempre nel valutare l'agire. Comunque, la volontà attiene alla mera applicazione del contratto⁸⁶, non alla partecipazione alle associazioni⁸⁷.

Sul piano ricostruttivo, ci si deve chiedere perché, a fronte dell'attuazione di un numero consistente di indicazioni del negozio nazionale, l'impresa dovrebbe applicare l'intero accordo, anche per parti non considerate in via spontanea⁸⁸. Non è convincente richiamare le clausole di inscindibilità, di stile e senza rilievo impegnativo⁸⁹; a volere ritenere il contrario, farebbero comunque parte del contenuto negoziale e potrebbero avere rilievo solo ... se il datore di lavoro assumesse l'obbligo di eseguirlo. In caso di omissione di una chiara riserva (infatti, decisiva), l'adesione attiene a tutto il contratto, perché l'impresa ha un onere di parlare in modo univoco e, cioè, se si vuole riferire al negozio sindacale, di determinare i limiti espressi della sua accettazione. Se ciò non accade, l'adesione si estende a tutte le clausole, ai sensi dell'art. 1370 c.c., da invocare in via analogica, o almeno sulla base

⁸⁴ P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, loc. cit., p. 281 ss.

⁸⁵ L. NOGLER, *Note di tema di schemi innominati di rinvio al contratto collettivo da parte del contratto individuale*, loc. cit., p. 531 ss.

⁸⁶ F. LUNARDON, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo e democrazia sindacale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 127 ss., per cui «il termine rinvio non ha (...) di per sé rilievo giuridico autonomo, presentandosi piuttosto come mezzo tecnico utilizzato dal datore nell'ipotesi (soprattutto) della recezione esplicita. Ma la sua diffusione, o, meglio, il suo impiego indiscriminato in giurisprudenza fa sì che oggi l'espressione venga adottata per definire anche l'ipotesi della recezione implicita».

⁸⁷ V. SIMI, *Ambito di efficacia del contratto collettivo: categoria professionale, spazio, tempo*, loc. cit., p. 344 ss.

⁸⁸ F. LUNARDON, *La legislazione lavoristica dalla fine dell'800 al primo decennio 2000*, loc. cit., p. 159 ss.

⁸⁹ Infatti, si è detto, «è inefficace la transazione intervenuta sugli scatti di anzianità in sede di rinnovo di un contratto collettivo nazionale, nonché l'impegno da parte delle organizzazioni sindacali a non promuovere e a fare cessare le vertenze giudiziarie aperte dei loro iscritti, poiché le organizzazioni sindacali non dispongono di potere dispositivo e, quindi, transattivo sui diritti soggettivi già maturati a favore dei lavoratori in mancanza di uno specifico mandato; la clausola di 'inscindibilità' si può imputare soltanto alle organizzazioni stipulanti e la sua violazione non comporta la mancata applicazione nei confronti dei lavoratori del particolare trattamento» (v. Pret. Firenze, 9 giugno 1988, in *Giur. it.*, 1988, p. 1001).

dell'art. 1369 c.c. Se il datore di lavoro vuole attuare l'accordo nazionale, lo può fare in modo limitato⁹⁰, ma lo deve dire. In difetto, prevale l'affidamento creato nei prestatori di opere e le lacune insite nell'indiretto mezzo espressivo utilizzato non possono andare ai loro danni.

6. La scelta del contratto collettivo ai sensi dell'art. 2070 c.c.

L'art. 36 Cost. contrappone due categorie di difficile conciliazione, come la sufficienza e la proporzione del trattamento economico alla qualità e alla quantità del lavoro, nonostante tali profili siano in reciproca tensione⁹¹. La disposizione mira a una protezione della persona⁹², nella sua dimensione sociale⁹³, congiungendo aspetti etici e professionali⁹⁴, e l'art. 36 Cost. è una norma precettiva, di diretta efficacia nei rapporti privati⁹⁵, con il rinvio ai minimi tabellari, al fine di determinare il trattamento dovuto a ciascuno⁹⁶. Questa concezione è stata inevitabile, in un ordinamento privo di un meccanismo di attribuzione di efficacia generale ai negozi di categoria. Anche nell'ipotesi di applicazione di un accordo scelto dal datore di lavoro, l'art. 36 Cost. opera a garanzia del livello retributivo di base, per scoraggiare tentazioni di una intensa concorrenza ai danni dei prestatori di opere.

Quindi, l'art. 36 Cost. è centrale⁹⁷; se, in modo legittimo, un datore di lavoro fa riferimento a un accordo di una differente area merceologica, co-

⁹⁰ P. BELLOCCHI, *Il contratto collettivo di diritto comune*, loc. cit., p. 282 ss.

⁹¹ M. PERSIANI, *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale*, in AA.VV., *Nuove forme di retribuzione e attualità dei principi costituzionali*, in *Quad. arg. dir. lav.*, 1998, p. 31 ss.

⁹² T. TREU, *Commento all'art. 36 cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Comm. cost.*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1970, p. 72 ss.

⁹³ F. SANTONI, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979, p. 654 ss.

⁹⁴ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, p. 16 ss. (dell'estratto).

⁹⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Contro la codificazione del diritto del lavoro*, in *Dir. econ.*, 1958, p. 19 ss.

⁹⁶ M. BALLISTRERI, *"Compenso minimo legale", subordinazione e contrattazione collettiva*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2019, p. 915 ss.

⁹⁷ M. DELL'OLIO, *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 1 ss.

me può accadere, vista l'inesistenza di vincoli desumibili dall'art. 2070 c.c., l'art. 36 Cost. ha le medesime conseguenze, con una indiretta valorizzazione costituzionale della categoria, ai soli fini della selezione del trattamento minimo. Persino la libertà sindacale trova una deroga di fronte all'art. 36 Cost., che garantisce la parità di trattamento nell'area merceologica a livello nazionale a proposito della retribuzione di base e si impone su qualunque diversa decisione dell'impresa⁹⁸. Per lo meno ai fini dell'identificazione dei minimi tabellari, la libertà sindacale negativa subisce una limitazione, in quanto ciascun datore di lavoro deve applicare un contratto di categoria o, per lo meno, riconoscere un regime non inferiore a quello previsto dall'accordo più coerente sul piano merceologico⁹⁹.

La deviazione dall'art. 39 Cost. è netta, ma inevitabile, perché, in questo limitato ambito, l'ordinamento antepone l'effettività della protezione dei prestatori di opere alla salvaguardia della libertà delle imprese. Però, l'art. 36, comma 1, Cost. fa sorgere perplessità su vari fronti¹⁰⁰. In primo luogo, i due canoni della sufficienza e della proporzione finiscono per coincidere¹⁰¹, e il singolo trova protezione per un trattamento che, seppure ai livelli minimi, considera la natura e l'impegno delle mansioni. Fuori da tale salvaguardia, resta solo il diritto all'applicazione delle migliori clausole degli accordi individuali, aziendali o territoriali, e persino di quelle del contratto nazionale, nelle parti non rientranti nell'oggetto dell'art. 36, comma 1, Cost.¹⁰². In secondo luogo, la mancata identificazione legale della retribuzione sufficiente la rende diversa per le varie categorie¹⁰³. Per funzioni omogenee, in differenti settori, è articolato il compenso idoneo a tutelare la

⁹⁸ L. ANGIELLO, *La retribuzione*, in P. SCHLESINGER (fondato da), F.D. BUSNELLI (a cura di), *Comm. cod. civ.*, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 16 ss.

⁹⁹ M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 75 ss.

¹⁰⁰ Per una lettura critica, orientata a sottolineare i limiti di tale principio, v. E. MENEGATTI, *Ripensando la "via italiana" alla giusta retribuzione*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, p. 46 ss. Sui riflessi di un intervento normativa sulle dinamiche collettive, v. M. BIASI, *Il salario minimo legale nel Jobs act: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 371 ss.

¹⁰¹ L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, p. 79 ss.

¹⁰² P. TOMASSETTI, *Contrattazione collettiva, differenziali retributivi e disuguaglianze sociali*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 457 ss., sul modo in cui i contratti e, in particolare, quelli di categoria differenziano la retribuzione.

¹⁰³ V. Corte Cost., 24 aprile 1962, n. 41, in *Mass. Giur. lav.*, 1962, p. 169; v. anche Corte Cost., 4 maggio 1960, n. 30, *ibid.*, 1960, p. 306.

dignità del dipendente e la stessa libera esistenza della sua famiglia. Quindi, viene meno la naturale dimensione universalistica della retribuzione sufficiente ed essa è ancorata ai contratti nazionali.

Nel suo connettersi con l'art. 36, comma 1, Cost., l'accordo di categoria non reca un principio di uguaglianza, con l'opposta consacrazione delle disomogeneità proprie di ciascuna area, legate alla tradizione più che all'innovazione e ad ambiti negoziali consolidati e, dunque, ai rispettivi livelli di benessere. L'art. 36, comma 1, Cost. mette in discussione la stessa categoria, poiché i suoi confini determinano quelli dell'operare di diverse retribuzioni sufficienti, in contrasto con la naturale, seppure irrealizzata aspirazione a una concezione universalistica della giustizia distributiva.

In ciascun ambito merceologico, si guardano o, almeno, si dovrebbero considerare le possibilità delle imprese meno affermate e con maggiori problemi a resistere sul mercato. In difetto, verrebbe meno la razionale regolazione della concorrenza, mentre i livelli retributivi devono essere proporzionati alle risorse delle aziende più deboli. Se così non fosse, a ciascuna rinnovazione i miglioramenti potrebbero espellere dal mercato alcuni competitori o allargare l'area già troppo estesa del lavoro irregolare e dell'impresa condotta in modo illecito. Il problema dell'accordo di categoria e del suo incontro con l'art. 36, comma 1, Cost. è dato proprio dalla sua incapacità di stabilire in modo universalistico la retribuzione sufficiente; a fronte delle contingenti e insindacabili scelte dei soggetti collettivi, essa varia e accontenta in misura differente le aspettative del dipendente, più o meno protetto, senza alcuna programmata razionalità distributiva, ma per fattori abbastanza casuali, e la retribuzione sufficiente dipende da situazioni accidentali.

Rispetto all'art. 36 Cost., il valore dell'uguaglianza dovrebbe avere un risalto determinante¹⁰⁴, poiché viene in discussione la dimensione della persona e della sua dignità sociale, cioè la componente estranea a logiche di scambio. Tuttavia, per una sorta di ragione di Stato e, cioè, per un necessario tributo all'effettività, l'applicazione dell'art. 36, comma 1, Cost. non è solo estranea all'oggetto delle fonti eteronome¹⁰⁵, ma è basata sulla disomogeneità programmata del trattamento. Da un lato, viene meno qualunque pretesa universalistica¹⁰⁶. Dall'altro, il negoziato mantiene la sua in-

¹⁰⁴ M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 769 ss.

¹⁰⁵ Ma non vi è da temere nel rimettere alla libera azione sociale l'attuazione dei criteri fondativi dell'ordinamento.

¹⁰⁶ S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 39 ss.

trinseca connotazione privatistica e sfugge alla funzionalizzazione.

Per le imprese diffuse sull'intero territorio, la determinazione omogenea della remunerazione minima conferisce grandi vantaggi ed è un po' sterile indagare su come si compongano il principio di sufficienza e quello di proporzione della retribuzione alla qualità e alla quantità del lavoro, poiché su tale dilemma domina il riferimento dell'art. 36 Cost. ai minimi, differenti nelle aree merceologiche. Se l'art. 36 Cost. vuole specificare un regime "non commisurato soltanto alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, ma (...) altresì adeguato alle esigenze minime di vita (...) del lavoratore e della sua famiglia"¹⁰⁷, tali differenti funzioni sono perseguite con il rinvio alle clausole negoziali¹⁰⁸. Se si guarda alla sintesi degli interessi negli ultimi ... sessanta anni, in carenza di interventi eteronomi significativi, l'art. 36 Cost. regola prima di tutto (e, forse, solo) l'efficacia soggettiva dei contratti su una parte limitata, ma fondamentale del loro oggetto¹⁰⁹.

¹⁰⁷ V. Corte Cost., 24 aprile 1962, n. 41, in *Mass. Giur. lav.*, 1962, p. 169; v. anche Corte Cost., 4 maggio 1960, n. 30, *ibid.*, 1960, p. 306.

¹⁰⁸ V. Cass. 14 dicembre 2005, n. 27591, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 556.

¹⁰⁹ V. Cass. 1° giugno 1988, n. 3712, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, p. 314.

LA SUBORDINAZIONE COME RIMEDIO ALLE CARENZE DEL LEGISLATORE

Fiorella Lunardon *

Nell'ultimo biennio si registra nei diversi soggetti che operano nel "sistema" lavoristico (ispettori INL, interpreti ministeriali, associazioni sindacali, giudici) la tendenza a favorire una soluzione squisitamente giudiziale (potremmo dire *remediale*) e ideologicamente connotata della questione qualificatoria, in spregio delle fattispecie normative, della libertà/volontà negoziale oltre che dell'approccio ermeneutico tradizionale finora adottato dallo stesso "diritto vivente".

1. *L'irresistibile forza di attrazione dell'art. 2094 c.c.: il caso dei riders*

Emblematica è l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di qualificazione del rapporto di lavoro dei *riders*.

Dopo un esordio timido e rispettoso dei tradizionali canoni di interpretazione giuridica¹, la questione della qualificazione del lavoro tramite piat-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Torino.

¹ Trib. Torino, 7 maggio 2018 (conf. Trib. Milano, 4 luglio 2018 in causa *Glovo*) che ha escluso la subordinazione sulla base del fatto che "i ricorrenti non avevano l'obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e il datore di lavoro non aveva l'obbligo di riceverla. La Corte d'appello (sent. 4 febbraio 2019) ha però ricondotto il rapporto di lavoro dei *riders* all'art. 2, D.Lgs. n. 81/2015, in base all'accertamento della c.d. "eteroorganizzazione", individuata nella "effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente". La Società (Foodora) è stata perciò condannata a corrispondere a ciascun lavoratore quanto maturato in relazione all'attività lavorativa prestata sulla base della retribuzione stabilita dal CCNL logistica trasporto merci. In dottrina cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Nota a Corte d'Appello Torino sulla natura del rapporto di lavoro dei ciclofattorini*

taforma pareva essersi, ad inizio anno 2020, quantomeno assestata con la sentenza n. 1663 della Corte di Cassazione, che come noto ha ricondotto il rapporto dei *riders* all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, in base all'accertamento della c.d. "eterorganizzazione", individuata nella "effettiva integrazione funzionale del lavoratore nella organizzazione produttiva del committente". Per la Corte il lavoratore eterorganizzato può restare tecnicamente autonomo pur se gli si dichiara applicabile la disciplina del lavoro subordinato², realizzandosi così una forma di tutela rafforzata finalizzata a "rimediare" alla particolare situazione di debolezza contrattuale in cui verserebbero i predetti collaboratori³.

La Cassazione tuttavia, pur essendo probabilmente tentata di farlo, non ha riconosciuto la subordinazione del rapporto, consapevole del fatto che sul *rider*, nella tipizzazione socio-normativa che ha ormai acquisito la sua "figura", non grava l'obbligo di effettuare la prestazione, essendo egli libero di svolgere senza vincolo di continuità o presenza le attività di consegna oggetto del contratto individuale. E questo è un elemento *costante* delle fattispecie concrete sottoposte ogni volta ad accertamento giudiziale.

di Foodora, in *Lav. dir. Europa*, n. 1, 2019; E. GRAGNOLI, *Una complessa, ma significativa decisione sulla qualificazione dei contratti con i gestori delle piattaforme digitali*, <http://www.dirittolavorovariazioni.com/index>. V. altresì P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?*; M. PAOLETTI, *Ciclofattorini: una sentenza interessante, un problema ancora molto aperto*; G. VIDIRI, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro che cambia: riflessioni sul "caso Foodora"*, tutti in *Lav. dir. Europa*, n. 1, 2019; nonché V. MAIO, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 586 ss.

² Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, di conferma di App. Torino, 4 febbraio 2019.

³ Sulla sentenza n. 1663/2020 cfr. il numero di *Lavoro, Diritti ed Europa*, n. 1, 2020 ove i saggi di P. TOSI, *La Corte di Cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020*; M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*; M. MAGNANI, *Al di là dei ciclofattorini. Commento a Corte di Cassazione n. 1663/2020*; M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*. In tema cfr. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni eterorganizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 410, 2020; A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni eterorganizzate*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 146 ss.; C. DE MARCO-A. GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 435, 2021; G. PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 499 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *L'interpretazione dell'art. 2, c. 1, d. lgs. n. 81/2015 e i riders sulla sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, ivi, p. 512 ss.; ID., *Il lavoro mediante piattaforme digitali e la vicenda processuale dei riders*, in *Dir. rel. ind.*, n. 1, 2021, p. 111 ss. In tema cfr. anche il numero straordinario *Mass. Giur. lav.*, 2020, con i contributi di numerosi autori.

Successivamente a tale sentenza l'elaborazione giurisprudenziale ha subito una brusca accelerazione, tanto che il "Rubicone" della subordinazione risulta ora disinvoltamente valicato da numerose, alcune recentissime, sentenze di merito (Trib. Palermo, 24 novembre 2020; Trib. Torino, 18 novembre 2021; Trib. Milano, 20 aprile 2022; Trib. Milano, 20 aprile 2022), tra le quali si segnala, per ricchezza argomentativa e ampiezza di analisi tecnica, la decisione del Tribunale di Torino del novembre 2022⁴.

Ebbene la risposta al quesito rivoltoci non può prescindere dal puntuale confronto con gli snodi fondamentali che segnano il percorso interpretativo di queste sentenze.

Sgombrato il campo dai precetti normativi in vigore (l'art. 47-*bis* ss. del d.lgs. n. 81/2015 sembra non esistere), dal c.d. *nomen juris* (la volontà negoziale espressa dalle parti al momento della stipulazione del contratto individuale di lavoro, del tutto negletta) e finanche dalla rilevanza degli indici c.d. sussidiari della subordinazione (dichiarati ininfluenti nel caso la subordinazione risulti già chiaramente dall'indice principale dell'assoggettamento⁵), i giudici fondano l'accertamento della eterodirezione (affrancandosi dalle ambiguità del criterio della eterorganizzazione) direttamente sull'esistenza del potere direttivo esercitato dalla società tramite la piattaforma.

In particolare, essi affermano che, sul piano di esecuzione tecnica della prestazione:

– la prenotazione dello *slot* non è libera, dovendo necessariamente avvenire all'interno delle finestre temporali predeterminate dalla piattaforma, in giorni specifici della settimana decisi dalla stessa e "*neanche in tali occasioni è libera, in quanto l'orario in cui è possibile l'accesso al calendario è de-*

⁴In ordine al dibattito e alle posizioni della giurisprudenza successive alla pronuncia della Cassazione v. F. CARINCI, *Il percorso giurisprudenziale sui "rider". Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020*, in *Arg. dir. lav.*, 2021, p. 1 ss.; ID., *Tribunale di Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui riders: sono lavoratori subordinati*, in *Lav. dir. Europa*, n. 1, 2021; E. PUCCETTI, *I riders e il pregiudizio della subordinazione*, *ivi*, n. 2, 2022 (ove altri numerosi riferimenti dottrinali); C. DE MARCO-A. GARILLI, *La qualificazione del lavoro dei riders: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro*, in *Labor*, 2022, p. 213 ss.; A. BELLAVISTA, *Riders e subordinazione: a proposito di una recente sentenza*, *ivi*, n. 2, 2022.

⁵La giurisprudenza sopra richiamata ritiene ad esempio ininfluente il fatto che i *rider* utilizzino un proprio veicolo e *smartphone* e addirittura che le indicazioni fornite dall'*app* siano funzionali a realizzare nel modo migliore il risultato (la consegna), con beneficio dello stesso prestatore.

ciso unilateralmente in base al punteggio di eccellenza” (Trib. Torino, 15 novembre 2022);

- la scelta dell’ordine da consegnare (quale esercente per quale cliente) viene effettuata dall’algoritmo senza alcuna facoltà di selezione da parte del *rider*, secondo criteri che egli non ha modo di verificare;

- una volta ricevuto l’ordine, il *rider* è assoggettato a puntuali indicazioni su come procedere che vengono fornite in tempo reale dall’*app*, il cui utilizzo continua ad essere obbligatorio anche nella fase esecutiva della consegna: il percorso da seguire, il luogo di consegna, l’esatta sequenza di tutti i singoli gesti in cui si scompone l’attività fino alla consegna e anche oltre, in relazione alle modalità di gestione del denaro incassato;

- anche se il *rider* è libero di seguire un percorso diverso, il compenso viene comunque calcolato in base al percorso suggerito dall’*app* (che diviene così obbligatorio);

- il mancato rispetto delle indicazioni impartite impedisce di procedere nella sequenza presente sull’*app* e quindi di formalizzare la conclusione della consegna e creare le condizioni per ricevere l’ordine successivo (sono inibite le consegne plurime);

- all’esercizio del potere direttivo conformativo della prestazione – continuano i giudici – si affianca un potere di controllo “*esteso e pervasivo*” reso possibile dalla piattaforma informatica che registra gli slot prenotati, le informazioni del profilo del corriere, tutte le consegne accettate ed evase, le richieste di riassegnazione e il punteggio, ecc. e soprattutto dal sistema di geolocalizzazione del corriere stesso mentre è *online* ed esegue la prestazione.

A suggello degli argomenti appena descritti, secondo questo sempre più marcato orientamento giurisprudenziale, sovviene altresì la dichiarazione della sussistenza di un vero e proprio potere disciplinare il cui esercizio, se da un lato può anche essere scarsamente visibile proprio per la presenza di continui controlli e diretti interventi di correzione (Cass. n. 9343/2005), d’altro lato troverebbe il modo di esprimersi concretamente nell’adozione del sistema del punteggio di eccellenza (*rating*) che, “*determinando l’ordine temporale di accesso alla prenotazione degli slot, incide sulla maggiore o minore possibilità di lavorare e di guadagnare*” (Trib. Torino, 15 novembre 2022).

Da tale angolazione sarebbe chiara la differenza rispetto al lavoro autonomo, ove il controllo (e l’eventuale “reazione”) del committente si presenta focalizzato sul risultato richiesto al prestatore, che quest’ultimo è li-

bero di raggiungere con modalità di sua scelta, senza alcuna ingerenza (in termini di interventi correttivi o inibitivi) da parte del primo.

Alla luce di quanto finora osservato (ma anche sulla base di una considerazione meramente numerica delle pronunce, pochissime, che finora si sono espresse a favore della configurazione del rapporto in termini di autonomia), la qualificazione dei *riders* presenta attualmente un alto rischio di essere ricondotta, in sede giudiziale o ispettiva, direttamente all'art. 2094 c.c., senza considerare – in aggiunta – quello di un eventuale accertamento della eterorganizzazione con conseguente applicazione dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

Siffatta valutazione è corroborata dal fatto che tutte le decisioni che confluiscono nell'orientamento testé descritto azzerano la rilevanza di due elementi che, al contrario, nell'elaborazione tradizionale sono sempre stati reputati imprescindibili ai fini dell'accertamento della subordinazione:

- la sussistenza di una facoltà del *rider* di scegliere se e quando prestare la propria attività⁶;
- la necessaria continuità della prestazione⁷.

Nell'ignorare l'esistenza dell'artt. 47-*bis* ss., del d.lgs. n. 81/2015 che riconosce e disciplina la prestazione del *rider* autonomo, i giudici osservano

⁶Tale elemento è stato valorizzato dalla recente sentenza App. Milano, 22 febbraio 2023, n. 132 (“il rider ha la possibilità di: non accendere il telefono, non prenotare alcuna sessione, non loggarsi, anche durante le sessioni prenotate, o sloggarsi in ogni momento, non prendere in carico un ordine ricevuto, senza fare nulla, semplicemente ignorando la proposta, rifiutare una proposta d'ordine dopo averla presa in carico. così «disassegnandosi», non trasportare il pasto dopo averlo ritirato al ristorante (riportandolo però indietro) per escludere la subordinazione e ritenere tuttavia sussistente la “eterorganizzazione” ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015).

⁷Nel far ciò le predette decisioni si pongono (consapevolmente?) in contrasto anche con le circolari, dell'INL e del Ministero del lavoro, che invece insistono sull'importanza della continuità della prestazione. Cfr. Circolare INL 30 ottobre 2020, n. 7, secondo cui ricadono nello schema delle collaborazioni eterorganizzate le ipotesi in cui il datore di lavoro, attraverso la piattaforma digitale, realizza l'integrazione della prestazione del collaboratore nella propria organizzazione di impresa, intervenendo unilateralmente nella determinazione delle modalità esecutive della stessa. Le ipotesi di lavoro autonomo sono invece connotate dall'autonomia organizzativa e decisionale propria dei prestatori d'opera nonché dall'*assenza della continuità* della prestazione. La Circolare Ministero del lavoro 19 novembre 2020, n. 17 insiste, con maggior chiarezza, sul carattere occasionale dell'attività svolta dai *riders* autonomi, specificando che per occasionale si intende una prestazione priva del carattere della continuità. Quest'ultimo, insieme all'assetto organizzativo, costituisce l'indice prioritario cui l'interprete dovrebbe fare riferimento nel distinguere il collaboratore eterorganizzato da quello autonomo.

che “*la facoltà del lavoratore di scegliere se lavorare o meno non esclude la configurabilità della subordinazione*” la quale troverebbe conferma anche sul piano normativo e segnatamente nell’art. 13 ss. del d.lgs. n. 81/2015, in tema di contratto di lavoro intermittente *senza obbligo di riposta alla chiamata*. L’esistenza di tale fattispecie dimostrerebbe che per il legislatore è ipotizzabile un rapporto di lavoro subordinato caratterizzato dalla discontinuità della prestazione, rimessa sia alla volontà del datore di lavoro (che chiama al lavoro il prestatore solo quando ne ha bisogno) sia del lavoratore (che, in assenza di obbligo di disponibilità, può rifiutare di rendere la prestazione senza alcuna conseguenza).

Con la conseguenza (e buona pace delle tesi dottrinali che in tale ipotesi non ravvisano neppure un ... rapporto, tantomeno di lavoro) che “*ad ogni accettazione di rendere la prestazione corrisponde l’instaurazione di un singolo rapporto di lavoro che si esaurisce assieme al turno corrispondente; alla sequenza di proposte di lavoro e relative adesioni corrisponde dunque una sequenza di distinti rapporti di lavoro*” (Trib. Torino più volte citata; conf. Trib. Milano, 20 aprile 2022).

Certo i giudici non si accorgono che così argomentando separano la subordinazione dal contratto, collocandola al suo esterno, una costruzione che fino a qualche anno fa sarebbe stata inaccettabile da qualsiasi giuslavorista. La stessa Cassazione n. 1663/2020 è responsabile di aver aperto un varco a questa costruzione, nel distinguere tra fase genetica e fase di esecuzione del rapporto.

In questa sede, se non è dato conoscere quale sarà il futuro della subordinazione in Italia, è giocoforza tuttavia osservare che tale deriva giurisprudenziale incide pesantemente sul futuro del contenzioso in materia.

2. Il sistema normativo delle fattispecie: uno Statuto dei lavori frammentato e confuso

La giurisprudenza ha potuto muoversi così disinvoltamente “con sentenze a sorpresa che valorizzano questo o quell’indice, secondo l’impostazione, o la precomprensione, del singolo giudice”⁸ per due ragioni: è favorita da un quadro normativo a dir poco imperfetto; è appoggiata da un

⁸Cfr. C. PISANI, *Gli indici della subordinazione alla luce del nuovo quadro normativo: fatti indiziari di una presunzione o elementi costitutivi della fattispecie?*, in *Lav. dir. Europa*, n. 4, 2023.

contesto socio-politico quasi unanimemente improntato a considerare le decisioni giudiziali uno strumento di equità sociale.

Preme ricordare che all'inizio di questo millennio, per bilanciare gli spazi riservati alle tre fattispecie fondamentali del diritto del lavoro (subordinazione, parasubordinazione, autonomia) il legislatore aveva tentato l'introduzione di un c.d. *Statuto dei lavori*⁹. Esso suggeriva di superare la contrapposizione tra lavoro autonomo e subordinato con l'introduzione di uno zoccolo minimo di tutela per "tutte le forme di lavoro rese a favore di terzi", a prescindere dalla loro qualificazione giuridica. In tal modo, da un lato si sarebbe ampliato l'ambito di applicazione dei livelli minimi di protezione¹⁰ e dall'altro rese più moderne le tecniche di tutela del lavoro subordinato.

La legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 ed il d.lgs. di attuazione 10 settembre 2003, n. 276, perseguendo l'obiettivo di fare chiarezza dei confusi e sempre più osmotici rapporti tra la subordinazione e l'autonomia, avevano quindi introdotto un discrimine tipizzato lungo la frastagliata linea di confine tra le due aree: il lavoro a progetto (artt. 61-69, d.lgs. n. 276/2003)¹¹.

L'essenzialità del "progetto", la cui mancata individuazione nel contratto di lavoro determinava il riconoscimento immediato della subordinazione (si era parlato di "super-indice"), costituiva allora un indubbio irrigidimento della fattispecie della "terra di mezzo", la parasubordinazione, che rimetteva in discussione gli indici del "potere direttivo attenuato" e del "coordinamento"¹².

⁹ Cfr. il programma di riforma contenuto nel *Libro bianco* dell'ottobre 2001 (più di recente riproposto dal d.d.l. n. 2516 comunicato alla Presidenza del Senato il 6 settembre 2016). Il testo della *Proposta per uno Statuto dei lavori* è pubblicato in *Quad. dir. lav.*, 1998, p. 347 ss.

¹⁰ Si tratta delle norme in materia di salute e sicurezza; del divieto di discriminazione nell'accesso al lavoro e durante lo svolgimento del rapporto; del diritto ad un compenso equo; del diritto di libertà sindacale. Insieme di disposti, questo, che riprendendo i c.d. *Individual Labour Standards*, elaborati sia in seno all'OIL sia al diritto europeo, contrassegnerebbe in senso minimalistico il lavoro definito dignitoso (*decent work*).

¹¹ A tal fine i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa dovevano essere riconducibili a uno specifico «progetto o programma di lavoro o fasi di esso», che avrebbe costituito il contrassegno di genuinità dell'autonomia del rapporto di lavoro, se non altro perché avrebbe predeterminato i confini dell'obbligazione del collaboratore in modo tale da configurare un "risultato" e quindi inibire al datore l'esercizio del potere di conformazione, *id est* l'eterodirezione così come prevista dall'art. 2094 c.c.

¹² Irrigidimento che la Riforma Fornero, legge n. 92/2012, aveva ulteriormente accentuato, dando valore assoluto alla presunzione di subordinazione contenuta nel primo com-

Con lo scopo di ridare elasticità a quella fattispecie, destinata ad ospitare il *lavoro continuativo non subordinato*, il legislatore del 2015 ha abrogato gli artt. 61-69-*bis* del d.lgs. n. 276/2003, lasciando piena libertà alle parti del contratto di co.co.co. di scegliere forma oggetto e disciplina per lo svolgimento del futuro rapporto di lavoro.

Volendo tuttavia mantenere la finalità antielusiva della riforma, il d.lgs. n. 81/2015 ha sostituito al requisito del “progetto” (che era indice di autonomia) il limite della “eteroorganizzazione”, così stabilendo che, “a partire dal 1° gennaio 2016¹³, per i rapporti di collaborazione che si concretino in prestazioni di lavoro esclusivamente personali e continuative le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, si applica la disciplina del lavoro subordinato (art. 2, comma 1 del d.lgs. cit.).

La disposizione ha suscitato una pluralità di interpretazioni, sulle quali non è certo questa la sede di insistere, ma che hanno senz'altro ampliato l'ambito di discrezionalità del giudice nell'accertamento non tanto della subordinazione ovvero dell'eterodirezione, quanto di una nutrita serie di elementi indiziari che, se non in grado di condurre al riconoscimento dell'assoggettamento vero e proprio, avrebbero comunque potuto soddisfare il (nuovo? più blando?) indice della eteroorganizzazione, con la conseguenza dell'applicazione *in ogni caso* della disciplina del lavoro subordinato.

Ciò anche se nel diritto vivente l'eteroorganizzazione, fino a quel momento, era sempre stata considerata (e continua paradossalmente ad essere) un sinonimo di eterodirezione: le due espressioni “organizzazione e direzione” appaiono fungibili o appaiate nella vulgata giuridica, per non parlare della tesi per cui il contratto di lavoro subordinato sarebbe un contratto di organizzazione¹⁴. Da qui l'interpretazione dell'art. 2, comma 1, *de quo* come “norma meramente apparente”¹⁵.

ma della norma sanzionatoria, l'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003: cfr. P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 813 ss.; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, n. 6, 2012, p. 529 ss.

¹³ Peralto con una sfasatura di ben sei mesi dalla data in cui ha acquistato effetto l'abrogazione della normativa sul lavoro a progetto.

¹⁴ F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla “subordinazione” alle “subordinazioni”?*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 961 ss.

¹⁵ P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015: una norma apparente*, in *Arg. dir. lav.*, n. 6, 2015, p. 1117 ss.; ID., in *Colloqui giuridici di diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2015.

Vero è che la norma ha introdotto una distonia nel sistema, quasi una specie di cortocircuito, tanto che grazie ad essa pare oggi essere venuta meno la distinzione tra indici principali ed indici secondari di subordinazione, fenomeno che va in parallelo con l'ampliamento dell'ambito delle presunzioni semplici sempre più valorizzate nelle aule giudiziarie quale strumento di prova (si pensi anche solo al tormentato problema della prova del danno nelle sue diverse tipologie).

Ad aumentare la confusione è nuovamente intervenuto il legislatore con il d.l. n. 101/2019 (conv. in legge n. 128/2019), che ha cancellato dal citato art. 2, comma 1, l'espressione "anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", sostituito l'avverbio "esclusivamente" personali con "prevalentemente" e aggiunto "le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali".

Trattasi francamente di modifiche poco comprensibili, se non sotto il profilo squisitamente politico di una concessione allo spirito dei tempi favorevole all'emersione, sul piano del diritto positivo, della questione dei lavoratori delle piattaforme, quindi del tutto improduttive di effetti che non fossero già quelli scaturenti dalla disposizione nella sua formulazione precedente¹⁶.

Volendo ribilanciare il sistema, ormai incrinato dalla ricorrente sovrapposizione/contaminazione/falsa contrapposizione tra l'art. 2094 c.c. e l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, il d.l. n. 101/2019 ha introdotto nel corpo del d.lgs. n. 81/2015 una serie di disposizioni (art. 47-*bis* ss.) dedicate specificamente al lavoro tramite piattaforme digitali svolto in modalità autonoma. Una specifica definizione è stata fornita, a tal fine, dal legislatore: sono *riders* autonomi coloro che "svolgono attività di consegna di beni per conto altrui in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o di veicoli a motore, attraverso piattaforme anche digitali"¹⁷.

¹⁶ Così come poco comprensibile è l'art. 15 della legge n. 81/2017, il quale ha inserito nel testo dell'art. 409, n. 3, c.p.c., la seguente definizione: «La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente la propria attività lavorativa». All'interprete è già noto da tempo che il tipo di «collaborazione» sotteso ad un rapporto «coordinato» è ben diverso da quello richiesto dall'art. 2094 c.c., essendo infatti il coordinamento compatibile, pena lo sconfinamento nell'eterodirezione, con una certa libertà nelle modalità di esecuzione della prestazione, per es., sotto forma di assenza di vincoli cogenti di orario di lavoro e conseguente libertà di organizzazione.

¹⁷ Sono considerate piattaforme digitali "i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumenta-

Sono così state previste tutele differenziate, a seconda che l'attività sia qualificabile come eterorganizzata ai sensi dell'art. 2, comma 1, dello stesso decreto ovvero come lavoro autonomo occasionale.

Per i *riders* autonomi (una specie rara, a fronte delle già ricordate decisioni giurisprudenziali) è stabilita una disciplina minima di tutela: i prestatori, soprattutto, non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate dovendo essere garantito un compenso minimo orario, parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti (art. 47-*quater*). Una deroga a siffatto disposto è possibile solo se il compenso complessivo è determinato in base ai criteri stabiliti dai contratti collettivi stipulati dalle OOSS e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale che “tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente”¹⁸.

Trattandosi di lavoratori autonomi, la legge vieta “l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione”, con ciò riconoscendo la legittimità di esclusioni e riduzioni determinate dal negligente adempimento degli incarichi.

La disciplina appena descritta, a quanto consta, non ha mai trovato applicazione, essendosi gli interpreti completamente dimenticati della presenza di questo blocco normativo all'interno del d.lgs. n. 81/2015.

Unica eccezione riguarda l'art. 47-*quater*, che è stato al centro dell'attenzione dei giudici e di circolari ministeriali (v. *infra*) perché – paradossalmente – trattato come se fosse una norma che riguarda il lavoro subordinato.

3. La contrattazione collettiva

Il rinvio alla contrattazione collettiva di cui al richiamato art. 47-*quater*, pur chiarissimo nella lettera della legge, non è riuscito ad affrancarsi dalle sabbie mobili del nostro “sistema”.

li alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione” (art. 47-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015).

¹⁸ Ai *riders* autonomi è altresì garantita un'indennità integrativa, non inferiore al 10%, per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni sfavorevoli. I relativi contratti devono essere provati per iscritto e i lavoratori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza. In caso di violazione, il lavoratore ha diritto ad una indennità risarcitoria. Si applica, infine, la copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali e a tal fine il committente è tenuto a tutti gli adempimenti del datore di lavoro, nonché al rispetto delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

In data 15 settembre 2020 è stato stipulato primo CCNL di categoria da parte di Assodelivery e di UGL Riders.

Non v'è dubbio che Assodelivery sia l'unica organizzazione datoriale che associa le imprese del *food delivery* e UGL rider sia, a quanto consta, l'unica organizzazione sindacale che associ e rappresenti specificamente i *riders* operanti in tale settore (e pertanto dovrebbe essere considerata comparativamente più rappresentativa nel settore stesso).

Ma, come anticipato, nel momento attuale i protagonisti del sistema paiono tutti sbilanciatemente assestati su posizioni favorevoli alla riconduzione dei *riders* al lavoro subordinato e alla contrattazione collettiva classica che quel lavoro tutela, con totale rimozione del blocco normativo che contiene la disciplina della prestazione dei *riders* autonomi (cfr. il più volte richiamato art. 47-*bis* ss.).

Non è un caso che con *Lettera* datata 17 settembre 2020 il Ministero del Lavoro abbia negato a tale contratto collettivo la possibilità di essere ascritto tra quelli investiti del potere di derogare al divieto di retribuzione “a cottimo” (in base alle consegne), rilevando il difetto di maggior rappresentatività comparata sul piano dei soggetti stipulanti atteso che, sul versante sindacale, compare una sola sigla firmataria, mentre sarebbe lo stesso uso, nella norma, della forma plurale, “a suggerire la necessità che a stipulare il contratto stesso non possa essere una sola organizzazione, se non nel caso limite in cui detta organizzazione non realizzi – da sola – una rappresentanza largamente maggioritaria a livello nazionale”. Con la conseguenza dell'illegittimità della deroga rispetto alla norma da cui si evince la necessaria determinazione del compenso su base oraria.

In verità, come è stato osservato, la forma plurale usata dalla norma “è all'evidenza imposta dall'unitario riferimento alle organizzazioni datoriali e padronali”¹⁹ e, quanto alla necessità di una rappresentanza maggioritaria a livello nazionale, non può dubitarsi che sia Assodelivery che UGL di fatto si pongano come tali, sui distinti versanti datoriale e sindacale, visto che sono le uniche a rappresentare specificamente i *riders* autonomi. Né potrebbe altrimenti contestarsi, anche solo sul versante civilistico, la validità e l'efficacia del contratto collettivo tra esse stipulato.

¹⁹ P. TOSI, *La tutela dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative*, in *Lav. dir. Europa*, n. 1, 2021; conf. F. CARINCI, *Il CCNL Rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita ad Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, *ivi*; M. MAGNANI, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali post Covid*, *ivi*; espressamente sulla circolare Ministero del lavoro del 20 novembre 2020, P. TOSI, *Per i rider niente cottimo*, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 20 novembre 2020.

In contrappunto con il contrastato contratto collettivo, le parti sociali del settore *Logistica, trasporto merci e spedizione* hanno siglato il 2 novembre 2020 un “Protocollo attuativo dell’art. 47 *bis* del D.Lgs. n. 81/2015” che, ponendosi in continuità con l’accordo integrativo dalle stesse parti stipulato nel luglio 2018, estende ai *riders* autonomi (che tali sono ai sensi dell’art. 47-*bis* cit.) l’applicazione delle tutele *ivi* stabilite per i *riders* subordinati.

Anche per le OOSS tradizionali, quindi, non v’è spazio nell’ordinamento per una prestazione “autonoma” dei *riders*.

Per di più, una volta aperto il varco della subordinazione, i giudici possono altresì considerarsi liberi di scegliere il contratto collettivo più “confacente”, come dimostrano le recenti sentenze di merito che hanno applicato ai *riders* il CCNL del terziario, distribuzione e servizi, con inquadramento dei lavoratori al VI livello, al quale appartengono “*i lavoratori che compiono lavori che richiedono il possesso di semplici conoscenze pratiche*”, tra cui il “fattorino” e il “portapacchi” (Trib. Milano, 20 aprile 2022; Trib. Torino, 15 novembre 2022).

4. Il legislatore europeo

Sul contesto normativo come sopra delineato pesa anche la proposta di Direttiva europea, presentata dalla Commissione nel dicembre 2021, intitolata al “miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali”.

Obiettivo della proposta è la corretta qualificazione contrattuale dei *platform workers*, a favore dei quali si introduce una presunzione relativa di subordinazione, ancorata ad alcuni indici predittivi e all’inversione dell’onere della prova a carico alla piattaforma.

La subordinazione è presunta al ricorrere di alcuni criteri (in una prima versione solo cinque, ma ora aumentati ad 11 e spostati dal testo al Preambolo della proposta stessa), tra cui, esemplificativamente, la determinazione effettiva del corrispettivo o fissazione di un suo tetto massimo; l’obbligo di rispettare regole vincolanti per quanto riguarda l’aspetto esteriore oppure il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l’esecuzione del lavoro; il controllo, anche attraverso l’utilizzo di strumenti elettronici, dell’esecuzione del lavoro; la limitazione, anche mediante sanzioni o conseguenze pregiudizievoli per il lavoratore, della libertà di organizzare il proprio lavoro in autonomia, in particolare della facoltà di scegliere l’ora-

rio di lavoro, di accettare o rifiutare incarichi o di avvalersi di subappaltatori o sostituti; la limitazione della possibilità di costruire una propria clientela²⁰.

Al ricorrere di tali condizioni, il rapporto di lavoro sarà da qualificarsi come subordinato e spetterà alla piattaforma dimostrare il contrario. I nuovi indici aprono in verità ad una nozione ampia di subordinazione, che si spinge ben oltre il perimetro tradizionale dell'etero-direzione ed è destinata a rafforzare ulteriormente l'orientamento giurisprudenziale di cui ai paragrafi che precedono.

5. Il problema della selezione della disciplina applicabile

Quando ha ritenuto di applicare l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015, considerando "eterorganizzate" (ma non subordinate) le prestazioni, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare il problema della applicazione "selettiva" della disciplina del lavoro subordinato, lasciandolo praticamente irrisolto.

La Cassazione n. 1663/2020 non risponde direttamente al quesito se le collaborazioni di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 debbano considerarsi destinatarie di un'applicazione "parziale" delle tutele, sfrondando quelle ontologicamente riferibili alla subordinazione vera e propria o se ad esse debba applicarsi l'intero apparato normativo del lavoro subordinato.

La Suprema Corte osserva, da un lato, che la norma richiama la disciplina del rapporto di lavoro subordinato senza operare alcuna esclusione. D'altro lato, lascia trasparire una certa difficoltà nell'indicare come applicabili alcune tutele strutturalmente incompatibili con forme di semplice collaborazione.

Allo stato attuale sembra desumersi che, senza specificazioni da parte del legislatore, l'interprete è comunque libero di propendere per l'applica-

²⁰ G. BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'“umanesimo digitale”*, in *Lav. dir. Europa*, 2022; P. TOSI, *Riflessioni brevi sulla Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, in *Lav. dir. Europa*, n. 1, 2022; A. ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 2, 639 ss.; ID., *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme: dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. Verso un incremento delle tutele?*, in *Labour & Law Issue*, n. 1, 2022.

zione dell'intero apparato normativo posto a tutela del lavoro subordinato. Non a caso la Corte utilizza più volte l'aggettivo "integrale" associato alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Sulla scia del Supremo Collegio e diversamente da App. 4 febbraio 2019 che si è limitata ad affermare l'estensione ai riders di Foodora della *"retribuzione, diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del V livello CCNL logistica trasporto merci, dedotto quanto percepito"*, altra giurisprudenza di merito, investita del problema relativo all'applicazione della normativa di cui al d.lgs. n. 81/2008 (in particolare sotto il profilo dell'obbligo di fornitura dei DPI anti-Covid), ha affermato che a tali collaboratori, benché autonomi, *"debba applicarsi l'intera disciplina della subordinazione"* (cfr. Trib. Firenze, 1° aprile 2020; Trib. Bologna, 14 aprile 2020).

Anche sotto tale profilo, dunque, l'improvvida formulazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 amplia la discrezionalità dell'interprete, affidandogli il compito di selezionare gli istituti applicabili ai lavoratori autonomi (ma) eterorganizzati, facilitando le soluzioni più diverse e aumentando esponenzialmente l'incertezza degli esiti giudiziari.

NUOVI SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA AUTONOMIA COLLETTIVA *

Mariella Magnani **

1. – In occasione di questo incontro ho riletto la relazione di Antonio al congresso AIDLASS del 1997 su “Autonomia collettiva e occupazione”. E, rileggendola, mi è venuto da pensare che, allo stato, su autonomia collettiva e legge abbiamo detto tutto.

Non è un caso che ormai ben poche opere monografiche trattino puntualmente i problemi del rapporto tra autonomia collettiva e legge e, più in generale, dell'autonomia collettiva. Fino a che arriverà – se mai arriverà – quel provvedimento legislativo di attribuzione diretta od indiretta di efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi su cui non abbiamo mai smesso di discutere dall'entrata in vigore della Costituzione ad oggi, non credo che, nei fondamentali o nelle declinazioni classiche, vi sia più molto da dire.

Ciò, però, non significa che, a causa dell'evoluzione economico sociale cui siamo andati incontro, nuovi problemi non si siano già affacciati o si stiano profilando all'orizzonte. Ne enuncio tre che, in un certo senso, offro al dibattito.

2. – Il primo di questi, che conosciamo bene ma su cui abbiamo steso un velo, è l'art. 8 della legge n. 148/2011, del quale largamente abbiamo discusso ma che non è mai stato veramente metabolizzato nel sistema.

Sull'art. 8 vi sarebbe ancora molto da scrivere; non tanto sui requisiti soggettivi della norma, su cui ci siamo prevalentemente soffermati, quanto su quelli oggettivi (a cominciare dalla rilevanza delle finalità enunciate dalla legge e dall'ampiezza delle materie derogabili), se non sulla sua attuale

* Intervento dell'autrice al Convegno “Autonomia collettiva e realtà economica. L'omaggio dei giuslavoristi ad Antonio Vallebona”, Roma, 13 luglio 2022.

** Professore emerito di Diritto del lavoro – Università di Pavia.

sopravvivenza, una volta che il *Jobs Act* ha ridisciplinato gran parte delle materie elencate nell'art. 8 e i rimandi ai contratti collettivi (art. 51, d.lgs. n. 81/2015).

Una recente ricerca sulla prassi applicativa dell'art. 8, pubblicata in Diritto delle relazioni industriali del 2023, mostra come, a più di dieci anni dalla sua entrata in vigore, la contrattazione di prossimità non sembra essere un fenomeno marginale nel panorama delle relazioni industriali italiane. Al contrario, essa sembra essere addirittura in ascesa con riferimento ad alcune materie. Quindi, il dato di partenza è che la norma ha mostrato, nella prassi delle relazioni collettive, una sua ragion d'essere, pur dopo l'opera flessibilizzante compiuta dal legislatore.

Di qui la permanente attualità delle questioni di legittimità costituzionale e, soprattutto, interpretative generate dall'art. 8.

Quanto alle prime – prospettate in relazione agli artt. 3 e 39, commi 1 e 4, Cost. – la Corte Costituzionale non ha mai avuto realmente modo di pronunciarsi, essendo stata chiamata, dapprima, a valutare la compatibilità dell'art. 8 con l'art. 117 Cost., per la supposta violazione delle competenze normative regionali, ed avendo ritenuto, successivamente, inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento ai commi 1 e 4 dell'art. 39.

Le sentenze della Corte Costituzionale, sebbene non entrino nel merito delle questioni di legittimità prefigurate dalla dottrina e che hanno in un certo senso “bloccato” il dibattito sulla norma, forniscono tuttavia qualche indicazione interpretativa della stessa. La prima concerne, come è noto, la tassatività dell'elencazione delle materie in cui è possibile la deroga; la seconda concerne i presupposti identificativi dei contratti di prossimità (e, in specie, dei contratti aziendali aventi la particolare forza ed efficacia soggettiva di cui all'art. 8) che sono connotati dall'essere stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi secondo un criterio maggioritario, dalle finalità indicate dalla norma e dall'intervenire nelle materie specificate, tra cui, in particolare, non rientra «il mero contenimento del trattamento retributivo» (Corte Cost. n. 52/2023).

Proprio perché la riflessione scientifica è stata sostanzialmente irretita dalle questioni di legittimità costituzionale, essa non si è particolarmente soffermata sui requisiti, soprattutto oggettivi, posti dalla norma affinché i contratti territoriali e aziendali potessero produrre gli effetti ad essi attribuiti dall'art. 8.

Poco esplorate sono state sia la questione dell'accertamento delle finalità perseguite dalla contrattazione di prossimità, sia quella dell'ampiezza

delle materie in cui è ammissibile la deroga, sia, a ben vedere, pure quella dei limiti che in concreto scaturiscono dal comma 2-*bis*, il quale sancisce il necessario rispetto delle disposizioni costituzionali nonché dei vincoli derivanti dalle norme comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Dall'analisi sulla giurisprudenza applicativa dell'art. 8, sembra emergere una certa tendenza ad interpretare restrittivamente il requisito della finalità perseguita dal contratto di prossimità e anche il novero delle materie in cui è ammissibile la deroga. Ma, appunto, gli spunti offerti dalla giurisprudenza dovrebbero finalmente indurre la dottrina a non arrestarsi sulla soglia delle questioni di legittimità costituzionale, bensì ad indagare sul contenuto della norma e sulla sua collocazione sistematica, come già invitavo a fare all'indomani dell'entrata in vigore della legge, al fine di costruire percorsi, o modelli di decisione, utili alla giurisprudenza. Una giurisprudenza capace di aggredire, distruggendolo, il testo contrattuale (senza neppure sollevare questioni di legittimità costituzionale).

3. – Altri problemi dell'autonomia collettiva sono legati ai nuovi modi di organizzazione dell'impresa. Se nel paradigma organizzativo fordista il binomio impresa-subordinazione sembrava necessario e totalizzante, ora quel binomio si è allentato e può essere sostituito da altri contratti e combinazioni più sofisticate. Di qui il tema della capacità della autonomia collettiva di coprire anche questi tipi di rapporto e, in tal caso, con quali regole di funzionamento.

Purtroppo, in quest'ambito, vale a dire quello della contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, il dibattito è molto sfilacciato e in larga misura inquinato dalla questione dei *riders* o dei lavoratori tramite piattaforma digitale, figure in un certo senso a cavallo tra subordinazione e autonomia cui, sole, viene dedicata attenzione.

Ma per i lavoratori di cui non si discute la qualificazione in termini di genuina autonomia, se caratterizzati da quella che un tempo si chiamava parasubordinazione, non vi è alcun dubbio che si applichi la garanzia dell'art. 39 Cost.

Né mi pare che possano spostare la conclusione le disposizioni degli artt. 101 e 102 TFUE sul diritto di libera concorrenza nel mercato interno. Se si leggono con attenzione le pronunce della Corte di Giustizia, ed in particolare il caso *Kunsten*, imperniato sulla nozione, spesso equivocata, di "falso lavoro autonomo", si vede che neppure dal diritto eurounitario sembrano provenire ostacoli alla stipulazione dei contratti collettivi per governare pure questa tipologia di rapporti di lavoro di cui si avvale l'impresa esternalizzata.

Tra l'altro, vi è una Comunicazione della Commissione europea del 2022 orientata a considerare anche i “solo self-employed workers” – categoria distinta dai “false self-employed workers” quali definiti dalla Corte di Giustizia – come potenzialmente privi di potere contrattuale e perciò non soggetti ai limiti che derivano dall'applicazione del diritto di libera concorrenza.

Insomma, via via che il diritto del lavoro tende, in varie graduazioni, ad estendersi a tutto il lavoro personale, anche le (eventuali) manifestazioni della autonomia collettiva in questo ambito dovranno essere indagate, così come la trasponibilità dei principi elaborati per il lavoro subordinato.

4. – Infine – ed il tema è il più intrigante e difficile – che dire dell'utilizzo del processo e più specificamente della normativa antidiscriminatoria nel diritto sindacale, che si prospetta sempre più strumento alternativo per il sindacato al fine di ottenere quel riconoscimento e quella legittimazione che non riesce ad ottenere sul piano dei rapporti di forza? Antesignano è stato il caso Fiat, ma si può ricordare, più recentemente, anche il caso Ryanair. La normativa antidiscriminatoria e segnatamente il particolare procedimento *ex art. 28* del d.lgs. n. 150/2011 sono stati, come noto, utilizzati per il tramite dei divieti di discriminazione a causa delle “convinzioni personali”, categoria nella quale è stata ricompresa pure la discriminazione per motivi sindacali. Il che, come si diceva, offre al sindacato uno strumento inedito e più efficace dell'art. 28 Stat. lav., al fine di garantirne la penetrazione in azienda. Si tratta di una prospettiva assai interessante, che si è sviluppata autonomamente, ad opera della giurisprudenza, nel silenzio della dottrina cui ora è richiesto uno sforzo sistematizzatore, al quale mi auguro che l'onorato non faccia mancare la sua voce.

I RINVII DELLA LEGGE AL CONTRATTO COLLETTIVO: CENNI INTRODUTTIVI ALLA DISCUSSIONE

Arturo Maresca *

1. – Per introdurre il tema dei rapporti tra contratto collettivo e legge che sarà approfondito nelle relazioni che seguiranno, forse è opportuno muovere, sebbene possa apparire scontato e ultroneo, dalla tecnica dell'inderogabilità utilizzata dal legislatore per realizzare la tutela del lavoratore subordinato. Tutela affidata, infatti, alle norme inderogabili che stabiliscono il trattamento minimo, economico e normativo e, così, le condizioni di lavoro imprescindibili poste a presidio della dignità della persona che presta la propria attività lavorativa in forma subordinata e, quanto al trattamento economico, al fine di *“assicurare ... un'esistenza libera e dignitosa”* (art. 36, comma 1, Cost.).

L'uniformità delle condizioni minime inderogabilmente garantite dalla legge è funzionale ad evitare che il lavoro possa essere offerto a condizioni ribassate rispetto a quelle legali per vincere la concorrenza di altri lavoratori che aspirano alla stessa assunzione.

Se l'uniformità della disciplina di base stabilita dalla legge per la generalità dei lavoratori è il punto di partenza del sistema di tutele del lavoro, la diversificazione di queste tutele avviene ad opera dell'autonomia privata, collettiva e individuale, che può migliorare le condizioni di lavoro; miglioramenti, peraltro, fruibili limitatamente all'ambito applicativo della fonte contrattuale al cui interno sono destinati a produrre effetti.

L'intervento dell'autonomia privata è eventuale, ma mentre l'ordinamento giuridico del lavoro subordinato riconosce a quella collettiva una funzione essenziale che, per questo, è munita non soltanto di una garanzia

* Professore emerito di Diritto del lavoro – Sapienza Università di Roma.

costituzionale, ma anche del sostegno del legislatore che, ad esempio, attribuisce forza inderogabile ai trattamenti collettivi; invece, quella individuale ha una funzione marginale perché affetta dalla debolezza negoziale del singolo lavoratore, con circoscritte eccezioni.

L'art. 39, comma 1, Cost. attribuisce all'autonomia sindacale un ruolo protagonista nel miglioramento dei trattamenti legali minimi che sono destinati a svilupparsi ed articolarsi per impulso delle coalizioni organizzate in sindacato liberamente costituite dai lavoratori. L'azione sindacale si spiega ad ampio raggio, con l'esercizio dell'autonomia collettiva e dello sciopero, per promuovere gli interessi dei lavoratori a vari livelli (nella categoria con il contratto collettivo nazionale di lavoro di primo livello e nel territoriale o in azienda con i contratti di secondo livello).

Quindi la legge e la contrattazione collettiva concorrono nella definizione delle condizioni di lavoro; le modalità di questa interazione assumono forme diverse che possono essere schematicamente rappresentate distinguendo due macro aree: nella prima l'iniziativa di esercitare l'autonomia collettiva è assunta, indipendentemente dalla legge, dai sindacati detentori, a titolo originario, degli interessi collettivi oggetto di regolazione; in questo caso l'espressione più nota e importante è quella dei contratti collettivi nazionali di categoria¹. Nella seconda, invece, l'intervento della contrattazione collettiva è *indotto* dal legislatore che ha previsto e disciplinato tale intervento, senza renderlo obbligatorio; è il caso dei rinvii operati dalla legge alla contrattazione collettiva.

Questa seconda ipotesi annovera al suo interno una svariata gamma di tipologie di rinvii che si differenziano quanto al loro contenuto: a) per la selezione dei soggetti sindacali e/o dei contratti collettivi legittimati a dare seguito al rinvio; b) per la finalità dell'intervento sollecitato dal legislatore al contratto collettivo il cui obiettivo può essere, ad esempio, l'integrazione ed il completamento della disciplina legale per renderla funzionante (essendo, in questo caso, la norma legale non autosufficiente, in mancanza dell'intervento del contratto collettivo); c) per i vincoli o la piena discrezionalità posti alla contrattazione collettiva; d) per i limiti imposti alla contrattazione collettiva con la predeterminazione di un *tetto*; e) o, all'opposto, per la possibilità ad essa accordata di sostituire la disciplina legale (che, in questo caso, si applicherà fino alla sua sostituzione) con una regolamentazione collettiva a misura degli interessi dei lavoratori ai quali è destinata; f)

¹ La posizione del legislatore nei confronti della contrattazione collettiva di categoria è improntata, come si diceva un tempo, alla *non indifferenza*, *non interferenza*.

per il sostegno fiscale o contributivo che il legislatore *aggiunge* per incentivare la conclusione di alcuni accordi collettivi.

2. – Nella prima area, il rapporto tra legge e contratto collettivo è improntato al principio generale tipico della gerarchia delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro per cui la prima è sovraordinata al secondo con l'effetto che tale relazione si muove sul classico binario dell'inderogabilità *in peius* della legge che consente, di norma e salvo eccezioni (art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, con legge 14 settembre 2011, n. 148), al contratto collettivo soltanto di migliorare la disciplina legale.

In questi casi il problema che talvolta si presenta è quello di stabilire quando il trattamento accordato dal contratto collettivo possa essere considerato più favorevole rispetto a quello garantito dalla legge e, quindi, validamente posto dal contratto collettivo.

Com'è noto, il problema non ha una soluzione univoca, in quanto si tratta di capire quale sia il criterio utilizzabile per comparare il trattamento del contratto collettivo con quello legale.

Ad esempio, se la valutazione debba essere effettuata in termini complessivi (evocando il criterio del conglobamento) oppure specifici e, in questo caso, se la comparazione vada effettuata e segmentata per singole voci oppure aggregando le voci che concorrono in modo omogeneo a disciplinare un certo istituto (con il possibile effetto di cumulare tra trattamenti legali e collettivi). Peraltro, la valutazione potrebbe presentarsi più difficile e portare ad esiti diversi se fosse condizionata soggettivamente, anziché oggettivamente; perché, ad esempio, un dipendente potrebbe considerare migliorativo un accordo collettivo che riconosce un incremento economico pur a fronte di una riduzione delle pause con un aumento dei tempi di lavoro.

Le segnalate complessità, peraltro, incrociano e si devono misurare con un'ulteriore problematica che nasce dall'affermazione, ricorrente in molti contratti collettivi (specialmente quelli nazionali di categoria), della inscindibilità delle clausole del contratto. Inscindibilità finalizzata a preservarne l'unitarietà ed evitarne la disgregazione e che si collega strettamente all'equilibrio complessivamente raggiunto dalle parti stipulanti con la conclusione del contratto attraverso quelle partite di scambio trasversali tipiche di ogni trattativa sindacale che non possono subire alterazioni tali da incidere sulla composizione degli interessi collettivi voluta dai soggetti che ne sono titolari.

3. – Non c'è dubbio, però, che le complessità maggiori si addensano nella seconda area nella quale il legislatore si avvale della *sponda* rappresentata dal contratto collettivo.

In questo caso il punto di partenza (oggetto di esame in questa sede, escludendo altri temi di notevole importanza, ad esempio quello dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo che ha dato seguito al rinvio) è rappresentato dai vincoli posti dalla legge al contratto collettivo per quanto riguarda l'individuazione e delimitazione degli spazi all'interno dei quali il contratto si deve muovere.

Spazi che dipendono dalla formulazione del rinvio e non dai principi generali che, in assenza di indicazioni del legislatore, regolano i rapporti tra legge inderogabile e contratto collettivo consentendo, di norma, a quest'ultimo soltanto di migliorare i trattamenti economici e/o normativi previsti dalla prima.

Come si è detto il rinvio operato dal legislatore al contratto collettivo può assumere contenuti molto diversi, volendo schematicamente indicare quelli principali si può fare riferimento: a) all'adozione di un criterio selettivo in base al quale il legislatore identifica i soggetti legittimati a negoziare il rinvio; b) al perimetro della modifica (integrale o parziale) che il contratto collettivo può apportare alla disciplina legale o, piuttosto, se quest'ultima richieda di essere integrata o completata per poter funzionare; c) ai contenuti che in sede di rinvio la contrattazione collettiva può assumere in forme e gradazioni assai variegate: dal vincolo di scopo alla mera enunciazione di finalità e principi generali.

Solo qualche cenno al riguardo.

A) Va osservato in primo luogo che non sempre il legislatore avverte la necessità di adottare criteri selettivi per delimitare la legittimazione a negoziare il rinvio.

In alcuni casi (come quello dell'art. 2120, comma 2, c.c. modificato nel 1982 per definire la retribuzione utile per il computo del TFR²) ciò si spiega perché, all'epoca in cui era stato formulato il rinvio, il tema della dilagante frammentazione dei contratti collettivi – e, quindi, della opportunità di una selezione – non si era ancora manifestato nella sua evidenza attuale, essendo allora le relazioni collettive dominate dall'egemonia dell'unità d'azione sindacale di CGIL, CISL e UIL. Egemonia che offriva sostanzialmente una rappresentazione avallata anche in dottrina, ma poi rivelatasi inade-

² Art. 2120, comma 2, c.c. “salvo diversa previsione dei contratti collettivi ...”.

guata rispetto alla realtà delle dinamiche sindacali che di lì a poco si sarebbero manifestate, della sussistenza di un unico e solo interesse collettivo (intrinsecamente indivisibile) la cui titolarità ed esercizio faceva capo unitariamente ed inscindibilmente alle confederazioni sindacali CGIL, CISL e UIL ed alle associazioni di categoria ad esse aderenti. Le diversificazioni di interpretazione degli interessi collettivi tra questi stessi sindacati (rivelatasi in modo dirompente nei contratti collettivi separati degli anni 2000, quelli dei meccanici e del commercio, e nell'accordo di Pomigliano della FIAT), ma anche da parte di altre organizzazioni sindacali *antagoniste* avrebbe fatto toccare con mano che il pluralismo sindacale comporta inevitabilmente la declinazione al plurale non solo dell'interesse collettivo e della titolarità dell'autonomia collettiva, ma anche della capacità di esercizio in sede negoziale.

È pur vero che, anche in un contesto così significativamente mutato, si rinvenivano ancora dei casi nei quali non vengono individuati criteri per selezionare i sindacati legittimati a dare seguito al rinvio. Com'è avvenuto, ad esempio, nel 2016 quando il legislatore ha affidato (anche) alla contrattazione collettiva la disciplina dei piani di *welfare* (art. 51, comma 2, lett. f), TUIR³); qui, forse, l'omissione è dovuta ad un legislatore attento più a profili tributari che a quelli gius-sindacali.

Quando, invece, il legislatore stabilisce – come ormai avviene ricorrentemente – un criterio selettivo il tema che si pone riguarda le modalità di enunciazione del criterio e, prima ancora, se esso riguardi (congiuntamente o disgiuntamente) i contratti collettivi oppure i soggetti stipulanti, prevalentemente i sindacati, più raramente anche le associazioni datoriali.

Ad esempio, l'art. 2, comma 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 attribuisce ai soli “*accordi collettivi nazionali*”⁴ – e, quindi, non anche a quelli di se-

³ Art. 51, comma 2, lett. f), d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi TUIR) così come modificato dall'art. 1, comma 190, lett. a), n. 1, legge 28 dicembre 2015, n. 208 ed interpretato autenticamente dall'art. 1, comma 162, legge 11 dicembre 2016, n. 232 che, ai fini della tassazione e della contribuzione previdenziale, esclude dal reddito di lavoro dipendente “*l'utilizzazione delle opere e dei servizi riconosciuti dal datore di lavoro volontariamente o in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale*”; disposizioni che nell'interpretazione autentica si chiarisce essere “*anche*” quelle del “*contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale*”.

⁴ Art. 2, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 si riferisce agli “*accordi collettivi nazionali*” aggiungendo che dovranno: a) essere “*stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*”; b) nonché prevedere “*discipline specifiche riguardanti il*

condo livello – la possibilità di derogare alla disciplina legale delle collaborazioni prevalentemente personali, continuative ed etero-organizzate.

Per quanto riguarda il criterio selettivo riferito ai soggetti sindacali è ormai divenuta paradigmatica la formulazione contenuta nell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015⁵, più volte richiamata anche da leggi successive.

Con questa formulazione vengono legittimati i *“contratti collettivi nazionali”* e quelli *“territoriali”* stipulati delle *“associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*; esse potranno stipulare anche i contratti *“aziendali”*, ma in questo caso non si tratta di una legittimazione esclusiva che, in via concorrente, viene riconosciuta anche alle *“loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero [d]alla rappresentanza sindacale unitaria”*. Quindi non ad una qualsiasi RSA, seppure validamente costituita, ma solo a quella istituita dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale.

In questo modo l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 abilita per la stessa materia più fonti collettive, con la conseguenza di metterle in concorrenza tra di loro, potendo quindi accadere che il rinvio alla contrattazione collettiva venga esercitato a livello sia di categoria sia aziendale con contenuti diversi. In questo caso la disciplina collettiva applicabile sarà individuata in base al criterio di maggior prossimità e la contrattazione aziendale opererà non in deroga a quella di categoria, ma a titolo originario traendo dalla legge la sua legittimazione.

La formula dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 è, come si è detto, quella oggi più utilizzata, ma non è certo immune da dubbi interpretativi che si manifestano per stabilire non solo quali siano le *“associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*, ma specialmente nei casi di dissensi tra tali associazioni se la firma dell'accordo debba essere necessariamente unitaria oppure possa riguardare anche una maggioranza sindacale; maggioranza da individuare secondo le regole previste (ove ciò sia avvenuto) dalla disciplina collettiva applicabile.

B) Altra questione che si pone in termini rilevanti riguarda il caso in cui la norma legale non si limita al mero rinvio al contratto collettivo, ma detta

trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”.

⁵ Art. 51, d.lgs. n. 81/2015 *“Norme di rinvio ai contratti collettivi. 1. Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.*

una propria regolamentazione consentendo, allo stesso tempo, al contratto collettivo di sostituirla integralmente, dando così vita ad un concorso tra la fonte legale e collettiva che lo stesso legislatore risolve a favore di quest'ultima affermandone la prevalenza.

In questa prospettiva l'intervento del legislatore a ben vedere si risolve e si sostanzia nella ridefinizione, almeno in prima battuta, del perimetro dell'inderogabilità della disciplina legale dettata dalla stessa norma che contiene la delega.

Infatti, nel caso in esame l'inderogabilità non opererà più a tutto tondo, ma viene mitigata o modulata dal legislatore per dare spazio e così consentire/favorire l'intervento del contratto collettivo (non anche di quello individuale).

Il ridimensionamento della nderogabilità legale può assumere gradazioni assai diverse, quella più radicale si ha quando il legislatore nel formulare la norma precisa che essa opera "*salvo diversa previsione dei contratti collettivi*"; una formula risalente (l'esempio più significativo, già evocato, è del 1982 con l'art. 2020, comma 2, c.c.), ma ormai molto diffusa (a partire dal d.lgs. n. 81/2015) che consente al contratto collettivo di sostituire la propria disciplina a quella legale, senza la necessità di alcuna valutazione comparativa.

Sul piano ricostruttivo e finalistico si può dire che in questo caso il legislatore, da una parte, ha ritenuto sussistente un interesse generale a che la materia sia oggetto di una compiuta e funzionante regolazione legale, quindi applicabile e fruibile in via generale ad ogni rapporto di lavoro, dall'altra parte ha anche valutato di non attribuire forza imperativa alla disciplina legale (salvo nei confronti del contratto individuale), apprezzando la possibilità che gli interessi collettivi inducano le parti che ne sono titolari a concordare una diversa regolamentazione della materia. *Diversa* e sostitutiva di quella legale dalla quale, quindi, può prescindere del tutto, essendo sottratta a qualunque valutazione comparativa in ordine alla realizzazione di un regime di miglior trattamento.

In una prospettiva che guarda alle dinamiche tra legge e contratto collettivo, si può anche dire che nel caso in esame l'ambito applicativo della norma legale è variabile, in quanto si ritrae per lasciare spazio alla contrattazione collettiva (al livello definito dal legislatore: nazionale, territoriale o aziendale) che man mano viene concordata e per tutta la durata derivante dalla sua efficacia temporale.

In mancanza di essa opera, però, la legge, con effetti non trascurabili nella trattativa sindacale, in quanto ciascun negoziatore baserà le proprie

valutazioni in ordine all'utilità di sottoscrivere l'accordo avendo come punto di riferimento la regola fissata dalla legge e la convenienza a modificarla oppure a lasciarla inalterata. In altre parole, essendo l'intervento della contrattazione collettiva non necessario, ma eventuale, in quanto la norma legale è autosufficiente, la possibilità della sua sostituzione da parte della contrattazione collettiva richiede una convergenza di interessi per una diversa disciplina; convergenza che potrà essere raggiunta anche alimentando uno scambio tra le parti sociali che non si limiti allo specifico tema oggetto della norma legale.

Si può ulteriormente precisare, sulla scorta di un importante precedente giurisprudenziale⁶, che il riconoscimento al contratto collettivo della facoltà di sostituire la disciplina legale non può, invece, spingersi al punto di interdirne l'applicazione, in quanto il legislatore rimette alla contrattazione collettiva la facoltà di disciplinare diversamente la materia, non già quella di rimuovere la regolamentazione dettata dal legislatore. Quindi il rinvio sostitutivo al contratto contiene anche l'affermazione implicita che la materia sia necessariamente oggetto di regolazione o per legge o per atto di autonomia collettiva.

Quanto appena detto consente di precisare che nel caso in esame l'inderogabilità della norma legale non viene del tutto vanificata, perché resta ferma quanto meno la necessità di una regolamentazione della materia, anche se i contenuti di tale regolamentazione potranno variare, non dovendo ripetere necessariamente quelli espressi dal legislatore, ma potendo essere sostituiti da quelli convenuti in sede collettiva.

C) Passando dai contenuti *liberi* a quelli *vincolati* che, in sede di rinvio, la contrattazione collettiva può assumere va subito detto che la questione deve essere risolta nel rispetto delle prescrizioni dettate dal legislatore nella formulazione del rinvio.

Per accennare al tema in rapida sintesi e cercare di darne conto, il modo più efficace sembra quello di ricordare e ripercorrere alcuni esempi, tra i molti meritevoli di esame, che dimostrano la complessità del problema e

⁶Cass., 13 novembre 2019, n. 29423, confermando una sentenza della Corte d'Appello di Bologna, ha ritenuto che *“in tema di lavoro intermittente, l'art. 34, comma 1, del d.lgs. 276 del 2003, rimette alla contrattazione collettiva l'individuazione delle esigenze in presenza delle quali è consentita la stipula di un contratto a prestazioni discontinue, ma non il potere di veto in ordine alla utilizzabilità di tale tipologia, come si desume anche dal disposto dell'art. 40 del citato decreto, che, in caso di inerzia delle parti collettive, prevede l'intervento sostitutivo del Ministero del lavoro, misura che denota la volontà del legislatore di garantire l'operatività dell'istituto”*.

come, nella varietà di costruzioni del rinvio legale all'autonomia collettiva, la sua soluzione si incentra nell'interpretazione (non sempre univoca) della norma legale che formula il rinvio.

Partendo da quello più recente, si può ricordare l'art. 24, comma 1, d.l. 4 maggio 2023, n. 48, conv. legge 3 luglio 2023, n. 85 con il quale il legislatore ha modificato l'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 nella parte in cui rimette alla contrattazione collettiva l'individuazione delle “condizioni” (nel linguaggio corrente, le causali) che consentono la proroga o il rinnovo del contratto a termine o la sua durata superiore ai 12 mesi.

La norma vigente prevede che tali condizioni siano inverte dai “*casi previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51*”, modificando così la precedente formulazione del rinvio (in vigore fino al 4 maggio 2023) che, invece, imponeva ai contratti collettivi di farsi carico di individuare “*specifiche esigenze*”.

In questo modo appare evidente come il legislatore abbia voluto ampliare i margini di intervento dei contratti collettivi che, per autorizzare la proroga o il rinnovo del contratto a termine dopo i primi dodici mesi, non sono più tenuti ad individuare le “*esigenze*” in modo specifico (peraltro con l'ulteriore dubbio se tali esigenze dovessero essere esclusivamente quelle dell'impresa o anche quelle di sostegno all'occupazione, ad esempio, di lavoratori giovani o svantaggiati), ma solo i “*casi*”, con una sorta di delega in bianco alla contrattazione collettiva⁷.

Un secondo esempio è quello del contratto a termine per attività stagionali che l'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 afferma essere quelle “*individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nonché nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi*”.

In questo caso il legislatore sembra affidare alla contrattazione collettiva un'ampia competenza, concorrente e non subalterna a quella conferita al decreto ministeriale, ad identificare le attività stagionali che, avendo assunto nei vari contesti produttivi caratteristiche molto diverse e variegate, ben difficilmente possono essere esaustivamente sussunte e cristallizzate in norme generali (primarie o secondarie). Di qui l'utilità di affidare questo com-

⁷ In tal senso si erano pronunziate le Sezioni Unite della Cassazione (2 febbraio 2006, n. 4588) con riferimento dell'art. 23, legge 28 febbraio 1987, n. 56 che, con formulazione analoga a quella considerata nel testo, demandava alla contrattazione collettiva la facoltà di individuare ulteriori (rispetto a quelle previste dalla legge) ipotesi di apposizione di un termine finale al contratto di lavoro, anche se del tutto diverse da quelle legali che, allora, erano riferite alle sole esigenze oggettive e temporanee dell'impresa.

pito alla duttilità della contrattazione che può identificare la stagionalità tipica di ciascun ambito, a livello di categoria, di territorio o aziendale.

In questo caso non si tratta di un rinvio in bianco alla contrattazione collettiva perché possa creare una *stagionalità artificiale* dove non c'è, ma piuttosto di rimettere ai soggetti collettivi la verifica di forme mutevoli di ciclicità stagionale che inducono periodicamente un incremento temporaneo di attività senza che esso sia sollecitato o determinato da un'iniziativa imprenditoriale. Queste forme della stagionalità non sono sempre coincidenti, quanto a durata e cadenza, con le stagioni meteorologiche, anche perché ad esempio la stagionalità non è sempre quella del territorio dove l'azienda opera, cioè dove avviene la produzione dei beni o dei servizi, ma quella che si verifica nei mercati dove questi prodotti o servizi vengono collocati facendo impennare la domanda che l'impresa deve fronteggiare.

Com'è noto sul punto è recentemente intervenuta la Suprema Corte (Cass. 4 aprile 2023, n. 9243) con una sentenza che accentua i vincoli alla nozione di stagionalità posti dal rinvio al contratto collettivo, dandone un'interpretazione particolarmente restrittiva che, nel caso esaminato dalla Cassazione, ha portato a negare la legittimità della nozione collettiva di stagionalità peraltro in un settore, quello del trasporto aereo, da sempre caratterizzato da una indubitabile stagionalità, in passato oggetto anche di apprezzamento diretto da parte del legislatore.

Secondo la Cassazione, infatti, *“nel concetto di attività stagionale possono comprendersi soltanto situazioni aziendali collegate ad attività stagionali in senso stretto, ossia ad attività preordinate ed organizzate per un espletamento temporaneo (limitato ad una stagione) e non anche situazioni aziendali collegate ad esigenze d'intensificazione dell'attività lavorativa determinate da maggiori richieste di mercato o da altre ragioni di natura economico”* con la necessità che il contratto collettivo provveda alla *“specificazione di quali siano le attività che devono essere ritenute stagionali in quanto preordinate ed organizzate per l'espletamento limitato ad una stagione”*.

Un ultimo esempio può essere evocato con riferimento ai presupposti legali necessari per concludere un contratto di lavoro intermittente, presupposti costituiti dall'insieme della definizione tipologica e delle condizioni soggettive ed oggettive.

Al riguardo l'art. 13, commi 1-2, d.lgs. n. 81/2015 stabilisce che *“il contratto di lavoro intermittente è il contratto, anche a tempo determinato, mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con rife-*

rimiento alla possibilità di svolgere le prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno. In mancanza di contratto collettivo, i casi di utilizzo del lavoro intermittente sono individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali" (comma 1), aggiungendo che *"il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con meno di 24 anni di età, purché le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno, e con più di 55 anni"* (comma 2).

Quindi il legislatore delinea tre vie di accesso al contratto di lavoro intermittente, con riferimento: a) alle *"esigenze individuate dai contratti collettivi"*; b) ai *"casi di utilizzo"* previsti da un d.m.; c) all'età anagrafica del dipendente, essendo consentito l'accesso al lavoro intermittente ai prestatori che, al momento dell'instaurazione del rapporto, non hanno compiuto i 25 anni oppure hanno già compiuto i 55 anni.

Come si è accennato, la questione che si è subito posta ed è stata recentemente risolta dalla Cassazione (24 luglio 2023, n. 22086) riguardava la concorrenza dei menzionati requisiti o la possibilità di una loro applicazione disgiunta, ciò con particolare riferimento all'età anagrafica ed alla definizione legale tipologica della *"prestazione lavorativa in modo discontinuo o intermittente"*, modalità rimessa dall'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 alle *"esigenze individuate dai contratti collettivi"*.

Sul punto la Cassazione ha ritenuto che *"l'interpretazione letterale della disposizione normativa porta a ritenere che le due condizioni legittimanti la stipulazione di un contratto di lavoro intermittente siano disgiunte e non necessariamente concorrenti"*.

Con la conseguenza che il lavoro intermittente può essere svolto da un dipendente che abbia i requisiti di età a prescindere dal fatto che *"la prestazione lavorativa [venga eseguita] in modo discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi"*. Ciò potrà avvenire anche nei *"i casi di utilizzo del lavoro intermittente ... individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali"*.

Invece, al di fuori di queste ipotesi, il contratto di lavoro intermittente potrà essere concluso solo in presenza delle *"esigenze"*, scandite dall'autonomia collettiva, che dovranno caratterizzare la prestazione lavorativa intermittente.

L'EMERGENZA RETRIBUTIVA TRA RIFORMA DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E SALARIO MINIMO LEGALE

Michel Martone *

1. Austerità, retribuzione e destrutturazione della contrattazione collettiva

La spirale inflattiva che ha fatto seguito all'emergenza pandemica e si è inasprita con l'invasione russa dell'Ucraina, unitamente alla Direttiva sui salari minimi adeguati nell'Unione europea¹, ha risvegliato il dibattito sull'emergenza retributiva in Italia².

Le statistiche non lasciano dubbi. A fronte di un'inflazione ormai superiore al 6% annuo³, negli ultimi 30 anni i salari italiani sono diminuiti⁴,

* Professore ordinario di Diritto del lavoro e relazioni industriali – Sapienza Università di Roma.

¹ Direttiva (UE) 2022/2401 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea. Sul tema vedi già T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 1, p. 1 ss.; G. PROIA, *Salario minimo legale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1, p. 1 ss.

² Sulla necessità di affrontare l'emergenza retributiva vedi già, anche per i necessari richiami bibliografici, M. MARTONE, *A che prezzo*, Luiss University Press, Roma, 2019, p. 11 ss. nonché le conclusioni della relazione su "Retribuzione e struttura della contrattazione collettiva" svolta dall'autore al Congresso A.I.D.La.S.S., tenutosi presso l'Università degli studi di Palermo nei giorni 17, 18 e 19 maggio 2018 su "La retribuzione".

³ Secondo i più recenti dati Istat, disponibili sul sito <http://www.istat.it>, nel mese di maggio 2023 l'indice nazionale dei prezzi al consumo per l'intera collettività è aumentato dello 0,3% su base mensile e del 7,6% su base annua.

⁴ I dati più recenti pubblicati dall'OSCE sulla variazione percentuale dei salari annuali medi tra il 1990 ed il 2020 sono disponibili sul sito <https://data.oecd.org>.

mentre negli altri Paesi europei raddoppiavano⁵ quando non triplicavano⁶.

Questo stallo delle retribuzioni è conseguenza di un vero e proprio stallo della produttività generale dal sistema economico e ormai, secondo i più, impone un ripensamento del sistema retributivo nazionale a cominciare dalla contrattazione collettiva che ne rappresenta il fulcro⁷. Non solo e non tanto perché dall'accordo del 2009⁸ la contrattazione collettiva nazionale adegua le retribuzioni ad un indice, l'IPCA depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati, evidentemente inadeguato per questi tempi di alta inflazione soprattutto energetica, ma anche perché, stante la perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost., la contrattazione collettiva deve ancora oggi svolgersi al di fuori di un quadro ordinamentale rigorosamente presidiato da una legge sindacale che sia in grado di preservarla dalle forti oscillazioni del ciclo economico⁹.

Già nel 1997 la relazione di Antonio Vallebona prevedeva quello che poi sarebbe accaduto alla contrattazione collettiva, in un momento in cui il sindacato era ancora una forza che, pur in un momento di grande difficoltà, negli anni '80 era riuscita a gestire un'importante operazione di ristrutturazione del nostro sistema economico e che, nel 1993, aveva sottoscritto un fondamentale accordo di riordino delle relazioni industriali, dimostrando di essere ancora in grado di governare i grandi cambiamenti che stavano arrivando¹⁰.

⁵ Così in particolare nei Paesi dell'Europa centrale (Ungheria, Slovacchia).

⁶ Il riferimento è al salario medio annuo nei Paesi baltici.

⁷ G. GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, 5, Jovene, Napoli, 1972, p. 471 ss.; T. TREU, *Problemi giuridici della retribuzione*, in *Atti delle giornate A.I.D.La.S.S.*, Riva del Garda 19-20 aprile 1980, ora in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1981, 1, p. 1 ss.; M. PERSIANI, *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giurisprudenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 31 ss. L. ZOPPOLI, *La retribuzione*, in P. CURZIO-L. DI PAOLA-R. ROMEI (diretto da), *Diritti e doveri del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 327 ss.

⁸ In proposito vedi F. FAZIO-E. MASSAGLI-M. TIRABOSCHI, *Indice IPCA e contrattazione collettiva*, in *Adapt Labour Studies*, e-book series n. 8, 2013, p. 3 ss.

⁹ G. GIUGNI, *La validità erga omnes dei contratti collettivi*, ora in ID., *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 83 ss. ma anche ID., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1986, 30, p. 317 ss.

¹⁰ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in A.I.D.La.S.S., *Autonomia collettiva e occupazione. Atti del XII Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 23-25 maggio 1997, Giuffrè, Milano, 1998, p. 79 ss. da cui si citerà.

Ma quella stessa relazione avvertiva: sebbene il diritto del lavoro costituisca un "fondamentale fattore di distribuzione delle imprese e, quindi, dell'occupazione", la norma inderogabile da sola non è sufficiente, perché "funziona solo se copre l'intero mercato, altrimenti induce (...) la fuga dei soggetti onerati verso le aree libere (paradisi discali e/o lavoristici)", così scatenando una competizione sfrenata tra disoccupati, nei Paesi più avanzati, e tra lavoratori, nei Paesi più poveri. Una competizione in cui a ben vedere il diritto del lavoro finirebbe per diventare uno strumento al servizio della politica economica sbagliata.

Per questo la soluzione indicata nella relazione insisteva nel riconoscere come prioritario il tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo indicando come imprescindibile l'attuazione all'art. 39 Cost.

Oggi ci troviamo a misurare le conseguenze del fatto che in questa direzione il legislatore, pur potendo, ha fatto poco ed il sindacato, quando poteva, non è riuscito a fare molto.

Come dimostrano da un lato i sette anni di blocco delle retribuzioni nel lavoro pubblico e dall'altro il crescente *dumping* salariale causato dalla moltiplicazione e concorrenza di contratti collettivi nel settore privato¹¹, è questa la ragione per la quale negli anni dell'austerità salariale la necessità economica ha avuto gioco facile nello scardinare le poche regole, di matrice giurisprudenziale o intersindacale, che disciplinavano gli assetti e lo sviluppo della contrattazione collettiva, anzitutto in materia salariale¹².

Nelle pagine che seguono si svolgeranno alcune considerazioni sulle più recenti proposte legislative e sindacali di riforma della materia salariale nella consapevolezza che, a prescindere dalla soluzione che si intende adottare, la soluzione dell'emergenza retributiva dipende anzitutto dalla ricchez-

¹¹ Per ulteriori approfondimenti su queste tendenze vedi M. MARTONE, *op. cit.*; ma già R. DE LUCA TAMAJO, *Modelli di "auto" ed "etero" regolamentazione del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in ID., *La norma inderogabile ed altri scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2018, p. 2225 ss. Sulla cedevolezza dei criteri ordinatori della contrattazione collettiva di matrice intersindacale vedi V. MAIO, *Struttura e articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, Padova, 2013, p. 167.

¹² Sicuramente in tale direzione c'è stata, in qualche modo, una mossa politica importante: nella fase finale del suo mandato, il Presidente del Consiglio Draghi, in momento di crisi di rappresentanza, mentre tutti lo ritenevano in grado di affrontare solamente l'emergenza pandemica e bellica, senza risolvere i problemi di politica interna, ha lanciato ai sindacati una grande sfida: affrontare in un percorso concertativo il grande tema dell'emergenza retributiva.

za prodotta dal sistema produttivo, perché non si possono redistribuire risorse che non ci sono¹³.

2. Problemi di perimetrazione legislativa e sindacale

La prima considerazione da fare è che, pur con tutti i suoi limiti, il sistema contrattuale italiano riesce comunque ad assicurare una giusta retribuzione all'85% circa dei lavoratori subordinati, tanto da essere considerato un punto di riferimento anche dalla recente Direttiva comunitaria. Si tratta del più elevato grado di copertura contrattuale dei Paesi europei, seppure non riesce ad assicurare un'adeguata remunerazione al rimanente 15% di lavoratori che operano in alcuni specifici settori economici e, più in generale, ai lavoratori precari, a quelli intermittenti e a quelli in nero¹⁴.

Per tentare di dare una soluzione a questi problemi sarebbe necessario secondo molti, a cominciare dalla Confindustria e da Cgil, Cisl e Uil, estendere l'efficacia dei contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentativi. Il che richiederebbe, però, di affrontare la delicata ed irrisolta questione di come dare attuazione alla seconda parte dell'art. 39 Cost. Se non che dopo la bocciatura costituzionale, sul finire degli anni '50, della legge Vigorelli, il legislatore ha rinunciato ad affrontare direttamente la questione emanando una vera e propria legge sindacale, per limitarsi a tentare di estendere l'efficacia del contratto collettivo solo a determinati fini o all'interno di specifici settori con modalità che, come si vedrà, sono state riprese da alcune recenti proposte in materia ma che a ben vedere non sono esaustive.

Così l'art. 2, comma 25, della legge n. 549/1995, che assume a base di calcolo della contribuzione previdenziale i trattamenti economici individuati dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più

¹³ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 3, 1, p. 279 ss. e ora in ID., *Diritto del lavoro. Altri saggi 2004-2021*, Cacucci, Bari, 2022, p. 91 ss. nonché ID., *Rileggendo l'"autonomia dei privati nel diritto dell'economia" di Francesco Santoro Passarelli*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 3, p. 711 ss. e ora in ID., *Diritto del lavoro. Altri saggi 2004-2021*, cit., p. 109 ss.

¹⁴ Sul punto vedi VIII Rapporto ADAPT, *La contrattazione collettiva in Italia*, 2021, ADAPT University Press, 2022, così come richiamato in R. BRUNETTA-M. TIRABOSCHI, *Salari e nuova questione sociale: la via maestra delle relazioni industriali*, in ADAPT University Press *working papers*, 2022, 4, p. 4 ss.

rappresentativi¹⁵; le c.d. clausole sociali attraverso le quali, secondo il modello oramai consolidato dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori e riproposto con il nuovo Codice dei contratti pubblici, il legislatore promuove indirettamente l'applicazione dei minimi retributivi dei contratti collettivi ritenuti effettivamente rappresentativi nell'ambito o settore, subordinando al loro rispetto la concessione di determinati benefici statali¹⁶; o ancora quelle disposizioni che rinviando ai trattamenti economici disciplinati dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi per la determinazione delle indennità di disponibilità nel lavoro somministrato¹⁷, nel lavoro intermittente¹⁸ e del trattamento economico di quello agile¹⁹.

Si tratta di tentativi interessanti che secondo alcuni potrebbero essere presi a riferimento per interventi di più ampia portata ma che, a ben vedere, non riescono a risolvere la complessa questione della definizione del perimetro o se si vuole della "categoria" all'interno del quale operare la selezione necessaria ad individuare il contratto collettivo comparativamente più rappresentativo di cui estendere l'efficacia²⁰.

Per questo motivo secondo altri²¹ si dovrebbe invece seguire la via tracciata da quelle disposizioni, ritenute legittime dalla Corte Costituzionale²², con le quali il legislatore, in specifici settori o meglio con riferimento a specifici soggetti datoriali come le società cooperative²³, gli enti del terzo settore²⁴ e le imprese straniere che distaccano i lavoratori sul territorio italiano²⁵,

¹⁵ Peraltro espressamente richiamato dall'accordo tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 24 novembre 2016.

¹⁶ *Amplius* M. MARTONE, *A che prezzo*, cit., p. 63 ss.

¹⁷ Art. 34 del d.lgs. n. 81/2015.

¹⁸ Art. 16 del d.lgs. n. 81/2015.

¹⁹ Art. 20 del d.lgs. n. 81/2017.

²⁰ Sulla centralità della questione vedi *amplius* M. MARTONE, *op. cit.*

²¹ P. PASCUCCHI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Franco Angeli, Milano, 2018.

²² Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 51, in *Giust. civ.*, 2015, 2, p. 481.

²³ Cfr. art. 7, comma 4, del d.l. n. 248/2007 convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31.

²⁴ Art. 16 del d.lgs. n. 117/2017; negli ultimi due casi mercé il rinvio ai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015.

²⁵ Artt. 2 e 4 del d.lgs. n. 136/2016 emanato in attuazione della Direttiva 2014/67/UE del 15 maggio 2014.

ha espressamente imposto l'obbligo del rispetto dei trattamenti economici disciplinati dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Se non che, a ben vedere, queste disposizioni, proprio nella parte in cui si limitano a disciplinare i casi in cui i perimetri del settore sono oggettivamente individuabili in relazione alle particolari caratteristiche che assume il datore di lavoro, dimostrano invece che, ogni qual volta è necessario operare una selezione tra diversi contratti collettivi, non è possibile fare a meno di individuare la categoria all'interno della quale operare la selezione.

Per dare risposta a tale importante questione, e scongiurare il rischio di una legge sul salario minimo legale, Confindustria con Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto il 9 marzo 2018 il Patto per la fabbrica che merita particolare attenzione perché rappresenta il più avanzato tentativo sindacale di definire i perimetri all'interno dei quali selezionare il contratto collettivo di cui estendere l'efficacia.

Com'è noto si tratta di un accordo che tenta di portare a compimento il processo di autoriforma del sistema contrattuale confluito nel Testo Unico sulla rappresentanza del 2014, riconoscendo la necessità di procedere anche alla misurazione della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro, al fine di «definire» e «circoscrivere» i «perimetri» di efficacia della contrattazione collettiva da estendere *erga omnes* e «garantire una più stretta correlazione tra Ccnl e reale attività di impresa», così implicitamente recuperando il modello a suo tempo tracciato dall'art. 2070 c.c. per scongiurare fenomeni di *dumping* salariale²⁶.

Soprattutto, l'accordo prevede all'art. 5, quale fondamentale premessa per l'estensione *erga omnes* del contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, l'accordo prevede, l'istituzione di un modello di certificazione della rappresentanza, anche datoriale, di grande interesse anche perché per «effettuare una precisa ricognizione dei perimetri» di applicazione della contrattazione collettiva» coinvolge il Cnel.

Si tratta di un modello avanzato di collaborazione pubblico-privato che, oltre a rivitalizzare il Cnel, avrebbe potuto, almeno sulla carta, portare all'efficace selezione del contratto collettivo comparativamente più rappresentativo ma che purtroppo, a quattro anni dalla sua approvazione, non è

²⁶ Sul rapporto tra l'organizzazione dei datori di lavoro, contrattazione collettiva e contrasto del *dumping* salariale vedi G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo*, ora in ID., *Lavoro legge contratti*, cit., 1989, p. 162 ss.

stato ancora implementato, al punto che ormai si moltiplicano le proposte di un intervento legislativo che risolva altrimenti l'emergenza retributiva.

3. Considerazioni a margine dei più recenti disegni di legge di riforma del sistema retributivo

Ormai quasi ogni forza politica ha avanzato una propria proposta per affrontare l'emergenza retributiva. Alcuni, soprattutto all'interno del movimento cinque stelle, hanno proposto di seguire la via di una legge sul salario minimo legale per rivoluzionare, sulla scorta di alcune esperienze europee, l'attuale sistema retributivo, recidendo quel legame genetico con la contrattazione collettiva che per ottant'anni ha assicurato la giusta remunerazione dei lavoratori italiani. Altri, soprattutto nel centrodestra, hanno ritenuto invece che non sarebbe necessario un intervento legislativo in materia perché la questione retributiva è anzitutto una questione economica, di riduzione del cuneo fiscale. Tra queste due posizioni vi è poi una terza via, prediletta da diversi esponenti del partito democratico che ha ritenuto invece indispensabile estendere l'efficacia della contrattazione collettiva comparativamente rappresentativa ai lavoratori che ne sono privi.

Nel solco di questa proposta alcuni ritengono che, sulla scorta del modello sviluppato nel terzo settore, sarebbe sufficiente indicare al giudice un criterio per selezionare il contratto collettivo da applicare senza ritenere necessaria la preventiva definizione dei perimetri all'interno dei quali selezionare il sindacato maggiormente rappresentativo. Altri invece ritengono che per individuare il contratto collettivo comparativamente più rappresentativo non si possa prescindere della preventiva definizione di quei perimetri. In questa prospettiva muove il disegno di legge n. 1132 a prima firma dell'On. Nannicini, che dispone che il trattamento minimo tabellare individuato dai contratti collettivi comparativamente più rappresentativi si applica a tutti i lavoratori del settore sul territorio nazionale, delegando ad un'apposita commissione significativamente radicata presso il CNEL il compito di definire i criteri di selezione del contratto collettivo da applicare²⁷.

In una linea mediana tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale si colloca poi il recente disegno di legge a prima firma del-

²⁷ D.d.l. 11 marzo 2019, n. 1132.

l'On. Catalfo²⁸, nella parte in cui mira a valorizzare in materia salariale i contratti collettivi *leader*, siglati dai soggetti comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale che siano «maggiormente connessi e obiettivamente vicini in senso qualitativo, all'attività effettivamente esercitata dal datore di lavoro», ma che poi dispone, in assenza di quel CCNL, l'introduzione di una soglia minima inderogabile di 9 euro all'ora, in linea con i parametri di adeguatezza indicati dalla Commissione europea (il 60% del salario lordo mediano)²⁹.

Solo in seguito, le forze politiche del centro sinistra e del movimento cinque stelle, senza il centrodestra, sono riuscite a trovare un accordo su una proposta di legge che, se da un lato ribadisce per i lavoratori subordinati e quelli che “presentino analoghe necessità di tutela” la centralità del contratto collettivo nazionale di lavoro nella definizione della giusta retribuzione costituzionale, dall'altro individua l'ulteriore garanzia di una soglia minima salariale inderogabile di 9 euro all'ora per tutelare i lavoratori dei settori in cui il potere contrattuale delle organizzazioni sindacali è più debole³⁰.

Anche in questo caso, in conformità alle previsioni della Direttiva, si prevede l'istituzione di una Commissione presieduta dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, composta da rappresentanti del Ministero, dell'INPS, dell'ISTAT, dell'INL nonché dalle parti sociali maggiormente rappresentative, con il compito di aggiornare e controllare l'osservanza del trattamento economico proporzionato e sufficiente e si introduce infine, all'art. 6, un'apposita procedura giudiziale, di matrice collettiva, volta a garantire in ogni ipotesi di comportamento diretto a impedire o limitare l'applicazione delle disposizioni contenute nel disegno di legge l'effettività del diritto dei lavoratori a percepire un trattamento economico dignitoso.

Si tratta di proposte interessanti che muovono alla ricerca di un difficile compromesso tra il necessario rispetto della contrattazione collettiva in

²⁸ D.d.l. 22 aprile 2021, n. 2187. A quanto consta esisteva già un d.d.l. 12 luglio 2018, n. 658, a prima firma dell'On. Catalfo, che generalizzava a tutti i settori il sistema giudicato legittimo dalla Corte Costituzionale con riferimento alle cooperative, facendo rinvio agli accordi interconfederali per l'accertamento della rappresentatività delle organizzazioni, dei prestatori e dei datori di lavoro (cfr. d.d.l. n. 707 e n. 788).

²⁹ A tal fine il successivo art. 3 definisce specifici criteri atti idonei a misurare il grado di rappresentatività sia delle organizzazioni sindacali che datoriali, valorizzando in particolare i parametri individuati dall'ordinamento intersindacale negli accordi interconfederali stipulati dalle confederazioni maggiormente rappresentative.

³⁰ P.d.l. 4 luglio 2023, n. 1275, a prima firma dell'On. Conte.

materia salariale e la sentita necessità di assicurare minimi retributivi inderogabili a tutti i lavoratori attraverso un salario minimo legale.

Nondimeno, il vero limite di tali proposte risiede nel fatto che eventuali interventi legislativi in materia, se non dovessero essere supportati da una forte condivisione sindacale, rischierebbero di veicolare nel sistema più problemi che soluzioni.

In questo delicato frangente, infatti, le diverse proposte di legge di cui si è dato conto, se dimostrano la progressiva consapevolezza da parte della classe politica e sindacale dei problemi da affrontare e degli strumenti che potrebbero essere utilizzati per risolverli, propongono soluzioni unilaterali della questione salariale che rischiano di essere intrinsecamente contraddittorie rispetto ad una situazione di necessità che, in massima parte, è stata determinata dalla progressiva interruzione delle «integrazioni intersistemiche» tra politica e parti sociali³¹.

³¹ Vedi *amplius* M. MARTONE, *A che prezzo*, cit., p. 11 ss.

IL MINIMO RETRIBUTIVO FISSO CON APPLICAZIONE DELLA COSTITUZIONE

*Michele Miscione**

1. *Il dubbio*

Per porre minimi di retribuzione e/o un minimo orario fisso, nella XVIII^a legislatura 2018-2022 sono stati presentati da esponenti dei partiti anche d'opposizione numerosi disegni di legge, sia al Senato¹ che alla Camera dei Deputati²; con la XIX^a legislatura iniziata nell'ottobre 2022, è stato presentato immediatamente un nuovo disegno di legge, ma solo per l'estensione dei contratti collettivi nazionali e non più per il minimo orario fisso³. Sono seguite «mozioni» varie⁴, tutte respinte, salvo quella del Governo e salvo conferma formale della Direttiva (UE) 2020/2041⁵.

*Professore ordinario di Diritto del lavoro.

¹DdL S.310 3 maggio 2018 di M. Laus (PD); S.658 12 luglio 2018 del Min. lav. N. Catalfo (M5S); S.1132 11 marzo 2019 di T. Nannicini (PD); S.1259 30 aprile 2019 di F. Lafforgia (Misto, Leu); S.2187 22 aprile 2021 di N. Catalfo (M5S); S.2510 4 febbraio 2022 di E. Fattori (Misto, ex M5S).

²C.862 3 luglio 2018 di L. Pastorino (Leu); C.947 18 luglio 2018 di G. Delrio (PD); C.1542 28 gennaio 2019 di W. Rizzetto (FDI); C.3439 12 gennaio 2022 di N. Fratoianni (Leu).

³C.210 13 ottobre 2022 di D. Serracchiani (PD). In seguito (ma qui non considerato) DdL C.1275 4 luglio 2023 di Conte, Fratoianni, Serracchiani.

⁴«Mozioni» (ex art. 110 del Regolamento della Camera) di Orlando ed altri n. 1-00012 (PD), Conte ed altri n. 1-00023 (M5S), Richetti n. 1-00026 (Azione-Iv), Grimaldi ed altri n. 1-00028 (Avs), Orlando ed altri n. 1-00012 (PD) per un impegno a conferma delle proposte sul salario minimo. Inoltre c'è la mozione di Tenerini ed altri n. 1-00030. Le mozioni n. 1-00023, n. 1-00026, n. 1-00028 e n. 1-00012 sono state respinte, tranne per la parte di conferma della Direttiva UE (con la n. 1-00030 riferibile al Governo).

⁵Seduta n. 16 di mercoledì 30 novembre 2022.

Nei disegni di legge⁶ si prevedeva il riconoscimento dei sindacati per rendere i contratti collettivi vincolanti nei confronti di tutti (“*erga omnes*”) ed un minimo orario fisso⁷. Nessuno s’è posto il problema di compatibilità rispetto all’art. 39, comma 2, Cost., che prevede un preciso procedimento per dare efficacia generale ai contratti collettivi. Più che strano è incredibile, perché non si può credere che non si conosca ... la Costituzione, per questioni famose già esaminate dalla Corte Costituzionale⁸.

Si era proposto di dare efficacia generale ai contratti collettivi anche per il lavoro autonomo e perfino per il «contratto di agenzia o di rappresentanza commerciale»⁹. Si è proposto di dare rilievo alle Regioni¹⁰, con inevitabili diversificazioni, trascurando il principio fondamentale per cui, in base all’art. 117, lett. m), Cost., lo Stato ha competenza legislativa esclusiva sulle retribuzioni per determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale¹¹.

Tante iniziative dovrebbero far pensare che si volesse o si voglia una “legge sindacale”, mancata anche dopo le grandi modifiche degli anni 2000.

Va però riflettuto al fatto che nel 2018-2022 i disegni di legge sono stati presentati da esponenti di partiti, che avevano la possibilità di approvare subito la legge, mentre tutto è rimasto al punto di partenza. Questo lascia

⁶ Nella Costituzione viene usata l’espressione «disegno di legge» (in part. art. 72), mai «proposta» o «progetto». Qui si userà «disegno di legge».

⁷ Per il dibattito precedente, cfr. *ex multis* G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *Mass. giur. lav.*, n. 4, 2020; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale (Aspettative e prospettive)*, Giappichelli, Torino, 2017; M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 770 ss.

⁸ Corte Cost. n. 106/1962, Id. n. 129/1963, Id. n. 67/1966, n. Id. n. 19/1976 (di cui *dopo*). La questione dell’*erga omnes* si è riproposta a proposito degli accordi di prossimità (dell’art. 8 del d.l. n. 138/2011, conv. dalla legge n. 148/2011), per cui la Corte d’Appello di Napoli ha sollevato questione di legittimità con rinvio alla Corte Cost. (ord. 3 febbraio 2022, in *Lav. giur.*, n. 11, 2022, p. 1066 con nota di F. NARDELLI, *Al vaglio della Corte Costituzionale gli accordi di prossimità*). La questione è stata respinta da Corte Cost., 28 marzo 2023, n. 52.

⁹ S.2510 4 febbraio 2022 di L. Fattori (Misto, ex M5S), art. 2; C.3439 12 gennaio 2022 di N. Fratoianni (LEU), art. 2.

¹⁰ C.1542 28 gennaio 2019 di W. Rizzetto (FdI). Cfr. tuttavia P. ICHINO, *I nostri minimi salariali sbagliati*, in *Gazzetta di Parma* del 18 dicembre 2022, per cui «i minimi oggi applicati sono sbagliati tanto al nord quanto al sud: al nord perché troppo bassi, al sud perché troppo alti».

¹¹ Corte Cost., 11 luglio 2017, n. 160.

dedurre che in verità una “legge sindacale” non è voluta, salvo, forse, un rilancio per i minimi orari fissi.

2. I grandi assenti nelle riforme: i sindacati e la contrattazione collettiva

La mancanza di una legge sindacale non vuol dire che ce ne sia bisogno: al contrario, l’astensione del legislatore sull’attuazione dell’art. 39, comma 2, Cost. ha avuto ed ha valore positivo, esprimendo la preferenza dell’autonomia negoziale. Anche la “legge Fornero”, prima grande riforma degli anni 2000, diede spazio ai contratti collettivi, ma senza toccare la disciplina della contrattazione e dei sindacati¹². Sul punto il diritto sindacale è rimasto senza leggi, perché fondato ancora sul residuo di un glorioso passato costituito dallo spezzone dell’originario art. 19 St. lav. e, per la contrattazione, fondato sulla formula delle organizzazioni sindacali più rappresentative o comparativamente più rappresentative, che non risolve il problema dell’efficacia dei contratti collettivi.

C’era la volontà di *non modificare* l’art. 39 Cost., più che l’impossibilità *di fatto* di attuare l’art. 39.

Con l’andar del tempo, per le molte iniziative legislative 2018-2022 s’è parlato un po’ meno riguardo all’estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, anche se subito riproposta nella nuova legislatura¹³; l’attenzione è rimasta concentrata su 9 e poi 10 euro ad ora¹⁴ o “1000 euro al mese”, considerando poi la Direttiva (UE) 2022/2041¹⁵. Questa Direttiva ha previsto anche, in via indiretta, la formula delle “9 euro ad ora”, dichiarando utiliz-

¹² F. CARINCI-M. MISCIONE, *La riforma Fornero (l. n. 92/2012)*, in *Lav. giur.*, n. 10, 2012, p. 845 ss.

¹³ Negli ultimi DdL il minimo orario è indicato in € 10 e non più 9 (nelle «mozioni» citt. in € 9,50): C.210 13 ottobre 2022 di D. Serracchiani (PD); S.2510 4 febbraio 2022 di E. Fattori (Misto, ex M5S); C.3439 12 gennaio 2022 di N. Fratoianni (Leu).

¹⁴ C.210 13 ottobre 2022 di D. Serracchiani (PD). Si è parlato anche di € 9,50 nelle citt. «mozioni» alla Camera nn. 1-00012, 1-00023, 1-00026, 1-00028, 1-00012.

¹⁵ Direttiva (UE) 2022/2041, in *Gazz. Uff. U.E.* L 275/33 del 25 ottobre 2022. M. MISCIONE, *Approvata la Direttiva Ue del 2022/2041 sulle retribuzioni minime*, in *Quotidiano giuridico* del 21 novembre 2022. Sull’allora proposta Direttiva COM(2020)682, cfr. M. MISCIONE, *La Direttiva Ue del 2022 sui salari minimi*, in *Quotidiano giuridico* del 23 settembre 2022 [ivi testi delle Direttive].

zabili, quali valori di riferimento, «il 60% del salario lordo mediano e il 50% del salario medio lordo»¹⁶.

Infine, “1000 euro al mese” è stato posto come *limite di pignorabilità per le pensioni* dal “decreto Aiuti-bis”¹⁷. È un segnale, anche se lontano, di conferma delle “9 [o 10] euro ad ora” e “1000 euro al mese”. È restato sempre il silenzio sull’art. 39, comma 2, Cost.

Forse si sarà ipotizzato che sia “a fin di bene” e che nessuno potrebbe opporsi alla proposta di garantire “9, 9,50 o 10 euro ad ora” o “1000 euro al mese”. Chiunque avrebbe una reazione emotiva, nella formula fin troppo semplice «*non può non piacere*». Per modificare i contratti collettivi di così poco e con un fine tanto buono, non sarebbe necessario seguire la procedura dell’art. 39 Cost., pensata per altri tempi.

3. «Salario minimo orario» con formula ampia

Nelle logiche o strategie sinteticamente esposte, dunque, sono aumentati gli inviti, proposte o richieste di una legge sul «*salario minimo orario*», per fissare cioè minimi di retribuzione affinché a tutti sia assicurato l’essenziale per vivere, ricordando talvolta i disegni di legge ancora in discussione e le proposte o norme dell’Unione Europea (UE). In particolare è ricordata la Direttiva poi approvata con la cit. n. 2022/2041, in cui si usano però parole ampie, mischiando fonti e forme diverse e forse contraddittorie o disomogenee, come retribuzione e povertà [risp. artt. 36 e 117 comma 2, lett. m), Cost.] o «povertà lavorativa»¹⁸.

Potrebbe sembrare con apparenza superficiale che perfino la Costituzione mischi le nozioni, quando all’art. 36 afferma il diritto del lavoratore «ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa»: con il criterio della proporzionalità, d’origine operaia, s’afferma il merito e si evitano gli sfruttamenti, mentre con il criterio della “suffi-

¹⁶ Art. 5, comma 4 della Direttiva (UE) 2022/2041.

¹⁷ D.l. 9 agosto 2022, n. 115, conv. con modd. dalla legge 21 settembre 2022, n. 142, art. 21-*bis* (introdotto nella conversione in legge), che ha sostituito il comma 7 dell’art. 545 c.p.c. sul limite di impignorabilità delle pensioni. Si rinvia a F. TRONCONE, *Aiuti bis: il nuovo limite di impignorabilità dell’art. 545 c.p.c.*, in *Quotidiano giuridico* del 23 settembre 2022.

¹⁸ Art. 5 della Direttiva (UE) 2022/2041.

cienza in ogni caso” potrebbe sembrare che si voglia evitare la povertà, che evitarla è non-condizionabile.

Si dice inoltre di «salario» minimo, con parola apparentemente antica ma più probabilmente ispirata dal caso francese dallo «Smic» («*Salaire minimum de croissance*»), con cui si prevede un minimo orario, settimanale ed annuale¹⁹, in sintonia con la Direttiva (UE) 2022/2041²⁰.

Non sono stati mai esaminati gli effetti sulla contrattazione collettiva e sulla conformità alla Costituzione, che garantisce come fondamentale la libertà sindacale ed impone una speciale procedura per dare effetti di legge alla contrattazione collettiva (art. 39 comma 2). Si dice mai meno di “minimo dei minimi”, “a fin di bene”, ma non basta. Anche perché non si sa qual è il “bene”.

4. I propositi ed i progetti di legge per dare efficacia «erga omnes» ai contratti collettivi e riconoscere i sindacati

Dopo l’esperienza rimasta inattuata del 2015 con il *Jobs Act*²¹, s’è visto che dal 2018 sono stati presentati in Parlamento molti disegni di legge (DdL) per dare efficacia “*erga omnes*” ai contratti collettivi con i sindacati comparativamente più rappresentativi, oltre che per prevedere il minimo orario fisso; se ne fa un rapido esame, dopo i cenni iniziali, per cercare le «intenzioni» dei proponenti, in una specie di applicazione anticipata dell’art. 12 delle disp. legge gen.

Alla Camera sono stati presentati DdL – senza mai andare in discussione – da esponenti di «Liberi e Uguali» (LEU)²², del «Partito Democrati-

¹⁹ Dal 1° agosto 2022 l’ammontare orario Smic al lordo è di € 11,07 (€ 8,76 dedotte le *cotisations salariales*); il lordo mensile è di € 1.678,95 (netto 1.329,05), annuale € 20.147,40 (netto € 15.948,71) (www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2300). Lo Smic è aumentato per inflazione di c.a. € 26 nette al mese dal 1° agosto 2022. Il *Code du travail* prevede la rivalutazione automatica nell’anno se l’indice dei prezzi aumenta più del 2%.

²⁰ Nella Direttiva (UE) 2022/2041 viene usata normalmente la parola «salario», ma non manca anche «retribuzione», ad es. negli artt. 1, comma 1, 3 comma 1, n. 1, 5 comma 1, 6 comma 1, e 10, comma 2, lett. i).

²¹ Art. unico, comma 7, lett. f) del *Jobs Act* (legge 10 novembre 2014, n. 183). Cfr. M. MISCIONE, *Compensi minimi nella delega del Jobs Act*, in *Dir. prat. lav.*, n. 44, 2014, p. 2347.

²² C.862 3 luglio 2018 di L. Pastorino (LEU); C.3439 12 gennaio 2022 di N. Fratoianni (LEU).

co» (PD)²³, di «Fratelli d'Italia» (FDI)²⁴. Un nuovo DdL è stato presentato nella XIX^a legislatura da esponenti del PD²⁵.

Al Senato i primi progetti di legge del 2018 erano ad iniziativa del PD²⁶ e del Ministro del Lavoro con il M5S²⁷; i successivi DdL sono stati ad iniziativa del PD²⁸, di LEU²⁹, del M5S³⁰, del Gruppo misto³¹. Questi DdL sono andati in discussione congiunta il 10 maggio 2022³².

In ordine di tempo, il primo DdL è stato presentato dal PD il 3 maggio 2018 (S.310)³³: prevedeva un «salario minimo orario» di € 9 *al netto* dei contributi previdenziali e assistenziali per qualsiasi tipo di lavoro, da incrementare ogni anno sui dati Istat, con possibilità di intervenire mediante d.m. sui contratti collettivi, escluse le Pubbliche Amministrazioni. Per questo DdL S.310 è stata svolta una lunga attività parlamentare, con acquisizione di molti documenti³⁴, che restano utili. Si proponeva dunque *non* un'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, ma solo l'imposizione di un minimo orario fisso, anche se con riflessi indiretti sui contratti collettivi. Erano DdL da precisare, considerando ad es. la genericità impossibile nel prevedere l'applicazione a «qualsiasi tipo di lavoro». È abbastanza simile il DdL C.947 presentato il 18 dicembre 2018 ancora alla Camera, ma con de-

²³ C.947 18 luglio 2018 di G. Delrio (PD).

²⁴ C.1542 28 gennaio 2019 di W. Rizzetto (FDI).

²⁵ C.210 13 ottobre 2022 di D. Serracchiani (PD).

²⁶ S.310 3 maggio 2018 di M. Laus (PD).

²⁷ S.658 12 luglio 2018 di Min. lav. N. Catalfo ed altri (M5S).

²⁸ S.1132 11 marzo 2019 di T. Nannicini (PD).

²⁹ S.1259 30 aprile 2019 di F. Laforgia (Misto, LEU).

³⁰ S.2187 22 aprile 2021 di N. Catalfo (M5S).

³¹ S.2510 4 febbraio 2022 di E. Fattori (Misto, ex M5S).

³² Il 10 maggio 2022 sono stati discussi congiuntamente i DdL S.658, S.1132, S.1259, S.1232, S.2187.

³³ S.310 3 maggio 2018 di M. Laus (PD).

³⁴ Dalla 11^a Commissione sono state acquisite nella seduta n. 90 del 12 marzo 2019 le memorie di Cgil, Cisl e Uil, Ugl, Usb, Acli, Confindustria, R.ETE Imprese Italia, Confprofessioni, Confimi, Confapi, Alleanza Cooperative Italiane, Assolavoro, Unirec e Conflavoro; nella seduta 13 marzo 2019, n. 91 sono state acquisite memorie di Inps, Istat, Inapp, Ocse, AIWA, Cons. naz. consulenti del lavoro, Aran, prof. Natalini, avv. Cardarello, avv. Bigot, prof.ssa Tullini, Isp. Naz. La; nella seduta 19 marzo 2019, n. 92 è stata acquisita memoria di Confservizi; nella seduta 22 marzo 2019, n. 94 sono state acquisite memorie di Assindatcolf.

stinazione solo ai «subordinati» e la previsione di una Commissione presso il Ministero del lavoro³⁵.

Nell'ambito dello stesso partito (PD), però, nel successivo DdL S.1132 al Senato³⁶ si prevedeva che i «contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni di rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» avrebbero dovuto applicarsi «a tutti i lavoratori del settore, ovunque impiegati nel territorio nazionale», con istituzione di una Commissione presso il Cnel³⁷: nello stesso partito si passava cioè dal DdL S.310 solo sul minimo orario fisso, al DdL S.1132 sull'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, senza curarsi dell'art. 39, comma 2, Cost. Infine, nell'unico DdL presentato con la nuova legislatura è stata riproposta una secca estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, sempre senza considerare l'art. 39 Cost.³⁸.

Con DdL S.658 del Ministro del lavoro, riferita al M5S³⁹, si propose ugualmente l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali (Ccnl) stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro più rappresentative sul piano nazionale, ma con una sorta di presunzione e cioè con norma per cui la retribuzione dei Ccnl «si considera» minima da applicare a tutti; si prevedeva comunque un minimo non inferiore a € 9 ad ora *al lordo* degli oneri contributivi e previdenziali. Questo disegno di legge S.658 è stato esaminato dalla 11ª Commissione permanente del Senato unitamente al precedente S.310 con acquisizione di documenti⁴⁰, sempre di grande importanza. Erano nella stessa logica il DdL S.2187 del 2021⁴¹ ed il DdL S.2510 del 2022⁴².

Con DdL presentato nel 2018 alla Camera riferito a LEU⁴³ si prevedeva la determinazione del salario minimo orario, stabilito in una cifra

³⁵ C.947 18 dicembre 2018 di G. Delrio (PD).

³⁶ S.1132 11 marzo 2019 di T. Nannicini (PD).

³⁷ Con altro DdL (S.1232 del 5 aprile 2019 su iniziativa dello stesso Cnel) si proponeva di aumentare i poteri del Cnel, in particolare con l'istituzione di un «Codice unico dei contratti collettivi nazionali di lavoro».

³⁸ C.210 13 ottobre 2022 di D. Serracchiani (PD).

³⁹ DdL S.658 12 luglio 2018 del Min. lav. N. Catalfo e altri (M5S).

⁴⁰ Sono quelli citt. prima per il DdL S.310.

⁴¹ S.2187 22 aprile 2021 di N. Catalfo (M5S).

⁴² C.2510 4 febbraio 2022 di E. Fattori (Misto, ex M5S): si prevedeva un minimo fisso orario di € 10 e non più 9.

⁴³ C.862 3 luglio 2018 di L. Pastorino (Leu).

non inferiore al 50% del livello retributivo medio indicato nelle rilevazioni annuali dell'Istat sui redditi, aggiornabile con d.m., senza minimo orario fisso. Nell'aprile 2019, riferito ancora a LEU, fu presentato un DdL (S.1259) in cui già nella rubrica⁴⁴ si dichiarava l'estensione *erga omnes* dei Ccnl senza minimo fisso e con una Commissione presso il Ministero del lavoro.

Anche il partito «Fratelli d'Italia» ha presentato alla Camera nel 2019 un proprio DdL⁴⁵ per l'istituzione di un salario minimo orario nazionale da parte di un'apposita Commissione, senza fisso.

Dunque, sono quattro i partiti che hanno presentato disegni di legge: il PD prima al Senato⁴⁶, poi alla Camera⁴⁷ e poi ancora al Senato⁴⁸; il M5S prima al Senato⁴⁹ e poi alla Camera⁵⁰; LEU prima alla Camera⁵¹ e poi al Senato⁵²; Fratelli d'Italia solo alla Camera⁵³.

In conclusione i DdL, di cui solo quelli presentati al Senato hanno avuto un esame congiunto il 10 maggio 2022 all'11^a Commissione⁵⁴, prevedevano, per la formale attuazione del salario minimo, discipline fondamentali ed analitiche su sindacati e contratti collettivi, disciplinando per legge tutta la materia prevista dall'art. 39, comma 2, Cost., anche se formalmente in attuazione dell'art. 36 Cost. Si prospettava però una palese violazione proprio dell'art. 39, comma 2, Cost., che, come noto, ha posto in materia una riserva di procedimento, per cui il legislatore, se vuole fare una legge sui sindacati e contratti collettivi, deve seguire i criteri det-

⁴⁴ S.1259 30 aprile 2019 di F. Laforgia (Misto, LEU). La rubrica era: «Salario minimo e validità *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali di lavoro».

⁴⁵ C.1542 28 gennaio 2019 di W. Rizzetto (FDI).

⁴⁶ S.310 3 maggio 2018 di M. Laus (PD).

⁴⁷ C.947 18 dicembre 2018 di G. Delrio (PD).

⁴⁸ S.1132 11 marzo 2019 di T. Nannicini (PD).

⁴⁹ S.658 12 luglio 2018 del Min. lav. N. Catalfo ed altri (M5S); S.2187 22 aprile 2021 di N. Catalfo (M5S).

⁵⁰ C.2510 4 febbraio 2022 di E. Fattori (Misto, ex M5S).

⁵¹ C.862 3 luglio 2018 di L. Pastorino (Leu).

⁵² S.1259 30 aprile 2019 di F. Laforgia (Misto, LEU).

⁵³ C. 1542 28 gennaio 2019 di W. Rizzetto (FDI).

⁵⁴ La Commissione 11^a del Senato ha avviato l'esame congiunto di tutti i DdL (S.310, S.658, S.1132, S.1259, S.2187) ad eccezione del S.2510 del 22 maggio 2022; è stato disposto un ciclo di audizioni, senza concludere l'attività istruttoria (in <https://temi.camera.it/leg19/temi/salario-minimo>).

tati dallo stesso art. 39 Cost. fra cui il riconoscimento della personalità giuridica ai sindacati⁵⁵.

5. L'iniziativa del Presidente dell'Inps

Il salario minimo è tornato alle cronache con un'intervista al quotidiano *la Repubblica* del 20 maggio 2022 del Presidente dell'Inps (P. Tridico), che ha detto⁵⁶: «la cifra di nove euro lordi l'ora è assolutamente compatibile con la forchetta che ha indicato due anni fa l'Europa in una delle sue direttive. Bruxelles raccomandava un salario minimo basato su una forchetta tra il 50% del reddito medio e il 60% del salario mediano. In Italia, nel solo settore privato, questi due valori corrispondono a 10,59 euro e 7,60, quindi la cifra media è 9 euro». «Nove euro lordi l'ora per otto ore al giorno vuol dire avere salari netti di poco superiori a mille euro al mese. Con le retribuzioni stagnanti e un'inflazione che corre verso il 7% credo sia un livello minimo congruo».

Il riferimento implicito del Presidente dell'Inps era anche all'allora «proposta» di Direttiva dell'Unione europea COM(2020)682, presentata dalla Commissione europea il 28 ottobre 2020 e poi approvata dal Parlamento Ue in via definitiva nell'ottobre 2022 (2022/2041) per l'istituzione di un «salario minimo europeo».

Nella concisione di un'intervista ad un giornale, il Presidente dell'Inps non ha nominato i sindacati ed i contratti collettivi, proponendo solo un minimo orario fisso e uguale per tutti da imporsi anche sui contratti collettivi, a prescindere dalla loro «copertura» e cioè dalla diffusione, ritenuta invece essenziale dalla Direttiva (UE) 2022/2041.

L'intervista del Presidente dell'Inps era stata preceduta di pochi giorni da articoli di giornale⁵⁷. Dopo, ci sono state prese di posizione del Ministro del Lavoro, del Ministro della Pubblica amministrazione e del Gover-

⁵⁵ Corte Cost., 19 dicembre 1962, n. 106; Id., 13 luglio 1963, n. 129; Id., 10 giugno 1966, n. 67; Id., 22 gennaio 1976, n. 19 (già cit. all'inizio).

⁵⁶ Tridico (INPS): *Ora ridurre precariato, sì salario minimo mille euro*, in *Teleborsa* del 20 maggio 2022 10:41.

⁵⁷ Ad es. T. BOERI-R. PEROTTI, *Lavoro, serve il salario minimo*, in *la Repubblica* del 5 maggio 2022 (degli stessi AA., cfr. T. BOERI-R. PEROTTI *Perché è giusto introdurre un salario minimo in Italia*, in *la Repubblica* dell'11 maggio 2004); C. SARACENO, *I veri nemici del lavoro*, in *la Repubblica* del 3 maggio 2022.

natore della Banca d'Italia, a favore o contro⁵⁸. Una conferma indiretta della proposta del Presidente dell'Inps s'è avuta infine con il "decreto Aiuti-bis"⁵⁹, che come detto ha portato a "1000 euro al mese" l'impignorabilità assoluta delle pensioni.

6. Gli obiettivi della Direttiva (UE) 2022/2041

Come detto, il Presidente dell'Inps, per lanciare o ri-lanciare il «*salario minimo*», ha fatto riferimento non ai DdL in discussione in Parlamento ma alle norme Ue ed implicitamente alla proposta di Direttiva sui salari minimi COM(2020)682, poi approvata nella Direttiva (UE) 2020/2041. Sull'allora proposta di Direttiva fu chiesto il 13 gennaio 2021 un parere alla Camera dei deputati (11^a Commissione), che ha fornito un'importante documentazione («dossier» con «Relazione del Governo» e memorie depositate alla stessa Camera)⁶⁰. La Direttiva COM(2020)682 ha avuto grande pubblicità anche quando era solo "proposta", fino ad essere scambiata talvolta per già approvata.

La Direttiva (UE) 2022/2041 (infine approvata) non prevede per gli Stati membri un obbligo di fissare per legge le retribuzioni, anche perché imporre un tale obbligo è vietato dal Trattato di funzionamento dell'Unione europea⁶¹: prevede di raggiungere un salario minimo *preferibilmente* con la contrattazione collettiva "esistente", che abbia una «*copertura*» *almeno dell'80%*⁶², ed ammette l'intervento della legge solo in mancanza della contrattazione collettiva attuale o in esecuzione di norma europea.

⁵⁸ In *Ansa* del 4 giugno 2022.

⁵⁹ Art. 21-*bis* del d.l. n. 115/2022, conv. con modd. dalla legge n. 142/2022, che ha modificato il comma 7 dell'art. 545 c.p.c.

⁶⁰ Camera dei deputati, XVIII^a legislatura (Servizio Studi – Dip. Lavoro), Documentazione per l'11^a Commissione Lavoro sulla Proposta di Direttiva (UE) COM(2020)682, doc. 13 gennaio 2021, n. 130.

⁶¹ L'art. 153 (*ex art.* 137 del TCE) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea TFUE ("versione consolidata" in *Gazz. Uff.* C 202 del 7 giugno 2016) vieta di intervenire sulle retribuzioni per imporre «vincoli amministrativi, finanziari e giuridici». Il divieto *ex art.* 153 TFUE è confermato dalla stessa Direttiva (UE) 2020/2041. Cfr. anche G. FAVA, *Salario minimo: analisi della Direttiva Ue*, in *Dir. prat. lav.*, n. 30, 2022, p. 1881.

⁶² Con l'iniziale proposta di Direttiva (UE) COM(2020)682 si prevedeva che la «copertura» della contrattazione collettiva dovesse raggiungere almeno il 70%; la soglia è stata aumentata all'80% nella stesura finale (art. 4, comma 2, Direttiva).

Pertanto, l'obiettivo con la Delibera (UE) 2022/2041 è *non* di uniformare i sistemi nazionali su uniche retribuzioni minime per tutti gli Stati membri, ma di tendere a una convergenza verso l'alto delle retribuzioni minime, rispettando le specificità di ogni ordinamento interno e favorendo il dialogo tra le parti sociali. Si prevede che l'obiettivo vada realizzato dalla contrattazione collettiva attuale o futura, con «copertura»⁶³ di almeno l'80%, e dalla legge solo in mancanza della contrattazione collettiva: tuttavia non si tiene conto della situazione italiana.

La Direttiva (UE) 2022/2041 *non prevede* dunque, come talvolta è stato fatto intendere, che sarebbe obbligatoria una nuova specifica legge in mancanza di legge sui minimi ed anzi preferisce la contrattazione collettiva che disciplina o disciplinerà la materia in modo efficace con «copertura» di almeno l'80%. Come si faccia ad accertare il grado di «copertura» è difficile, ma comunque l'Italia è oltre l'80%⁶⁴.

Dire che la Direttiva (UE) imporrebbe una specifica legge sui minimi retributivi solo perché il Italia questa legge mancherebbe, è doppiamente non-vero: *sia* perché in Italia la legge c'è ed è l'art. 36 Cost., *sia* perché l'Ue preferisce una contrattazione collettiva efficace (che c'è). Né si può dimenticare – non si deve dimenticare mai – che, per imporre con legge l'*erga omnes* dei contratti collettivi, va rispettato l'art. 39, comma 2, Cost. e non basta un distratto dimenticarsi o la strategia dei piccoli passi.

7. Molti minimi costituzionali

Il sistema italiano pone già molti “minimi”, non solo per singole categorie/settori (o comparti) di chi già lavora, ma anche per altri casi (ad es. per chi non ha mai lavorato o è disoccupato o è in pensione). In astratto, sembrerebbe che possa esserci un solo minimo esistenziale, al di sotto del quale non si riesca a vivere; a ripensarci bene, invece, è giusto il sistema italiano con molti “minimi”.

Sembra quasi che la Costituzione, quando all'art. 36 prevede che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione «in ogni caso sufficiente ad assicu-

⁶³ Art. 3 della Direttiva (UE) 2020/2041.

⁶⁴ Si ritiene che solamente con i contratti collettivi firmati da Cgil, Cisl e Uil ci sia una copertura del 97%: S. SPATTINI-M. TIRABOSCHI, in *Bollettino ADAPT* n. 18, 2022. La nozione di “copertura” è ambigua o quantomeno controversa (T. TREU, *Salario minimo: estensione selettiva dei minimi contrattuali*, in *Biblioteca '20Maggio'*, n. 1, 2022).

rare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», presupponga unici minimi esistenziali, "minimo dei minimi". L'art. 39 Cost. prevede però minimi distinti per ogni categoria. Nella stessa Costituzione ci sono inoltre con l'art. 38 altri minimi esistenziali, per cui «i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria». I minimi possono essere diversi per ciascuno dei casi considerati.

Con l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. si prevedono ulteriori minimi residuali, per qualunque situazione: ed è su questa norma, come si vedrà dopo, che potrebbe basarsi un minimo orario fisso.

Va ricordata ancora l'impignorabilità assoluta per le pensioni fino ad € 1.000 al mese⁶⁵, che alla lontana ricorda le proposte sul minimo orario fisso.

Nel precisare nell'art. 38 Cost. con parole distinte che i diritti siano «preveduti ed assicurati», si usa un rafforzativo di concetto assoluto. Allo stesso modo, il minimo "esistenziale" potrebbe essere uno solo, perché potrebbe sembrare inutile distinguere fra minimo «in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa» ed un minimo per garantire i «mezzi adeguati alle esigenze di vita»: la Costituzione invece distingue espressamente negli artt. 36, 38, 39 e 117. Ci sono *non* minimi "più esistenziali" di altri, ma minimi *diversi* per le singole situazioni.

8. Criteri per minimo orario fisso

Con molte delle iniziative parlamentari s'è proposto un minimo "unico", invece di tanti minimi. Per capire se è opportuno o addirittura necessario un minimo unico orario, bisogna verificare il senso ed il valore dell'ipotizzata "unicità" del minimo.

Per individuare un minimo uguale per tutti, senza limiti soggettivi e oggettivi, si è proposto di prendere a parametro la singola "ora" di lavoro. Dato che però non esiste un valore unico ed assoluto di "ora", è necessario cercare criteri per comprendere tutto.

La singola "ora" ha strutture e valori diversi, in rapporto all'orario complessivo e soprattutto al tipo d'attività svolta. Rispetto all'orario complessivo, è profondamente diverso a seconda se l'orario sia a tempo pieno o parziale, se sia rapportato alla settimana o altro periodo; è diverso se l'orario

⁶⁵ Art. 545, comma 7, c.p.c., mod. dall'art. 21-*bis* del d.l. n. 115/2022, conv. con modd. dalla legge n. 142/2022.

sia su sei, cinque o anche quattro giorni. La singola “ora” non può essere considerata sempre in rapporto ad un orario normale di 40 settimanali, ma va valutata in rapporto ai vari orari normali settimanali dei singoli settori/comparti.

Ci sono soprattutto lavori, come quelli in tutto o in parte d’attesa o custodia, o discontinui, per cui il rapporto tra retribuzione ed orario dipende dal tipo d’attività svolta. Vanno considerate le attività in cui i periodi di non-fare costituisca una parte importante dell’orario, al di là delle strette formule di legge (come quelle per Colf e badanti).

All’opposto, ci sono lavorazioni particolarmente faticose e pesanti per cui è richiesto un impegno psicofisico particolarmente intenso e continuativo, condizionato da fattori che non possono essere prevenuti con misure idonee: per queste, oltre a fruire di anticipo delle pensioni⁶⁶, si prevedono orari speciali ad es. per i conducenti che eseguono trasporto di persone e trasporto di merci su strada⁶⁷ o lavoratori notturni⁶⁸. Non si può confrontare un’ora di lavoro normale con l’ora degli addetti ad attività faticose e pesanti, o insalubri, spesso con discipline speciali.

Nella ricerca di omogeneità, per evitare che con minimi “fissi ad ora” si finisca, in proporzione, per dare irrazionalmente di più o di meno a seconda del tipo o modalità di lavoro o d’orario, è necessario un “minimo comune denominatore”. Questa prima condizione mette in evidenza che, per essere unico, il minimo dev’essere basso, a pena altrimenti di imporre trattamenti sproporzionati, oltre che non-sostenibili.

9. I contratti scaduti o disdettati, i rinnovi

C’è poi, in tutto questo, l’equivoco o rischio di equivoco sul significato dei contratti “*scaduti*” o “*disdettati*” con alternative in realtà false: c’è una specie di presunzione (o percezione), per cui i contratti collettivi scaduti o disdettati escluderebbero qualunque minimo o comporterebbero minimi troppo bassi o che, ad imporre per legge un minimo fisso, sarebbero incentivati o addirittura imposti i rinnovi o nuove adesioni.

⁶⁶ Art. 1 del d.lgs. 11 agosto 1993, n. 374; l’art. 1, comma 1, d.lgs. 21 aprile 2011, n. 67.

⁶⁷ Regolamento (UE) 15 luglio 2020, n. 1054 (che ha modificato il Regolamento (CE) 15 marzo 2006, n. 561).

⁶⁸ Artt. 1-15 del d.lgs. n. 66/2003.

Se i contratti collettivi scaduti o disdettati creassero un vuoto normativo, facendo diventare possibile tutto al ribasso, sarebbe giustificato l'intervento di una legge per fissare quei minimi mancanti⁶⁹. La verità è però che in Italia i contratti collettivi ed in particolare i contratti nazionali di categoria prevedono spesso o quasi sempre clausole di "ultrattività", per cui gli stessi contratti rimangono validi ed efficaci anche dopo la scadenza o disdetta fino al rinnovo. Inoltre è frequente la permanenza del contratto scaduto o anche disdettato per accettazione implicita mediante applicazione. Certo, senza apposita clausola non c'è ultrattività⁷⁰, ma resta il potere del giudice di individuare il "minimo costituzionale" anche facendo riferimento ai contratti collettivi scaduti⁷¹. Forse nel diritto comune i contratti scaduti o disdettati sono inesistenti per il futuro, ma per il lavoro i contratti collettivi scaduti o disdettati non lasciano un vuoto per le tecniche di permanenza in vigore citate ma comunque perché ogni ipotetico vuoto è colmato sempre dall'art. 36 Cost.

Né, tantomeno, una legge con minimo fisso ed unico potrebbe favorire i rinnovi, fermi da tempo per varie contingenze, innanzitutto per la sospensione di tutto a seguito del Covid e per il lungo periodo di mancanza di svalutazione monetaria. C'è stato cioè qualche anno in cui chi prendeva retribuzioni fisse non aveva problemi, mentre le imprese avevano forti ricadute in particolare per il Covid: è normale quindi che per questi periodi siano mancati o siano diminuiti i rinnovi contrattuali. Ora però, che le ricadute Covid si sono attenuate ed è aumentata la svalutazione, sarà altrettanto normale la ripresa dei rinnovi contrattuali, sperando che non si creino nuove fermate per la guerra in Ucraina, la crisi energetica o nuova pandemia.

Per i rinnovi però i sindacati non hanno bisogno d'aiuto o, meglio, sarebbe illecito tentare di dare aiuti, perché si andrebbe contro l'art. 39 Cost. violando il principio di libertà sindacale. Comunque, un minimo fisso orario non c'entra niente.

⁶⁹ Una disciplina dei contratti collettivi scaduti o disdettati era prevista in vari DdL: S.658 12 luglio 2018 del Min. lav. N. Catalfo ed altri (M5S); S.2187 22 aprile 2021 di N. Catalfo (M5S); C.3439 12 gennaio 2022 di N. Fratoianni (LEU).

⁷⁰ Cass., sez. lav., 12 febbraio 2021, n. 3672; Id., 20 agosto 2013; n. 19252; Id., 7 ottobre 2010, n. 20784.

⁷¹ Cass., sez. lav., 20 settembre 2007, n. 19467 (per cui il giudice del merito, per individuare il "minimo costituzionale", può assumere come criterio orientativo un contratto collettivo non vincolante per le parti, anche locale o aziendale o scaduto).

10. Una legge sui minimi tocca l'art. 39 ma non l'art. 117 Cost.

Una legge su unico minimo retributivo orario per importo essenziale potrebbe essere considerata in attuazione dell'art. 117, comma 2, lett. m), per cui spetta allo Stato determinare i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

Considerando quanto già osservato, è possibile, anche se non-semplificabile, prevedere un minimo fisso in conformità con l'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. Innanzitutto bisogna distinguere fra i vari tipi di lavoro, escludendo il lavoro autonomo o l'agente di commercio, come pur è stato ipotizzato⁷², perché non tutto è commensurabile ad ora; bisogna distinguere fra tipi d'attività, in particolare quelli d'attesa/custodia o faticosi/insalubri; bisogna considerare il tipo d'orario. L'unica specificità considerata nei tanti disegni di legge presentati dal 2018 è l'apprendistato⁷³.

Bisogna considerare le specificità, altrimenti si crea il rischio di un «livello essenziale» troppo basso o troppo alto, che alla fine sarebbe inutile.

11. I molti scopi di fatto ipotizzati per una legge sui minimi retributivi

Si può immaginare criticamente un riepilogo degli *scopi di fatto* più frequentemente ipotizzati a favore di una legge sul minimo orario, fisso e uguale per tutti. *Non si devono* neppure considerare, invece, le proposte di dare efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi⁷⁴ inattendibili per evidente contrarietà rispetto all'art. 39, comma 2, Cost.

a) Un primo scopo sarebbe di supplire all'inesistenza di una legge, senza considerare però l'art. 36 Cost. e presupponendo che la sua applicazione avrebbe comportato una nuova e diversa norma giurisprudenziale: un'affermazione errata, come si vedrà, anche se ricorrente.

⁷² S.2510 4 febbraio 2022 di L. Fattori (Misto, ex M5S), art. 2; C.3439 12 gennaio 2022 di N. Fratoianni (LEU), art. 2 (sopra cit.).

⁷³ C.862 3 luglio 2018 di L. Pastorino (LEU); C.1542 28 gennaio 2019 di W. Rizzetto (FDI); S.1259 30 aprile 2019 di F. Laforgia (Misto, LEU).

⁷⁴ DdL S.658 12 luglio 2018 del Min. lav. N. Catalfo ed altri (M5S); S.1132 11 marzo 2019 di T. Nannicini (PD); S.1259 30 aprile 2019 di F. Laforgia (Misto, LEU). S.2187 22 aprile 2021 di N. Catalfo (M5S); C.2510 4 febbraio 2022 di E. Fattori (Misto, ex M5S); C.210 13 ottobre 2022 di D. Serracchiani (PD).

b) Una legge sul minimo orario fisso impedirebbe che la mancata adesione volontaria ai contratti collettivi nazionali (Ccnl) comporti retribuzioni in libertà, anche al di sotto dei minimi costituzionali *ex art. 36 Cost.*: qui si va, però, contro l'evidenza, perché l'art. 36 è inderogabile, per aderente o no.

c) Nel mosaico di Ccnl, che compone il complesso mondo del lavoro, ci sarebbero molte o comunque importanti lacune, con categorie o settori privi di Ccnl: non è vero, perché non c'è alcuna carenza o lacuna (anche le Colf hanno un Ccnl), ma le ipotetiche lacune, se ci fossero, sarebbero colmate con l'art. 36 Cost.

d) Fra i Ccnl ci sarebbero sovrapposizioni per le stesse categorie/settori/comparti, creando discriminazioni a seconda del Ccnl applicato e comunque ipotizzando incertezze: non si capisce, però, come il fenomeno potrebbe essere ostacolato o superato con una legge su un minimo orario fisso, ma soprattutto si prospetta un uso distorto della legge per limitare la libertà sindacale in contrasto con l'art. 39 Cost.

e) Sarebbero cresciuti i contratti collettivi "pirata", stipulati cioè da sindacati che agiscono per favorire i datori di lavoro prevedendo minimi troppo bassi, in aggiunta ai contratti collettivi delle organizzazioni sindacali più rappresentative o per nuovi settori/comparti appositamente creati: tuttavia una legge su minimo orario fisso non avrebbe alcuna influenza sui contratti "pirata" e paradossalmente potrebbe solo peggiorare la situazione creando contratti collettivi "fantoccio" sempre più bassi e che, rispettando formalmente il minimo orario fisso, beneficerebbero della salvaguardia della legge (sarebbe difficile affermare che un minimo di legge sarebbe contro l'art. 36 Cost.). Sembra che il problema dei falsi-sindacati si stia aggravando, con tecniche frodatorie perfezionate.

f) Sarebbero aumentati i lavori "poveri", con retribuzioni bassissime: chiarito che i lavori "poveri" sono quelli con minimi orari al di sotto dell'art. 36 Cost. e non di chi guadagna poco perché lavora poco, c'è il rischio che una legge su retribuzione minima oraria contribuirebbe paradossalmente a far diminuire i compensi, con una corsa a liberarsi dei contratti collettivi che prevedono minimi superiori, che sono tutti tranne poche eccezioni controverse e solo apparenti. Se poi si guadagna poco perché si lavora poco, è possibile anche il cumulo con le indennità di disoccupazione⁷⁵ o con il Reddito di cittadinanza.

⁷⁵ M. MISCIONE, *Le indennità di disoccupazione* (NASpI, Ds agricola, Dis-Coll), Giappichelli, Torino, 2021, p. 227 (per la NASpI, ma cumulabilità controversa).

Il riepilogo approssimativo degli *scopi di fatto* permette un esame per chiarire i veri fondamenti dei casi prospettati, e non per unirsi alle proposte o critiche che si riproducono ciclicamente con qualche malcelato sospetto.

12. Sui lavori “poveri” e sui minimi contrattuali diversi per categorie/settori

Sulla nozione di lavori “poveri” c’è incertezza, perché spesso vengono confusi con il lavoro “nero”⁷⁶.

Ma, grazie all’art. 36 Cost., i lavori “poveri” *non debbono* esistere, perché al di sotto dei minimi costituzionali può intervenire sempre il giudice per adeguare le retribuzioni, anche oltre gli stessi contratti collettivi. Gli unici lavori “poveri” sono quelli irregolari⁷⁷ contro le norme legali, amministrative e previdenziali (c.d. “nero”), ed è irregolare anche il lavoro con retribuzione sotto la soglia costituzionale dell’art. 36.

Secondo i dati forniti dall’Inps nel rapporto annuale 2021 alla Commissione Lavoro del Senato⁷⁸ ci sarebbero Ccnl con minimi retributivi molto bassi ad es. per il turismo, le cooperative nei servizi socio-assistenziali, pubblici esercizi, ristorazione collettiva, commerciale e turismo, tessile ed abbigliamento, pulizia e servizi integrati o multiservizi, vigilanza e servizi fiduciari. Nonostante la presenza di dati ufficiali, non mancano versioni diverse d’attendibilità dubbia ma che tuttavia, nell’immediata diffusione *mediatica*, riescono a colpire l’immaginazione e la sensibilità. In tutti i casi *non* si tiene conto del tipo d’attività e in particolare se si tratti in tutto o in parte d’attesa o custodia o discontinui.

Salvo ovviamente i contratti “pirata”, firmati cioè da organizzazioni che agiscono in favore della controparte, è affermata per i Ccnl «una “presun-

⁷⁶ Sul lavoro “povero”, identificato con quello “nero” ed in particolare con il caporalato nell’agricoltura, è di grande interesse il lungo articolo di M. SERRA, *Gli invisibili dei campi la vita di chi ci sfama pagata tre euro l’ora*, nel quotidiano *la Repubblica* del 21 luglio 2022, pp. 24-25. Cfr. anche V.A. POSO, *Il lavoro può essere anche «povero», ma la retribuzione deve essere «decente»*, in *Labor – Il lavoro nel diritto* del 4 maggio 2022.

⁷⁷ M. MISCIONE, *I lavori poveri dopo l’economia ‘a domanda’ per mezzo della rete*, in *Corr. giur.*, n. 6, 2018, p. 815.

⁷⁸ I dati, forniti dall’Inps nel rapporto ann. 2021, sono stati analizzati al Senato nell’11^a Comm. Lavoro nell’esame del DdL S.658.

zione” di adeguatezza ai principi di proporzionalità e sufficienza che investe le disposizioni economiche dello stesso contratto anche nel rapporto interno fra le singole retribuzioni ivi stabilite»⁷⁹. Dato che, come visto, ci sono tanti “minimi” diversi per ogni categoria/settore, i minimi più bassi o diversi rispetto a quelli di altre categorie/settori non sono per questo in violazione dell’art. 36 Cost.

Se poi, rispetto a quelli di altre categorie, alcuni minimi fossero rimasti bassi per mancato rinnovo contrattuale, ad imporre per legge minimi superiori si finirebbe per violare la libertà sindacale, con una specie di rinnovo imposto per legge (ma si rinvia a quanto già detto sul punto).

È comunque impossibile definire povere le retribuzioni “per confronto” e cioè solo perché inferiori o diverse rispetto ad altre.

13. *Applicazione dell’art. 36 Cost. o creazione di norma nuova*

È stato affermato⁸⁰ che la funzione sociale della retribuzione non avrebbe trovato concreta applicazione e sarebbe rimasta di natura sostanzialmente programmatica, come sarebbe rimasta solo «sullo sfondo» la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 (art. 23, par. 3) e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 31, par. 1). Ci sarebbe una specie di sostituzione o supplenza mediante fonte giurisprudenziale. Una nozione unitaria di “giusta retribuzione” sarebbe stata creata dai giudici, che avrebbero dato «attuazione per via giurisprudenziale» all’art. 36 Cost., ma finendo per sovrapporre e confondere i caratteri di proporzionalità e sufficienza, con «non poche contraddizioni e incertezze, oltre a una certa timidezza». Si ipotizza, anche se non esplicitamente, che «il concetto di retribuzione “adeguata”» sarebbe stato posto non dall’art. 36 Cost., ma dall’elaborazione giurisprudenziale. In altre e più semplici parole, *forse* i giudici avrebbero creato una norma nuova in sostituzione della legge.

Ci sono, nelle espressioni riportate, le solite incertezze fra l’applicazione della legge e la creazione di una fonte atipica da parte dei giudici. È ovvio che il singolo giudice in certo senso crea, di volta in volta, una norma speciale applicando la legge, ed è storico e comune il vizio di scivolare dalle

⁷⁹ Ad es. Cass., sez. lav., 3 dicembre 2020, n. 27757.

⁸⁰ C. PONTERIO, *Il lavoro per un’esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, in *Questione giustizia*, n. 4, 2019.

single applicazioni della legge alla creazione di norme nuove. Con semplicità, il quesito antico e sempre rinnovato è se i giudici abbiano creato una fonte nuova sulla “giusta retribuzione”, traendo solo spunto ed occasione dalla Costituzione o da altre norme di carattere generale, oppure hanno applicato la Costituzione con la voluta e doverosa discrezionalità imposta proprio dall’art. 36 Cost.

Quando si dice che in Italia non ci sarebbe una legge sui minimi salariali, si dice implicitamente che i giudici avrebbero creato una norma nuova per supplire ad una carenza di legge. Quando s’insiste rilevando che si sarebbero create contraddizioni e incertezze, si conferma l’ipotesi della carenza di legge ma allo stesso tempo si critica la “discrezionalità” del giudice. Si può discutere a lungo e con pari logica se sia preferibile un sistema fisso oppure un sistema adeguato dal giudice nell’esercizio della discrezionalità: non si può dire, però, che il riconoscimento di discrezionalità significhi carenza di legge.

14. I falsi presupposti: l’Italia non avrebbe una legge sui minimi retributivi che tutti gli altri hanno

Nei ripetuti interventi, vecchi e nuovi, si riafferma o si continua a chiedere se sia utile anche se non necessaria una legge che fissi in modo preciso un unico minimo retributivo. La verifica viene fatta qui presupponendo che una legge su minimo orario fisso deve sempre rispettare la Costituzione e l’eventuale utilità pratica o immediata non giustifica una violazione né grande né piccola.

Si parte da un doppio presupposto di fatto, uno negativo e l’altro positivo, solo apparenti ed in certo senso speculari: si dice che l’Italia “non ha una legge” sui minimi di retribuzione, mentre all’estero “ce l’hanno quasi tutti”.

È una falsa apparenza, perché, come detto, in Italia c’è l’art. 36 Cost. con l’art. 2099 c.c. (come si vedrà anche dopo); inoltre le leggi straniere sono – tutte – disomogenee tra di loro e comunque disomogenee rispetto al caso italiano.

Una legge sui minimi, se anche mancasse, non è obbligatoria in particolare in base alle norme UE, per cui comunque, come visto, è da preferire la contrattazione collettiva.

Le difficoltà della comparazione sono note. Prima si accennava alle grandi difficoltà di comparazione fra C.c.n.l. di settori diversi, ma uguali se non maggiori difficoltà ci sono per la comparazione di un singolo strumento

giuridico, ritenuto “simile” a quello di altri Stati. Si pensi solo allo Smic francese, con differenze per età che in Italia non sarebbero nemmeno pensabili.

Basta tornare al confronto sempre riproposto fra i vari Stati UE. Si dice⁸¹ che una legge sul salario minimo esisterebbe in 21 paesi su 27 dell'Unione Europea e non l'avrebbero Italia, Danimarca, Finlandia, Austria, Svezia e Cipro. Le differenze di retribuzione *mensile* sarebbero notevoli, ma con numeri⁸² privi di significato, che tendono solo a colpire l'immaginazione.

Un dato è invece insormontabile e cioè che è impossibile confrontare minimi numerici non solo fra Stati, ma anche fra varie categorie/settori, dove tutto e tutti sono diversi. Le diversità che fanno riflettere sono non solo per categoria/settore, ma anche per il resto: come già detto, bisognerebbe vedere l'orario, il trattamento complessivo per periodi significativi, il trattamento c.d. normativo che ha sempre valore economico, il tipo d'attività e tanto altro ancora.

È inutile cercare le maggiori somiglianze o cercare di capire con la comparazione quale sia il sistema buono o che funzioni meglio. Sarebbe davvero impossibile. Eppure, per provare l'utilità (se non proprio la necessità) di una legge sui minimi, precisi o precisabili, l'argomento principale è proprio quello per cui “l'hanno quasi tutti tranne l'Italia”, con ipotizzati censimenti degli Stati che hanno una legge sui minimi e descrizioni sommarie del o dei metodi più frequenti. Si suggeriscono esempi stranieri per vari motivi, a partire da un'asserita semplicità, ma rischiando il nulla, per affermare da una parte che sarebbe facile introdurre una legge “semplice” e dall'altra che l'efficacia sarebbe immediata e totale. Non esiste però una normativa “semplice”, da copiare o imitare, né tantomeno con super-efficacia.

⁸¹ Ad es. *Il salario minimo, dove si applica e cosa prevede*, in www.rainews.it/articoli/2022/.

⁸² Indicazioni mensili ai limiti: € 332 per Bulgaria, € 2.000 per Lussemburgo. Otto Stati sarebbero oltre € 1.000 (Slovenia € 1.074, Spagna € 1.126, Francia € 1.603, Germania € 1.621, Belgio € 1.658, Olanda € 1.725, Irlanda € 1.775).

15. *Il sistema dell'art. 36 Cost. con discrezionalità contrapposto ad uno fantasioso di "algoritmi" (l'efficacia della legge "indeterminata")*

Spesso si dice, come visto, che nel sistema italiano i minimi contrattuali o esistenziali sarebbero assicurati dalla giurisprudenza, e mancherebbe una legge. Si fa riferimento alla corrente giurisprudenziale, sorta immediatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che ha applicato l'art. 36 Cost., precisando per sentenze i minimi in base ai due criteri di proporzionalità e sufficienza personale e familiare.

Quanto appena affermato comprende già una critica, perché invece la legge c'è ed è l'art. 36 Cost., per cui i giudici determinano nei singoli casi le misure precise delle retribuzioni e di ogni trattamento (anche in connessione con l'art. 2099 c.c.). Semmai si potrebbe dire che manca in Italia una legge che precisi in anticipo, mentre in base all'art. 36 Cost. sono indicati i criteri ma le quantificazioni spettano ai giudici.

Il sistema funziona attraverso divisioni in categorie o settori o comparti definiti dai contratti collettivi in base al principio di libertà sindacale⁸³. In base alla Costituzione non si può fare a meno del pluralismo sindacale, anche se non gradito. Va affrontato il problema se una normativa come quella dell'art. 36 Cost., che detta solo i criteri, sia meno o più efficace rispetto a una legge che definisca in anticipo dati precisi. Si ripropone cioè un altro antico e difficile dilemma se sia preferibile una norma "indeterminata"⁸⁴ i cui contenuti andranno riempiti dai giudici, come quella sulla "correttezza e buona fede", o sia preferibile al contrario una norma che precisi già tutto, togliendo discrezionalità ai giudici che dovrebbero semplicemente indicare la norma da applicare al caso concreto, per cui i processi sarebbero effettuati attraverso "algoritmi" e basterebbe premere dei tasti per fare le sentenze.

In modo sommario, e soprattutto senza alcuna base, talvolta si sente dire che bisognerebbe limitare la discrezionalità dei giudici, che deciderebbero

⁸³ Bisognerà prendere in seria considerazione, però, l'imposizione nel sistema previdenziale dei comparti in base al codice Ateco. Cfr. ad es. l'art. 11, comma 2 del c.d. "Decreto Sostegni-ter" (d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, come convertito dalla legge 28 marzo 2022, n. 25).

⁸⁴ L'espressione «norma indeterminata» fu usata per lo sciopero da Cass., sez. lav., 30 gennaio 1980, n. 711 (in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 1022): la sentenza, proprio per l'uso della nozione di «norma indeterminata», è stata decisiva per lo sciopero (M. MISCIONE, *La Casazione e lo sciopero*, in *Giur. it.*, 1980, IV, p. 65), oltre che per altre materie, con indirizzi seguiti sempre.

bero male. Si può ricordare, fra molti e vari esempi, quello dell'art. 30, comma 1 della legge 4 novembre 2010, n. 183, che poneva un ordine ma che rassomigliava più ad un innocuo "richiamo", di usare, per le «clausole generali», un «controllo giudiziale limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità», con divieto esplicito di estendere il controllo giudiziale «al sindacato di merito» che compete al datore di lavoro.

C'è sempre qualcuno che vorrebbe che i giudici decidessero con un fantomatico "algoritmo", in cui inserire i singoli dati per arrivare ad una sentenza "automatica". È fantasia, ma certamente sintomo di diffidenze e malumori. In tal modo si confonde colpevolmente il personale soggettivo dei singoli giudici con la stessa funzione giurisdizionale.

La discrezionalità è caratteristica che non può mancare nell'esercizio della giurisdizione: è affermazione anche troppo semplice e comunque scontata, ma va ricordata per evitare distorsioni anche solo emotive.

La Corte Costituzionale ha avuto occasione di precisare per i licenziamenti – che costituiscono sempre la parte più importante del diritto del lavoro – quando la discrezionalità dei giudici è troppo stretta o al contrario troppo ampia o addirittura senza limiti. Per il primo caso, in alcune sentenze del 2018-2021⁸⁵ la Corte Costituzionale ha affermato che la discrezionalità nel determinare l'ammontare del risarcimento per licenziamento illegittimo sarebbe nella legge troppo limitata e l'ha estesa considerando altri elementi e comunque imponendo maggiore libertà. All'opposto, con la sentenza 19 maggio 2022, n. 125 la stessa Corte Costituzionale⁸⁶ ha affermato che la parola «manifestamente», usata nella legge, sarebbe vuota, con possibilità per il giudice di decidere a libero arbitrio: la Corte ha quindi "ritagliato" la parola «manifestamente». Si ha così una doppia conferma

⁸⁵ Corte Cost., 8 novembre 2018, n. 194, in *Lav. giur.*, n. 2, 2019, p. 153, con nota di C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*; Corte Cost., 16 luglio 2020, n. 150, in *Lav. giur.*, n. 10, 2020, p. 964, con nota di C. CESTER, *Una pronuncia scontata: vizi formali e procedurali del licenziamento e inadeguatezza delle sanzioni*; Corte Cost., 1° aprile 2021, n. 59, in *Lav. giur.*, n. 6, 2021, p. 605, con nota di C. CESTER, *La Corte costituzionale sul licenziamento per g.m.o.: più spazio per la tutela reale in caso di illegittimità* e di C. ROMEO, *Il condivisibile giudizio della Consulta sull'applicazione dell'art. 18 dello Statuto per il licenziamento per g.m.o.*, in *Lav. giur.*, n. 6, 2021, p. 614.

⁸⁶ Corte Cost., 19 maggio 2022, n. 125, in *Lav. giur.*, n. 8-9, 2022, p. 809 con nota di C. CESTER, *Ancora un intervento demolitorio della Corte costituzionale sul novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori*.

sia della discrezionalità dei giudici, sia della necessità di suoi limiti, con conferma allo stesso tempo della discrezionalità della giurisdizione⁸⁷.

Tornando quindi ai minimi retributivi, la norma che li disciplina e cioè l'art. 36 Cost. è di tipo "indeterminato" con discrezionalità per i giudici, che nell'individuare i minimi costituzionali debbono applicare i criteri di proporzionalità e sufficienza.

Sul punto, forse per le diffidenze e malumori di cui s'è detto, sembra che si voglia rimproverare una diversa efficacia della norma indeterminata rispetto a quella precisa. Giocando con un po' di semplicismo, si potrebbe rimproverare ad es. che una norma deducibile dai criteri di correttezza e buona fede sarebbe *meno efficace* di un'altra che invece precisasse tutto. È un gioco difficile, ma nel caso inutile, perché il meccanismo di applicazione dell'art. 36 Cost. comporta l'applicazione in tutto o in parte dei contratti collettivi, che *comunque* sono conosciuti anche in fatto e ben oltre la pubblicità legale attraverso la Gazzetta Ufficiale.

Le diffidenze ed i malumori nascono allora da una differenza ipotizzata ed invece inesistente e cioè che, per dare applicazione all'art. 36 Cost., sarebbe necessario ricorrere sempre ai giudici, mentre una legge precisa sarebbe applicata spontaneamente o sarebbe più efficace.

La distinzione è inesistente, perché bisogna ricorrere sempre ai giudici in caso di inadempienze, senza differenze sulla maggiore o minore persuasività; il grande ed antico problema dell'effettività della legge non può essere ridotto in termini numerici. Va evidenziato: i minimi salariali attraverso riferimenti ai contratti collettivi di fatto sono noti a tutti, anche nelle differenze che derivano dall'uso della discrezionalità dei giudici. Il ragionamento vale a prescindere dalle preferenze per somme fisse oppure per somme con un minimo di variabilità.

16. Come nel '59?

Bisogna chiedersi ancora il perché delle tante proposte sul «salario minimo», nella formula ampia di rendere vincolanti i contratti collettivi per qualunque lavoro o nella forma ridotta, con il dibattito che n'è seguito, di un minimo orario fisso. Il gran numero di iniziative legislative dovrebbe far

⁸⁷ Per la discrezionalità dei giudici: M. DALLACASA, *Il Tribunale di Ravenna ci riprova sulla reintegrazione: l'art. 18 St. lav. di nuovo all'esame della Consulta*, in *Lav. giur.*, n. 11, 2021, p. 1029.

dedurre un interesse forte, ravvivato dall'entrata in vigore Direttiva (UE) 2020/2041, ma a conclusioni opposte si arriva considerando che in Parlamento tutto è rimasto fermo al punto di partenza, anche quando i partiti, che avevano proposto i disegni legge, potevano facilmente approvare una legge. È mancata una vera volontà e per questo tutto è rimasto ad una fase iniziale, con disegni di legge numerosi e molto diversi (si pensi solo alla differenza fra lordo e netto)⁸⁸.

Si può discutere se sia bene o no estendere *erga omnes* i contratti collettivi, senza giudizi drastici: comunque bisogna rispettare l'art. 39 Cost. E poi – come non ripeterlo? – l'art. 39, se non andasse bene, può essere cambiato, ma fin quando è in vigore non può essere violato e nemmeno evitato.

Una violazione fu possibile nel 1959 con la legge n. 741 per esigenze «provvisorie, transitorie ed eccezionali»⁸⁹, ma quell'esperienza *controversa* è irripetibile.

Ci si può chiedere se nel 2022, come nel 1959 con la legge n. 741, ci sia l'esigenza unica e doppia, mediante una legge, di rendere i contratti collettivi vincolanti per tutti («*erga omnes*») per imporre minimi di retribuzione, o viceversa per imporre i minimi a causa d'asserita carenza dei contratti collettivi; se, come nel 1959, per garantire i minimi sia necessario imporre con apposita legge l'obbligo per tutti di applicare i contratti collettivi.

La differenza è che ora, almeno con le proposte *residue*, si vorrebbe imporre per legge un piccolo frammento con minimo orario fisso, senza considerare altro.

Soprattutto, non è come il '59. Oggi *non* c'è un problema di minimi e nemmeno di applicazione dei contratti collettivi. A quanto risulta⁹⁰, di contratti collettivi con minimi inferiori a “9 euro ad ora” ce ne sarebbero pochi o non ce ne sarebbero affatto, se si evitano le apparenze e si distin-

⁸⁸ Prevede il “lordo” l'art. 5, comma 4 della Direttiva (UE) 2022/2041 ed il DdL S.658 12 luglio 2018 del Min. lav. N. Catalfo ed altri (M5S). Prevede invece il “netto” il DdL S.310 3 maggio 2018 di M. Laus (PD).

⁸⁹ L'art. 39, comma 2, Cost. ha posto in materia una riserva di procedimento, per cui il legislatore, se vuole fare una legge sui sindacati e contratti collettivi, deve seguire i criteri dettati dallo stesso art. 39, comma 2, Cost.: Corte Cost., 19 dicembre 1962, n. 106; Id., 13 luglio 1963, n. 129; Id., 10 giugno 1966, n. 67; Id., 22 gennaio 1976, n. 19.

⁹⁰ Dati Inps nel rapporto annuale 2021, al Senato nella Comm. Lavoro nell'esame del DdL S.658 della XVIII^a Legislatura, con riferimento a turismo, servizi socio-assistenziali, pubblici esercizi, ristorazione collettiva, tessile ed abbigliamento, multiservizi, vigilanza, servizi fiduciari.

gue in base ad elementi essenziali, ad es. il tipo di attività come quelle d'attesa/custodia o discontinui, o faticosi ed insalubri, l'orario normale, e non solo l'apprendistato⁹¹; i Ccnl sono applicati, senza bisogno di un'apposita legge, con una «copertura» altissima ben oltre dell'80% richiesta dalla UE con Direttiva 2022/2041 (si può affermare che nessuna legge abbia applicazione tanto ampia).

Il problema è del *lavoro irregolare*, e cioè in violazione delle norme legali, amministrative, previdenziali: non si sa – per le note difficoltà di scoprire le evasioni totali – se negli anni è aumentato o diminuito, ma è certo che il lavoro irregolare è l'unico vero problema. Oltretutto è un problema che riguarda non tanto le imprese-medio grandi, soggette a controlli legali e sindacali cui è difficile sfuggire, ma le piccole-medie per cui la vigilanza è meno semplice, con numeri tuttavia altissimi.

17. *L'ipotesi impossibile che la legge serva a rafforzare i sindacati deboli*

Si è affermato che però l'autonomia collettiva sarebbe insufficiente. Ad essere benevoli, si potrebbero ipotizzare contratti collettivi con sindacati tanto deboli, da non riuscire ad imporre nemmeno minimi *esistenziali*. È anche troppo facile obiettare, però, che in questi casi si ha violazione dell'art. 36 Cost., per cui si può sempre andare davanti ai giudici, se non basta la semplice minaccia di agire in giudizio.

Forse, ma fantasticando, una legge che colpisca l'autonomia sindacale attraverso formule varie potrebbe servire per eliminare *di fatto* i sindacati tanto “deboli”, da non essere riusciti a firmare contratti collettivi con minimi insufficienti: “deboli”, fra virgolette, perché sotto c'è l'allusione che si tratti in verità di sindacati non genuini. Se anche le fantasie fossero vere, non è questo il metodo: ci sono metodi migliori, ma soprattutto c'è l'art. 36 Cost., in base al quale i minimi insufficienti possono e debbono essere dichiarati nulli e sostituiti con quelli congrui.

⁹¹ Come osservato, l'unica specificità considerata nei tanti DdL è l'apprendistato: C.862 3 luglio 2018 di L. Pastorino (LEU); C.1542 28 gennaio 2019 di W. Rizzetto (FDI); S.1259 30 aprile 2019 di F. Laforgia (Misto, LEU).

18. Conclusioni con domanda retorica per legge con pochi vantaggi

Dato che di estensione *erga omnes* dei contratti collettivi in violazione dell'art. 39, comma 2, Cost. è inutile parlare, resta la proposta di un *minimo orario fisso*. Si può usare la vecchia e rozza allegoria del “*cui prodest*” e cioè “a chi giova?”. Quanti avrebbero aumenti salariali con l'introduzione di un minimo orario fisso? I dati che girano sono spesso fantasiosi, in particolare perché si confondono i minimi con le inadempienze. Se i minimi tabellari fossero sotto un certo minimo orario, si potrebbe intervenire sui contratti collettivi, ma, se sotto il minimo orario fossero le retribuzioni in violazione dei contratti collettivi, bisogna intervenire sulla vigilanza. I dati in *Rete*, che sorgono e s'estinguono in pochi attimi, sono insicuri.

Non è questione di numeri. Una legge sarebbe sempre giusta e doverosa, se efficace contro feroci inadempienze, anche se poche. Sotto però, riflettendo ancora, potrebbe esserci l'intenzione di incidere sulla contrattazione collettiva e sui giudici.

Per la contrattazione, oltre la vecchia e decrepita accusa d'incapacità dei sindacati, s'introdurrebbe la possibilità di utilizzare la legge per cercare di modificarne i contenuti ed anche i tipi, in particolare teorizzando “aiuti”. Rovesciando il sistema formulato dalla Direttiva 2022/2041, s'affermerebbe il principio della supremazia della legge sull'autonomia collettiva.

Imponendo per legge un minimo retributivo fisso resta la sensazione, di sentimento più che di razionalità, che si voglia superare la discrezionalità dei giudici, per limitare se non eliminare le norme “indeterminate” dell'art. 36 Cost. difficilmente controllabili, anche se di grande efficacia. Si può criticare come venga usata, ma la discrezionalità è necessaria, come riaffermato dalla Corte Costituzionale.

La conclusione è con domanda retorica: come si fa a non aderire ad una proposta di garantire a tutti un minimo orario fisso essenziale e molto basso? Nessuno si potrà opporre, anche scontando l'equivoco di confondere i minimi contrattuali con le inadempienze. La conclusione è semplice e breve: un minimo fisso potrebbe costituire un livello essenziale delle prestazioni «concernenti i diritti civili e sociali» in base all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

È comunque necessario un testo preciso, che, per evitare un minimo troppo basso, tenga conto di varie specificità e non solo dell'apprendistato. In particolare, si dovrà tener conto dei tempi di lavoro, delle attività di non-fare, di quelle faticose ed altro ancora. Difficile ma non impossibile.

SINDACATO E LA CRISI DELLA DEMOCRAZIA

*Nicola Vito Perone **

1. – In un frangente nel quale molteplici segnali indicano che la nostra democrazia non presenta uno stato di salute rassicurante, è naturale lo stimolo a ricercare idonei rimedi. Nel loro novero, però, il dibattito contemporaneo solitamente non include quello sul quale, ciononostante, ritengo opportuno soffermare l'attenzione in vista di un recupero democratico.

All'esclusione del sindacato dagli strumenti di una strategia così orientata possono indurre due motivi. Il primo attiene alla circostanza per cui, anche riguardo al sindacato, si avvertono sintomi di malessere e sono formulati pronostici di inesorabile declino. L'altro concerne l'opinione secondo la quale sussisterebbero ragioni d'ordine sistematico insuperabili che impediscono di postulare un contatto tra sindacato e Stato che non implichi sacrificio della libertà del primo, attratto irresistibilmente a confluire nella struttura pubblica.

Circa il primo dei motivi, vanno considerati due traumi che, incidendo negativamente nel contesto in cui l'organizzazione portatrice degli interessi collettivi professionali si colloca e agisce, la hanno sensibilmente indebolita, contribuendo, in misura e secondo modalità diverse, alla riduzione dello spazio destinato alla regolazione di tali interessi.

Il primo dei traumi è addebitabile alla globalizzazione, che ha posto in difficoltà l'applicazione della tecnica regolativa, ereditata dal tempo in cui il mercato di riferimento era quello nazionale, incentrata sulla prevalenza della disciplina contrattuale collettiva rispetto al trattamento deteriore che, in sede di pattuizioni individuali, i prestatori di lavoro siano costretti ad accettare a causa della personale debolezza di fronte al potere datoriale. A seguito dell'affermazione del mercato transnazionale, le decisioni importanti hanno travalicato i confini dei singoli Stati, la cui autorità è risultata

* Già Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Roma “*Tor Vergata*”.

ridimensionata, in un tempo in cui il clima internazionale era dominato dall'ottimismo relativo a uno sviluppo economico apparentemente senza fine, sorretto dall'espansione del commercio internazionale e alimentato, sul piano politico, dalla situazione di pace a livello mondiale o, per meglio dire, di assenza di esplicite minacce di aperta belligeranza tra blocchi di Stati contrapposti.

Da una ristretta cerchia di potentati del mondo dell'industria e della finanza, assunta a ruolo protagonista sulla scena mondiale, ha tratto origine una sorta di nuova "lex mercatoria", che ha travolto la concorrenza di altri sistemi giuridici, scalzando le regolamentazioni nazionali. In un assetto del mercato dove si sono imposte espressioni di potere privato in grado di sottrarsi a normative ancorate alla cittadinanza, istituzioni statali e ancor più organizzazioni sociali hanno stentato a garantire ai lavoratori la necessaria tutela con discipline efficaci limitatamente al territorio nazionale¹. In particolare, il sindacato versa in condizioni di debolezza quando non si trovi ad agire nel suo teatro di operazioni tradizionale, segnato dai confini nazionali, perché la controparte imprenditoriale, grazie a dematerializzazioni e a delocalizzazioni delle imprese, può mutare nel proprio interesse lo scacchiere del conflitto, cumulando al vantaggio di sottrarsi ai vincoli posti da legislazioni e contrattazioni collettive nazionali quello di sfuggire alla portata degli strumenti di lotta utilizzati dall'autotutela collettiva.

Altro grave trauma ha subito il sindacato allorché si è trovato ad agire in un quadro di difficoltà economiche del genere di quelle verificatesi a seguito della Pandemia e delle guerre in Ucraina e Palestina. Evenienze alle quali risalgono consistenti perdite di occupazione, ostacoli all'accesso nei luoghi di lavoro, sospensioni degli approvvigionamenti di materie prime e semilavorati, con conseguente contrazione della produzione nazionale, danneggiata altresì dalla rarefazione dei rifornimenti e dall'incremento dei prezzi dell'energia, e alle quali va ascritto un minaccioso riaffacciarsi dell'inflazione. Condizioni, queste, che politiche sindacali volte al miglioramento dei livelli salariali e occupazionali si trovano a fronteggiare in posizione di evidente debolezza.

L'indebolimento patito dal sindacato a causa dei due traumi è stato considerevole, ma le loro conseguenze sono stimabili circoscritte nel tem-

¹S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 36 ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 43 ss.; N. BOBBIO, *La regola della maggioranza, concetto e autorità*, in N. BOBBIO-C. OFFE-C. LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranza*, Il Mulino, Bologna, 1981.

po. A ridimensionare l'intensità del depotenziamento sindacale nello scenario disegnato dalla affermazione della globalizzazione, sono intervenuti elementi che hanno reso insicuro quello che sembrava un destino di inesorabile trionfo. Il presente clima di tensioni belliche contraddice e genera sfiducia circa il consolidamento dell'assetto di intese stabilizzate verso il quale parevano convergere Stati divisi da barriere ideologiche e che ha rappresentato un'essenziale condizione politica dello sviluppo del mercato transnazionale. Dal canto suo, la Pandemia ha rivalutato le sicurezze che, pur prescindendo dal peggioramento del clima internazionale, sono offerte dalla dimensione nazionale rispetto agli imprevisti insiti nelle relazioni economiche intercontinentali e nella dislocazione delle strutture aziendali a tale livello.

Alle suddette difficoltà, dipendenti da contingenze straordinariamente negative, si aggiunge la preoccupazione per l'intervento di altri fattori in grado di produrre effetti non contingenti in ordine alla condizione di debolezza sindacale, di aggravarla e di proiettarla sul piano strutturale.

L'introduzione di nuove tecnologie nei sistemi produttivi e nell'organizzazione del lavoro, apportatrice di conseguenze di grande rilevanza sull'occupazione, sulle condizioni di lavoro e sulla posizione professionale dei prestatori, si riflette altresì sui modi di organizzazione e di azione del sindacato. Si tratta di conseguenze tanto notevoli da mettere in discussione l'idoneità del sindacato a superare le più delicate fasi di questo impatto e a ipotizzare una crisi inevitabile del movimento sindacale che imponga il ripensamento dalle fondamenta del diritto collettivo del lavoro².

Non è necessario condividere simili previsioni catastrofiche circa il destino del sindacato per riconoscere che le relazioni professionali, comunque sia, appaiono destinate a risultare meno collettive e più orientate verso l'individuo – il che indubbiamente non depone a favore del consolidamento e della crescita delle organizzazioni sindacali – in forza della introduzione, grazie al progresso tecnologico, di novità concernenti sia aspetti esterni, sia il contenuto della prestazione lavorativa.

Quanto agli aspetti esterni, si pensi alle trasformazioni riguardanti quelli che possono dirsi i cardini della prestazione stessa, ossia tempo e luogo di lavoro.

Il tempo di lavoro ha perso la rigida uniformità alla cui stregua i datori

²Per una panoramica delle conseguenze delle innovazioni tecnologiche cfr. T. TREU, *The technology debates, the impact of new technologies on work and society*, 1984.

di lavoro hanno applicato schemi di presenza in azienda tali da implicare i lavoratori non soltanto durante l'orario lavorativo, ma sostanzialmente durante l'intera giornata.

In funzione di questa rigida uniformità l'attenzione e le rivendicazioni sindacali si concentravano sul profilo quantitativo dell'orario lavorativo postulandosene una generalizzata riduzione che permettesse di riequilibrare tempi di vita e tempi di lavoro e di espandere l'occupazione. La innovazione tecnologica ha posto, invece, le condizioni per affrontare il problema in chiave qualitativa, con una gestione dell'orario flessibilizzata sensibile alle esigenze dei singoli dipendenti, i quali, in determinate situazioni, hanno ottenuto di concorrere alla gestione variando autonomamente la collocazione temporale della prestazione. Altra trasformazione dell'organizzazione del lavoro resa possibile da innovazioni tecnologiche e incidente sull'aspetto esterno della prestazione lavorativa attiene al luogo di lavoro. Progressi straordinari dei sistemi di comunicazione permettono a singoli lavoratori di restare in contatto con la direzione aziendale a prescindere dal luogo in cui si trovino sottraendo alla sede aziendale la funzione di esclusivo luogo di lavoro. Ciò ha scompaginato, dopo l'assetto temporale sul quale si è fondata la tradizionale presa sindacale, anche il complementare assetto spaziale, a causa della perdita di rapporti interpersonali con i colleghi che indebolisce i legami di solidarietà sui quali è radicata l'organizzazione sindacale.

La flessibilità che le innovazioni tecnologiche inducono nei profili esterni della prestazione lavorativa trova riscontro nei contenuti delle lavorazioni, che, ora e maggiormente in futuro, appaiono implicare operazioni complete e complesse, in contrasto con la consolidata prassi di produzione industriale impostata su elementi singoli e semplici. La trasformazione dell'attività lavorativa, da altamente schematizzata e fungibile a sensibilmente personalizzata, si risolve in un 'ulteriore compressione dello spazio disponibile ai sindacati per continuare nella difesa di interessi di serie, organizzabili e suscettibili di soddisfazione sul metro di tradizionali uniformità e rigidità.

La completezza della diagnosi dello stato di salute sindacale non consente di trascurare ipotizzabili ricadute della crisi riguardante la democrazia e la rappresentanza politica. L'esame della relativa situazione non è stato tralasciato e la conclusione rileva come le diversità di regole operative registrabili nei due sistemi non ne intacchino la sostanziale simmetria di principi. Democrazia politica e democrazia sindacale, appunto perché governate da medesimi sistemi di valori, procedono in parallelo, insieme si

evolvono e insieme – si è detto – sono probabilmente destinate a declinare, cosicché la presente situazione è stata qualificata “postdemocrazia sindacale”³.

Le soluzioni proposte in ordine alle questioni connesse allo stato di salute del sindacato scontano gli ampi margini di opinabilità che caratterizzano i pronostici. D'altro canto, la disamina dello stato di salute del sindacato implica valutazioni il cui approfondimento richiede svolgimento su terreni diversi da quello giuridico, contrariamente all'inquadramento sistematico della relazione tra sindacato e Stato, sul quale pertanto si è ritenuto di centrare l'attenzione in questa sede.

2. – All'impegno, dall'art. 3, comma 2, Cost. attribuito allo Stato, di realizzare le condizioni per cui a tutti i cittadini sia effettivamente garantita l'applicazione dei principi di uguaglianza e libertà e ai lavoratori sia consentita la partecipazione all'organizzazione politica economica e sociale del paese è chiamato a provvedere l'apparato dei pubblici poteri, ma non prescindendo dal complesso della vita associata che gli è pertinente. Dal valore giuridico riconosciuto al sostrato sociale degli istituti costituzionali e dalla conseguente comprensione nell'orbita statale dei centri espressi dalla società, deriva che lo Stato-persona rappresenti lo strumento fondamentale, ma non esclusivo, per la realizzazione del progetto di crescita democratica. In un sistema di democrazia pluralista, l'apparato dello Stato non esaurisce in se stesso tutta la società. Alle articolazioni di questa riconosce capacità di auto organizzarsi e di attendere alla realizzazione di interessi che lo Stato-persona non ritenga di dover curare direttamente valendosi di strumenti che siano espressione di autorità⁴.

Il sindacato, nell'ordinamento dello Stato democratico, si pone come organizzazione portatrice di interessi collettivi professionali distinti dall'interesse pubblico, alla cui cura attende lo Stato-persona e che è posto in una situazione diversa rispetto a quella degli interessi privati in quanto, per il carattere necessario del suo perseguimento, richiede strumenti autoritativi. L'ordinamento riconosce altri interessi, ma con effetti diversi rispetto al riconoscimento dell'interesse pubblico. Di questi altri interessi l'autorità

³B. CARUSO, *Verso un insolito (inevitabile?) destino la post democrazia sindacale*, in WP C.S.D.L.E. “Working Paper Massimo D'Antona.IT”, n. 53, 2015.

⁴S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Sansoni, Firenze, 1951, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione Italiana*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Cedam, Padova, 1957, p. 421 ss.

statale non si fa immediato centro di riferimento e diretto carico in ordine alla realizzazione, reputando più opportuno rimetterne la regolazione alla libera valutazione e all'iniziativa dei titolari.

L'art. 39, comma 1, Cost., sancendo la libertà dell'organizzazione sindacale attribuisce al sindacato la scelta degli strumenti con i quali soddisfare gli interessi collettivi professionali, il cui appagamento lo Stato non considera suo essenziale compito raggiungere. Il sindacato coltiva gli interessi tutelati in regime privatistico, attraverso strumenti di autonomia privata, prescindendo da immissioni nell'apparato statale, anche da immissioni attuate in via indiretta, per il tramite di esponenti designati a comporre organi pubblici, giacché tali immissioni mal si concilierebbero con l'essenziale libertà del sindacato e introdurrebbero confuse ibridazioni tra l'esclusivo orientamento alla realizzazione dell'interesse pubblico, cui sono tenuti tutti i preposti a pubblici uffici, inclusi quelli di provenienza sindacale, e la missione di portatori nelle istituzioni dell'interesse particolare del sindacato.

L'estraneità nei confronti della organizzazione statale non relega il sindacato in posizione priva di rilevanza giuridica. L'ordinamento dello Stato democratico considera espressamente il sindacato, ma alla sua considerazione non fa seguire l'inglobamento nella propria struttura. Si tratta di impostazione aderente all'evoluzione in senso pluralista della democrazia contemporanea e al suo abbandono della concezione individualistica, ispirata al contrattualismo nel Sei-Settecento dominante nel rifiorito pensiero democratico. La concezione individualistica – poi riflessa nell'ordinamento degli Stati liberali ottocenteschi quanto a diretto rapporto tra dimensione individuale e quella generale, con repressione della dimensione collettiva e di ogni forma di conflitto sociale collegato – postulava uno Stato senza i corpi intermedi, caratteristici della società corporativa medievale, ed escludeva che tra il popolo sovrano, composto da tanti individui, e i suoi rappresentanti potessero esistere entità particolari.

Nella visione pluralista, non sono più presi in considerazione esclusivamente singoli tra loro isolati, posti in diretta relazione con lo Stato. Si ha riguardo invece a persone connesse in una molteplicità di relazioni e alle quali è riconosciuta la libertà di organizzarsi per perseguire, in dimensione collettiva, interessi privati, dando vita a libere formazioni sociali, autonome rispetto allo Stato⁵.

⁵ P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966.

Nel quadro dello Stato-comunità, il sindacato, associazione privata costituzionalmente tipica rientrando nel novero delle formazioni sociali, esplica il suo carattere di polo di una dialettica sociale della quale l'ordinamento garantisce lo svolgimento. E provvede alla tutela degli interessi dei quali è portatore in via di autonomia collettiva, ossia grazie al potere di negoziare liberamente la loro disciplina con contrapposte organizzazioni datoriali.

Per il sindacato, l'inquadramento privatistico, in virtù della efficienza dei suoi mezzi di azione, non è stato di impedimento al raggiungimento, di una posizione di elevata importanza nella strategia di emancipazione dei lavoratori dalla situazione di sotto protezione sociale, grazie al recupero, tramite la contrattazione collettiva, dello squilibrio di potere nei confronti dei datori di lavoro del quale i prestatori soffrono sul piano individuale.

La disciplina di riequilibrata tutela del lavoro consiste, oltre che di norme di fonte statale, di un cospicuo numero di regole di origine sindacale alle quali va riconosciuta differente natura rispetto alle leggi. Le disposizioni dei contratti collettivi derivano dall'esercizio, da parte del sindacato, di un potere normativo che gli è originariamente proprio e che è radicato nel principio di libertà sindacale. Le regole di matrice sindacale non entrano a integrare il diritto oggettivo e non sono fornite della generale efficacia propria delle leggi. Se secondo un metro formale, tali regole, in quanto non contemplate dal sistema di produzione giuridica, non rientrano tra le fonti, tuttavia, ove considerate nella prospettiva della effettività, si dimostrano capaci di concorrere alla regolamentazione dei rapporti di lavoro⁶. Inoltre va tenuto presente che le regole dettate dalla contrattazione collettiva, in virtù della loro duttilità e capillarità, sono in grado di raggiungere un elevato livello di penetrazione negli ambiti ai quali sono destinate, mentre le leggi, con i loro caratteri di generalità e astrattezza, trovano difficoltà a questo proposito.

3. – Per la realizzazione delle sue finalità di giustizia sociale lo Stato democratico si giova dell'apporto recato dal sindacato con la negoziazione collettiva delle condizioni di lavoro, e al riguardo non sorgono problemi di ordine sistematico. I sindacati peraltro non limitano la loro attività alla sti-

⁶Cfr. Per le contrastanti posizioni dottrinali circa l'inquadramento del contratto collettivo come fonte di diritto oppure come espressione di autonomia dei privati AIDLIASS (a cura di) *il sistema delle fonti nel diritto del lavoro* Milano, 2002.

pulazione dei contratti collettivi, ma attuano anche altrimenti il loro compito di tutela del lavoro, non potendo prescindere dal sostegno alla partecipazione dei lavoratori alla vita economica sociale e politica del paese⁷. La dilatazione del raggio di azione del sindacato è fenomeno consistente destinato a crescere. Alla innovazione tecnologica consegue, come già avvenuto per motivi diversi a seguito della globalizzazione, la riduzione dello spazio destinato alla regolazione sindacale in via contrattuale degli interessi collettivi professionali, mentre il sindacato è attratto nel terreno macroeconomico, dove ne risaltano i profili di forza coinvolta nella formazione delle scelte politiche. La realtà mostra che le organizzazioni portatrici degli interessi collettivi professionali, per perseguire i propri scopi, possono scegliere di svolgere azione politica Intesa alla modifica o alla difesa di istituti giuridici ai quali sono interessati i loro rappresentati, o comunque volta a influenzarne l'emanazione.

Il sindacato, nella veste di soggetto privato, opera quale diretto interlocutore del potere pubblico, con alterne vicende circa l'incidenza dei suoi interventi. Se tale incidenza dipende da circostanze di fatto e perciò la sua valutazione è sottratta a criteri giuridici, lo svolgimento degli interventi è suscettibile di essere inquadrato nell'ordinamento, consentendo di superare inquietudini insorte circa il contatto tra potere statale e organizzazione sindacale.

I sindacati sono in grado di assumere, accanto al ruolo di agenti contrattuali, anche quello di organismi dotati di forza politica che, al pari delle forze politiche in senso proprio, ovvero dei partiti politici, collegano la società all'organizzazione dello Stato⁸. Tuttavia i sindacati non sono equiparabili ai partiti, ai quali specificamente compete una vocazione al potere totale che consenta di dare alla comunità nazionale, organizzando allo scopo la partecipazione (potenzialmente) generale dei cittadini, l'assetto ritenuto, conformemente alle proprie idealità, più rispondente all'interesse generale. Attraverso il confronto democratico tra i partiti si perviene alla determinazione dell'indirizzo politico, nella cui prospettiva i vari problemi che si pongono nella vita del paese ricevono unitaria valutazione. Tale processo di sintesi, attraverso il quale vengono individuati i concreti contenuti dell'interesse generale e viene impressa un'unitaria spinta propulsiva al-

⁷C. ESPOSITO, *Lo Stato e i sindacati nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954.

⁸T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 229 ss.

l'azione statale, culmina, in regime di rappresentanza parlamentare, con l'approvazione della mozione di fiducia al Governo⁹.

Nell'architettura dello Stato democratico, il sindacato è dunque legittimato a svolgere attività di carattere politico, ma purché ciò avvenga senza pregiudizio per la ripartizione di competenze in tema di rappresentanza politica. Il sindacato non ha la vocazione al potere totale propria del partito, non collega l'intera società politica all'apparato dello Stato, le associazioni portatrici dell'interesse collettivo dei lavoratori hanno una vocazione al potere particolare, individuabile sulla misura dell'interesse tutelato, e in tale prospettiva, oltre a contestare e mirare a modificare il potere imprenditoriale, organizzano gli appartenenti alle categorie professionali e ne sostengono la promozione sociale.

Per chiarire la legittimazione sindacale, giova rifarsi alla riflessione sulla natura dello Stato sociale, da intendersi in riferimento non soltanto alla destinazione dell'azione statale e ai fini dei quali lo Stato si preoccupa, ma anche alla sua fisionomia di Stato della società e delle formazioni che ne sono espressione e concorrono alla realizzazione di tali fini.

Ancorché manchi una positiva previsione normativa analoga a quella dedicata all'attività, tradizionalmente esplicitata dal contratto collettivo, di regolazione delle condizioni economiche e normative dei rapporti di lavoro, è da ritenere che il sindacato, espressione di una importante sezione della società e tramite tra la stessa e le istituzioni pubbliche, sia legittimato a confrontarsi e a trattare con lo Stato-soggetto, quando si verta su questioni la cui soluzione comunque si ripercuota sui propri rappresentati, allo scopo valendosi, come strumento di pressione, dello sciopero, considerato, in una lata concezione, diritto legittimamente esercitato quando, pur non inerendo strettamente a rivendicazioni contrattuali, sia attivato in funzione dell'interesse dei lavoratori alla realizzazione di beni che trovino riconoscimento e tutela nella disciplina costituzionale dei rapporti economici¹⁰.

4. – La direzione particolare del suo potere e l'arco particolare in cui raccoglie la partecipazione non escludono il sindacato dall'incontro con gli organi statali detentori del potere politico. La tendenza del sindacato a farsi carico di preoccupazioni d'ordine politico nasce da una esigenze ogget-

⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 279 ss.

¹⁰ Così la pronunzia della Corte Cost., 14 gennaio 1974, n. 1 (ma si veda già Corte Cost., 28 dicembre 1962, n. 123).

tiva. Per raggiungere i propri obiettivi di tutela professionale, non può ignorare l'incidenza del più generale contesto in cui anche tali obiettivi sono ricompresi e che è condizionato dallo svolgimento delle attività compiute dalle istituzioni politiche. Né le trattative che il sindacato coltiva con tali organi costituiscono una turbativa del sistema, a condizione che non alterino gli equilibri vigenti in materia di distribuzione delle competenze relative all'individuazione e all'attuazione dell'interesse generale, rendendo partecipi della determinazione di obiettivi di interesse pubblico organizzazioni rappresentative di interessi particolari. Nel perseguimento di finalità di così ampia portata, l'azione del sindacato viene a interferire con quelle che lo Stato-persona pone in essere per la realizzazione dell'interesse pubblico.

Invero, la molteplicità delle varianti registrabili nelle prassi attinenti al confronto tra sindacato e Stato mostra come il pericolo di simili turbative e alterazioni non riguardi tutte le diverse forme assunte da tali prassi. Senza dubbio non ricorre quando il contatto di istituzioni con parti sociali sia finalizzato alla verifica della opportunità e alla determinazione del contenuto di un'emananda normativa statale. Neppure ricorre quando il confronto si risolva in sollecitazioni, ancorché quanto mai energiche grazie al possibile impiego dello sciopero, rivolte da organizzazioni rappresentative degli interessi dei lavoratori a istituzioni pubbliche per ottenere, oppure, a seconda dei casi, per respingere, l'emanazione di date misure. Il sindacato, nell'ipotesi, non esorbita dall'ambito di azione che la libertà costituzionalmente garantita gli ha deferito per perseguire autonomamente gli orientamenti prescelti, nel rispetto della ripartizione di competenze tra l'azione dei partiti e quella dei sindacati.

Criticità invece si prospettano allorché il confronto introduca un più diretto coinvolgimento del sindacato nel procedimento di formazione delle decisioni pubbliche, ciò che accade impiegando il metodo della concertazione sociale imperniato su intese trilaterali tra contrapposte confederazioni sindacali e Governo, il quale vi partecipa come parte della dinamica negoziale e si impegna, in cambio di una linea sindacale che, in quelle determinate circostanze, è richiesto sia ispirata a rigorosa moderazione, al varo di misure da cui discendano benefici sociali richiesti dai sindacati.

Attraverso l'applicazione del cosiddetto "scambio politico" è attivato un sistema per il quale la definizione delle politiche economiche e sociali viene a costituire il risultato della partecipazione congiunta di istituzioni pubbliche, rappresentanti dell'intera collettività, e di sindacati, portatori di interessi collettivi di natura particolare e privata. In mancanza di una pre-

visione legislativa in ordine a tale rilevante e discussa ipotesi di intervento sindacale nelle sedi di esercizio del potere pubblico, l'atto che le parti sottoscrivono, se la trattativa ha successo, viene correntemente definito contratto.

Si tratta di fenomeno di grande rilevanza per gli equilibri politici, giacché vengono sottoposte alla trattativa con i sindacati decisioni vitali per il paese. Al fenomeno sono stati pure addebitati rischi per gli equilibri costituzionali, esposti a venire sovvertiti dalla paventata appropriazione sindacale di poteri pubblici. Il profilo critico attiene al condizionamento registrabile a seguito dello "scambio politico", ove, contraddicendo la legittimazione conferita dal consenso della maggioranza dei cittadini elettori e avvalorata per il tramite della fiducia parlamentare, il Governo non risulti più in grado di individuare e perseguire in piena discrezionalità l'interesse generale, senza abbisognare del consenso delle confederazioni sindacali¹¹.

Anche da osservatori che hanno dato atto dei benefici per la finanza italiana derivanti dall'applicazione di tale metodo ne vengono deprecati eccessi e distorsioni registrati nel corso del tempo¹².

Tuttavia, approfondendo nella sua autentica natura il profilo fisiologico della concertazione sociale e mettendo a fuoco la qualità delle posizioni che vi occupano le parti sociali e il potere pubblico, se ne deduce che al metodo concertativo siano addebitabili sconfinamenti dal tracciato costituzionale, spartizione di potere politico il cui esercizio sia riservato a organi statali, accavallamenti inerenti alle rispettive responsabilità di sindacati e partiti, in realtà, soltanto nel caso in cui gli impegni assunti durante le trattative assumano carattere giuridicamente vincolante e loro violazioni siano perciò sanzionabili su tale piano. Tanto più se la istituzionalizzazione comporti la trasformazione del metodo della concertazione in canale stabile di raccordo tra istituzioni pubbliche e forze e sociali. Ma la concertazione sociale, a ben vedere, si palesa un metodo per governare di carattere politico, volto a creare consenso nell'interesse generale coinvolgendo i sindacati, per supplire alla crisi di legittimazione sociale dei partiti, nel sostegno di politiche economiche di impossibile realizzazione attraverso i processi istituzionali. L'atto sottoscritto dalle parti, quando la trattativa abbia successo, viene correntemente definito contratto, ma esula dalla nozione formale e giuridica di contratto.

¹¹ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2, Cedam, Padova, 2010.

¹² M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2^a ed. continuata da M. TIRABOSCHI, Giuffrè, Milano, 2003, p. 9.

È condivisibile l'opinione che la sua natura sia piuttosto quella di un atto programmatico ricognitivo, nelle cui premesse sono individuati gli obiettivi comuni che il sistema politico e il sistema sindacale si impegnano a perseguire, per quanto di loro specifica competenza, in maniera coordinata, posto che la concertazione non soltanto richiede accettazione di obiettivi comuni, ma implica altresì collaborazione nella loro attuazione. La natura programmatica dell'atto impedisce di considerarlo fonte di obblighi legalmente esigibili e sanzionabili a carico delle parti sottoscrittrici, ma senza che se ne debba reputare trascurabile il valore, al contrario considerevole, individuabile nella fissazione di regole costitutive dell'assetto del settore economico-sociale. D'altro canto non è irrilevante che il mancato rispetto delle regole, comunque, non difetti di sanzioni che, conformemente alla natura dell'atto, sono politiche e vanno identificate nella rottura del clima collaborativo instauratosi tra le parti e nel grave disagio che di conseguenza è destinato a gravare sulla loro futura azione¹³.

Gli equilibri costituzionali non sono dunque sovvertiti da procedimenti concertativi ai quali i sindacati non partecipano in funzione di portatori di interessi confliggenti, in veste di organizzazioni contrapposte agli organi del Governo, ma partecipano, invece, come cooperanti con essi. Quanto alla discussa opportunità di un'eventuale istituzionalizzazione dei procedimenti, con il loro carattere politico appare omogeneo un regime di libertà della forma, anziché una regolamentazione vincolativa che poco o nulla è in condizione di aggiungere alle probabilità di successo delle politiche concertate. Successo che invece dipende dalla tenuta degli attori che le hanno condivise e siano animati dalla ferma volontà di restare uniti nella realizzazione degli obiettivi programmati¹⁴.

Affinché la conclusione delle dinamiche che si esplicano nell'ambito della concertazione sociale non registri che la considerazione dell'interesse generale sia gravemente alterata da quella dell'interesse collettivo di cui sono portatrici le confederazioni, occorre ricercare la soluzione facendo riferimento non a un ambito nel quale i comportamenti contemplati siano soltanto quelli inquadrabili in positivi schemi legislativi, bensì a un più ampio sistema regolativo comprendente ogni manifestazione promossa e giustificata dagli stessi valori giuridici della Costituzione for-

¹³ M. MARTONE, *Governo dell'economia e azione sindacale*, vol. 42, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Cedam, Padova, 2006, pp. 259-263.

¹⁴ Cfr. anche per il corredo di citazioni, M. MARTONE, *op. cit.*, p. 273.

male¹⁵. Nella specie, facendo riferimento, avendola inquadrata in un tale sistema, alla capacità degli interlocutori governativi di operare mantenendosi all'altezza delle attribuzioni costituzionali delle quali sono investiti e resistendo con fermezza a eventuali pressioni in grado di intaccare la integrità delle loro competenze.

La configurazione che meglio si attaglia al coinvolgimento delle forze sociali nella concertazione non è quella della partecipazione come titolarità parziale¹⁶, bensì appare quella imperniata sul confronto tra interessi collettivi, fatti valere dal sindacato, e la valutazione di sintesi del problema, riservata alla esclusiva competenza dell'autorità politica. Nel momento in cui la sintesi è raggiunta, gli interessi collettivi non danno luogo a un nuovo equilibrio con quelli antagonisti, contrariamente a ciò che accade nell'ordinaria dialettica sindacale, ma si risolvono nell'interesse pubblico. Della sua determinazione il sindacato non è coautore, ma, d'altro canto, la sintesi politica, risultato della procedura di concertazione e della quale costituirebbe negazione ogni esito spartitorio¹⁷, non è astratta costruzione dell'istanza governativa, alla quale – in conformità con il principio democratico maggioritario, dalle forze politiche designate dai responsi elettorali, e quindi dai partiti che ne siano espressione e da cui si enuclea la maggioranza parlamentare – viene conferito il potere politico e ne spetta l'esercizio. Una autentica democrazia pluralista richiede la partecipazione, diretta o indiretta, di tutte le formazioni, politiche o sociali, nelle quali il popolo, titolare della sovranità, si articola¹⁸. Allo scopo, l'istanza governativa raccoglie gli orientamenti e gli intendimenti manifestati dai sindacati ed è tenuta a prevedere le reazioni che essi possano legittimamente opporre alle determinazioni governative.

5. – Dalla disamina del contatto e confronto delle forze sociali con il potere politico non soltanto risulta verificato che le prassi attuative del fenomeno siano rispettose del disegno costituzionale dello Stato democratico-

¹⁵ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998.

¹⁶ Così invece S.M. PANUNZIO, *Sulla partecipazione del sindacato alle funzioni pubbliche*, in *Dir e soc.*, 1974, p. 55 ss.

¹⁷ M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, vol. I, *Enciclopedia giuridica del lavoro*, diretta da G. MAZZONI, Cedam, Padova, 1980, p. 305 ss.

¹⁸ A SICA, *Le associazioni nella Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 1961, pp. 16-18; C. LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 392 ss.

co, ma è dato altresì rilevare potenzialità utili al rafforzamento delle istituzioni democratiche.

Con riguardo alla prima delle varianti delle prassi sopra menzionate, è opinione comunemente condivisa che l'aderenza a esigenze e aspirazioni dei destinatari, accresciuta da diretta e particolareggiata conoscenza dell'ambiente, incrementi le probabilità di favorevole accoglienza delle misure governative, e perciò di loro successo. P a un inesorabile affermazione è stata tralasciando il fatto emergere la stessa cosa con le più importanti.

Inoltre, non è trascurabile che la possibilità di aperto e diretto contatto delle organizzazioni portatrici degli interessi dei lavoratori con gli organi depositari del potere politico, ai quali, nel corso di susseguenti trattative, dalle prime vengano indirizzate energiche pressioni onde ottenerne l'accoglimento di rivendicazioni presentate a vantaggio del mondo del lavoro, oltre a non costituire nocumento, può reputarsi contributo alla robustezza e allo sviluppo della democrazia. Ciò in quanto valga a compensare spinte in senso opposto esercitate, tanto più insidiosamente se in forma occulta, da centri di potere economico e finanziario, nazionali e stranieri, e in quanto segni il raggiungimento di progressivi traguardi nell'itinerario la cui meta consista nella effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita del paese.

Infine, rappresenta una risorsa per lo Stato democratico l'opportunità che, in contingenze nelle quali il paese attraversi difficoltà di speciale gravità che le forze politiche si dimostrino incapaci di fronteggiare facendo affidamento agli ordinari strumenti e metodi costituzionali, si ricorra alla metodologia della consultazione sociale, consentendosi il recupero di tutte le energie della società nello sforzo unitario di superamento della crisi, senza necessaria compromissione degli equilibri istituzionali.

Ancora in tema di apporto sindacale alla democrazia, desidero aggiungere una personale opinione riguardante l'opportunità di porre rimedio a un fattore di crisi da cui è pericolosamente insidiato l'essenziale fondamento dello Stato democratico rappresentato dalla attiva partecipazione dei cittadini. Si è sviluppato, infatti, aggravando le preoccupazioni insorte a seguito della riscontrata crescita della apatia politica e del distacco popolare dalla dirigenza politica, un altro morbo della società capitalistica contemporanea, costituito dall'aumento della distanza che separa una minoranza di ricchi e potenti dalla cittadinanza residua, giunte a formare, all'interno dello stesso contesto nazionale, come due mondi separati da ostacoli insuperabili. Nel novero della seconda porzione di cittadini, la drastica emarginazione fa nascere, tra coloro che maggiormente patiscano il disagio di sentirsi costretti senza vie di uscita nello sgradevole spazio destinato agli

esclusi, e ancor più di esservi calati dopo aver vissuto più felici stagioni, un acuto rancore verso chi occupa posizioni sociali di elevato livello, superiorità addebitata immancabilmente, e non sempre immotivatamente, al frutto di disoneste manovre.

La mescolanza di rabbioso risentimento e sorda cupidigia di sostituirsi a quanti, per avere raggiunto un rango superiore, vengano considerati beneficiari di ingiusti privilegi si pone alla base del legame umorale che in via esclusiva unisce i componenti di tale folla. Si tratta di individui che palesano poca inclinazione nei confronti degli approfondimenti razionali e grande ricettività nei confronti degli impulsi emotivi, di soggetti facilmente influenzabili dalla comunicazione in ragione del tono altisonante delle affermazioni trasmesse e poco inclini a dare rilievo al rigore argomentativo e alla coerenza dei contenuti.

In tale panorama, caratterizzato dall'impoverimento della sostanza del dibattito politico e dall'appiattimento del relativo linguaggio sugli stereotipi della propaganda commerciale, quando addirittura non risulti scaduto nell'imbarbarimento dello scambio di insulti tra esponenti delle opposte fazioni, è agevole comprendere come il debutto sulla scena politica di un attore dalle descritte sembianze costituisca un considerevole ostacolo per il consolidamento e lo sviluppo dello Stato democratico. La democrazia è impossibilitata a fare conto su soggetti contrassegnati dalla incoerenza circa gli orientamenti politici e che si mostrano incapaci di concorrere alla elaborazione, o solo di vincolarsi alla attuazione, di programmi, che invariabilmente liquidano come inutili, coerentemente con la riluttanza a condividere qualsiasi genere di progetto di lunga portata e con la chiusura alla speranza di un futuro migliore. Una simile folla, confusa di fronte alle complessità della società moderna, intossicata e inibita dalla paura di pericoli, tanto immaginari quanto reali ma ingigantiti, è terreno di facile successo per la polemica antiparlamentare e in generale la denigrazione delle istituzioni statali, pretestuosamente bollate di patologica inadeguatezza e additate come fonti di inutili complicazioni e freno a danno di necessarie decisioni politiche, oltre che dipinte come luoghi di corruzione al servizio di una casta chiusa nei propri privilegi.

Il recupero alla democrazia di una così problematica sezione della società non pare rientrare facilmente nelle possibilità degli organismi che nei moderni Stati democratici più efficacemente funzionano in vista dell'aggregazione del consenso e offrono conseguenti proposte di traguardi da raggiungere, secondo programmi all'uopo elaborati. Esorbita, cioè, dal raggio di azione dei partiti, accomunati, da coloro che dovrebbero recupe-

rare, nel discredito gettato sulle istituzioni verso le quali servono da tramite. I sindacati, pur fungendo, al pari dei partiti, da connessione tra società e istituzioni statali, all'osservazione degli eventuali destinatari dell'attività di recupero democratico non mostrano segnali di assimilazione e amalgama con le detestate istituzioni equiparabili a quelli addebitati ai partiti, risultando in condizioni di dare corso all'iniziativa di recupero affrancati dalle pregiudiziali difficoltà in cui si scontrerebbero, invece, i partiti. A vantaggio dei sindacati ritengo possa, altresì, giocare la maggiore forza calamitante della natura, economica, degli interessi tutelati, la cui regolazione coinvolge direttamente la vita delle persone, rispetto a quella degli interessi oggetto di dibattito tra i partiti, spesso risultanti frutto di un'astrazione che non agevola la percezione popolare.

La fisionomia del sindacato dal quale è da attendersi ragionevolmente capacità di svolgere azione corrispondente alle necessità dalla democrazia, a sua volta, è identificabile in base a precisi connotati. È stato precedentemente rilevato come la sua legittimazione anzitutto provenga dalla derivazione dalla società, dal ruolo di esponente degli interessi di una considerevole componente della stessa e, all'occorrenza, di tramite con le istituzioni pubbliche. Perciò, richiamandomi a considerazioni fondate su insegnamenti già espressi in altri tempi¹⁹ concordo con la opinione per la quale il sindacato deriva la vita e la forza dal basso, non richiede prerogative né investiture formali, che anzi respinge, bastandogli la forza dell'organizzazione e dei comportamenti. Il potere sindacale dipende dal numero di lavoratori che, sentendosi validamente rappresentati, seguono le direttive sindacali. Trova forza nelle adesioni individuali, mentre l'accreditamento a livello istituzionale non fornisce equivalente risultato.

¹⁹ M. MARTONE, *op. cit.*, p. 289 ss., che si rifà a prospettazioni ampiamente condivise in dottrina ma segnatamente dovute a Luigi Einaudi e a Francesco Santoro-Passarelli.

SALARIO MINIMO LEGALE: UNA SOLUZIONE SEMPLICISTICA AD UN PROBLEMA COMPLESSO

Carlo Pisani *

1. *La platea eterogena dei bassi salari*

Il tema del convegno “Autonomia collettiva e realtà economica” è particolarmente adatto a rendere omaggio al mio Maestro Antonio Vallebona, in quanto è proprio in uno dei suoi più recenti scritti, in cui si è dedicato all’argomento, dal titolo “Evoluzione del diritto del lavoro e economia”, che è rinvenibile un distillato del suo pensiero, del suo metodo e della sua personalità scientifica, sempre caratterizzata dal non aver mai rinunciato a sferzare i luoghi comuni giuridici e di politica del diritto e a contrastare l’ipocrisia e la demagogia.

In questo periodo è di gran moda parlare di salario minimo legale e un simile argomento ben si presta ad essere trattato nell’ambito del tema del convegno, giacché il collegamento tra autonomia collettiva e realtà economica si presenta complesso ed interdisciplinare.

In quello scritto Antonio Vallebona ammonisce che non si può comprendere appieno l’evoluzione del diritto del lavoro a partire dagli anni ‘70 se non si osservano i tratti salienti dell’economia e dei suoi cicli. In particolare, egli sostiene 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”.

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Roma “*Tor Vergata*”.

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, 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 allora sempre buon metodo avere chiari gli obiettivi che si intendono perseguire e i 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 della retribuzione 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, 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 in aiuto ai 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.

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 (Corte Cost., 19 dicembre 1962, n. 106), che era caratterizzata dal medesimo scopo perseguito dalla attuale proposta legislativa, 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 Cost., 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 organizzazioni 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 (Corte Cost., 19 dicembre 1962, n. 106; Corte Cost., 6 luglio 1968, n. 101; Corte 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 c.c.) 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 calcola 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 contro-

parte 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 c.c., 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., sez. un., 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 costituzio-

nale dell'autonomia collettiva impedisce al legislatore di cancellarne gli esiti o contraddire la libertà delle scelte sindacali (Corte Cost., 24 giugno 2015, n. 178; Corte Cost., 7 febbraio 1985, n. 34). È proprio questo invece l'effetto che si determinerebbe con il salario minimo legale, in quanto verrebbero falcidiati 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 distorsivi 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 florovivaiisti della provincia di Latina del 5 giugno 2021, sottoscritto da Cgil, Cisl e Uil, Confagricoltura e Coldiretti (quindi sicuramente non un contratto "pi-

rata”), prevede una retribuzione oraria per la qualifica di raccoglitore 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, allorquando 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 19 ottobre 2022, n. 2041, 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.

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 af-

fidare 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 e la nuova disciplina sugli appalti

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 su come indirizzare le scarse risorse disponibili.

Altra misura legislativa efficace in materia, può essere considerata la nuova disciplina per gli addetti delle imprese appaltatrici e sub appaltatrici. Infatti, con gli artt. da 29 a 31, che compongono il capo V del d.lgs. n. 19/2024, convertito con legge n. 56/2024, è stata introdotta una tutela innovativa nella gestione dei rapporti di lavoro degli appaltatori e sub appaltatori, stabilendo che a tale personale spetti un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriali stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dai datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato sul settore e per la zona prettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto.

Quando invece l'appaltante è ente pubblico una norma analoga, ma non identica, vi era già, da ultimo inserita nel codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023.

La richiamata finalità del comma 1-*bis* dell'art. 29, di contrastare l'applicazione della contrattazione collettiva definibile "povera", può costituire una sorta di terza via italiana al salario minimo legale, che però non presenta le controindicazioni e le rigidità di una previsione in misura fissa generalizzata di fonte legale. Certo, la nuova disciplina degli appalti non pretende di avere la medesima vocazione universalistica, lasciando aperto il problema dei contratti collettivi al ribasso stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. Tuttavia, tale disciplina potrebbe coprire una quota considerevole di mercato e di settori in cui maggiormente si annida la contrattazione collettiva al ribasso, se non quella vera e propria "pirata". Tutto ciò ovviamente a patto che la giurisprudenza non "esondi" con il suo neo-interventismo in materia di nullità di clausole per la violazione del principio di costituzionalità della sufficienza della retribuzione (cfr. par.7) e torni ad avere il suo tradizionale orientamento rispettoso delle determinazioni dell'autonomia collettiva.

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 con-

ti 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 c.c., 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 sopprime 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 questa 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 rimediale 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”, avendo 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, come in effetti poi è accaduto con il nuovo art. 29, comma 1bis, introdotto dalla legge n. 56/2024 (cfr. par. 6).

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. 106/1962, che la successiva sentenza della Consulta del 2015, non è in grado di superare, come si è visto.

CONTROLLO DATORIALE E DIGNITÀ DELLA PERSONA: NUOVE SFIDE SUL VERSANTE GIURIDICO

*Alberto Pizzoferrato **

1. *Finalità del contributo*

In questo breve intervento tenterò di rispondere, in maniera sommaria e salvo migliore approfondimento in successive riflessioni, al seguente quesito: ha ancora un senso parlare di limiti al potere di controllo datoriale in contesti organizzativi del lavoro pienamente digitalizzati?

Anticipando la risposta, ritengo che se da un lato non si possa più fare affidamento al livello di bilanciamento classico raggiunto tra libertà di impresa e tutela dei diritti fondamentali del lavoro (dignità, riservatezza, libertà di autodeterminazione, libertà di espressione) a causa dello sconvolgimento epocale non solo dei mezzi e modi di produzione ma anche, più in generale, delle forme di comunicazione e interrelazione fra individui, dall'altro un argine, sebbene inesorabilmente mobile, deve essere assicurato per garantire il mantenimento della linea di demarcazione fra sfera privata e sfera lavorativa, fra dominio della prima, riservato al lavoratore, e dominio della seconda, di competenza dell'impresa.

2. *Il controllo a distanza sullo svolgimento della prestazione lavorativa nella ricostruzione normativa e giurisprudenziale*

Come ampiamente noto, la dimensione della *privacy* come situazione giuridica protetta *sub specie* di “*right to be let alone*”, ossia di diritto a de-

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Bologna.

cidere se rendere pubblici o meno, ed entro quali limiti, propri pensieri, emozioni, comportamenti privati, si è affermata a partire dall'ordinamento anglosassone fra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento proprio in correlazione all'avvento delle nuove tecnologie dell'epoca (fotografia, telefono, ecc.)¹. Tale diritto, tuttavia, ha stentato ad affermarsi nel nostro ordinamento; ne troviamo traccia solo a partire dagli anni '60, dapprima in ambito dottrinale e giurisprudenziale, poi anche in ambito normativo attraverso gli artt. 4 e 8 St. lav. che hanno rappresentato una straordinaria svolta innovativa e protettiva che ha aperto successivamente la strada alla normativa sul trattamento dei dati (legge n. 676/1996, d.lgs. n. 196/2003, GDPR ed infine d.l. n. 101/2019²), che a sua volta ha consolidato e completato l'assetto garantista, seppur in una diversa dimensione del diritto, inteso come rispetto della vita privata e familiare e delle proprie comunicazioni, compendiato nella facoltà di "governare" la circolazione delle informazioni personali, prevenendo eventuali usi indebiti ed abusivi. L'esigenza di adozione di tali strumenti normativi è sorta anch'essa in stretta correlazione all'introduzione di tecnologie più sofisticate di controllo da remoto e di catalogazione dei dati (impianti audiovisivi a distanza e PC di archiviazione) in un contesto sociale e giuridico di crescente sensibilità per la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona.

Per circa un quarantennio la soluzione offerta dal legislatore, aggiornata per via di interpretazione evolutiva dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa (per tutti si ricordi il riferimento, nella rubrica dell'art. 4, ad "Impianti audiovisivi"), ha retto ed ha rappresentato l'equilibrio legislativo nel bilanciamento fra contrapposti interessi costituzionali. A partire dal nuovo millennio l'insoddisfazione fra gli operatori è cresciuta tanto che il legislatore è dovuto intervenire dapprima per abilitare il contratto collettivo aziendale di prossimità ad adottare soluzioni anche derogatorie all'art. 4 in relazione all'impatto delle nuove tecnologie sull'organizzazione del lavoro e sulla produzione (art. 8, comma 2, lett. a), d.l. n. 138/2011), quindi per modificare il tenore dell'art. 4 (art. 23, comma 1, d.lgs. n.151/2015), rendendolo compatibile con l'effettiva realtà tecnologica e organizzativa che ha attraversato la società civile, prima ancora che l'azienda³.

¹ Cfr. C. VALSECCHI, *Il diritto alla riservatezza nella ricostruzione storico-giuridica*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., p. XXVII ss.

² Sia consentito il rinvio a A. PIZZOFERRATO, *Gli effetti del regolamento europeo GDPR sulla disciplina del trattamento aziendale dei dati del lavoratore*, in *Arg. dir. lav.*, nn. 4-5, 2018, p. 1034 ss.

³ Cfr. R. SANTUCCI-A. BELLAVISTA (a cura di), *Tecnologie digitali, poteri datoriali e di*

Il nuovo assetto proposto dal legislatore, di chiara frattura ed alterazione del compromesso precedentemente raggiunto, ha faticato in un primo momento ad affermarsi in dottrina ed in giurisprudenza, sia per inevitabili resistenze ideologiche sia per alcuni rilievi critici al tenore letterale della disposizione; ma poi, spinto da un lato dall'inarrestabile evoluzione tecnologica degli strumenti e dei processi, dall'altro da una casistica giurisprudenziale che evidenziava un utilizzo largamente strumentale delle obiezioni al modello proposto in quanto applicativamente volte a garantire l'inutilizzabilità delle prove raccolte anche in presenza di comportamenti palesemente integranti illeciti civili e penali, si è progressivamente consolidato nel corso dell'ultimo triennio, assicurando quel diverso equilibrio di valori necessitato dall'avvento dei nuovi modelli di monitoraggio e decisionali automatizzati, ormai pienamente integrati nei sistemi organizzativi aziendali. Quindi, pur nel permanente divieto di controllo a distanza della prestazione lavorativa, si sono allargate le maglie delle deroghe e si è data una configurazione stabile (anche se allo stato con qualche sbavatura⁴) del controllo "difensivo".

Più specificamente, ed al netto di marginali deviazioni⁵, l'assetto emerso allo stato è:

a) il controllo a distanza generalizzato e preventivo sull'adempimento della prestazione lavorativa è illegittimo, salvo quanto rilevato *sub* lett. c) (c.d. controllo diretto);

b) il controllo a distanza generalizzato e preventivo attuato dal datore di lavoro per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale, che determini indirettamente un controllo sull'adempimento della prestazione lavorativa è legittimo ed i dati raccolti possono essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro purché sia stato, e nei limiti in cui sia stato, autorizzato o dal contratto collettivo o dall'autorità amministrativa e sia stata data adeguata informazione ai lavoratori, ed in taluni casi alle rappresentanze sindacali in azien-

ritti dei lavoratori, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1-266; C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., pp. 1-916; E. BALLETTI, *I controlli a distanza dei lavoratori dopo il Jobs Act*, in F. SANTONI-M. RICCI-R. SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, Jovene, Napoli, 2016.

⁴V. *infra* nel testo.

⁵Nonché qualche lacuna regolatoria – ad esempio per ciò che concerne la mancata previsione della fattispecie del reato di cui all'art. 38 St. lav. in caso di omessa adeguata preventiva informativa, ossia in caso di violazione del comma 3 dell'art. 4 St. lav.

da, circa le modalità di effettuazione dei controlli (c.d. controllo preterintenzionale *ex art. 4, comma 1*);

c) il controllo a distanza generalizzato e preventivo attuato dal datore di lavoro tramite strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (non necessariamente “indispensabili” ma di fatto “utili” allo svolgimento della prestazione in quanto ne accrescono l’efficienza ed il rendimento⁶) e tramite strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze è legittimo ed i dati raccolti possono essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro purché sia stata data adeguata informazione ai lavoratori, ed in taluni casi alle rappresentanze sindacali in azienda, circa le modalità di effettuazione dei controlli (c.d. controllo diretto *ex art. 4, comma 2*);

d) il controllo a distanza personalizzato e specifico, realizzato a posteriori, anche in via occulta, per scopi difensivi dal datore di lavoro è legittimo ed i dati raccolti possono essere utilizzati a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro purché: i. l’avvio del controllo sia condizionato alla sussistenza di un ragionevole sospetto circa l’esistenza di condotte illecite commesse dal lavoratore (non è sufficiente che il sospetto poggi sul convincimento soggettivo del datore di lavoro, sono richiesti degli indizi materiali e riconoscibili a supporto dell’iniziativa datoriale); ii. il controllo sia finalizzato all’accertamento di un illecito civile e/o penale commesso dal lavoratore non di un semplice inadempimento contrattuale; iii. sia assicurato in concreto un corretto bilanciamento tra le esigenze di protezione di interessi e beni aziendali correlate alla libertà di iniziativa economica e le imprescindibili tutele della dignità e della riservatezza del lavoratore, ossia sia verificato, in base alle modalità di realizzazione del controllo, il rispetto dei principi cardine di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza allo scopo, che si esprimono negli indicatori concreti, da testare caso per caso, dell’estensione spaziale e temporale del controllo, della invasività dello strumento adottato, della platea dei lavoratori coinvolti, della unicità e non alternatività o comunque evidente prevalenza dello strumento adottato allo scopo concreto perseguito di accertamento dell’illecito⁷ (c.d. controllo difensivo o controllo difensivo in senso stretto secondo l’originale quanto inutile precisazione della Cass. n. 25732/2021).

⁶Cfr. R. SANTUCCI, *La quarta rivoluzione industriale e il controllo a distanza dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2021, p. 30; *contra*, F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro – Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2022, p. 279.

⁷Per tutte, cfr. Corte edu, Grande Chambre, 17 ottobre 2019, n. 355, *López Ribalda e altri c. Spagna*, in *Mass. Giur. lav.*, 2019, p. 957 ss.

Sul controllo difensivo, per la verità, rimane aperta una questione introdotta dalla sentenza della Cass. 22 settembre 2021, n. 25732 relativamente all'estensione temporale del controllo. In maniera del tutto inaspettata in relazione ai suoi precedenti⁸, la Corte, nel ricostruire correttamente i termini di liceità del controllo difensivo, specifica che il controllo deve riguardare soltanto “*i dati acquisiti successivamente all'insorgere del sospetto*”. La giustificazione di tale bizzarra conclusione sarebbe che non si può legittimare *ex post*, neppure tramite il controllo difensivo, un'eventuale pratica di acquisizione generalizzata *ex ante* di dati effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 4 St. lav.⁹. Non scendo nei dettagli, rinviando alle brillanti argomentazioni di Roberto Romei che condivido in pieno¹⁰; mi limito ad aggiungere che l'eventuale acquisizione di dati tramite il controllo difensivo non legittima *ex post* alcuna violazione dell'art. 4 St. lav. riferendosi ad una specifica posizione per cui va comunque svolto, come visto sopra al punto d), un *check* concreto di adeguato bilanciamento tra le esigenze di salvaguardia della dignità e riservatezza del dipendente e quelle di protezione, da parte del datore di lavoro, dei beni aziendali, secondo i canoni generali della correttezza e buona fede contrattuale, ragionevolezza, proporzionalità e pertinenza.

È evidente l'errore logico in cui è incorsa la Suprema Corte tra momento di effettuazione del controllo, che deve essere necessariamente successi-

⁸ *Ex plurimis*, cfr. Cass., 28 maggio 2018, n. 13266: “*Esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 4, comma 2, St. lav. (nel testo anteriore alle modifiche di cui al D.Lgs. n. 151 del 2015, art. 23, comma 1) e non richiedono l'osservanza delle garanzie ivi previste, i “controlli difensivi” da parte del datore se diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale, tanto più se disposti ex post, ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa. (Nella specie, è stata ritenuta legittima la verifica successivamente disposta sui dati relativi alla navigazione in internet di un dipendente sorpreso ad utilizzare il computer di ufficio per finalità extralavorative)*”; Cass. 24 febbraio 2020, n. 4871.

⁹ Punto 48: “*il controllo ex post non può riferirsi all'esame ed all'analisi di informazioni acquisite in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 4 St. lav. prima dell'insorgere del “fondato sospetto”, poiché, in tal modo opinando, l'area del controllo difensivo si estenderebbe a dismisura, con conseguente annientamento della valenza delle predette prescrizioni. Il datore di lavoro, infatti, potrebbe, in difetto di autorizzazione e/o di adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, nonché senza il rispetto della normativa sulla privacy, acquisire per lungo tempo ed ininterrottamente ogni tipologia di dato, provvedendo alla relativa conservazione, e, poi, invocare la natura mirata (ex post) del controllo incentrato sull'esame ed analisi di quei dati*”.

¹⁰ R. ROMEI, *Il “ragionevole sospetto” in Cassazione*, in *Lav. dir. Europa*, 2023.

vo al manifestarsi del fondato e obiettivo sospetto di illecito, e l'oggetto del controllo che ben può coprire sia attività passate del dipendente, sia attività future, pur nel rispetto dei suddetti limiti di esercizio¹¹. Non vi possono essere limitazioni temporali in ordine all'oggetto della verifica datoriale poiché lo strumento del controllo difensivo non è finalizzato solo alla prevenzione della commissione di ulteriori illeciti ma è anche finalizzato alla repressione di condotte illecite già commesse dal lavoratore, ai fini di un corretto accertamento e dimostrazione in sede giudiziale.

Ad eccezione di qualche aggiustamento in via di assestamento¹², il quadro regolativo è sostanzialmente definito e cambia rispetto al passato nella propria matrice protettiva. Mentre prima l'essenza della tutela risiedeva nella verifica di compatibilità effettuata *ex ante* dalle organizzazioni sindacali o dall'Autorità pubblica, successivamente il baricentro si è spostato sull'informativa e sulla conoscibilità a priori da parte dei lavoratori delle regole non solo di ingaggio ma anche di verifica in corso d'opera della qualità e contenuti del proprio apporto (condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili). Emblematica in tal senso la nuova disciplina sull'informativa individuale e sindacale circa l'utilizzo ed il funzionamento di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati da parte dell'azienda (scopi, logica, metriche, meccanismi di correzione dei processi automatizzati tramite intervento umano) di cui all'art. 4, d.lgs. n. 104/2022, che riprende non solo l'art. 22 del GDPR, ma anche la proposta di Direttiva sui lavoratori delle piattaforme digitali (spec. artt. 6-10)¹³.

¹¹ Che la posteriorità del controllo rispetto all'emergere del ragionevole sospetto non implichi limiti alla ricerca dei dati confermativi dell'illecito commesso da parte del dipendente anche di epoca anteriore, si ricava facilmente dalla fallacia dell'esempio riportato al punto 45: "Facendo il classico esempio dei dati di traffico contenuti nel browser del pc in uso al dipendente, potrà parlarsi di controllo *ex post* solo in relazione a quelli raccolti dopo l'insorgenza del sospetto di avvenuta commissione di illeciti ad opera del dipendente, non in relazione a quelli già registrati" (qui addirittura opererebbe in via ammissiva anche l'art. 4, comma 2).

¹² È vero che Cass. 12 novembre 2021, n. 34092, sembra corroborare la precedente Cass. n. 25732/2021, ma altre sentenze del Supremo Collegio paiono superare le dedotte strettoie, come Cass. 12 novembre 2021, n. 33809.

¹³ COM(2021) 762 final del 9 dicembre 2021. Cfr. A. BELLAVISTA, *Controlli tecnologici e privacy del lavoratore*, in R. SANTUCCI-A. BELLAVISTA (a cura di), *Tecnologie digitali*, p. 99 ss.; A. PIZZOFRATTO, *Automated decision-making in HRM*, in *Lav. giur.*, n. 11, 2022, p. 1030 ss.; ID., *La disciplina giuridica delle decisioni automatizzate nell'ambito del rapporto di lavoro*, in R. SANTUCCI-A. BELLAVISTA (a cura di), *Tecnologie digitali*, cit., p. 235 ss.; G. ZAMPINI, *Intelligenza artificiale e decisione datoriale algoritmica. Problemi e prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3, 2022, p. 467 ss.

Preso atto che il lavoro è ormai pressoché integralmente digitalizzato e che i nuovi *tools* disponibili di organizzazione del lavoro e dei processi sono inestricabilmente connessi con l'apporto umano, l'ordinamento ha abbandonato la vecchia ed irripetibile stagione statutaria ed ha imboccato la nuova strada dell'informazione preventiva su quello che il lavoratore può e non può fare quando esegue la sua *performance* lavorativa, e su come, per quali finalità ed entro quali contesti la sua prestazione può essere oggetto di controllo e verifica automatizzata¹⁴. In tal senso non sarà sufficiente per legittimare le soluzioni di monitoraggio adottate dal datore una semplice informativa, ma tale informativa dovrà essere adeguata al livello di rischio, e quindi al grado di pervasività del controllo realizzato, sufficientemente dettagliata per indicare gli strumenti adottati dall'impresa, le modalità di funzionamento, le logiche che li supportano ed ogni riferimento utile per capire quali dati raccolgano e come gli algoritmi insiti nell'AI che li governano operino e quali azioni assumano¹⁵.

3. Privacy del lavoratore e nuove tecnologie

Certo, si potrebbe osservare che il cambiamento di prospettiva disciplinare porta ad una significativa recessione del diritto alla *privacy* a discapito di altri valori costituzionali, con una compressione degli assetti preesistenti che si fa fatica a digerire, almeno per chi ha vissuto altre stagioni.

Ma non si deve dimenticare che la realtà del lavoro e della società in genere è radicalmente mutata nel corso di pochi anni con la rivoluzione digitale che ci ha travolto. Non si tratta più solo di IoT, blockchain, supercomputer che immagazzinano ed elaborano moli enormi di dati, sistemi di intelligenza artificiale che assumono decisioni, ma siamo arrivati addirittura al Metaverso, ai simulatori di conversazione di esseri umani con elaborazioni di linguaggio naturale (per tutti, pensiamo a Chat GPT), agli algoritmi di apprendimento automatico tramite deep learning e calcolo quantistico¹⁶. Difficile immaginare che gli strumenti normativi validi 40 anni fa possano ancora

¹⁴ Cfr. Trib. Torino 18 settembre 2018, n. 1664.

¹⁵ Sul punto, per tutti, cfr. G. PROIA, *Controlli a distanza e trattamento dei dati personali: due discipline da integrare (ma senza fare confusione)*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., pp. 344-348.

¹⁶ Per tutti sia consentito il rinvio a A. PIZZOFERRATO, *Digitalisation of work: new challenges to labour law*, in *Arg. dir. lav.*, vol. 6, 2021, p. 1329 ss.

resistere e che il modello regolatorio non debba evolvere costantemente per mantenere aderenza con la realtà gestionale in divenire. Ma nel contempo non si può nemmeno abdicare alla “frontiera infinita” dell’evoluzione tecnologica, perché quest’ultima deve essere guidata da valori umani fondamentali. E se la riservatezza inevitabilmente arretra, pur nella doverosa resistenza di paletti definiti di agibilità, comunque non lo deve fare la dignità, sicurezza e valorizzazione della professionalità umana, che devono essere costantemente preservate e promosse anche in momenti epocali, quale l’attuale, di dirompente integrazione uomo-macchina.

Ritengo pertanto che la svolta promossa dall’ordinamento italiano, pur con il limite territoriale della regolazione a fronte della natura internazionale del fenomeno, si muova nella giusta direzione di fornire un nuovo approccio basato sullo scambio di informazioni preventivo e sulla previsione di modelli di condotta univoci. Ora sta alle imprese, ai lavoratori ed alle organizzazioni sindacali investire su di esso e adottare buone pratiche di conoscenza, condivisione e formazione, per valorizzare l’accesso consapevole alle informazioni, evitando comportamenti opportunistici da entrambi i lati. Tenendo sempre conto che, se è vero che i dati sono sempre più dinamici e relazionali e sempre meno proprietari¹⁷, se è vero che i sistemi digitali sono sempre meno conoscibili dalla stessa impresa utilizzatrice che se ne serve ma spesso non li governa, tuttavia è innegabile che esiste una disparità di potere derivante dall’asimmetria informativa fra le parti del rapporto, che deve essere il più possibile colmata attraverso regole prescrittive, per consentire al prestatore di lavoro di sviluppare piena consapevolezza e capacità critica.

¹⁷ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, in *Privacy tra diritto, etica ed evoluzione tecnologica*, in C. PISANI-G. PROIA-A. TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro*, cit., p. XXV.

CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITÀ E PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ NELLO STATO SOCIALE

Pietro Pozzaglia *

1. La contrattazione aziendale tra conflitto e partecipazione

Il tema di questa giornata di studi, per me così importante, si presta ad essere esaminato sotto molteplici prospettive; con indagine tanto più complessa, quanto più si cerchi di dare conto delle variabili giuridico economiche e culturali che, nel tempo, hanno determinato i diversi assetti tra legge e contrattazione collettiva ai diversi livelli ¹.

È affermazione condivisa che il diritto del lavoro sia caratterizzato dalla compresenza di una anima conflittuale ed una partecipativa ², quale conseguenza, storicamente verificatasi, della riallocazione delle tutele lavoristiche dal rapporto contrattuale al mercato e dal progressivo abbandono di una politica di costante incremento del costo del lavoro, verso scelte di riduzione dell'incidenza dei costi sulla finanza pubblica ³.

* Professore associato – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

¹ A. VALLEBONA, *Il diritto tra essere e divenire*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, n. 1, 2006, p. 64 dove l'autore evidenzia come il processo di integrazione tra diritto e realtà muova dal consolidamento e razionalizzazione dei valori elaborati dalla società civile a propria volta sollecitando l'introduzione di nuovi valori che richiederanno ulteriori interventi di consolidamento.

² A. VALLEBONA, *Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3, 1996, p. 351 ss.

³ Il discorso potrebbe qui estendersi anche al versante della tutela previdenziale, in particolar modo di quella pensionistica, dove è noto il trend legislativo inaugurato nei primi anni '90 dal legislatore con le riforme Amato e Dini e, successivamente, culminato con la riforma Monti-Fornero. Tuttavia, sul tema, dove è particolarmente complesso il legame tra tutela dei diritti fondamentali e spesa, deve ricordarsi l'orientamento non sempre coerente della Corte Costituzionale che, in alcuni casi (Corte Cost. n. 316/2010) ha stabilito che l'art. 38 Cost. *non impone un costante aggancio al trattamento retributivo* essendo la spesa

Le ragioni sono note: l'assetto di legge e contrattazione collettiva basato su un governo centralizzato della disciplina sindacale, che aveva favorito gli incrementi economici (non sempre di produttività) del secolo scorso, non è stato in grado di assorbire i contraccolpi della globalizzazione e del ridotto ruolo della politica economica nazionale dovuto al processo di integrazione europea, con conseguente perdita di efficacia del binomio legge-contrattazione nazionale⁴.

Sul versante della tecnica normativa, l'esigenza di aumentare la produttività e competitività del mercato, si è tradotta nel graduale allontanamento – pur non ancora invernatosi nei termini auspicati da Antonio Vallebona⁵ – dallo strumento della norma inderogabile a efficacia sostitutiva e nella conseguente valorizzazione delle tecniche di formazione della regola preventiva del caso concreto⁶.

pensionistica legata alle “risorse finanziarie attingibili”; in altri casi (Corte Cost. n. 275/2016) è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione.

⁴G. PROIA, voce *Contratto collettivo aziendale*, in *Treccani, Diritto on line*, p. 2 ss.; A. LASSANDARI, *Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 976; A. OLIVIERO, *Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello: Atene non è un'isola (per fortuna?)*, in *Variaz. dir. lav.*, 2018, p. 983 ss.

⁵Il tema delle tecniche è stato dall'autore affrontato in una serie di scritti, fra i quali possiamo ricordare: A. VALLEBONA, *Il lavoratore-consumatore nel diritto del lavoro attuale*, in *Dir. lav.*, 1983, I, p. 200; *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Atti del Convegno AIDLASS di Udine del 1991, Giuffrè, Milano, 1994, p. 360 e in *Dir. lav.*, 1992, I, p. 479; *Un bilancio realistico del processo del lavoro ed una proposta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, III, p. 231; *Sicurezza del lavoro e insicurezza dell'impresa: la barbarie del diritto*, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, p. 790; *Il diritto del lavoro: uno spirito e due anime*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 351; *L'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, p. 135; *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso Nazionale di diritto del lavoro, Milano, 23-25 maggio 1997, Milano, 1998, p. 137; *La flessibilità del rapporto di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 533; *Alla ricerca della certezza perduta*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1334; *L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 77; *L'incostituzionale stravolgimento del lavoro in cooperativa*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, p. 813; *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti del Convegno AIDLASS di Ferrara del 2000, Giuffrè, Milano, 2002; *Evoluzione del diritto del lavoro e crimini contro i giuslavoristi*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 303; *Introduzione alla riforma dei lavori*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 906; *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, p. 33; *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 30; *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p. 293; *Clausole generali e controllo della Cassazione*, in *Dir. lav.*, 2004, I, p. 19; *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, p. 644.

⁶Alcuni autori, in senso piuttosto critico, preferiscono parlare di aziendalizzazione del

Muovendo da un sistema in cui ci si poteva legittimamente interrogare se il costituente avesse inteso prendere in considerazione la sola contrattazione nazionale, si è oggi giunti ad un assetto in cui la legge da un lato, parifica i livelli di contrattazione nello svolgimento del rinvio legale⁷; dall'altro, nei casi eccezionali, dichiara la prevalenza del livello aziendale su quello nazionale.

Questa più articolata e completa integrazione tra legge e contratto collettivo si riverbera anche sui rapporti tra autonomia individuale e collettiva. Ed infatti, se la selezione legale dell'agente negoziale a livello nazionale implica che il singolo rapporto di lavoro venga ad essere disciplinato con la mediazione di organizzazioni diverse da quella di appartenenza⁸, la valorizzazione della contrattazione aziendale, restituisce al lavoratore maggiore partecipazione e consapevolezza delle scelte operate dal sindacato, al contempo consentendo all'imprenditore di negoziare senza la mediazione delle organizzazioni datoriali.

Sotto il versante dei rapporti tra organizzazioni sindacali, l'effetto è invece quello di attenuare la contrapposizione tra sindacalismo "ufficiale" e "non ufficiale", limitando le ricadute meno virtuose del pluralismo sindacale.

Questo assetto tra fonti era stato, nei suoi tratti essenziali, ampiamente prefigurato da Antonio Vallebona già alla fine degli anni '90, allorché scri-

diritto del lavoro. In questo senso, V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari, 2011, p. 11, per il quale "L'azionalizzazione del diritto del lavoro è un fenomeno del diritto post-moderno che si inserisce in un processo di trasformazione del sistema delle fonti del diritto"; C. ROMEO, *Il processo di azionalizzazione della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2012, 214, p. 214. A. LASSANDARI, *Il limite del "rispetto della Costituzione"*, in Riv. giur. lav., n. 3, 2012, p. 503.

⁷ V. *infra*, quanto si dirà sull'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

⁸ Non si ritiene invece condivisibile l'opzione interpretativa per cui il rinvio legale all'autonomia collettiva implicherebbe il riconoscimento normativo di un potere al sindacato quale soggetto distinto dalla collettività dei singoli diverso ed ulteriore da quello della rappresentanza associativa; in questo senso B. VENEZIANI, *Il sindacato dalla rappresentanza alla rappresentatività*, in *Rappresentanza e rappresentatività del sindacato*, Atti delle giornate di studio di Macerata, 5-6 maggio 1989, Milano, 1990, p. 386. In questo senso anche M.G. GAROFALO, *Crisi del sistema di relazione industriali e legittimazione della rappresentanza*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, Jovene, Napoli, 2010, spec. p. 41 per il quale "non è certo nuovo il fenomeno per cui nei confronti di alcuni lavoratori il contratto collettivo, in quanto autonomamente voluto dalla collettività organizzata, si presenti come un comando, come una regola eteronoma e non autonoma"; cfr. altresì P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, cit., p. 278.

veva della “*includibile necessità per l'autonomia collettiva di assolvere contemporaneamente la doppia funzione di tutela delle condizioni di lavoro e di difesa dell'interesse all'occupazione*”. Tensione che, per il medesimo autore, “*arriva ad incidere sulla stessa articolazione del sistema contrattuale dubitandosi persino, in una economia a bassa inflazione, della opportunità di conservare il livello di contrattazione nazionale nella prospettiva di un sostanziale adeguamento del trattamento dei dipendenti alla produttività di ciascuna impresa*”⁹.

La stagione della contrattazione nazionale separata¹⁰ – originata proprio dalla rottura a livello confederale degli storici intendimenti sui rapporti tra contrattazione nazionale e aziendale – ha evidenziato, ancora una volta, i limiti del sistema centralizzato di relazioni industriali, con conseguente presa di consapevolezza di legislatore e parti sociali di poter individuare nel contratto aziendale lo strumento destinato ad assorbire le maggiori tensioni tra le due anime del diritto del lavoro¹¹.

Come prefigurato dalla citata dottrina¹², è infatti nella contrattazione aziendale che l'anima partecipativa del diritto del lavoro, pur nella manca-

⁹ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 394. Sempre sul finire degli anni '90, altra autorevole dottrina avrebbe affermato che: *la diffusa opinione che individua nell'istanza protettrice del lavoratore, nel principio del favor, la ratio ispiratrice unificante di tutte le norme è storicamente, sistematicamente ed esegeticamente perlomeno parziale e unilaterale*. In questo senso M.G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 13. Più recentemente, nello stesso senso, A. MARESCA, *Il rinnovamento del contratto collettivo dei metalmeccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo nazionale di categoria*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 209 ss.

¹⁰ La bibliografia sul tema è vastissima. Nei limiti della economia del presente scritto si rinvia a F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, p. 9; R. DE LUCA TAMAJO, *L'Accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, II, p. 1080; L. MARIUCCI, *Back to the future: il caso FIAT tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *Lav. dir.*, 2011, 2, p. 239; M. ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: I sindacati servono ancora?*, in *Lav. dir.*, 2011, 2, p. 421; M.V. BALLESTRERO, *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *Lav. dir.*, 2011, 2, p. 269; E. ALES, *Dal caso Fiat al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 4, p. 1061.

¹¹ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 422.

¹² A. VALLEBONA, *Dimensione degli interessi e decentramento regolativo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 444, per il quale: “Si prende atto che la realtà, per lo più quella economica globale – senza molta attenzione all'evoluzione del costume sociale – è cambiata, ma si ripropongono come sacri e intoccabili principi giuridici figli della precedente realtà”.

ta attuazione dell'art. 46 Cost.¹³ (precetto il cui svolgimento non doveva essere esclusivo appannaggio del diritto sindacale), può inverarsi quel “*principio di responsabilità nello stato sociale*”¹⁴, in parte forse intuito dagli stessi sindacati già nel protocollo sulla contrattazione articolata del 1993¹⁵.

2. La contrattazione aziendale nel sistema delle fonti regolative del rapporto di lavoro

È noto che le perennemente dibattute questioni sulla validità ed efficacia del contratto collettivo aziendale e dei suoi rapporti con la legge e gli altri prodotti dell'autonomia collettiva, vedano sullo sfondo, come ogni altro profilo problematico del diritto sindacale, i limiti della mancata attuazione dell'art. 39 Cost.¹⁶.

È parimenti vero, però, che il dibattito inizialmente mosse da questioni interpretative non sovrapponibili a quelle del contratto collettivo nazionale, per note ragioni di carattere storico e dommatico¹⁷. Alla difficoltà della contrattazione aziendale di prendere le distanze dalle prime esperienze del-

¹³ A. VALLEBONA, *Dimensione degli interessi e decentramento regolativo*, cit., p. 445: “Il vero benessere dell'individuo non passa più per la contrapposizione frontale tra capitale e lavoro e neppure per una concertazione politica con sindacati che rappresentano una minoranza di cittadini [...] se l'Alitalia va male, la si affidi ai dipendenti riuniti in una cooperativa e pensino poi loro, senza alcun aiuto, a farla funzionare bene con orgoglio. [...] Questo è il decentramento regolativo a cui penso, [fondato] sul lavoro libero e orgoglioso”. A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, p. 2.

¹⁴ A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁵ Il riferimento è ovviamente al citatissimo punto 2, lett. f) del Protocollo del luglio 1993 con il quale le parti auspicano un intervento legislativo finalizzato ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali, che siano espressione della maggioranza dei lavoratori, nonché alla eliminazione delle norme legislative in contrasto con tali principi.

¹⁶ Sicché resta ancora una volta vero che, per usare le parole di Vallebona, *tutta l'evoluzione del sistema sia [...] una affannosa ricerca di strumenti alternativi in qualche modo compatibili con il dettato costituzionale rimasto tranquillamente in vigore*, stigmatizzandosi come schizofrenico l'affanno di legislatore e sindacati di evitare la fuga da un contratto collettivo la cui carenza di efficacia è loro diretta responsabilità. In questi termini, A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit., p. 408.

¹⁷ F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, Relazione alle giornate di studio AIDLASS, Copanello, 24 e 25 giugno 2011.

la Commissioni interne¹⁸, faceva infatti da *pendant* l'incentrarsi del dibattito sulla questione della natura del contratto aziendale; con riferimento al quale non si giunse immediatamente alla ormai unanime consapevolezza per cui, anche questo livello di contrattazione, mette capo ad interessi che costituiscono la sintesi e non la semplice sommatoria di quelli dei singoli lavoratori interessati¹⁹.

La pacifica riconduzione del contratto aziendale alla fattispecie negoziale plurisoggettiva, ha interessato la quasi totalità delle pronunce degli anni '60 e buona parte di quelle degli anni '70, con conseguente legittimità della sola contrattazione acquisitiva; incontrando quella ablativa i medesimi limiti della inderogabilità attribuita al contratto individuale. Conseguentemente, le situazioni di concorso conflitto tra contratti collettivi di differente livello, erano risolte ricorrendo, alternativamente, all'art. 2077 c.c. e all'art. 1374 c.c.²⁰; mentre era minoritaria la dottrina che riteneva legittima la contrattazione aziendale ablativa, seppure con il limite dell'abuso del potere rappresentativo²¹, ben sapendo questi stessi autori della difficoltà di

¹⁸ È noto che il riconoscimento della contrattazione aziendale avvenne formalmente il 5 luglio 1962, con l'accordo che le federazioni di categoria dei metalmeccanici firmarono con l'Intersind e l'Asap. L'accordo fissava i principi generali del nuovo sistema contrattuale articolato, poi recepito anche dai contratti di categoria del settore industriale. Il Protocollo introdusse una struttura contrattuale articolata su tre livelli, collegati tra loro sulla base di un rigido criterio gerarchico, in quanto il contratto nazionale determinava, attraverso le cc.dd. clausole di rinvio, le materie e gli istituti di competenza dei livelli inferiori, ossia il contratto collettivo di settore e il contratto collettivo aziendale. Già al primo punto dell'accordo era previsto che *"la possibilità di una maggiore articolazione della contrattazione collettiva per settori o a livello aziendale, che attui concretamente principi affermati ai livelli superiori, oltre a consentire una maggiore aderenza delle norme contrattuali alle particolari caratteristiche settoriali ed aziendali soddisfa l'esigenza, per le aziende, di poter programmare sulla base di elementi predeterminati, per un adeguato lasso di tempo, la propria attività produttiva"*. In argomento si rinvia a G. GIUGNI, *Contratti collettivi di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, p. 3 ss.; v. anche S. SCIARRA, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 448; F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia, Relazione alle giornate di studio dell'AIDLASS*, Copanello, 24-25 giugno 2011.

¹⁹ Per tutti, G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano, 1994, p. ???; ID., *Ancora alcune considerazioni in ordine alla distinzione tra contratto collettivo aziendale e contratto plurisoggettivo*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 496 ss.

²⁰ Per tutti G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *AA.VV.*, *Il contratto collettivo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 11 ss.

²¹ U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo di impresa*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 120.

individuare la fattispecie dell'abuso nell'ambito di un mandato di peculiare elasticità come quello collettivo²².

L'acquisita consapevolezza della natura sindacale degli scopi coltivati dalla contrattazione aziendale²³, pur garantendone una corretta collocazione sistematica nell'ambito del sistema delle fonti e dei rapporti con legge e autonomia individuale, non ha invece condotto ad una univoca soluzione quanto ai rapporti tra prodotti negoziali ai diversi livelli. Così non avvenne con la elaborazione dei noti criteri gerarchico, temporale e della specialità, nessuno dei quali ha mai messo capo ad un indirizzo consolidato (anche perché di difficile applicazione alla fonte negoziale) e sovente utilizzati indistintamente nell'ambito della medesima vicenda interpretativa²⁴.

Allo stesso modo il ricorso al criterio della volontà effettiva delle parti negoziali, che dalla relativa indagine ritiene desumibile la competenza derogatoria *in pejus* della contrattazione aziendale²⁵, da un lato appare utilizzabile specialmente nel caso di conflitto tra contratti collettivi appartenenti al medesimo sistema di contrattazione e al relativo riparto di competenze;

²² G. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1980, p. 157.

²³ In giurisprudenza, possiamo ricordare Cass., 9 dicembre 1988, n. 6695: "Gli accordi aziendali hanno natura ed efficacia di contratto collettivo, configurandosi non come somma di contratti individuali ma come atti generali di autonomia negoziale concernenti una pluralità di lavoratori collettivamente considerati. Pertanto possono modificare *"in pejus"* il trattamento dei lavoratori previsto da precedenti contratti collettivi, anche di efficacia territoriale e soggettiva più estesa, non essendo applicabile l'art. 2077 c.c., riferibile solo ai rapporti tra contratto individuale e contratto collettivo, e non essendo prospettabile una incorporazione delle disposizioni del contratto collettivo nel contratto individuale che dia luogo a diritti acquisiti sottratti al potere dispositivo del sindacato"; nello stesso senso, cfr. Cass. 26 luglio 1984, n. 423; Cass. 26 gennaio 1983, n. 718; Cass. 13 gennaio 1981, n. 300; Cass. 10 aprile 1971, n. 357.

²⁴ Sull'argomento G. PROIA, *ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Riv it dir lav.*, 2020, p. 1 ss., il quale rileva come a prevalere, in contrapposizione alla teoria dell'ordinamento intersindacale fu l'interesse statuale all'applicazione di "diritti sanciti direttamente dalla Costituzione e dalla legge", più che "all'ordinato svolgimento delle relazioni sindacali".

²⁵ Cfr. Cass. 15 settembre 2014, n. 19396; Cass. 19 aprile 2006, n. 9052 per cui "Il concorso tra la disciplina nazionale e quella aziendale va risolto non secondo i principi della gerarchia e della specialità propria delle fonti legislative, bensì accertando l'effettiva volontà delle parti, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni della contrattazione collettiva, aventi tutti pari dignità e forza vincolante, sicché anche i contratti aziendali possono derogare *"in pejus"* i contratti nazionali, con la sola salvaguardia dei diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori". Nello stesso senso, accordando però la prevalenza della clausola contenuta in un CCNL successivo a contratto aziendale, Cass. 16 novembre 2015, n. 23370.

dall'altro, tende di fatto ad accordare prevalenza al contratto stipulato successivamente, salvo verificare se le parti del rapporto di lavoro oggetto di contenzioso possano ritenersi non vincolate da quest'ultimo. Così, attribuendo peso predominante alla volontà dei contraenti individuali e, in definitiva a quella del lavoratore non iscritto al sindacato stipulante di vedere il proprio rapporto disciplinato dal contratto aziendale²⁶.

3. *L'efficacia del contratto collettivo aziendale nella giurisprudenza*

Anche il discorso sulla efficacia della contrattazione aziendale ha seguito percorsi che difficilmente consentono di isolare, in un determinato contesto storico, la netta prevalenza di una tendenza argomentativa sulle altre.

In giurisprudenza, le pronunce più recenti tendono condivisibilmente ad escludere che a questo sia connaturata efficacia generalizzata²⁷, seppur riferendo questa esclusione ai soli lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti, espressamente dissenzienti²⁸; con buon governo dei rapporti tra autonomia collettiva e individuale ma, ancora una volta, con scarsa propensione ad indagare le possibili conseguenti tensioni tra concorrenti organizzazioni sindacali.

Meno convincenti sono le teorie che attribuiscono efficacia generalizzata al contratto aziendale approvato dalla maggioranza dei lavoratori occupati in azienda²⁹, ovvero perché disciplinante materie che, per loro natura,

²⁶ In questo senso, G. PROIA, *ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, cit.; F. FUSCO, *I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello. Problemi aperti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 989 ss.

²⁷ Cass. 2 novembre 2021, n. 31201; nello stesso senso Cass. 15 novembre 2017, n. 27115: "L'accordo aziendale firmato solamente da alcuni sindacati ha efficacia generale soggettiva nei confronti di tutti i lavoratori, fatta eccezione per coloro che aderiscono al sindacato non firmatario di quell'accordo e per i lavoratori dissenzienti".

²⁸ Cass. 20 novembre 2020, n. 26509: "I contratti collettivi aziendali sono applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, con l'unica eccezione di quei lavoratori che, aderendo ad un'organizzazione sindacale diversa, ne condividono l'esplicito dissenso dall'accordo. La tutela di interessi collettivi della comunità di lavoro aziendale e, talora, la inscindibilità della disciplina che ne risulta, concorrono a giustificare l'efficacia soggettiva erga omnes dei contratti collettivi aziendali, cioè nei confronti di tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti".

²⁹ In senso contrario cfr. Cass. 4 maggio 1994, n. 4295.

non potrebbero che essere trattate in maniera identica per tutti i dipendenti della medesima azienda³⁰.

Nel primo caso, infatti, si presuppone l'esistenza di un principio di sottoposizione della volontà del singolo a quella della maggioranza che, in assenza di una esplicita previsione in tal senso, non sembra ricavabile in via interpretativa; nel secondo, perché l'opportunità che una certa disciplina, per essere concretamente applicata, necessiti di esserlo in modo generalizzato, se evidenzia una imprescindibile esigenza, al contempo non genera però un corrispondente principio di uniforme applicazione della regola stessa (in sostanza, scambia l'essere col dover essere).

Nello stesso senso, ma con argomentazione ancor più fragile, si è tentato di desumere l'efficacia generalizzata del contratto aziendale muovendo da una (non facilmente spiegabile) "presunzione" di attribuzione in favore delle organizzazioni aziendali della funzione di rappresentanza della generalità dei lavoratori³¹. Rappresentanza, dunque, come criticamente osservato, che diverrebbe *quasi di tipo istituzionale*³², restando però, comunque priva di plausibile giustificazione giuridica.

Così come priva di solide basi argomentative è la paventata differenza tipologica dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni maggiormente rappresentative³³; con prospettazione che sembra essere stata attinta in alcune riflessioni svolte sulla contrattazione di prossimità (v. *infra*) dove, giova però premettere, la selezione dell'agente negoziale rileva ai soli fini del potere di deroga alla legge.

³⁰ Cfr. Cass. n. 26509/2020 cit., e Cass. 25 gennaio 2021, n. 1506 a mente della quale "[...] l'efficacia generale della contrattazione aziendale [va riconosciuta] sulla base della indivisibilità dell'interesse dedotto nel regolamento contrattuale e quindi nella necessità ontologica della applicazione generalizzata del contratto, i contratti o gli accordi collettivi aziendali sono applicabili a tutti i lavoratori dell'azienda, ancorché non iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti a meno che essi, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa, ne condividano l'esplicito dissenso".

³¹ Cfr. Cass. 2 marzo 1988, n. 6695; App. Milano, 4 marzo 2003, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 511.

³² G. PROIA, voce *Contratto collettivo aziendale*, in *Treccani, Diritto on line*, cit.

³³ Cfr. Trib. Milano, 2 febbraio 1987.

4. La manovra di agosto: il contratto collettivo aziendale al centro di un nuovo modello di tutele

L'art. 8 del d.l. n. 138/2011, attribuisce ai contratti collettivi sottoscritti a livello aziendale e territoriale la possibilità di prevedere delle “*specifiche intese*” derogatorie della disciplina legale e di contratto nazionale, con efficacia generalizzata per tutti i lavoratori della compagine aziendale. L'ambito negoziale delle intese può riguardare le mansioni, la classificazione e l'inquadramento del personale, la disciplina del rapporto di lavoro comprese le collaborazioni coordinate e continuative, nonché “le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro” esclusi i casi di licenziamento colpito da specifici divieti. Inciso, quest'ultimo, che porta a escludere che la delega sindacale si riferisca alla sola disciplina del preavviso e non anche invece alle sanzioni da licenziamento illegittimo³⁴.

Nel concetto di deroga alla legge e alla contrattazione nazionale rientra anche la semplice sospensione di alcuni istituti del CCNL, mentre la generalizzata sospensione della efficacia di un precedente accordo aziendale, anche se apparentemente non contemplata dal tenore della legge, dovrebbe essere comunque consentita in ragione dei criteri normalmente applicati in giurisprudenza in caso di successione dei contratti collettivi del medesimo livello.

Le caratteristiche accordate dal legislatore alle intese di prossimità sono subordinate alla finalizzazione delle stesse alla “maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali o avvio di nuove attività”. In assenza della quale, il contratto di prossimità non può essere definito una specifica intesa ai sensi della normativa in esame³⁵.

³⁴ In senso contrario R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, qui p. 49.

³⁵ In questo senso, Trib. Civitavecchia, 17 dicembre 2020, per cui “[...] al fine di verificare se un accordo rientri tra quelli di prossimità occorre accertare non soltanto che le organizzazioni sindacali stipulanti siano comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale, ma anche che la volontà delle parti di stipulare un contratto ex art. 8, d.l. n. 138/2011 sia riconoscibile dal testo dell'accordo, dovendo essere esplicitati il fine perseguito, le norme cui si intende derogare e il nesso eziologico tra fini e deroghe”. Vedila in *Lav. giur.*, 2021, p. 640 con nota di F. DI NOIA, *Art. 8, D.L. n. 138/2011 e rapporti tra contratti di diverso livello, ovvero sul coraggio di chiamare le cose col proprio nome*.

L'efficacia generalizzata viene poi riconosciuta alla ulteriore condizione di essere “sottoscritta sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”. Sicché, sia il contratto aziendale che quello territoriale, avranno generale applicazione in una determinata azienda se i soggetti stipulanti “siano essi sindacati esterni o organismi aziendali, rappresentano la maggioranza dei lavoratori dell'azienda medesima”³⁶.

Deve infatti ritenersi che – nonostante il riferimento compiuto dal comma 2-bis dell'art. 8 cit. alle “specifiche intese di cui al comma 1” – questa ulteriore selezione degli agenti negoziali nel senso del principio maggioritario (così come per le regole procedurali previste dall'A.I. del 2011 richiamato dall'art. 8), rilevi esclusivamente ai fini del conferimento della efficacia generale del contratto di prossimità e non per la possibilità di derogare a legge e contratto collettivo.

La tecnica normativa che si avvale del criterio maggioritario per la selezione contratto collettivo ai soli fini della sua efficacia generalizzata è corretta in quanto, anche al di fuori della contrattazione di prossimità, al contratto aziendale è già riconosciuto potere derogatorio di quello nazionale³⁷; mentre ai fini della deroga alla legge è sufficiente il rinvio ai prodotti negoziali delle associazioni comparativamente più rappresentative.

5. Contrattazione aziendale di prossimità e legge

Storicamente, la cooptazione del sindacato in funzione normativa ha avuto, per lo più, scopi di integrazione o specificazione del precetto legale³⁸, con selezione dell'agente negoziale, prevalentemente³⁹ a livello nazio-

³⁶ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., p. 7.

³⁷ Diversamente opinando, dovrebbe invece ritenersi che, in assenza di verifica della sussistenza del requisito maggioritario, il contratto aziendale non potrebbe normalmente derogare a quello nazionale.

³⁸ Per tutti, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 237.

³⁹ Rappresenta una nota eccezione l'art. 46, d.lgs. n. 276/2003 che introduceva il nuovo art. 1, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 in materia di lavoro a orario ridotto: “I contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali [...] ovvero dalle rappresentanze sindacali unitarie

nale⁴⁰; mentre il coinvolgimento sindacale a livello di gestione delle crisi di impresa o di emersione del lavoro irregolare, non prevedeva un vero potere di deroga se non in ambiti piuttosto circoscritti (licenziamenti collettivi, cassa integrazione, trasferimento dell'impresa in crisi, contratti di solidarietà o di riallineamento).

Il potere di deroga alla legge previsto dalla manovra di agosto, non limitato a specifiche ipotesi come nelle ricordate esperienze di deregolazione controllata, ha suscitato il timore della messa a repentaglio dell'intero sistema legale di tutele del lavoro⁴¹. Tuttavia, per quanto ampia, la delega alla contrattazione di prossimità non ha *un ambito illimitato*, restando *norma eccezionale* che non si applica oltre i tempi e i casi previsti e riguarda solo le specifiche materie tassativamente elencate dall'articolo stesso⁴².

La delega trova inoltre un limite invalicabile nella condizione di operare nel "rispetto della Costituzione" e dei "vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro" (art. 8, comma 2-*bis*, d.l. n. 138/2011); sicché, anche se la verifica del rispetto di tale condizione da parte dei singoli accordi di prossimità mette sovente capo a complesse vicende interpretative, il timore di uno "smantellamento" della tutela legale appare infondato⁴³.

possono determinare condizioni e modalità della prestazione lavorativa del rapporto di lavoro di cui al comma 2".

⁴⁰ In alcune ipotesi la contrattazione aziendale viene presa in considerazione da legislatore, ma soltanto nella forma di contrattazione delegata. Così nel caso dell'art. 1, comma 9, lett. b, legge n. 92/2012 che in materia di contratti a termine acausali e di somministrazione, abilita l'intervento dei "contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale [...] in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati [...]".

⁴¹ Vedi, ancora, F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., pp. 1168 e 1204; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 decreto n. 138/2011*, cit., p. 1268; L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

⁴² Corte Cost., 19 settembre 2012, n. 221, richiamata anche da Corte Cost., 28 marzo 2023, n. 52, in *Giur cost.*, 2023, p. 654, con nota di G. CASIELLO, *L'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale*.

⁴³ Per le medesime ragioni deve altresì ritenersi scongiurato il rischio che la contrattazione di prossimità possa "impunemente disporre della disciplina del tipo negoziale", come paventato e finemente argomentato da O. MAZZOTTA, *Apocalittici e integrati alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 21 ss.

D'altro canto, riguardato unitariamente, il sistema dei rinvii alla contrattazione collettiva copre già l'intero sistema normativo del lavoro, disciplinando un complesso sistema di materie ben più ampio di quello consentito dall'art. 8 della manovra di agosto che, invece, opera al ricorrere di situazioni specifiche e transitorie verificabili dal giudice nella loro effettiva esistenza⁴⁴.

6. Contrattazione aziendale derogatoria e libertà di organizzazione sindacale

È opinione diffusa che la possibilità per alcuni sindacati di sottoscrivere contratti in deroga nel senso previsto dalla norma in esame, sia suscettibile di incidere sugli equilibri endosindacali e intersindacali, in contrasto⁴⁵ con il principio di libertà sindacale⁴⁶, quale libertà, non solo di determinare i

⁴⁴ Cfr. Cass. 10 novembre 2021, n. 33131, che ha escluso la legittimità della specifica intesa nella parte in cui collegava una diminuzione salariale ad una riorganizzazione che – per espressa previsione dell'accordo – sarebbe stata oggetto di ulteriore futuro accordo con le OO.SS.

In questo senso si può rammentare anche Corte d'Appello di Roma (27 gennaio 2022, n. 302) che, richiamando testualmente Corte Cost. n. 221/2012, ha escluso dalla deducibilità nell'ambito delle specifiche intese della materia del comportamento, in quanto non attinente né alla gestione del rapporto di lavoro, né alle conseguenze del licenziamento (essendo il comportamento una causale). Sempre la medesima sentenza ha poi stabilito che: *le intese devono essere finalizzate non ad una generale ed indifferenziata deroga alla contrattazione collettiva nazionale, ma al contrario al perseguimento della maggiore occupazione, della emersione del lavoro irregolare, degli incrementi di competitività e di salario* [e degli altri scopi autorizzati dalla legge].

Nello stesso senso, ad esempio, sarebbe consentito negoziare in deroga la materia della solidarietà nella successione degli appalti, ma non disciplinare i rapporti tra successione degli appalti e trasferimento di azienda (i c.d. elementi di discontinuità); che per quanto regolata nella medesima norma, resta sottratta alla disponibilità di prossimità in quanto non espressamente menzionata, salvo non ricondurla (cosa che tenderei ad escludere) nella "disciplina del rapporto di lavoro".

Diversamente, Cass. 15 giugno 2021, n. 16917 ha invece riconosciuto legittima la specifica intesa, adottata nell'ambito dell'accordo sulla determinazione dei criteri di scelta, che diminuiva per i lavoratori pensionabili la misura della indennità di mancato preavviso da sei a tre mensilità. In questo ultimo senso anche Cass. 22 luglio 2019, n. 19660.

⁴⁵ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 1169 e 1204.

⁴⁶ F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2011, 127, p. 12; F. LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 20 giugno 2011 e sulla legge in*

fini della propria azione e le forme della propria organizzazione, ma anche di individuare i soggetti ed i rapporti tra i livelli della contrattazione⁴⁷.

La paventata censura di incostituzionalità non sembra tuttavia sostenibile per differenti ordini di ragioni.

In primo luogo, perché risalire dai rapporti fra livelli di contrattazione a quello tra organizzazioni sindacali, non sembra così scontato e immediato come lascerebbe intendere la dottrina in argomento. L'effetto temuto sarebbe infatti paventabile laddove l'art. 8 avesse imposto una relazione necessaria tra organizzazione sindacale e livello di contrattazione. Legame invece escluso dalla formulazione della norma che, pacificamente, accorda anche alle organizzazioni nazionali il potere di sottoscrivere intese derogatorie a livello aziendale⁴⁸. Né il legislatore individua i livelli di prossimità abilitati alla contrattazione che, pertanto, resta libero appannaggio delle organizzazioni sindacali.

In secondo luogo perché la giurisprudenza accorda già al contratto aziendale il potere di derogare alla contrattazione di livello superiore⁴⁹;

materia di contrattazione di prossimità, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT, 2012, p. 157, per il quale "Si dovrebbe convenire che prevedere la possibilità di deroga al contratto nazionale (consentendo che questo possa avvenire anche in contrasto con le regole che esso abbia posto a riguardo) e prevedere che la deroga abbia un'efficacia generale, comporta negare efficacia al contratto nazionale rispetto a lavoratori che abbiano invece pieno titolo per invocarne l'applicazione: questo implica, non vi è dubbio, una mortificazione della libertà sindacale che nella stipula di quel contratto si è espressa". In senso analogo ma evidenziando la lesione del generale principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., G. FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in Riv. giur. lav., n. 3, 2012, p. 474 ss.

⁴⁷ G. GIUGNI, voce *Libertà sindacale*, in Dig. disc. priv., 1993.

⁴⁸ Di avviso diverso è App. Napoli, 3 febbraio 2022 per la quale "Un sindacato anche maggiormente rappresentativo di quello firmatario dell'accordo di prossimità, firmatario a sua volta di un contratto collettivo nazionale [...] vedrebbe caducata la sua attività organizzativa a tutela dei suoi iscritti da un accordo firmato da un sindacato in azienda. La sua libertà organizzativa [...] verrebbe meno perché si avrebbe il monopolio della disciplina contrattuale da parte di un solo sindacato con effetti anche nei confronti degli altri Sindacati e lavoratori anche non iscritti. Infine, la norma in questione si pone in contrasto con l'art. 39, comma 4, Cost. che stabilisce l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi stipulati dai sindacati a condizione che essi si registrino e acquisiscano la personalità giuridica". La questione di legittimità sollevata dalla Corte di Appello di Napoli, tuttavia, è stata dichiarata inammissibile da Corte Cost. 28 marzo 2023, n. 52 per non aver, il giudice rimettente, dimostrato che il quesito attenesse effettivamente ad un contratto di prossimità e non a un semplice contratto collettivo aziendale.

⁴⁹ Ricorrendo alla efficace considerazione di autorevole dottrina, la giurisprudenza sem-

sicché, nella sostanza, il legislatore ha qui avallato l'impostazione giurisprudenziale della pari dignità di tutta la contrattazione collettiva, con scelta ribadita nella sostanziale equiordinazione⁵⁰ dei livelli negoziali sancita dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

In terzo luogo, perché l'art. 8 non riconosce questo potere di deroga alla contrattazione aziendale *tout court*, ma lo accorda soltanto alle specifiche intese, ossia ad una competenza normativa ben più ristretta per materie e scopi.

Infine, perché la sottoscrizione di accordi di prossimità è una mera facoltà, restando le organizzazioni sindacali libere di scegliere se avvalersi dello strumento legale o ricorrere ai criteri elaborati in via autonoma⁵¹; con l'ulteriore possibilità di attivare i consueti strumenti endosindacali per "tenere sotto controllo" eventuali intemperanze delle proprie strutture periferiche.

7. Specifiche intese e successione di norme

Bisogna chiedersi se eventuali e possibili ipotesi di concorso conflitto tra intese di differente livello possano essere risolte ricorrendo ai criteri elaborati, da giurisprudenza e dottrina, per il contratto collettivo; e ciò in ragione della ovvia considerazione per cui il contratto di prossimità, anche quando munito di efficacia generalizzata, resta comunque prodotto dell'autonomia privata collettiva.

Si è in merito sostenuto⁵² che il legislatore avrebbe offerto una soluzione alla questione del concorso conflitto in chiave puramente cronologica;

bra ormai "avviata ad una graduale metabolizzazione dell'art. 8, laddove, con implicita adesione alla sua ratio ispiratrice". In questo senso G. PROIA, *ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, cit.; conformemente Cass. n. 13525/2016, per cui "i c.d. contratti di prossimità sono i più idonei a fotografare la specifica realtà aziendale"; nello stesso senso Cass. n. 19660/2019 e Cass. n. 22789/2016.

⁵⁰ In questo senso, cfr. ancora G. PROIA, *ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, cit.

⁵¹ Come conferma la postilla del 21 settembre 2011 all'Accordo del 28 giugno, in cui le parti sociali vengono invitate ad astenersi dal seguire procedure differenti da quelle contenute nell'Accordo stesso. Cfr. M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 43 ss., che parla del 21 settembre 2011 come del "giorno dell'orgoglio delle parti sociali".

⁵² Secondo G. PERONE, *Diritto sindacale tra essere e dover essere*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, p. 7, nel caso della contrattazione di prossimità, prospetta la possibilità di ricorrere al criterio cronologico puro.

sicché tra contratti di prossimità a livello territoriale e contratti di prossimità a livello aziendale il conflitto sarebbe sempre risolto sulla sola scorta della loro successione temporale. Soluzione, questa, che non incontrerebbe i medesimi limiti applicativi riscontrati con riguardo alla successione di qualsiasi norma collettiva per via della efficacia generalizzata delle intese e per l'applicazione del criterio maggioritario, ma che sembra trascurare la natura privatistica della fonte⁵³.

Altri autori, con riferimento alle intese di livello territoriale, hanno invece prospettato l'esigenza di una preventiva approvazione a maggioranza da parte delle rappresentanze aziendali⁵⁴; il che, al di là della difficoltà di immaginare un "ripensamento" delle parti rispetto alla precedente intesa, nella sostanza, consentirebbe una più semplice applicazione del criterio temporale "puro". Impostazione questa che, pur brillantemente argomentata, sconta una inconciliabilità con il dato testuale della norma che riferendosi al *criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*, sembra aver testualmente escluso il "doppio passaggio".

Altra parte della dottrina⁵⁵ ha invece ritenuto che, in quanto non disciplinati dalla riforma, anche i rapporti tra i due livelli di contrattazione dovrebbero essere rimessi alla stessa autonomia collettiva; ciò che dovrebbe garantire la alternatività tra i due livelli e la conseguente assenza di concorso conflitto tra norme. Il secondo (in linea temporale) accordo di prossimità non potrebbe disciplinare la materia prima che quello precedente sia venuto a scadenza, ovvero sia stato disdettato evitando l'eventuale rinnovo tacito. La ricostruzione, certamente rispettosa dei rapporti instaurati in via

⁵³ Deve ritenersi infatti ancora valido quanto enunciato da Corte Cost. 19 dicembre 1962, n. 106 per cui "conferire transitoriamente efficacia generale a contratti collettivi [...] non vuole alterare o modificare l'efficacia propria delle clausole dei contratti collettivi [...] spetta al giudice ordinario accertare volta per volta se sussista il contrasto di queste clausole contrattuali con le norme imperative di legge e, in caso affermativo, di disapplicarle".

⁵⁴ A. GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2012, p. 7 per il quale "I contratti collettivi territoriali, per acquistare efficacia generale nei confronti dei lavoratori in azienda, debbano essere sottoscritti dalle rappresentanze sindacali aziendali. In questo modo, peraltro, sarebbe possibile aggirare l'ostacolo frapposto all'efficacia *erga omnes* dei contratti territoriali dall'art. 39, comma 4, della Costituzione, da molti osservatori ritenuto invalicabile".

⁵⁵ A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8, d.l., 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 18; di contrario avviso M. MAGNANI, *Intervento*, in *Le relazioni industriali dopo Mirafiori e Pomigliano: opinioni a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 5, che ritiene la coesistenza di più contratti consentita dal legislatore, "proprio a cagione del mancato richiamo di norme che la impediscano".

autonoma tra organizzazioni sindacali, sconta un valore delle clausole endosindacali in materia di contrattazione articolata tutt'altro che pacifico in giurisprudenza.

Una possibile impostazione del problema dovrebbe tener conto del fatto che, nelle ipotesi che potremmo definire "classiche", la giurisprudenza non ha mai elaborato un criterio univoco e, per così dire, generalmente condiviso; ma – come visto – ha sempre risolto gli eventuali casi di conflitto ricorrendo a diverse combinazioni dei noti criteri, la cui dosimetria sembra dipendere dall'esigenza di offrire la soluzione più ragionevole al caso concreto, nel rispetto della reale volontà delle parti negoziali individuali.

Si potrebbe allora ipotizzare un utilizzo "ponderato" del criterio della specialità; e ciò nella misura in cui la *ratio* stessa della contrattazione di prossimità è proprio quella di consentire la produzione di regole quanto più possibili vicine alle esigenze di flessibilizzazione dell'impresa; potendosi così escludere che lo spirito della norma consenta a una contrattazione regionale, solo perché intervenuta successivamente e noncurante di quanto pattuito a livello aziendale, di vanificare gli scopi di quest'ultima. Criterio della specialità che, inevitabilmente, si tornerebbe a "rileggere" alla luce della interpretazione della complessiva volontà delle parti che hanno inteso derogare in modo differente alla medesima norma di legge o di contratto collettivo nazionale. Con minore possibilità di "inquinamenti" del precesso inferenziale del giudice, in ragione dell'efficacia erga omnes della contrattazione di prossimità e della conseguente irrilevanza delle vicende negoziali del singolo lavoratore⁵⁶.

Diverso è il caso di subentro di una nuova disposizione di legge o di contratto nazionale che intervenga a disciplinare nuovamente la norma negoziata a livello di prossimità. Il quesito, in questa diversa ipotesi, è se l'intesa che abbia legittimamente derogato al contratto collettivo e alla legge vigenti al momento della sua sottoscrizione "resista" a successive norme

⁵⁶ Basti al riguardo ricordare le parole di G. PROIA, *ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, cit., "molto spesso le fattispecie concrete sono decise non sulla base del criterio dell'autonomia negoziale e ricercando la volontà delle parti sociali, bensì dando rilievo alla autonomia negoziale e alla volontà dei singoli lavoratori che agiscono in giudizio. Ed infatti, come pure ho già fatto cenno, il caso più frequente di conflitto tra contratti collettivi di diverso livello si pone allorché il lavoratore che agisce in giudizio contesta l'applicazione al suo rapporto (individuale) di lavoro del contratto (collettivo) stipulato da sindacati diversi da quelli che hanno stipulato il contratto collettivo cui aderisce o cui intende aderire".

che dovessero intervenire a ridisciplinare la materia negoziata a livello di prossimità⁵⁷.

In primo luogo, mi sembra possa escludersi che una norma (di legge o contratto nazionale) che intervenga successivamente implichi la automatica abrogazione di quella (precedente) di prossimità⁵⁸. Oltre a frustrare lo scopo del rinvio, è facile ipotizzare che l'intesa derogatoria in alcune materie possa richiedere un livello di stabilità non facilmente compatibile con improvvise e non prevedibili abrogazioni. L'intesa di prossimità, a rigore, è una tecnica di produzione di norme la cui vigenza è necessariamente connessa alla durata della specifica situazione aziendale dalla quale risulta giustificata ed a questa resta legata. L'intesa, inoltre, produce norme autonome (ancorché, in genere, espressamente derogatoria di una specifica previsione di legge o di contratto nazionale), sicché la sorte di queste non è legata alla permanenza nell'ordinamento della disposizione eventualmente derogata.

Ciononostante, ancora una volta, non può escludersi, come già avviene nella normale successione fra norme di diverse fonti, che la sopravvivenza della norma di prossimità metta capo alla soluzione di una questione interpretativa, resa peculiare dalla circostanza che la contrattazione di prossimità prevede, sovente, una disciplina peggiorativa e, pertanto, impone di riflettere in senso parzialmente difforme a quanto si è normalmente abituati nei rapporti tra contrattazione e legge.

In alcuni casi, infatti, l'approvazione di una previsione legale o nazionale peggiorativa, potrebbe rendere quella di prossimità (paradossalmente) di miglior favore: ciò che, tuttavia, non consente di affermarne l'automatico superamento, posto che l'art. 8, quando accorda alla contrattazione di prossimità il potere di deroga di cui si è detto, non ne circoscrive l'efficacia alle sole deroghe in *pejus*. Sicché, deve propendersi per la tendenziale so-

⁵⁷ In argomento F. LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 20 giugno 2011 e sulla legge in materia di contrattazione di prossimità*, cit.

⁵⁸ In questo senso, L. LAZZERONI, *Contratto collettivo di prossimità e sua declinazione tra le fonti del diritto*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2021, la quale osserva che, in ogni caso, la contrattazione di prossimità potrebbe tuttavia essere abrogata da una legge che, espressamente, intenda abrogare quello specifico contratto. Nel medesimo senso, G. PICCO, *Il limite del trattamento contributivo nella contrattazione di prossimità ex art. 8, d.l. n. 138/2011 (conv. L. 148/2011)*, in *Lav. giur.*, 5, 2019, p. 514, per il quale "[...] il contratto collettivo nazionale può dettare discipline inderogabili solo laddove il contratto collettivo aziendale si sia astenuto dal prevedere una specifica regolamentazione, entro le finalità precise sulle materie tassative indicate dall'art. 8".

pravvivenza della norma di prossimità anche qualora “superata” da successivi interventi di legge o di contrattazione nazionale. Dovendosi altresì rammentare che, anche nel caso delle specifiche intese, restano immutati i poteri delle parti di recesso e disdetta, rispettivamente, negli accordi a tempo indeterminato (recesso) o determinato con clausola di tacito rinnovo (disdetta).

In altre ipotesi ancora, sarà anche possibile che la sopravvivenza della norma di prossimità resti esclusa dalla struttura della norma stessa, in quanto – ad esempio – costruita come semplice modifica di una norma nazionale (o disapplicazione della stessa⁵⁹); sicché la completa riformulazione di quest’ultima, potrebbe rendere non più vigente quella di prossimità.

8. La legittimità costituzionale del meccanismo di efficacia generalizzata della contrattazione di prossimità

La attribuzione di efficacia generale alle specifiche intese sulla base di un modello diverso da quello previsto dall’ultimo comma dell’art. 39 Cost.⁶⁰ ha fin da subito posto i maggiori dubbi di costituzionalità⁶¹ che, per quanti non hanno ritenuto la norma incostituzionale, sono stati risolti in senso ne-

⁵⁹ È noto che la Golden Lady Company S.p.A. sottoscrisse in data 16 luglio 2012 un accordo di prossimità a mezzo del quale veniva differita di 12 mesi l’entrata in vigore della disciplina limitativa delle associazioni in partecipazione previste dall’art. 1, commi 28 e 30 della legge Fornero, sulla cui legittimità è tuttavia dubbioso A. TAGLIENTE, *Contrattazione di prossimità: Clausole derogatorie, limiti ed opponibilità. Problematiche contributive*, in *bollettinoadapt.it*, 2014.

⁶⁰ F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, cit., pp. 1164 e 1186; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l’art. 8 decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1277 ss.

⁶¹ A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’art 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138*, in *Cuore&Critica.it*, p. 2; E. ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro di prossimità, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2011, 134, p. 26; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2011, n. 132; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, cit., p. 12; A. GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2012, 139, p. 8; M. RUSCIANO, *L’art. 8 è contro la Costituzione*, in *eguaglianza e libertà*, 9 settembre 2011; U. CARABELLI, *Articolo 8, co. 1 e arti 39 seconda parte Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 539 ss.

gativo sulla scorta di una serie di argomentazioni riconducibili, con qualche approssimazione, a tre fondamentali impostazioni.

La prima è quella che ritiene le specifiche intese e, più in generale la contrattazione aziendale, escluse dalla regolamentazione dell'art. 39, comma 4 in quanto norma riferibile alla sola contrattazione nazionale⁶².

Pur finemente argomentata⁶³, la tesi "sottrattiva" non sembra però resistere al rilievo per cui la nozione costituzionale di categoria, in assenza di quiddità ontologica⁶⁴, si presta ad essere declinata tanto in senso merceologico e professionale che in senso economico produttivo, riferibile cioè a un determinato contesto aziendale⁶⁵.

La stessa Corte Costituzionale dichiarando la compatibilità con il dettato costituzionale di alcune ipotesi di contrattazione aziendale con efficacia generalizzata⁶⁶, non solo ha sempre evitato il ricorso ad argomentazioni

⁶² E. ALES, *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, cit., p. 26 ss. Come è noto, la tesi della "sottrazione" della contrattazione collettiva aziendale dall'ambito di applicazione dell'art. 39, comma 2 ss., Cost., venne avanzata (in un mai troppo citato saggio) da M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39, oggi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665, ora in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, p. 107 ss.

⁶³ M. MAGNANI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 6; R. PESSI, *Ancora sull'articolo 8 della manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 61.

⁶⁴ Risulta quasi superfluo ricordare ancora una volta la citatissima espressione di F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo "erga omnes"*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1963, p. 570 ss., [...] *la categoria non è un momento del reale preesistente al sindacato, ma è al massimo foggiate dal sindacato, non è cioè [...] la madre, ma semmai la progenie del sindacato*. Prima ancora C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 160 "[le categorie] vengono foggiate giuridicamente dai datori di lavoro e dai lavoratori man mano che essi ritengano di procedere ad una organizzazione stabile preordinata della tutela del proprio interesse professionale". Nello stesso senso, G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960. Il dibattito è ricostruito, in senso fortemente critico, da G. PERA, *Libertà sindacale. b) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, p. 516.

⁶⁵ Da ultimo, con specifico riferimento alla contrattazione di prossimità, V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 500-503, L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*, che ricostruendo le principali fasi del dibattito costituente intorno all'art. 39 Cost., rammenta come in quel frangente l'espressione *efficacia obbligatoria verso tutti gli appartenenti alla categoria alle quali il contratto si riferisce* sia stata, nella sostanza, utilizzata in senso fungibile con quella efficacia obbligatoria per tutti gli interessati.

⁶⁶ Corte Cost. n. 344/1996, che ricava la compatibilità al dettato costituzionale degli ac-

sottrattive, ma sembra essersi invero pronunciata nel senso opposto⁶⁷.

Il secondo gruppo di argomentazioni nel senso della conformità costituzionale dell'art. 8, è quella per cui la contrattazione di prossimità assumerebbe natura prevalentemente gestionale⁶⁸, con conseguente legittimità della statuizione che ne conferisca efficacia *erga omnes*. Argomentazione che, oltre a non essere riferibile alla totalità delle possibili intese, non sembra comunque concorde con il dato testuale dell'art. 8 che, riconoscendo apertamente alle specifiche intese potere derogatorio, ne presuppone proprio una prevalente funzione normativa.

La terza argomentazione (da ritenersi preferibile) escludendo qualsiasi operazione "sottrattiva", si fonda sulla previsione che impone alla contrattazione di prossimità il rispetto del principio maggioritario⁶⁹, in accordo con quanto sancito dalla norma costituzionale, epurato dall'anacronistico profilo della registrazione (storicamente avversato dalle stesse organizzazioni sindacali).

Peraltro, riferita alla contrattazione aziendale, l'utilità della registrazione non sembra rivestire quella medesima importanza che avrebbe potuto rivestire a livello di contrattazione nazionale; soprattutto ove si consideri che l'efficacia *erga omnes* qui prevista, non è una prerogativa che viene data ad uno specifico sindacato o a un intero livello di contrattazione; ma è soltanto una prerogativa che viene dalla legge accordata ad una specifica

cordi in materia di prestazioni indispensabili dalla valutazione di idoneità della Commissione di Garanzia; Corte Cost. n. 268/1994 che si è pronunciata nel senso della natura gestionale e non normativa dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità; Corte Cost. n. 309/1997, che ha salvato la legittimità costituzionale del sistema contrattuale dell'impiego pubblico, facendo leva, da una parte, sul vincolo che grava sul datore di lavoro di trattare in modo eguale i suoi dipendenti; dall'altra, sulla stretta connessione che vi è tra contratto collettivo e contratto individuale (per cui sarebbe tramite quest'ultimo che la disciplina collettiva si applica al pubblico dipendente).

⁶⁷ Ci si riferisce al noto inciso di Corte Cost. n. 268/1994, per cui "gli accordi sindacali che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall'art. 39 Cost., destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese". Non sembra potersi invece attribuire valore interpretativo nel senso opposto all'art. 1, comma 9, lett. b, legge n. 92/2012 dove il lemma "categoria" sembra essere utilizzato quale sinonimo di (contrattazione) nazionale (*livello interconfederale o di categoria*).

⁶⁸ A. PERULLI-V. SPEZIALE, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., p. 4; R. PESSI, *Ancora sull'art. 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 60 ss.

intesa che, nel rispetto del principio maggioritario, serve a disciplinare il rapporto di lavoro in occasione di alcune specifiche situazioni aziendali.

Peraltro, se la legittimità della norma rispetto al comma 4 dell'art. 39 Cost., è salvaguardata dal condiviso principio maggioritario, nei confronti del primo comma della medesima norma, è condizione necessaria che “*alla trattativa e alla stipulazione a maggioranza [...] possano partecipare tutti i sindacati, o almeno quelli che superino una soglia ragionevole di iscritti nell'ambito dei lavoratori interessati*”⁷⁰. Diversamente, nonostante l'adozione del criterio maggioritario⁷¹ nell'ambito di riferimento negoziale, la disciplina tornerebbe ad essere incostituzionale per violazione della libertà di organizzazione sindacale, non potendo il semplice rinvio al sindacato comparativamente più rappresentativo (pur sufficiente per la deroga alla legge) giustificare una diretta efficacia generalizzata del contratto⁷².

Si evidenzia, infine, che il riferimento del criterio maggioritario alla realtà aziendale (senza arrivare, però, a sostenere la teoria del necessario doppio passaggio), consente di salvaguardare la legittimità anche delle intese a livello territoriale.

Per quanto detto, con riguardo alle specifiche intese (diversamente dal normale contratto collettivo aziendale, dove non esiste un obbligo a trattare per il datore di lavoro⁷³) è necessario, ai fini della tenuta costituzionale della norma, che al principio maggioritario, cui si riferisce la sottoscrizione

⁷⁰ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, cit., p. 4 ss.

⁷¹ Ulteriore problema è quello della corretta misurazione ai fini del rispetto del criterio maggioritario, con riferimento al quale a quanti ritengono sufficiente la sola conta delle deleghe sindacali si contrappongono altri che ritengono, invece, questo criterio insufficiente. Nel primo senso, A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, nel secondo, R. DEL PUNTA, *Cronache di una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011 e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, I, p. 47 ss.

⁷² A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*, per il quale “i contratti con valida efficacia generale potrebbero essere quelli stipulati dalla rsu oppure da un gruppo di rsa o di sindacati esterni aperto alla partecipazione di tutti i sindacati e/o da loro rappresentanze aventi in azienda un numero ragionevole di iscritti, che la Corte costituzionale potrebbe individuare, ad esempio, nel 5% del personale”.

⁷³ Il potere del datore di lavoro di negoziare con qualsiasi sindacato deve intendersi infatti libero anche allorché questi si sia contrattualmente impegnato a negoziare con alcune organizzazioni sindacali; *contra* R. PESSI, *Le regole della rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 440, per il quale il datore di lavoro sarebbe invece obbligato a rifiutare le trattative proposte da altre organizzazioni dei lavoratori. Sull'argomento, per tutti, cfr. C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992, spec. p. 224 ss.

dell'accordo, corrisponda la possibilità di partecipazione alle trattative di tutti i sindacati in possesso di una soglia minima di rappresentatività. Ciò che, secondo quanto stabilito dalla Consulta ⁷⁴, viene ad aumentare in misura esponenziale la possibilità anche per sindacati a bassissima rappresentatività – e che in caso di ordinaria contrattazione aziendale non sarebbero potuti avvicinarsi al tavolo delle trattative – di poter costituire delle RSA.

L'accordo di prossimità, infatti, è *un contratto collettivo applicato in azienda* e il vaglio di rappresentatività imposto dalla manovra di agosto, impone un coinvolgimento quanto più possibile esteso dei sindacati riferibili ai lavoratori della realtà produttiva. Ne consegue, una volta sottoscritta la specifica intesa anche soltanto dai sindacati maggioritari, il diritto di ciascuna delle organizzazioni che, pur minoritarie, abbiano partecipato alle trattative dell'accordo di prossimità poi non sottoscritto, alla costituzione di una propria RSA.

9. Contrattazione di prossimità e rinvio legale multilivello: verso la definitiva parificazione dei livelli di contrattazione

L'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 prevede che ove la legge non specifichi il livello contrattuale cui intende fare rinvio, questo debba intendersi indifferentemente effettuato ad ogni livello di negoziazione. Pur non contemplando alcuna prevalenza di un livello di contrattazione su un altro, la norma rappresenta comunque una precisa scelta verso la contrattazione aziendale, il cui ruolo nello svolgimento del precetto legale è adesso invertito rispetto al passato ⁷⁵.

La previsione, evidentemente, completa il percorso iniziato dall'art. 8 della manovra di agosto che, diversamente da quanto autorevolmente sostenuto ⁷⁶, non può considerarsi implicitamente abrogata o superata ⁷⁷.

⁷⁴ Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 231.

⁷⁵ P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81/2015*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, p. 275 ss.

⁷⁶ S. SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva aziendale o territoriale*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, I, p. 121 ss.; A. LASSANDARI, *Il sistema di contrattazione collettiva oggi: processi disgregativi e sussulti di resistenza*, cit., p. 977.

⁷⁷ L. ZOPPOLI, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015, p. 17 il quale evidenzia, in molte delle materie disciplinate dai Jobs Act "possibili conflitti tra precetti normativi".

In primo luogo, perché la ampiezza delle materie deregolate con l'art. 8, fermo restando il necessario rispetto delle finalità imposte dalla legge, è maggiore di quella contenuta nei Jobs Act.

In secondo luogo, perché in alcune delle materie del Jobs Act, il rinvio è circoscritto al solo contratto nazionale e, tra queste, vi è proprio la materia del lavoro etero organizzato, dove la contrattazione di prossimità potrebbe esplicitare il maggior apporto in termini di bilanciamento tra tutela e certezza del diritto (v. *infra*).

Inoltre, in tutte le ipotesi in cui il rinvio legale venisse svolto al solo livello nazionale, tornerebbe ad avere piena operatività la possibilità di deroga a livello di prossimità.

In terzo luogo, l'art. 8, nel rispetto delle specifiche causali ivi previste, consente alla norma di prossimità di derogare il precetto legale in senso multidirezionale (quindi anche disapplicare), mentre l'art. 51 si muove nell'ambito del rinvio previsto da ogni singola norma cui si riferisce. Per fare un esempio: in tema di adibizione a mansioni inferiori leggiamo che "*Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi*". La norma di prossimità supera invece il limite del rinvio alla categoria legale.

Le due norme sono invero complementari e il sistema è quello per cui in via ordinaria (e salvo diversa selezione da parte del legislatore) ogni livello di contrattazione è abilitato a svolgere il precetto legale rinviante; in presenza delle condizioni di cui all'art. 8 della manovra di agosto, però, quello destinato a prevalere è il contratto aziendale.

L'art. 51 è una norma che ha certamente l'effetto di moltiplicare i rinvii alla contrattazione aziendale, ciò che prova che il rapporto tra legge ed autonomia collettiva ne ha davvero fatta di strada. Ed infatti, se l'art. 8 della manovra di agosto, nell'autorizzare la deroga di prossimità, manda un segnale molto forte, ma pur sempre in una ottica di "specialità" delle ragioni di intervento; l'art. 51 è evidentemente figlio di una mutata visione di insieme, nella quale la legge, nel selezionare la contrattazione di rinvio, non distingue più il livello, selezionando il soggetto affidabile nel complesso della sua possibile articolazione.

10. Contrattazione di prossimità e decentramento regolativo: una norma ripara norme

Nonostante le molte questioni sollevate, sembra essere generalmente condivisa la percezione che la contrattazione di prossimità possa davvero rappresentare la strada per un decentramento produttivo sostenibile in termini di conciliazione degli scopi di tutela del lavoratore con quelli di incremento della competitività.

Allo stesso tempo, sotto il versante delle tecniche normative, le caratteristiche accordate alla contrattazione di prossimità, consentono all'autonomia collettiva di intervenire su alcune previsioni di legge che, in assenza di riformulazione a livello aziendale, potrebbero risultare di difficile applicazione non solo perché incentrate sulla classica tecnica regolativa della norma a precetto generico; ma, anche perché infelicamente formulate⁷⁸. Il riferimento è, in primo luogo, all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 ed alle conseguenze dell'accertamento della etero organizzazione⁷⁹, in esito al quale si applica *“la disciplina del rapporto di lavoro subordinato”*.

⁷⁸ C. PISANI, *Le leggi “mal fatte” sulle collaborazioni e la Cassazione: aumenta l'incertezza sull'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, *Supplemento*, p. 187.

⁷⁹ L'economia del presente saggio non consente neppure di dare atto della sconfinata letteratura in argomento. Ci si limita pertanto a richiamare alcuni scritti principali successivi alla nota pronuncia sul caso “Foodora”. A. VALLEBONA, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Mass. Giur. lav.*, 2020, *Supplemento*, p. 256 R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello di Torino sul caso Foodora. I confini tra autonomia e subordinazione*, cit.; O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Labor*, 2016, p. 7 ss. per il quale le caratteristiche richieste dal legislatore per la configurazione della fattispecie della collaborazione etero organizzata, sarebbero sufficienti di per sé a configurare un rapporto di lavoro subordinato; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. 81/2015: alla ricerca dell'autorità de punto di vista giuridico*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .IT*, n. 276, 2015, p. 19 che considera la norma come istitutiva di una presunzione assoluta di subordinazione; M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. 81/15*, in *Adapt Labour Studies*, e-book series, 2015, p. 5, per il quale la norma era istitutiva di una presunzione relativa; G. FERRARO, *Collaborazioni e subordinazioni nella “lettura” della Suprema Corte*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, p. 2 “la fattispecie di riferimento è la stessa che è sottesa alla disciplina di regolazione del rapporto di lavoro subordinato nella sua complessa e travagliata evoluzione. Fattispecie di riferimento, o macro categoria concettuale, che semmai subisce una torsione o una dilatazione, che si desume *all'inverso* dal regime giuridico ad essa applicabile” Sul medesimo tema, anche P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1117 ss.; P. TOSI, *Il diritto del lavoro all'epoca delle nuove flessibilità – le collaborazioni eterorganizzate*, in *Giur. it.*, 2016, 3, p.

La formula utilizzata dal legislatore solleva il dilemma interpretativo in merito alla “quantità” di disciplina da estendere al lavoratore etero organizzato e, per quanti ne assumono la non integrale applicabilità, pone anche l’ulteriore quesito sui possibili criteri di selezione utilizzabili.

In argomento, come noto, sono state espresse tutte le possibili opzioni interpretative. Alcuni hanno ritenuto doversi operare una distinzione tra norme di tutela, riferibili anche al lavoro etero organizzato e norme che, in quanto funzionali alla delineazione della fattispecie del lavoro subordinato, non sarebbero applicabili al lavoro autonomo⁸⁰; altri, invece, hanno evidenziato che la norma non offre spunto alcuno per una applicazione selettiva delle tutele⁸¹, con conseguente integrale estensione della disciplina lavoristica ivi inclusa (ma con tesi minoritaria) quella previdenziale. Altri ancora, muovendo dalla laconicità del richiamo alla “*disciplina del rapporto di lavoro subordinato*”, hanno evidenziato come l’estensione debba “essere intesa come neppure circoscritta al solo regime favorevole al lavoratore⁸²”.

737. Sia infine consentito rinviare, quanto meno per una più completa bibliografia, a P. POZZAGLIA, *Coordinamento ed etero direzione. Le indicazioni della Corte Costituzionale*, in *Mass. Giur. lav.*, 3, 2022 p. 561 ss.

⁸⁰ S. CIUCCIOVINO, *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della suprema corte*, in *Mass. giur. lav.*, *Supplemento*, 2020, qui p. 73, per la quale “occorre fare subito una distinzione tra quelle norme che nello statuto giuridico del lavoro subordinato attengono alla protezione del lavoratore, alle tutele, ai trattamenti applicabili, e quelle norme che invece sono funzionali alla delineazione della subordinazione e del relativo assetto di poteri. Mentre le prime non dovrebbero trovare ostacoli ad essere applicate, le seconde sono strutturalmente incompatibili con le collaborazioni autonome etero-organizzate. Se infatti dovessero trovare applicazione le norme sui poteri datoriali e sui correlativi obblighi gravanti sul lavoratore subordinato, si avrebbe un vero e proprio stravolgimento della struttura dei rapporti in esame e la loro inevitabile trasformazione in rapporti di lavoro subordinato; effetto – questo – non voluto dal legislatore ed escluso dal giudice di legittimità”. A. MARESCA, *Coordinazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative*, in *Mass. giur. lav.*, *Supplemento*, 2020, p. 140 per il quale occorre agire in ragione di “una selettività che, senza dubbio, riguarda le norme aventi ad oggetto l’esercizio dei poteri del datore di lavoro che connotano la subordinazione del lavoratore dipendente. Per fare qualche esempio, il potere direttivo e di conformazione in materia di mutamento di mansioni o del luogo di esecuzione della prestazione (art. 2103 cod. civ.) o lo specifico potere di controllo riconosciuto al datore di lavoro nei riguardi del dipendente o quello disciplinare. Infatti l’applicazione indistinta di queste norme alle co.co.co. si risolverebbe paradossalmente nell’attribuzione al committente di tali poteri, finendo così per far diventare subordinato quel lavoro che il legislatore ha, invece, voluto fosse autonomo, anche se dotato di una protezione più incisiva mutuata dal lavoro subordinato”.

⁸¹ P. ALBI, *Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l’ordine normativo non c’è*, in *Mass. giur. lav.*, *Supplemento*, 2020, p. 11 ss.

⁸² R. VOZA, *La modifica dell’art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro auto-*

Il ruolo della contrattazione di prossimità, in questo caso, potrebbe essere quello di selezionare la disciplina protettiva giuslavoristica da applicare nel caso di “conversione”, ponendo così riparo al rischio di una incerta applicazione “caso per caso”, in parte (parrebbe) avallata dalla Cassazione nel noto punto 41 (in aperta contraddizione con il precedente punto 40) della sentenza “Foodora”⁸³.

In modo analogo, con riferimento all’art. 409 c.p.c. (e non è un caso si tratti di altro tema connesso a quello della indisponibilità del tipo negoziale), dove un ruolo di specificazione con efficacia *erga omnes* potrebbe riguardare le modalità di coordinamento, la cui unilaterale determinazione del committente rischia altrimenti di spalancare la porta della subordinazione (magari senza giungere, in ipotesi, alla etero organizzazione del collaboratore) in contrasto con quanto consentito, invece, al potere di indirizzo pacificamente accordato in altri rapporti contrattuali tipizzati dal legislatore⁸⁴.

Così come, nella vigenza della disciplina sul lavoro a progetto – peraltro espressamente richiamato dall’art. 8 della manovra – la norma avrebbe potuto “addomesticare” le conseguenze dell’assenza del progetto, edulcorando gli effetti della ben nota presunzione assoluta (e incostituzionale) di subordinazione. In tal modo evitando quella messe di pronunce di legittimità che hanno accertato la conversione per assenza o genericità del progetto, nonostante l’istruttoria del merito avesse confermato la natura autonoma del rapporto di lavoro.

Analogamente, un intervento della contrattazione di prossimità è auspicabile nei casi di determinazione del requisito per la tutela reale nei casi di “occupazione flottante” o, ancora, di aziende microdimensionali che svolgano nuove assunzioni, con evidente stimolo all’incremento dei livelli occupazionali.

La capacità adattativa della norma, sembra infine mostrare le proprie potenzialità nella convergenza e valorizzazione di istituti giuslavoristici che, pur pensati per scopi analoghi ed operanti in ambiti, in qualche misura, sovrapponibili, risultano nella prassi difficilmente conciliabili.

mo, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 318, 2017, p. 4 ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

⁸³ Si tratta di Cass. n. 1663/2020 per un commento alla quale si rinvia al numero monografico AA.VV., in *Mass. Giur. lav.*, 2020, *suppl.*

⁸⁴ Sul recente intervento della Corte Costituzionale in materia di potere di indirizzo del datore di lavoro nel contratto di agenzia, sia consentito rinviare a P. POZZAGLIA, *Coordinamento ed etero direzione. Le indicazioni della Corte Costituzionale*, cit.

Si vuol così dire, ad esempio, che le finalità che si intendono perseguire con il lavoro agile, a livello aziendale ben possono combinarsi e operare in modo sinergico con la regolamentazione di istituti quali i premi di risultato variabili detassabili, in funzione dei risultati di produttività conseguiti dall'impresa e/o con l'adozione di misure organizzative che attuino una migliore conciliazione vita lavoro. Istituti che, invece, riguardati isolatamente e gestiti direttamente a livello di rapporto individuale, oltre ad essere scarsamente incisivi, si prestano anche a facili elusioni (per tutte, la detassazione dei premi di risultato).

La norma di prossimità potrebbe poi prevedere deroghe alle previsioni in materia di termini di preavviso da recesso dal patto di lavoro agile, soprattutto nella fattispecie a tempo determinato; ovvero prevedere ipotesi di giustificato motivo per il recesso immediato, ovvero ancora ipotesi di giusta causa di recesso dal patto di lavoro agile che, trattandosi di norma di disciplina del rapporto, non incorre nel divieto – costituzionalmente protetto – di negoziazione delle causali per il licenziamento.

RAPPRESENTATIVITÀ SINDACALE E RISERVA DELLA AUTONOMIA COLLETTIVA

Giulio Prosperetti *

Il problema muove innanzitutto dalla libertà riconosciuta dall'ordinamento al sindacato dei lavoratori ed alle associazioni dei datori di lavoro, che è il presupposto per lo svolgimento del confronto tra le parti sociali, che viene a comporsi con il contratto collettivo stipulato a livello nazionale di categoria, a livello territoriale, o aziendale, ma anche con contratti di mestiere (es. dirigenti d'azienda e piloti).

Il contratto collettivo è la fonte che contiene la normativa regolatrice delle condizioni di lavoro, ed è la principale manifestazione dell'autonomia collettiva e del conflitto industriale, che istituzionalmente si svolge all'interno di tale riserva di funzioni, garantita dall'art. 39, comma 1, Cost., che recita «*l'organizzazione sindacale è libera*».

Tutta la materia relativa ai diritti dei lavoratori dovrebbe competere alla contrattazione collettiva, che fino al 1966 regolava anche i licenziamenti collettivi e i licenziamenti individuali.

Ma la tutela dei lavoratori si è sempre più spostata a livello legislativo, si è determinata così un'invasione della legge nell'area dell'autonomia collettiva, sicché la legge oggi concorre con il contratto collettivo nella determinazione delle condizioni dei rapporti di lavoro, e molti dubitano sull'esistenza di un'area riservata all'autonomia collettiva.

Si instaura, così, un particolare livello di relazioni industriali, che trascende il consueto concetto di autonomia collettiva, e si assiste al fenomeno della concertazione, che vede una dialettica tra interessi collettivi e interesse generale, di cui è esponente il parlamento, chiamato a ratificare gli accordi raggiunti tra sindacato e Governo.

Ma questa sorta di espropriazione fatta dalla legge di un'importante fet-

*Professore emerito di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Roma “*Tor Vergata*”.

ta di regolazione dei rapporti di lavoro a danno della contrattazione collettiva ha creato anche un fenomeno di ritorno, determinato dall'esigenza che sia ancora proprio l'autonomia collettiva a regolare determinate materie; pertanto, ciò che originariamente, o comunque logicamente, sarebbe appartenuto all'autonomia collettiva viene a questa restituito dalla legge che rinvia, e rimette alla contrattazione collettiva, su delega della legge, la regolamentazione di determinate materie.

Il mancato riconoscimento della personalità giuridica ai sindacati, che rimangono libere associazioni non riconosciute (sempre per la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.), rimette ai giudici il compito di stabilire quali siano i sindacati dotati in concreto delle caratteristiche di adeguata rappresentatività, cosicché i contratti collettivi da questi stipulati possano diventare oggetto del rinvio da parte della legge.

La stessa natura sindacale di un'associazione va vista in concreto da parte dei giudici, chiamati a decidere se spettino o meno determinate garanzie alle associazioni stesse ed ai loro dirigenti, in ragione del riconoscimento dell'essere o meno, tali associazioni, *sindacati* in senso ontologico.

Gli attuali liberi sindacati, costituitisi nel dopoguerra in Italia, si sono in qualche modo surrogati ai sindacati corporativi, ereditandone non solo il ruolo e, per legge, il patrimonio, ma soprattutto la possibilità, riconosciuta loro dalla giurisprudenza, di sostituire alle norme corporative i contratti collettivi di diritto comune, stipulati da tali liberi sindacati, sul piano del diritto privato.

Questi contratti, che attualmente, in continuità con quelli corporativi, regolano tutti (o quasi) i rapporti di lavoro, vengono infatti, dal punto di vista interpretativo, ad occupare lo stesso ruolo che le norme del codice civile riservavano alle norme corporative; sicché, laddove il codice civile rinvia ai contratti collettivi (corporativi), oggi lo stesso rinvio viene inteso come riferito ai contratti collettivi di diritto comune.

L'autonomia collettiva produce norme giuridiche, i contratti collettivi, che, pur avendo natura contrattuale, interagiscono con le norme legali; è per questo che alcuni AA. considerano i contratti collettivi di diritto comune non come semplici regolamentazioni di diritto privato, ma vere e proprie norme capaci di innovare l'ordinamento giuridico: norme legali, sia pure *extra ordinem*.

Come si è detto, l'ordinamento giuridico non solo rinvia ai contratti collettivi (così come faceva con i contratti corporativi), ma anche la recente legislazione lavoristica rinvia espressamente ai contratti collettivi di diritto comune (maggiormente o comparativamente più rappresentativi).

Ecco allora che l'autonomia collettiva produce, con gli strumenti di di-

ritto privato, norme che hanno un indubbio valore pubblicistico e si discute se l'interpretazione delle fonti collettive debba essere condotta con la tecnica dell'interpretazione legislativa, ovvero di quella contrattuale.

L'evoluzione del ruolo del sindacato nella società industriale ha segnato momenti diversi: dalla proibizione dell'attività sindacale e dalla criminalizzazione dello sciopero si è poi passati alla libertà di sciopero e di associazione, per arrivare poi alla previsione costituzionale della funzione del sindacato e dello sciopero come diritto.

Il vario rapporto che, nella evoluzione dei diversi ordinamenti, il sindacato ha avuto con le istituzioni statali non intacca quella connotazione essenziale alla nozione di sindacato che è, appunto, quella della rappresentatività dei lavoratori, categoria questa che trascende la rappresentanza dei propri iscritti.

Il sindacato si pone, infatti, come esponente di interessi collettivi, che trovano comunque nell'organizzazione sindacale il loro simbolico luogo di riferimento.

Bisogna distinguere la rappresentatività dalla rappresentanza in senso tecnico-giuridico, infatti, mentre la prima ha una connotazione politico-istituzionale, la seconda attiene più specificatamente alla contrattazione in favore dei propri iscritti sul piano privatistico; in quest'ultima accezione l'atto di adesione del singolo all'associazione viene così letto come un atto di dismissione dei poteri di autonomia individuale in favore del gruppo per la disciplina del rapporto di lavoro. È così che importanti teorie (come la teoria del mandato di Francesco Santoro Passarelli) hanno utilizzato la rappresentanza tecnica per legittimare quel sistema di rappresentatività sul quale si sono costruite le relazioni industriali nell'Italia del dopoguerra.

In realtà la rappresentanza in senso tecnico si risolve generalmente in una *fictio iuris*, giacché la politicità che caratterizza il contratto collettivo mal si concilia sul piano formale con il rapporto di mandato; ed invero l'efficacia giuridica dei contratti collettivi prescinde dalla democrazia associativa interna ai sindacati firmatari.

Insomma, non è la rappresentanza legale di una determinata dirigenza sindacale a determinare la validità di un accordo, quanto, piuttosto, la sua efficacia riconosciuta di fatto dai datori di lavoro e dai lavoratori che ne accettano la disciplina.

Diverso è il concetto di rappresentatività che può essere intesa con riferimento a tutta la classe lavoratrice, o ad una singola categoria, ovvero ai lavoratori di una singola azienda, od anche con riferimento ai lavoratori che svolgono lo stesso mestiere, giacché il *munus* del sindacato è quello di

rappresentare gli interessi collettivi dei lavoratori, indicando azioni di autotutela ai diversi livelli, nonché quello di consolidare le proprie conquiste con accordi, contratti o, nella concertazione con il Governo, con provvedimenti normativi.

È il potere di fatto derivante dalle azioni di autotutela del sindacato e, segnatamente, dagli scioperi che il sindacato riesce a gestire a legittimare il sindacato come controparte nelle trattative per la stipulazione dei contratti collettivi.

Ma tale potere non si esercita soltanto nei confronti delle controparti datoriali, bensì anche nei confronti delle istituzioni che, a diversi fini, concertano leggi e provvedimenti con le organizzazioni sindacali.

In quest'ultimo senso il sindacato assume un ruolo politico la cui massima espressione di autotutela è lo sciopero generale.

Il sindacato è anche divenuto titolare di funzioni paranormative, giacché la legge riconosce spesso ai contratti collettivi funzione derogatoria o integratrice della normativa legale, cioè comporta una sinergia tra i normali poteri di fatto e gli indiretti poteri istituzionali, con la conseguenza dell'assunzione da parte del sindacato di un complessivo potere che crea confusione tra il potere di fatto nei confronti delle imprese, finalizzato alla contrattazione collettiva, e il potere correlato al ruolo politico del sindacato che mira alla concertazione con le istituzioni.

Proprio da questo ruolo polivalente origina quel carattere definito neocorporativo che caratterizza il sindacato italiano; e quella correlativa rappresentatività basata sulla deterrenza, sicché scioperi anche di breve durata assumono un significato simbolico che va al di là del danno in concreto inferto alla controparte.

Da un punto di vista fattuale potremmo dire che la misura della rappresentatività di un sindacato è data dall'adesione dei lavoratori agli scioperi proclamati dallo stesso sindacato, ed anzi, più tecnicamente, dovremmo dire che il miglior indice di rappresentatività è la capacità del sindacato di fare cessare (piuttosto che semplicemente proclamare) uno sciopero all'esito della firma di un accordo collettivo.

Infatti, è più facile eccitare i lavoratori ad una azione di autotutela che non fare accettare a tutti i rappresentati le determinazioni di un contratto collettivo, la cui effettività richiede quel consenso generalizzato cui è rimesso il raggiungimento di una pace sociale a livello nazionale, di categoria, territoriale o aziendale.

Pertanto, si può dire che, se la rappresentanza attiene al grado del consenso che l'azione sindacale consegue all'interno del gruppo professionale rappresentato, la rappresentatività concerne, invece, la capacità dell'orga-

nizzazione di unificare i comportamenti dei lavoratori in modo che gli stessi operino come gruppo.

Il conflitto intersindacale, nell'attuale esperienza post-industriale, si svolge in Italia con azioni di sciopero che in realtà non si propongono di condizionare le scelte datoriali con azioni di forza, cioè con scioperi duri, quanto, piuttosto, con azioni di autotutela che si inseriscono nel complesso rapporto tra imprese e pubblici poteri.

È per questo che il legislatore ha avuto l'esigenza di selezionare i sindacati di riferimento, attribuendo solo a quei sindacati dotati di una effettiva capacità unificatrice del gruppo professionale la qualità di soggetti attivi nella dinamica delle relazioni industriali.

La proliferazione delle organizzazioni sindacali ha determinato in Italia l'esigenza di scegliere quali fossero i sindacati cui il legislatore potesse riferirsi nel riconoscere loro un *munus* pubblico, quali soggetti abilitati ad integrare l'azione amministrativa e in alcuni casi, come si è detto, il precetto legale.

Nascono così i concetti legali di sindacato "maggiormente rappresentativo" e, successivamente, di sindacato "comparativamente più rappresentativo", al fine della legittimazione di determinate categorie di sindacati a svolgere funzioni non direttamente riferibili al conflitto industriale ma rivolte a garantire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico conformemente all'interesse dei lavoratori dei quali tali organizzazioni potevano dirsi esponentziali.

Resta il problema di stabilire quale sia la riserva costituzionale in favore dell'autonomia collettiva, cioè quali siano i limiti dell'intervento legislativo nella materia lavoristica.

Credo si possa partire dalla constatazione che la tutela degli interessi professionali di stretta pertinenza della contrattazione collettiva venga a coprire anche situazioni giuridiche di pertinenza dell'ordinamento statale, si pensi ai diritti fondamentali costituzionalmente tutelati.

Inoltre, la contrattazione collettiva incide sulla economia e lo Stato non può esimersi dal correggere le relative implicazioni macroeconomiche.

Penso che si possa concludere nel senso che la tutela dei diritti della persona consenta allo Stato di intervenire nella sfera dei rapporti di lavoro (esempio: tutela in materia di licenziamenti, riposi, orario di lavoro, ecc.), mentre la tutela degli interessi propriamente professionali dovrebbe rimanere un'area riservata alla autonomia collettiva (esempio: retribuzione, avanzamenti di carriera, organizzazione del lavoro); infine, allo Stato rimane l'intervento nell'economia (esempio: la illegittimità delle scale mobili anomale che creavano inflazione).

AUTONOMIA COLLETTIVA, WELFARE AZIENDALE E INCENTIVI FISCALI NELL'ART. 51, COMMA 2, LETT. F), T.U.II.RR.

*Pasquale Sandulli **

1. – Il tema da me scelto per questa occasione richiede una preliminare riflessione circa la collocazione di una tale problematica nel contesto generale individuato dagli organizzatori di questo evento.

Notoriamente, il Welfare aziendale, disposto in via del tutto prevalente dall'autonomia collettiva, è regolato, in chiave fiscale, dall'art. 51, comma 2, t.u.ii.rr., mediante agevolazioni di vario tipo. Esso deriva, tra l'altro, e ne costituisce sviluppo, dalla introduzione, fiscalmente assistita, di premi di produzione/rendimento, volti a fronteggiare le crisi legate alla insufficiente capacità produttiva e correlata inadeguatezza degli assetti produttivi secondo un processo evolutivo, sintetizzabile nella formula della affezione alla comunità di lavoro; e tuttavia, anche e seppure molto indirettamente, per correggere certe distorsioni di una politica retributiva al ribasso.

Il tema del welfare aziendale risponde dunque bene, e nonostante una relativa marginalità, alle caratteristiche che definiscono il tema generale, scelto dagli organizzatori per fare omaggio ad Antonio Vallebona.

2. – Occorre subito porre attenzione alla denominazione adottata ormai da qualche tempo, con evidente effetto accattivante, volta ad individuare e poi aggregare un complesso di interventi atti ad incidere sul complessivo trattamento, economico e non solo, dei lavoratori dipendenti; ma questa formula ha trovato spazio con significativi assestamenti anche nell'ambito del lavoro autonomo, e specialmente libero professionale¹, il cui

* Già ordinario di Diritto del lavoro – Università “Sapienza” di Roma.

¹ Basti pensare ai programmi di Welfare passivo, ed ora anche di Welfare attivo, messi

fattore comune è (a parte la previsione della lett. a) dell'art. 51 cit.) quello della progressiva espansione di vantaggi fiscali, modesti – se singolarmente considerati –, la cui sommatoria sta assumendo una relativamente sostanziosa rilevanza nell'ambito delle situazioni reddituali di minore entità.

Questo eterogeneo pacchetto di misure fiscali, “affastellate”², è destinato a contrapporsi alla logica onnivora caratterizzante l'affermazione – al termine di un processo osmotico fra giurisprudenza e legislazione, nel d.lgs. n. 314/1997 – del criterio di onnicomprensività, seppure relativa, di retribuzione imponibile fiscale ed anche previdenziale. L'erosione del criterio di onnicomprensività (pur limitato, si ripete, ad un ambito/percentuale reddituale modesto) si pone in una linea anticipatoria, a ben guardare, del tentativo di dare avvio a manovre di riduzione del c.d. cuneo fiscale³.

3. – Questo dato consente di prospettare una connotazione del welfare aziendale in termini di diretta corrispettività fra la prestazione lavorativa resa ed il complesso degli elementi che concorrono alla definizione dei contenuti, appunto, del Welfare aziendale, variamente articolato nell'ambito del ricordato comma 2 [lett. a) *previdenza ed assistenza di primo e secondo livello*, lett. c) *vitto*, d) e d-bis *trasporto*, f) *secondo la previsione dell'art. 100 del medesimo t.u.ii.rr* – su questa lettera si accentrerà l'attenzione nella fase finale di queste riflessioni –, f-ter e *quater assistenza a familiari anziani e soggetti non autosufficienti*]. Il momento genetico di questa esperienza, costituito dalla adozione di meccanismi incentivanti la ricerca e l'intensificazione dei parametri di produttività, insieme con l'adozione almeno formale di strumenti volti al controllo dell'effettivo conseguimento del risultato di nuovi assetti organizzativi (per evitare possibili appiattimenti nel processo distributivo delle risorse destinate a questa funzione incentivante), è intrinsecamente caratterizzato dalla logica della puntuale rispondenza al percorso di valorizzazione del parametro della qualità, fin

a punto dagli enti di previdenza privati per i liberi professionisti destinati ad incentivare la professione, a sostenere la famiglia e ad integrare le prestazioni del S.S.N. si tratta, nel caso, di atti di autonomia negoziale unilaterale e non bilaterale, frutto di delibere dei vari enti, siano essi fondazioni siano associazioni.

² È questo il termine utilizzato da V. FILÌ, *Il ruolo del welfare privato nel sistema di sicurezza sociale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 4, 2022, p. 595 ss., e qui p. 605: a questo saggio rinvio per ulteriori preziose indicazioni e per una importante bibliografia.

³ Nel frattempo consolidatisi nella legge di bilancio per il 2025.

dall'inizio presente nella formula dell'art. 36, comma 1, Cost.: un parametro lungamente trascurato a tutto vantaggio di quello quantitativo, pure esso – notoriamente – presente nella disposizione madre testé ricordata, ed oggi declinante almeno nella originaria concezione.

Su questo percorso si è innescata l'idea di utilizzare la leva fiscale al fine di spingere l'acceleratore nella direzione della valorizzazione qualitativa della prestazione lavorativa, con più o meno esplicito obiettivo di assecondamento a seconda delle inclinazioni del legislatore pro tempore.

La variegatezza nella destinazione delle somme a diversificati obiettivi ha avuto lo scopo di rendere più attraente l'articolazione del Welfare aziendale.

Ma proprio perché la fascinosa attrazione di questo termine finisce talvolta per coprire semplici benefici fiscali di portata individuale, ammantandoli della valenza sociale che il termine ha acquisito nel momento in cui esso ha etichettato le iniziative previdenziali – solidaristiche o anche solo mutualistiche – occorre indagare sulla loro reale collocazione nel quadro della distribuzione/ripartizione delle risorse: si intende, quelle complessivamente destinate a compensare il fattore lavoro all'esito del processo produttivo, distinguendo ciò che è corrispettivo diretto in forma pecuniaria da ciò che, pur corrispettivo, assume altre forme – in natura o in servizi – orientate da una sorta di paternalismo fiscale. Questo in particolare (vedi *infra*) con riferimento alla lett. f) del comma 2, che parla di *educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto*, con, talvolta, una ripetizione del parametro di riferimento rispetto ad altre lettere del comma 2.

4. – Per evitare di essere frainteso, dichiaro subito che questa mia riflessione non intende contrastare l'utilizzazione del termine Welfare in combinazione con l'aggettivo aziendale (che non coincide, però, con l'ambito del c.d. secondo Welfare), e tanto meno le concrete iniziative che sotto questa denominazione vengono assunte per migliorare il benessere dei lavoratori beneficiari.

Si tratta, piuttosto, di valutare il senso di questa differenziata utilizzazione del termine variamente qualificato anche al di fuori del mondo del lavoro, che ha finito per lanciare la distinzione fra Welfare lavoristico e Welfare non lavoristico, di cui è preclara espressione il Welfare comunitario⁴ o anche

⁴Cfr. L. D'ARCANGELO, *Welfare di comunità e sostenibilità sociale – Inquadramento e*

collaborativo derivante dalla previsione dell'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017⁵. Il punto è che nella sua originaria accezione – avendo comunque presente che il termine italiano risponde alla logica del conseguimento del *benessere* di ciascun individuo⁶ come risultato di iniziative mutualistiche e solidaristiche – esso è specificamente riferito all'azione sociale dello Stato, nella sua articolazione a carattere universale rispondente alle indicazioni dei primi due commi dell'art. 38 Cost., con la notoriamente diversificata attenzione al lavoro dipendente ed, oramai da tempo, anche autonomo, in un ambito che si connota per specifiche caratteristiche delle modalità di attribuzione dei benefici.

Intendo così sottolineare l'esigenza di non confonderle con le forme di welfare che rispondono alla necessità di fronteggiare situazioni caratterizzate da margini di incertezza nella verifica dell'evento preso in considerazione, in quella logica evolutiva sintetizzata nel passaggio dal rischio al bisogno ed in termini di risparmio previdenziale, di cui si fece promotore ed antesignano Francesco Santoro Passarelli nella sua ben nota prolusione romana: esse trovano la loro consacrazione nella ricordata norma costituzionale dell'art. 38, comma 2 (ed ivi il riferimento ai “mezzi adeguati”), che impongono la predisposizione di strumenti appropriati di intervento assicurativo e/o finanziario, fondati all'inizio sulla mutualità ed ora sempre più sulla solidarietà; ciò indipendentemente dalla propensione personale al risparmio individuale e dalla adeguatezza del reddito da lavoro, che dovrebbe essere la regola, secondo la previsione dell'art. 36, comma 1, Cost.

5. – La storia del Welfare si intreccia con l'azione sindacale in svariate modalità. Ciò vale anche per il Welfare pubblico, secondo la nota formula della legislazione (in senso ampio) negoziata. Ma, come detto, non mi oc-

prospettive evolutive, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 2, 2022, p. 209 ss.; ma, già prima della emanazione della normativa sul Terzo Settore, della stessa A., *Welfare di comunità e inclusione sociale*, nella stessa *Rivista*, n. 1, 2015, p. 31 ss.

⁵Cfr. il 1° rapporto EURICSE, *Il nuovo Welfare collaborativo in Italia: Co-programmazione e co-progettazione come strumenti di innovazione del welfare locale*: ivi una sintetica illustrazione delle varie formule in cui si realizza una significativa porzione dell'attività del Terzo Settore.

⁶Per una significativa tappa di ripresa, nel secondo dopoguerra, degli studi economici in materia, cfr. la raccolta di saggi a cura di F. CAFFÈ, *Saggi sulla moderna “economia del benessere”*, Giappichelli, Torino, 1956, *passim*.

cupo di questo profilo, sebbene alcune occasioni regolative evidenzino l'influenza sindacale nella soluzione di situazioni di crisi (si pensi all'enorme sviluppo degli ammortizzatori sociali).

Concentro l'attenzione sugli atti di autonomia privata bilaterale (contratto collettivo) o anche unilaterale (regolamentazione) volti a migliorare il benessere dei cittadini/lavoratori, a parte il già evidenziato rischio di ambiguità di una terminologia che copre confusamente non tanto situazioni diverse fra loro – che ci può stare – quanto, da un lato, bisogni meritevoli di protezione dall'esterno, dall'altro esigenze esistenziali più o meno ordinarie, da fronteggiare con retribuzione adeguata o almeno sufficiente, come ritengo di poter dire rispetto alla casistica della lettera f, che assume a riferimento esigenze e relative spese per *educazione, istruzione, ricreazione, o culto*: volutamente ho omissso *assistenza sociale e sanitaria*.

Nell'ulteriore processo di delimitazione del Welfare in funzione dell'emersione dei relativi strumenti come possibile rimedio delle crisi economiche, vanno esclusi anche quegli interventi che hanno affiancato, fino ad immedesimarsi teleologicamente (Corte Cost. n. 393/2000), le iniziative pubbliche volte a realizzare gli obiettivi del comma 2 dell'art. 38 Cost.: manca infatti la finalizzazione al superamento delle crisi economiche, posto che in esse dominano le finalità eminentemente sociali condensate nella notissima formula di liberazione dal bisogno. Ciò, anche se non mancano spunti volti a dimostrare il prodursi di rilevanti effetti economici delle scelte del sistema previdenziale, e financo del sistema assistenziale: si pensi all'impatto del RdC, positivo, se letto in termini di lotta alla povertà e negativo, se letto in termini di induzione a scelte di inerzia lavorativa.

6. – Le opzioni dell'ordinamento giuridico volte al progressivo restringimento delle iniziative aziendali rispetto alle misure private di Welfare tradizionale (emblematica la interdizione del ricorso all'utilizzazione dell'art. 2117 c.c. rispetto ad iniziative in ambito pensionistico, con più o meno evidenti riflessi psicologici negativi anche in ambito sanitario), registrano da qualche tempo il diffuso ricorso allo strumento del Welfare aziendale in funzione anti crisi economica, secondo una linea di svolgimento, che richiede – a fronte di un impetuoso sviluppo di iniziative, talvolta legate a circostanze eccezionali (pandemia, guerre) – un ragionevole tempo di riflessione per la loro opportuna sistemazione.

Qui interessano, già accennate in apertura, due finalità, e corrispondenti linee di svolgimento, del Welfare aziendale, che – sotto la comune denominazione – orientano la scelta di lavoratori e imprese sia verso una politica di riassetto organizzativo per l'efficientamento della produzione, con l'auspicata valorizzazione del criterio del coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti nel processo produttivo, sia verso una, delicata se non proprio discutibile, scelta politica di incentivazione di determinati consumi: con possibili distorsioni delle regole di mercato e comunque con finalità estranee alla logica del sostegno.

Queste due linee, destinate del tutto fisiologicamente ad incrociarsi in più di una situazione, meritano di essere valutate in una prospettiva di razionalizzazione, sia per potenziarne le applicazioni, sia per scartare talune estensioni atte a mettere in dubbio l'autenticità dei valori ispiratori: non casualmente l'Agenzia delle Entrate si è dimostrata sempre molto attenta alla possibile utilizzazione in chiave elusiva del criterio della onnicomprensività fiscale e contributiva della retribuzione, ma penso anche all'impatto a macchia d'olio che le diverse condizioni personali dei lavoratori possono determinare nell'uso dei benefits, anche se la formula di chiusura della possibile destinazione a forme pensionistiche complementari o integrative sanitarie può fortemente attenuare questo rischio; penso ancora alla idoneità dello strumento concettuale del contratto collettivo gestionale. Di più, guardando al dibattito politico sindacale di questi giorni, non vi è dubbio che la determinante presenza di incentivi fiscali merita di essere considerata (al di là della relativa esiguità delle misure consentite) nel quadro del già ricordato profilo di revisione dell'impatto del cuneo fiscale e contributivo.

7. – Il valore del modello di protezione sociale è testimoniato dalla previsione di un regime fiscale di favore del prelievo contributivo, salva l'imposizione delle prestazioni erogate all'atto del verificarsi dell'evento: un favore riconosciuto in misura totale per la contribuzione al sistema di base, così come riconosciuto anche, ma entro limiti predeterminati, nel regime complementare o integrativo. Al che si aggiunge il noto processo di universalizzazione delle misure di protezione sociale.

Queste brevi, scontatissime considerazioni devono aiutare a dare una corretta collocazione alla dilagante fioritura di vantaggi che scaturiscono oramai dalla negoziazione collettiva (finalmente abilitata dopo le iniziali limitazioni ed incertezze: vedi *infra*, note 8 e 9) nel contesto dell'articolazione delle componenti retributive a destinazione orientata. con questa espressione intendo una sorta di sollecitazione a distrarre quote più o me-

no modeste alla libertà di scelta del lavoratore/consumatore. Con effetti anche sulla implementazione del consumo di determinati beni, e correlato sostegno ai rispettivi produttori, con potenziale alterazione, come già evidenziato, degli ordinari flussi di acquisto.

8. – Non è questa la sede per entrare nei dettagli di operatività del Welfare aziendale, a cominciare dalla già segnalata maldestra lettura originaria delle norme fiscali, originariamente intese come applicabili solo agli interventi disposti unilateralmente dal datore di lavoro, e non anche a quelli oggetto di accordo sindacale. Avendo poi attenzione alle alterne vicende con cui si è realizzato il processo di assestamento delle voci fiscalmente ammesse (art. 100, comma 1, tu.ii.rr.), od infine alla prospettiva residuale di destinare a pensioni complementari o sanità integrativa le somme disponibili perché non utilizzate nell'ambito dei piani aziendali, sebbene proprio quest'ultima ipotesi realizzi (vedi *infra*) una vera e propria commistione fra i modelli di welfare.

La riflessione finale di questo mio intervento si concentra sull'esigenza di cogliere i profili distintivi delle varie iniziative di Welfare in ragione proprio delle scelte agevolative del Fisco, secondo una classificazione che consenta la loro puntuale collocazione nel complesso panorama dei vantaggi fiscali.

Ferma la previdenza di base (con l'assimilazione a tributo come da d.l. n. 314/97 ss.mm.), e la consolidata oramai delimitazione originaria, solo tramutata da lire in euro per il secondo livello pensionistico e sanitario, per tutte le altre iniziative di Welfare si pone il problema di una corretta valutazione del beneficio fiscale, specialmente in ragione, come sopra accennato, della predicata adozione in via strutturale e non più congiunturale, di misure generalizzate di contenimento del cuneo fiscale e previdenziale, con effetti di duplicazione del vantaggio fiscale meritevoli per lo meno di una rivasitazione.

9. – Per le modalità con cui si è sviluppato e si sta espandendo il welfare aziendale si pongono, dunque, taluni interrogativi di ordine sistematico, indipendentemente dalla circostanza che le scelte adottate in questi ultimi dieci anni siano risultate complessivamente positive, e soprattutto molto apprezzate dagli operatori.

Punto di partenza per queste riflessioni finali è l'analisi della norma fiscale, che evidenzia chiaramente una sorta di pigrizia del legislatore: se è ragionevole supporre che il welfare aziendale trovi la sua fonte essenzialmente nella contrattazione collettiva, non si comprende come mai il legisla-

tore abbia ritenuto di mantenere formalmente, secondo una non commendevoles, tecnica di stratificazione normativa, l'originario profilo generativo del welfare aziendale, come fenomeno di prevalente regolamentazione unilaterale.

Il Welfare aziendale di origine contrattuale, del tutto prevalente ormai nell'attuale economia del sistema, inizialmente privo di sostegno fiscale, se addirittura non ostacolato dalla originaria limitazione del beneficio ai soli atti volontari ed unilaterali del datore di lavoro⁷, risulta ora fiscalmente regolato attraverso una norma interpretativa⁸; orbene, l'art. 51, comma 2, lett. f), come interpretato, dispone ancora, al fine di identificare le spese deducibili a titolo di welfare, un rinvio all'art. 100, dove sono menzionati solo "le spese ... volontariamente sostenute": laddove sarebbe bastata una semplice scelta di concentrazione delle due norme in questione.

Ma la pigrizia del legislatore assume un ulteriore e forse grave spessore se si considera l'elenco degli obiettivi di cui all'art. 100, comma 1, t.u.i.r.r., al quale, con discutibile logica di secondarietà, l'art. 51⁹ rinvia: si tratta specificamente delle "finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto", che in qualche caso coincidono con finalità di altre lettere dello stesso art. 51, comma 2, (vedi lett. f-bis), pur con ambiti soggettivi diversi: è il caso delle spese per educazione ed istruzione. Già questa circostanza dovrebbe indurre il legislatore ad una riconsiderazione complessiva delle varie ipotesi e tipologia di erogazioni. Ma vi è di più: se deve ritenersi non essenziale, ed anzi sconsigliabile, che il legislatore in questa materia adotti formule definitorie del fenomeno in sé del welfare

⁷ V. FILÌ, *Il ruolo del Welfare privato*, cit., pp. 606-607, ci ricorda che "l'effetto di tale discutibile criterio è stato quello di costringere i datori di lavoro più lungimiranti ad agire *formalmente* d'iniziativa propria (per rispettare il requisito della volontarietà della elargizione), ma *sostanzialmente* con una implicita condivisione delle organizzazioni sindacali di categoria, che ... hanno colto positivamente le ricadute delle strategie di *welfare* aziendale".

⁸ La legge n. 232/2016 ha disposto (con l'art. 1, comma 162) che "Le disposizioni di cui all'articolo 51, comma 2, lettera f), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al d.P.R. n. 917/1986 come modificate dalla l. n. 208/2015 si interpretano nel senso che le stesse si applicano anche alle opere e servizi riconosciuti dal datore di lavoro, del settore privato o pubblico, in conformità a disposizioni di contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale".

⁹ Comma 2, lett. f): l'utilizzazione delle opere e dei servizi riconosciuti dal datore di lavoro volontariamente o in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale, offerti alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti e ai familiari indicati nell'art. 12 per le finalità di cui al comma 1 dell'art. 100.

aziendale, così come è inopportuno che esso delimiti in termini oggettivi e contenutistici le singole finalità, quanto meno una attenta riconsiderazione avrebbe meritato la finalità di ricreazione: da un lato si rischia di esporre il sistema ad un eccesso di indeterminatezza nelle erogazioni praticabili, da altro lato sembra richiedersi un qualche aggiornamento alla luce della valorizzazione costituzionale dello sport (art. 33 Cost., ult. comma), che dunque meriterebbe una specifica menzione.

Sono soltanto degli spunti, ma, confido, che riescano in qualche modo a stimolare il legislatore ed anche gli agenti contrattuali ad affrontare un riordino complessivo della materia del Welfare aziendale nel contesto di un regime fiscale e contributivo della retribuzione in termini alleggeriti e ragionevoli ¹⁰.

¹⁰ Si tratta di un auspicio comune a pressoché tutti i saggi in materia, molto bene sintetizzato nel periodo finale del citato contributo di V. Filì.

MODELLI DISPOSITIVI DELL'AUTONOMIA COLLETTIVA E DIRITTI INDIVIDUALI

Francesco Santoni *

1. – Sono grato agli organizzatori di avermi invitato a partecipare a questo incontro in onore di Antonio Vallebona, giurista colto e operoso, al quale sono legato da una antica amicizia avendo condiviso con lui una visione analoga del diritto del lavoro e dei metodi di ricerca.

Il tema del dibattito sul rapporto tra contratto collettivo e legge non può prescindere dalla considerazione dei modelli di negoziazione collettiva che non assolvono ad una mera funzione normativa. Una tematica che è stata oggetto di approfondite e significative riflessioni proprio da parte di Antonio Vallebona, fra cui in particolare va ricordata la relazione da lui presentata a Milano nel 1997 in occasione del XII Congresso nazionale dell'AIDLASS.

In quella sede fu dibattuta infatti la questione del potere dispositivo dei diritti dei lavoratori negli accordi sindacali gestionali, legati essenzialmente all'affermazione di una contrattazione ablativa non più rivolta al miglioramento delle condizioni economiche e normative dei lavoratori come nella tradizione del movimento sindacale.

Come ampiamente esaminato da Vallebona, il modello del contratto collettivo gestionale era stato utilizzato, a quell'epoca, nei processi di ristrutturazione delle aziende in crisi, affidandosi ai sindacati il compito di attenuarne l'impatto negativo sui lavoratori occupati nell'impresa. Peraltro, il potere di intervento del sindacato era stato previsto in numerose disposizioni di legge, dove si tendeva a distinguere fra accordi che definivano l'intervento sindacale nella fase procedimentale relativa alla formazione della decisione imprenditoriale e quelli che vincolavano gli atti di esercizio dei poteri datoriali con riflessi specifici sulle posizioni dei singoli lavoratori. In

* Professore emerito di diritto del lavoro – Università di Napoli “*Federico II*”.

quest'ultimo caso, si poneva pure la questione dell'efficacia soggettiva degli accordi, prospettandosi una loro diversa collocazione tipologica rispetto ai normali contratti collettivi ad efficacia normativa.

Non per caso, si era affermata in dottrina una opinione divergente sulla natura giuridica del contratto collettivo fondata sulle sue diversificazioni causali, osservandosi come le intese sindacali potevano assumere una funzione diversa da quella normativa, poiché con l'accordo gestionale non venivano regolati gli interessi dei singoli prestatori nell'assetto dei futuri rapporti di lavoro quanto piuttosto l'interesse generale del sindacato alla salvaguardia dei livelli occupazionali e di reddito. Con la conseguenza che la questione della loro efficacia soggettiva veniva posta in modo diverso rispetto ai contratti collettivi a contenuto acquisitivo.

Ad una conclusione di una efficacia generalizzata dei contratti gestionali si opposero, tuttavia, quanti negavano ogni diversità funzionale tra i diversi tipi di contratti collettivi, ritenendosi che la moltiplicazione delle funzioni riconducibili alle intese sindacali non avrebbe mai potuto implicare una loro diversificazione causale tale da indurre a configurare una tipologia del tutto autonoma, anche perché l'attività negoziale con la quale il datore di lavoro dispone del proprio potere organizzativo non è diversa da quella con cui vengono regolate le normali condizioni di lavoro, oggetto del contratto normativo.

Né potrebbe assumere rilievo il riferimento alla "*procedimentalizzazione*" delle prerogative imprenditoriali in virtù della quale il datore accetta i limiti ai propri poteri organizzativi derivanti dall'accordo, con la conseguenza che il loro esercizio verrebbe ad incidere solo di riflesso sulle posizioni individuali. Peraltro, la funzione gestionale del contratto collettivo non potrebbe pregiudicare l'autonoma capacità dei singoli di azionare in giudizio i propri diritti nei confronti del proprio datore anche senza la mediazione sindacale. Se è vero infatti che la legge affida alle organizzazioni sindacali il potere di rappresentare gli interessi dei lavoratori, tuttavia non sussiste alcuna disposizione che autorizzi a ritenere che il singolo lavoratore non possa contestare la legittimità di atti dai quali possa derivargli un pregiudizio e far valere, in tal modo, le eventuali omissioni o inesattezze che abbiano determinato una falsa o incompleta rappresentazione della realtà tale da incidere sulla correttezza e sulla validità dei provvedimenti adottati.

2. – Al fine di giustificare l'efficacia generalizzata degli accordi gestionali fu posta in rilievo la circostanza che gli stessi venivano in genere stipulati

dai sindacati più rappresentativi, cui fanno capo la maggioranza dei lavoratori nel complesso sindacalizzato, i quali perciò furono ritenuti titolari dell'asserito potere di regolare un interesse collettivo indivisibile, riferibile indistintamente a tutti i lavoratori. Anche se la teoria della indivisibilità dell'interesse collettivo non tiene conto dell'orientamento, più realistico, che esclude l'efficacia dell'accordo nei riguardi di quei prestatori non aderenti ai sindacati stipulanti soprattutto quando tale accordo contenga solo disposizioni peggiorative di una precedente disciplina collettiva.

Inoltre, la conclusione secondo la quale il contratto collettivo stipulato dai sindacati maggioritari sarebbe vincolante per tutti si imbatte nel limite più generale della libertà sindacale, che ammette il potere del singolo di sottrarsi agli effetti di un contratto collettivo di diritto comune in assenza del vincolo associativo ed in mancanza di una specifica disposizione di legge finalizzata ad una generalizzazione della sua efficacia soggettiva, finora auspicata ma mai emanata.

La stessa soluzione indicata più recentemente in alcuni accordi interconfederali di considerare validi e vincolanti per tutti i lavoratori quei contratti collettivi di volta in volta approvati dalla maggioranza delle rappresentanze sindacali elette appare di incerto fondamento poiché siffatta alternativa, per quanto apprezzabile sul piano intersindacale, assume una limitata efficacia giuridica in quanto gli accordi interconfederali, come tutte le previsioni di carattere negoziale, possono vincolare soltanto le parti che li hanno siglati, ma non le singole associazioni di categoria né i sindacati aderenti alle confederazioni non firmatarie.

Su tale specifico profilo, permangono quindi le tradizionali incertezze interpretative, cui neppure i recenti interventi legislativi hanno potuto offrire soluzione. A prescindere dall'estensione o meno anche ai contratti aziendali della disciplina dettata dalla seconda parte dell'art. 39 Cost., costituisce del resto un dato consolidato nella giurisprudenza, anche costituzionale, che la loro efficacia debba essere comunque conciliata, da un lato, con il limite invalicabile del principio fondamentale di libertà sindacale garantito dal primo comma dello stesso art. 39 Cost. e, dall'altro lato, collocata nel nostro sistema giuridico che resta fondato esclusivamente sui principi privatistici della rappresentanza negoziale, e non legale o istituzionale, delle organizzazioni sindacali. Con la conseguenza che l'efficacia soggettiva delle intese, anche aziendali, dovrebbe permanere vincolante per i soli lavoratori che aderiscono all'organizzazione stipulante, ovvero ne condividano, tacitamente od espressamente, il contenuto.

3. – La previsione di trattamenti deteriori con clausole fortemente limitative delle posizioni dei singoli lavoratori si è posta pure nei riguardi dell'art. 8, legge n. 148/2011, volto a favorire gli accordi c.d. di prossimità. Anche questo modello, ampiamente analizzato da Antonio Vallebona, si fonda sul principio maggioritario, prevedendo una efficacia soggettiva generalizzata dei contratti aziendali o territoriali stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale oppure dalle loro rappresentanze aziendali, purché sottoscritti *«sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali»*.

L'intento del legislatore è stato quello di attribuire alla contrattazione decentrata alcune prerogative in ragione della maggiore vicinanza agli interessi delle parti sindacali e della stessa azienda, così evocando un criterio di competenza e di specialità già ritenuto nel passato rilevante per giustificare eventuali soluzioni derogatorie.

Il risultato profilato dall'art. 8, tuttavia, prospetta la possibilità non solo di derogare alla contrattazione nazionale ma anche ad una gamma di disposizioni legislative, con salvezza dei soli vincoli derivanti dalla costituzione e dalle normative comunitarie e internazionali sul lavoro; questi ultimi ritenuti tali da porre un argine insormontabile alla facoltà derogatoria, tenuto conto che molta parte del diritto del lavoro costituisce ormai attuazione di principi costituzionali e di obblighi internazionali e comunitari.

Un ulteriore limite è stato ravvisato nella loro immediata funzionalizzazione agli obiettivi indicati dalla norma, quali maggiore occupazione e qualità dei contratti di lavoro, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività, in maniera tale da porre in rilievo la stessa causa dell'intesa con le relative conseguenze sulla validità e sul regime dell'atto negoziale.

Tuttavia, ancorché la finalità di introdurre elementi di flessibilità regolativa sia stata ritenuta compatibile con la tradizionale funzione della norma inderogabile nei contratti di lavoro, soprattutto per non ostacolare l'opportunità di nuovi investimenti ed occupazione e per migliorare la produttività aziendale specie nei settori del mercato del lavoro più marginali, nondimeno numerose incertezze interpretative sono state sollevate sull'art. 8, legge n. 148/2011, sia con riferimento a talune improprietà tecniche, sia con riferimento ad aperture ritenute implicite verso il superamento delle fondamentali tutele dei lavoratori.

Ulteriori perplessità sono state ravvisate pure nel fatto che molti degli istituti richiamati dalla norma, quale oggetto di possibili intese modificati-

ve, risultano garantiti da sanzioni amministrative e penali. Ed ancora si è invocata la circostanza che l'accordo derogatorio espliciti talora i propri effetti anche verso i terzi estranei alle intese e senza che questi abbiano partecipato alla trattativa, come può avvenire con riferimento al regime di solidarietà negli appalti o nelle ipotesi di ricorso alla somministrazione di lavoro.

4. – La questione dei contratti di prossimità va pure riconsiderata alla stregua del decreto delegato n. 81/2015 attuativo della legge n. 183/2014, che contiene, all'art. 51, una disposizione che non solo tende a sottrarre le intese sindacali dalla necessaria prossimità all'azienda ma che pone sullo stesso piano gli accordi nazionali con quelli territoriali ed aziendali, moltiplicandone, tra l'altro, il raggio di azione non richiedendo più per la contrattazione decentrata alcuna delega specifica del livello "nazionale".

Tutto ciò induce a ritenere che il legislatore abbia inteso ridimensionare la prossimità, come avvenuto con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78, che ha eliminato le causali per la conclusione del contratto a termine, con la disciplina dell'art. 2013 c.c. nella formulazione modificata dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015 e con l'art. 4, legge n. 300/1970, novellato dall'art. 23, d.lgs. n. 151/2015, che ne ha escluso l'applicabilità qualora si tratti di impianti idonei a rendere la prestazione di lavoro o a verificare gli accessi e le presenze in azienda.

Si tratta di materie già ricomprese nel raggio di applicazione dell'art. 8, ora superato dalla nuova disciplina di legge che impatta in termini restrittivi, anche soltanto per i profili di successione temporale se non proprio in termini implicitamente abrogativi, rispetto alla contrattazione collettiva di prossimità. D'altra parte, ove si consideri la portata generale ed astratta dell'art. 8, e la coerenza interna della norma rispetto al percorso evolutivo del quadro normativo di riferimento, potrebbe riconoscersi ancora una loro persistente rilevanza significativa rispetto ai nuovi profili di disciplina delineati dal d.lgs. n. 81/2015, presumibilmente, per gli ambiti regolatori affidati esclusivamente alla contrattazione di livello nazionale e non a quello di secondo livello.

5. – La sopravvenienza dell'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, ha avuto invece innegabili riflessi sul modello gestionale dei contratti di solidarietà, in ragione della previsione contenuta nell'art. 21, comma 5, d.lgs. n. 148/2015, secondo la quale il contratto di solidarietà va ricondotto fra le ipotesi regolate dallo stesso art. 51.

Nel caso del contratto di solidarietà, l'intesa sindacale a livello aziendale è da tempo oggetto di tipizzazione legislativa proprio per favorire i processi di trasformazione dell'organizzazione produttiva con il ricorso alla cassa integrazione guadagni, fungendo da presupposto per attivare la causa integrabile.

I contratti di solidarietà si discostano del resto dagli altri accordi con funzione gestionale per una disciplina soggetta ai limiti temporali di durata ed ai parametri di congruità sulla percentuale della riduzione dell'orario di lavoro e sul numero di lavoratori interessati, nonché per la loro interdipendenza con i provvedimenti amministrativi di ammissione al trattamento integrativo salariale. A tal proposito, occorre ricordare che il contratto di solidarietà esplica efficacia nei confronti dei lavoratori proprio perché si colloca all'interno di una fattispecie procedimentale complessa che si conclude con il provvedimento ministeriale di ammissione all'integrazione salariale. Così, il provvedimento concessorio assume natura costitutiva del potere di sospensione dei rapporti individuali e al tempo stesso è fonte della deroga al diritto comune. Pertanto, laddove manchi l'intervento della cassa integrazione, la riduzione di orario e della retribuzione, ancorché pattuita nel contratto di solidarietà, non trova alcuna legittimazione. E ciò è ancor più evidente nella nuova configurazione giuridica del contratto di solidarietà difensivo, operata dal d.lgs. n. 148/2015, quale causale specifica di intervento della cassa integrazione straordinaria.

6. – Quanto al rapporto tra l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, ed altre fattispecie di contratti gestionali si deve necessariamente tenere conto sia delle abrogazioni espresse contemplate nell'art. 55 dello stesso decreto, sia della circostanza che l'art. 51 stabilisce una regola da applicare in combinato con le altre disposizioni presenti nello stesso decreto legislativo. Pertanto, avendo il legislatore previsto in tale norma un criterio di selezione dei contratti collettivi abilitati a dare attuazione ai rinvii legislativi interni al decreto, se ne deve dedurre la sopravvivenza di tutte le altre disposizioni, esterne al provvedimento, che attribuiscono alla contrattazione collettiva funzioni gestionali, quali in particolare in materia di misure alternative alle eccedenze di personale, di criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, di trasferimenti di aziende in crisi. In tali casi, infatti, le tecniche di rinvio legislativo operano in maniera tipizzata sia con riguardo alla selezione dei livelli e degli agenti contrattuali cui affidare le specifiche competenze derogatorie, sia con riguardo alle materie specificamente delegate.

7. – Quanto infine alle limitazioni di principio che si possono opporre al potere derogatorio del sindacato, un rilievo problematico assume il rinvio contenuto nell'art. 2, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 81/2015, alla contrattazione collettiva, qui individuata negli accordi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di non applicare la disciplina del rapporto di lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate «*in ragione di particolari esigenze produttive e organizzative del relativo settore*» e a condizione che siano previste discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo.

Si tratta di una opzione già desumibile per qualche verso dall'art. 8, legge n. 148/2011, che tendeva a non escludere, nello spettro derogatorio attribuito alla contrattazione aziendale, la disponibilità del tipo normativo con la creazione di sottotipi connotati da un minore apparato protettivo.

La soluzione profilata nel d.lgs. n. 81/2015 si colloca pertanto nella stessa linea di tendenza, anche se non si tratta qui di stabilire se tale scelta sia collegata alla necessità di mantenere attivo il ruolo delle parti sociali nella gestione delle tipologie contrattuali, con la riconosciuta facoltà di identificare nei vari contesti produttivi le concrete forme di collaborazione riconducibili all'art. 2, ovvero se la stessa scelta sia costruita come potere delegato dell'autonomia collettiva di identificare statuti protettivi alternativi.

Tuttavia, pur non potendo escludersi che lo spazio riservato in tale ambito alla contrattazione sindacale possa essere utilizzato per garantire un processo di graduale armonizzazione fra regimi giuridici differenti, non può ignorarsi che la soluzione di utilizzare l'autonomia sindacale per ipotizzare statuti diversificati di protezione si imbatte nel costante orientamento della Corte Costituzionale sulla indisponibilità del tipo, che tende a censurare l'esclusione dall'ambito delle tutele del lavoro dipendente di quei rapporti che consentano di ravvisare gli elementi della fattispecie legale tipica.

CRISI ECONOMICHE ED ESIGENZE DI RIPRESA E SVILUPPO: UNO SGUARDO SUGLI ASSETTI PIÙ RECENTI E SULLE PROSPETTIVE DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Rosario Santucci*

1. Focus dell'intervento

Il tema di questa seconda parte della giornata (come quello della prima) è di ampio respiro. È giusto così perché si omaggia il professore Antonio Vallebona, che ha spaziato, con le sue analisi, nel panorama giuslavoristico, in modo notevole e autorevole.

In questo breve intervento, si offre qualche osservazione in merito allo stato dell'arte e alle prospettive della contrattazione collettiva e, a ben vedere, del sistema sindacale.

Si considera noto che le relazioni industriali siano caratterizzate da forze e/o debolezze degli orientamenti o dei diversi approcci, in quanto si registra, dalla prima metà degli anni '60, quando è nato il "sistema" delle relazioni industriali, l'altalenante o concomitante modellistica relazionale tra le parti sociali e/o con il governo e il pluralismo dei modelli tra legge e contrattazione collettiva¹. L'autonomia collettiva, specie a partire dalla me-

*Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università del Sannio di Benevento.

¹ Analisi generali recenti sull'evoluzione della contrattazione collettiva sono reperibili in M. MIRACOLINI, *Legge e contrattazione collettiva nel tempo delle crisi*, Giappichelli, Torino, 2022; G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 120 ss. (l'autore ricorda l'affermazione di G. Giugni secondo cui il contratto collettivo si può studiare solo se lo si considera come il risultato della contrattazione collettiva; l'approccio di G. Giugni, oltre che dai suoi scritti, è delineato nell'intervista del 1992 a cura di P. ICHINO, già in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 431 ss., ripubblica-

tà degli anni '70, si è trovata coinvolta nelle crisi economiche (prevalentemente) e nelle esigenze di ripresa e sviluppo sia per scelta del tutto autonoma, sia perché delegata dalle disposizioni legislative, sia perché facente parte del sistema italiano di concertazione sociale (in modo più evidente negli anni '80 e '90) o di dialogo sociale (specie a partire dall'inizio del terzo millennio). Il sistema procede secondo *stop and go*, vecchi e nuovi paradigmi, influenzato fortemente dai fattori di contesto, sia pure in assenza di regolamentazioni solide sugli aspetti di fondo (rappresentatività, efficacia dei contratti) e in presenza di un forte pluralismo e di concorrenza sindacale². Un esempio recente è offerto dalle modalità di attuazione del PNRR, dove non si registrano né concertazione, né dialogo sociale, ma presenza delle parti sociali, insieme con altri *stakeholder*, ad un Tavolo permanente con funzioni consultive³.

ta da *Lav. dir. Europa*, n. 3, 2019); F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJÓ-P. TOSI-T. TREU, *Diritto sindacale*, Utet, Torino, 2018, p. 208 ss. Un notevole apporto di metodo e di merito, in continuità con studi precedenti, è stato impresso da G.P. CELLA-T. TREU, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, il Mulino, Bologna, 2009. Cfr. inoltre T. TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, 2020, p. 453 ss.; S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, Relazione alle giornate di studio Aidlass "Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario", Napoli 16-17 giugno 2016.

² Il discorso riguarda in generale il diritto del lavoro: v. da ultimo, senza pretesa di completezza, A. PERULLI-V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, Bologna 2022; D. GAROFALO, *Diritto del lavoro e sostenibilità*, in *Dir. merc. lav.*, n. 1, 2021, p. 35 ss.; A. BELLAVISTA, *Evoluzione e prospettive del Diritto del lavoro*, *ibidem*, n. 3, 2020, p. 541 ss.; B. CARUSO-R. DEL PUNTA-T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 20 maggio 2020, in csdle.lex.unict.it; A. GARILLI, *Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona*, in *Dir. merc. lav.*, n. 1, 2020, p. 8 ss.; A. SUIPIOT, *La sovranità del limite. Giustizia lavoro e ambiente nell'orizzonte della mondializzazione*, Mimesis edizioni, Milano, 2020, (a cura di A. ALLAMPRESE-L. D'AMBROSIO), spec. parte II e III; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 279 ss.; M. MOCELLA, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, ESI, Napoli, 2018; A. VALLEBONA, *Evoluzione del diritto del lavoro ed economia*, in *Mass. Giur. lav.*, n. 2, 2019, 391 ss.; F. SANTONI, *I modelli contrattuali del lavoro che cambia*, in *Dir. merc. lav.*, n. 1, 2018, p. 5 ss.; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alle giornate di studio di diritto del lavoro, Cassino 18-19 maggio 2017, reperibile nel sito dell'Aidlass (aidlass.it).

³ Sul punto cfr. per le positività: il Tavolo permanente di partenariato economico sociale e territoriale, ove sono presenti le maggiori organizzazioni rappresentative della società, insieme con le rappresentanze degli enti locali, delle regioni e delle università *ex art. 3* del decreto n. 77/2021 conv. in legge n. 108/2021, che ha funzioni consultive nelle materie e per le questioni connesse all'attuazione del PNRR; per le criticità (in effetti uno scarso

Se si osservano le intese confederali tra le parti sociali, dopo la frattura del 2009, si ricava una ripresa degli accordi unitari (2011, 2013, 2014, 2018), tesi soprattutto a fissare, con rivoluzione copernicana, le regole del gioco in materia di rappresentatività ed efficacia dei contratti collettivi e del rapporto tra livello centrale e decentrato. Ciò mostra la volontà dei soggetti sociali (soprattutto del sindacato dei lavoratori) di utilizzare ancor più il circuito dell'ordinamento sindacale per fronteggiare le nuove sfide in campo e riprendersi un potere regolativo dell'ordinamento intersindacale, inciso dai rinvii legislativi, che hanno aperto al più ampio decentramento e alla concorrenza del livello decentrato rispetto a quello nazionale e alla possibilità di accordi separati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative (v. ad es. l'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. in legge n. 148/2011; il d.lgs. n. 66/2003; l'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015)⁴.

2. Il Patto per la fabbrica del 2018 e i successivi contratti collettivi nazionali

Il Patto per la fabbrica del 2018, accanto al testo unico sulla rappresentanza sindacale del 2014⁵, costituisce un progresso ineludibile del sistema ed ha spinto le relazioni sindacali verso una stagione di rinnovi fortemente innovativi, specie nel settore industriale, dopo la crisi pandemica (v. ad esempio il contratto collettivo dei metalmeccanici e quello dei chimici).

Nell'ultimo accordo interconfederale del 2018⁶, tra gli obiettivi dell'intesa e del sistema di relazioni industriali (punto 3), le parti si propongono

coinvolgimento delle parti sociali) T. TREU, *Patto per il lavoro, contrattazione collettiva e PNRR*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 455, 2022. Sul ruolo delle parti sociali nella crisi pandemica v. da ultimo M. MIRACOLINI, *op. cit.*, pp. 16 ss. e 84 ss.; M., D'APONTE, *Le trasformazioni del diritto del lavoro per effetto della pandemia mondiale: quale sostenibilità per il diritto del lavoro?*, in *Dir. merc. lav.*, n. 1, 2022, p. 87 ss.

⁴Cfr. F. SANTONI, *Autonomia collettiva e diritti individuali nel decentramento delle fonti sindacali*, in *Dir. merc. lav.*, n. 2, 2019, p. 291 ss.; A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *Mass. Giur. lav.*, 2011, p. 682.

⁵V. L. DEL VECCHIO, *Brevi riflessioni su rappresentanza e rappresentatività sindacale (tra interventi legislativi e autoriforma sindacale)*, in *Dir. merc. lav.*, n. 2, 2020, p. 35 ss.

⁶Su cui v. F. DI NOIA, *Sul "ritrovato" dinamismo del sistema di relazioni industriali: rappresentatività e assetti contrattuali dopo l'accordo interconfederale 28 febbraio 2018*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, 2018, p. 1260 ss.; M. RICCI, *L'accordo interconfederale del 9 marzo 2018: una*

come interlocutori del sistema politico per le strategie di sviluppo, basate su formazione, ricerca e innovazione, volta a dare all'economia del Paese una crescita sostenibile e inclusiva (lett. a); tale interlocuzione è effettuata anche ritenendo necessario rafforzare le misure di un modello di relazioni industriali autonomo, innovativo e partecipativo “che sostenga la competitività dei settori e delle filiere produttive nonché il valore e la qualità del lavoro e favorisca anche attraverso la contrattazione di secondo livello i processi di trasformazione in atto ed il collegamento virtuoso fra innovazioni, produttività del lavoro e retribuzioni”. Al contratto collettivo di categoria è conservata la funzione di regolatore delle relazioni sindacali del settore, disciplinando anche le iniziative di bilateralità, in coerenza con le linee di indirizzo definite negli accordi interconfederali. Assai rilevante, nell'ambito di una tendenza internazionale alla crescita della dimensione decentrata e aziendale, risulta l'obiettivo di costruire un decentramento ma regolato, di un decentramento anche derogatorio ma circoscritto vuoi a livello confederale, vuoi delegato dal contratto nazionale. In quest'ambito si valorizza in materia retributiva il ruolo del contratto collettivo nazionale di categoria, che individuerà il TEM, il trattamento economico minimo per il periodo di vigenza contrattuale⁷, e il TEC, il trattamento economico complessivo, costituito, oltre che dal TEM, da tutti quei trattamenti economici, incluse le eventuali forme di *welfare*, che il contratto collettivo di categoria considererà comuni a tutti i lavoratori del settore, a prescindere dal livello di contratto collettivo a cui il contratto nazionale affiderà la disciplina. Il contratto collettivo di categoria dovrà “incentivare lo sviluppo virtuoso – quantitativo e qualitativo – della contrattazione di secondo livello, orientando le intese aziendali (...) ovvero quelle territoriali (...), verso il riconoscimento di trattamenti economici strettamente legati a concordati e reali obiettivi di crescita della produttività aziendale, di qualità, di efficienza, di redditività, di innovazione, valorizzando i processi di digitalizzazione e favorendo forme e modalità di partecipazione delle lavoratrici e dei lavoratori”. Oltre a valorizzare il ruolo del contratto di categoria, ma predefinendo

svolta dagli esiti incerti, in *Arg. dir. lav.*, n. 6, 2018, p. 1392 ss.; A. SARTORI, *L'accordo interconfederale del 9 marzo 2018: un preludio alla legge sindacale?*, in *Jus*, n. 3, 2018, p. 365 ss.

⁷ Il TEM potrà variare secondo le regole condivise nei singoli contratti di categoria in funzione degli scostamenti dall'indice dei prezzi dei beni di consumo per i Paesi membri dell'Unione europea, depurato dalla dinamica dei prezzi energetici secondo le valutazioni dell'Istat. Il valore del TEM può altresì essere modificato dai contratti di categoria in ragione dei processi di trasformazione e/o di innovazione organizzativa.

i caratteri della struttura della retribuzione e riassegnando alla contrattazione collettiva aziendale il compito di definire la retribuzione di produttività e/o di redditività, l'obiettivo dell'accordo è anche quello di porre la contrattazione collettiva sulla barricata dell'individuazione del salario minimo, per evitare "scippi" da parte del legislatore mediante interventi sul salario minimo legale⁸.

Inoltre tra gli ambiti delle relazioni industriali su cui intervenire (punto 6) vi è la partecipazione (lett. e). Le parti prendono atto del fatto che i cambiamenti economici, produttivi e tecnologici (che interessano il sistema industriale e manifatturiero) richiedono "coinvolgimento e partecipazione e determinano una diversa relazione tra impresa e lavoratori", fondata, nelle imprese collocate nelle filiere produttive più dinamiche e innovative, su "modalità di partecipazione ... specie con riferimento agli aspetti di natura organizzativa". S'intende estendere la partecipazione attraverso la contrattazione di secondo livello e i processi 4.0 sono considerati ideali al riguardo. Non è un'apertura in bianco alla contrattazione di secondo livello, ma è una chiamata in causa del contratto nazionale che consenta la valorizzazione dei percorsi partecipativi, che potranno estendersi anche agli indirizzi strategici dell'impresa. Da notare che il bilateralismo⁹ è diffuso già in alcuni comparti produttivi, da tempo, e la partecipazione è consolidata ad ampio raggio (artigianato¹⁰), diffusa in modo differenziato e trainata da materie nelle quali si può immaginare quasi necessaria la condivisione perché conveniente per tutte le parti in gioco.

L'approccio è confermato dai recenti rinnovi dei contratti nazionali, anche se non a largo raggio e con differenze tra le varie categorie.

⁸ Sulle problematiche si permetta il rinvio a R. SANTUCCI, *Il salario minimo legale: l'auspicio che la montagna desideri partorire e non sia un topolino*, in *Lav. dir. Europa*, 13 luglio 2022, dove si analizza le possibilità di attuazione della Direttiva europea sul salario minimo (approvata definitivamente il 19 ottobre 2022, n. 2041).

⁹ V. la recente analisi di D. GAROFALO, *Il ruolo istituzionale degli enti bilaterali*, Relazione svolta a Bologna il 15 dicembre 2022, nell'ambito della Sessione 2 "Sindacati e istituzioni" della XVII edizione dei Seminari di Bertinoro, "La partecipazione sindacale nella crisi" (in *Dir. merc. lav.*, n. 1, 2023, p. 3 ss.).

¹⁰ V. da ultimo l'accordo del 17 dicembre 2021 tra Confartigianato imprese, CNA, Casartigiani e CLAAI con Cgil, Cisl e Uil. Cfr. E. PERUZZI, *La capillarità del bilateralismo nell'artigianato*, in *Bollettino Adapt*, 28 febbraio 2022, n. 8; EAD., *I rinnovi dei CCNL aziende artigiane area Legno e lapidei e area Tessile moda chimica ceramica: un confronto ragionato*, *ibidem*, 16 maggio 2022, n. 19. In generale al riguardo cfr. L. NOGLER (a cura di), *Gli enti bilaterali dell'artigianato tra neo-centralismo ed esigenze di sviluppo*, Franco Angeli, Milano, 2014; M. MOCELLA, *Impresa artigiana e diritto del lavoro*, ESI, Napoli, 2005.

Ad esempio, nel contratto del settore metalmeccanico (del 5 febbraio 2021), com'è stato notato¹¹, le innovazioni importanti attengono alla firma unitaria¹², all'introduzione di nuove materie (*welfare*, formazione e inquadramenti), all'attenzione per la contrattazione decentrata (decentramento organizzato), all'introduzione di meccanismi che assecondano e incentivano la partecipazione. Importanti sono per un verso la centralità del livello nazionale, che ridisegna le regole delle relazioni industriali, rafforzando il collegamento tra centro e periferia e, per un secondo verso, l'attenzione verso i modelli partecipativi.

Anche il contratto del settore chimico del 13 giugno 2022 intraprende o rafforza questa strada: formazione; certificazione delle competenze in seno alla bilateralità, per creare un ambito di incontro tra domanda e offerta per le esigenze del settore, utile sia nei momenti di ristrutturazione aziendale, sia per la crescita delle imprese; linee guida sul processo di trasformazione digitale sui temi dell'organizzazione del lavoro (orari, modalità di prestazione, competenze, inquadramenti), delle competenze e della formazione (nuove figure professionali), dell'occupazione e occupabilità (scuola e formazione continua), del coinvolgimento e della partecipazione.

Anche il contratto collettivo nazionale di lavoro per i lavoratori dell'industria alimentare (31 luglio 2020), sottoscritto faticosamente con 11 associazioni datoriali, si pone sulla stessa linea del Patto per la fabbrica su partecipazione e coinvolgimento dei lavoratori, incentrando la disciplina, oltre che sugli aspetti retributivi, su formazione, *welfare*, classificazione del personale e lavoro agile. Il rinnovo del contratto collettivo (1° marzo 2024) approfondisce l'orientamento precedente, incrementando la retribuzione e occupandosi anche della riduzione dell'orario di lavoro su turni, rafforzando *welfare*, conciliazione vita-lavoro e bilateralità; per la classificazione

¹¹ M. CARRIERI, *Prefazione. Il contratto collettivo nazionale come laboratorio delle relazioni industriali*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario al CCNL metalmeccanici 5 febbraio 2021*, Giappichelli, Torino, 2021, p. XIX ss.; v. anche T. TREU (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Giappichelli, Torino, 2022.

¹² Occorre ricordare che per la FIAT (ora Stellantis) vigeva un contratto collettivo specifico di lavoro, rinnovato l'11 marzo 2019, sottoscritto dalle federazioni nazionali della Cisl, della Uil, dell'UGL e dall'Associazione Quadri e Capi Fiat-Rappresentanza, ma non anche da quella della Cgil (per cenni al riguardo v. G. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 128 ss.). il contratto è stato rinnovato dalle stesse federazioni l'8 marzo 2023 (per una disamina v. G. BIUNDO, in *Boll. ADAPT*, 27 marzo 2023).

del personale si avviano i lavori della commissione tecnica per l'aggiornamento delle declaratorie a partire dal 2024.

3. L'orizzonte ancora nuvoloso

Si potrebbe esprimere soddisfazione per la ripresa del sistema di relazioni industriali¹³ e, da un punto di vista formale, non ci sono dubbi sia per il Patto della Fabbrica, sia per i tanti rinnovi contrattuali nazionali del settore industriale, decisamente innovativi. Tuttavia, parecchie nubi permangono, anche all'orizzonte.

Andrebbe monitorata innanzitutto la concreta attuazione delle intese contrattuali – anche del Patto per la fabbrica! – per confermare il giudizio positivo, in particolar modo nelle parti relative alle regole dell'ordinamento sindacale (ancora in discussione quelle sulle modalità di accertamento della rappresentatività dei datori di lavoro¹⁴), che incidono notevolmente sulla capacità di tenuta del sistema sindacale. Esse sono state sottovalutate nell'ambito privato e le parti sociali sono arrivate alla loro scoperta ed importanza un po' tardi. E ancora si fatica per l'attuazione e il completamento.

In secondo luogo, pur se il sistema è ripartito, al 31 marzo 2024 circa un terzo dei lavoratori del settore privato (4,6 milioni su circa 13 milioni) è in attesa, alcuni da anni, di vedere rinnovato il contratto e adeguate le retribuzioni. Persiste la problematica della povertà da lavoro, la povertà dei salari, acuita dall'inflazione (i prezzi alti dell'energia si scaricano sui beni essenziali della spesa e incidono indirettamente sulle retribuzioni). Il fenomeno dei bassi salari costituisce un male endemico del sistema contrattuale. In alcuni casi la soluzione è stata quella di aziendalizzare i contratti collettivi nazionali¹⁵, ma il problema rimane sia per il mancato rinnovo contrattuale, sia per la incapacità di soddisfare tutte le professionalità implica-

¹³ Per una valutazione prevalentemente negativa cfr. M. TIRABOSCHI, *Relazioni industriali e risorse umane – Tra due crisi: tendenze di un decennio di contrattazione*, in *Dir. rel. ind.*, n. 1, 2021, p. 143 ss., che però tiene conto di un rapporto sulla contrattazione collettiva, realizzato da ADAPT, prima dei più recenti rinnovi, ma in ogni caso focalizza gli aspetti più critici in materia retributiva.

¹⁴ V. criticamente sul punto T. TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, 2020, p. 462 ss.

¹⁵ Ne parla M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, p. 155, che apprezza le soluzioni del terziario (il contratto collettivo della ristorazione è fuoriuscito dal contratto turismo e la distribuzione organizzata ha scelto una via autonoma rispetto al commercio e terziario).

te e in particolar modo di contrastare, in modo vincolante, la povertà dei lavori meno qualificati (in questo caso non sono indifferenti le regole sulle relazioni sindacali) attraverso minimi contrattuali adeguati.

C'è infine, *last but not least*, da interrogarsi, infatti, sulla salute di fatto del sistema di relazioni industriali. Sono da valutare alcuni importanti indicatori: la copertura contrattuale e il tasso di sindacalizzazione, per capire la tenuta o l'erosione dei sistemi di relazioni industriali¹⁶.

Per quanto concerne la copertura della contrattazione collettiva, l'alto tasso in ambito europeo (il 70%) è dovuto alle misure di estensione della contrattazione collettiva e alla presenza del livello nazionale di categoria. Ma la valutazione della copertura non è solo un dato quantitativo. E la contrattazione collettiva è caratterizzata da un ampio decentramento contrattuale e dalla riduzione della capacità di imporre *standard* uniformi e adeguati, come si diceva a proposito della retribuzione. I contratti collettivi sono caratterizzati da un'alta numerosità e dalla dubbia capacità rappresentativa di sigle sindacali e datoriali (il problema viene affrontato con il codice alfanumerico e con la maggiore unitarietà delle forze sindacali tradizionali; ma qui c'è anche il problema della scarsa attenzione verso i nuovi bisogni del lavoro).

Per quel che concerne il tasso di sindacalizzazione, questo risulta non solo basso rispetto ai decenni precedenti ma, se si esamina la composizione degli iscritti, si osserva una concentrazione nei settori tradizionali (manifatturiero, trasporti, settore pubblico) e specie tra i pensionati, mentre carenti risultano i nuovi servizi privati. La prevalenza di iscritti anziani rispetto ai giovani spiega la scarsa propensione di questi ultimi verso il sindacato. Poi ci sono l'economia informale, il sommerso, la frammentazione dei lavori, il capitalismo delle piattaforme, le catene globali del valore, dove spesso è svalorizzato il lavoro. Tutto ciò incide su tassi e composizione e fa sfuggire i settori più innovativi.

Quanto osservato consente di rilevare che il tradizionale ordinamento intersindacale sembra di nuovo innescato e nel suo ambito si registrano forme innovative sulle regole e/o nei contenuti che cercano di conquistare consensi *vs.* servizi (il *welfare*) e nei modelli relazionali (la partecipazione e il bilateralismo). Il sistema sindacale sembra volersi attrezzarsi per conti-

¹⁶ V. al riguardo L. BORDOGNA-R. PEDERSINI, *Relazioni industriali. L'esperienza italiana nel contesto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2019, spec. p. 114 ss.; R. PEDERSINI, *La rappresentanza del lavoro*, in F. BARBERA-I. PAIS (a cura di), *Fondamenti di sociologia economica*, Egea, Milano, 2017, p. 429 ss.

nuare ad essere interlocutore sia per la ripresa e lo sviluppo, sia per le crisi. Ma se si tiene conto di quanto sottolineato sui mancati rinnovi, sugli indicatori dello stato di salute, sulle disuguaglianze, sulle molte crisi aperte e non risolte e sull'effettiva protezione delle fasce deboli, la situazione è preoccupante¹⁷. Si è rilevato¹⁸ che per i sindacati si aprono diversi scenari, che vanno dall'emarginazione alla "dualizzazione" (difesa degli ambiti in cui sono radicati con l'effetto di un divario sempre più ampio tra imprese sindacalizzate e no), alla sostituzione di altre forme di rappresentanza sociale, alla rivitalizzazione in cui il sindacato cercherà strade per rinnovarsi, estendendo l'ambito di azione e garantire protezione e rappresentatività per la nuova forza lavoro instabile per l'economia digitale). L'auspicio è che entrambi gli ultimi due scenari convivano e che l'uno (quello c.d. sostitutivo) funga da stimolo per la rivitalizzazione, come avvenuto in altre fasi storiche. Sarebbero necessari cambi di passo sia nei rapporti tra legge e contrattazione collettiva (il consolidamento delle relazioni che faccia uscire dalle incertezze e dalle controversie sulle regole del gioco) nel rispetto della democrazia e della libertà sindacale, con l'apertura verso forme di tutela non riservate soltanto alle organizzazioni sindacali tradizionali in crisi di rappresentatività nel mondo del lavoro, sia interventi legislativi volti a sostenere i diritti fondamentali dei lavoratori specie deboli (poveri).

Il rispetto della dignità del lavoro non può attendere specie là dove la contrattazione collettiva non è arrivata, difficilmente arriva o ha ritmi inadeguati rispetto agli impellenti bisogni sociali.

¹⁷ Non solo a livello nazionale, come ha mostrato l'analisi di J. VISSER, *Introduzione: quale futuro per i sindacati?*, in *I sindacati in transizione*, Documento OIL/ACTRAV, OIL, 2020.

¹⁸ V. J. VISSER, *op. cit.*

CUMULO FRA ATTIVITÀ LAVORATIVE: LA NOVELLA DEL DECRETO TRASPARENZA

Giuseppe Sigillò Massara *

1. Introduzione

In claris non fit interpretatio.

Pare, a chi scrive, opportuno prendere le mosse dal classico brocardo che, nella sua icasticità, invita a non interpretare quanto già di per sé appare di chiaro significato, con ciò implicitamente riconoscendo come la trasparenza del contenuto regolatorio, tanto del contratto quanto della legge, sia un efficace strumento di certezza e, quindi, garanzia dei diritti.

Non può, dunque, che accogliersi positivamente il tentativo europeo¹, poi traslato a livello nazionale², di garantire una maggiore trasparenza e ampiezza nelle informazioni che il datore di lavoro³ – ma in molti casi an-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli studi Link Campus University.

¹ Con la Direttiva (UE) 2019/1152, di seguito, *brevis*, “la Direttiva”.

² Con il d.lgs. n. 104/2022, c.d. il Decreto Trasparenza, di seguito, *brevis*, anche “il Decreto”.

³ Il tema della trasparenza dell’informazione da fornire ai lavoratori al momento dell’assunzione era già caro al legislatore europeo e nazionale da diverso tempo. Si ricordano, in merito, sia la Direttiva n. 91/522 (cui era stata data attuazione con il d.lgs. n. 152/1997, modificato dal Decreto Trasparenza), abrogata dall’esaminanda Direttiva del 2019, che il principio n. 7 del pilastro europeo dei diritti sociali, il quale sancisce il diritto dei lavoratori “di essere informati per iscritto all’inizio del rapporto di lavoro dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e delle condizioni del periodo di prova”, nonché prima dell’eventuale licenziamento, di essere informati circa le “motivazioni e a ricevere un ragionevole periodo di preavviso. Essi hanno il diritto di accedere a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e, in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto di ricorso, compresa una compensazione adeguata”.

che il committente – deve fornire ai lavoratori al momento dell’assunzione e nel corso del rapporto. Come espressamente sancito dall’art. 1, § 1, della Direttiva, di fatti, “*lo scopo della presente direttiva è migliorare le condizioni di lavoro promuovendo un’occupazione più trasparente e prevedibile, pur garantendo nel contempo l’adattabilità del mercato del lavoro*”.

Il raggiungimento di tale scopo, tuttavia, sia nella Direttiva europea che, di converso, anche nel Decreto Trasparenza, non viene affidato solamente alla disciplina formale relativa alla trasparenza delle informazioni, ma ricomprende anche alcune novità in materia di diritto del lavoro sostanziale⁴. Viene, tra l’altro, rimaneggiata la disciplina del patto di prova, viene auspicata una “*transizione*” dal lavoro precario verso un’occupazione stabile, viene regolata una “*prevedibilità minima del lavoro*” e incentivata la formazione dei lavoratori, viene prevista la possibilità di svolgere altre attività lavorative in costanza di rapporto di lavoro (subordinato e non).

Come correttamente rilevato⁵, tale ultima innovazione, disposta dall’art. 8 del decreto, attiene ad un «aspetto sostanziale dei rapporti di lavoro». È possibile immaginare che l’argomento sia destinato ad assumere un rilievo crescente, in proporzione all’avanzare della flessibilizzazione e precarizzazione dei rapporti di lavoro, circostanze entrambe che da un lato concedono ai prestatori del tempo da poter impiegare per altre attività, dall’altro rendono spesso necessario incrementare il reddito. Al contempo, anche le professionalità più elevate sono spesso attratte dall’impiegarsi in molteplici attività, talvolta necessarie per accrescere la propria professionalità e, quindi, concorrenzialità. Peraltro, la situazione, con riferimento a tali lavoratori, risulta particolarmente complessa, considerando la crescente tendenza delle imprese verso la flessibilizzazione dello spazio/tempo lavorativo (favorita dal diffondersi del lavoro agile), cui spesso corrispondono impegni contrattuali sempre più rigidi, che ostacolano, espressamente o *de facto*, lo svolgimento di attività esterne.

Pare, dunque, possibile accogliere positivamente l’intento legislativo; malauguratamente, tuttavia, non pare altrettanto facile applicare alla novella il sopra citato brocardo: l’art. 8 del Decreto Trasparenza pare tutt’altro che chiaro, sì da rendere necessario l’intervento dell’interprete.

⁴Per un primo commento ampio sul Decreto Trasparenza, cfr. G. PROIA, *Le novità, sistematiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, in *Mass. Giur. lav.*, fasc. 3, 2022, p. 571 ss.

⁵F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (private) a svolgere un’altra prestazione lavorativa*, in *Giustiziacivile.com*, n. 8, 2022, p. 3 ss., citazione di p. 3.

2. Lo status quo ante

Pur nell'assenza di una disposizione di legge che specificamente negasse o confermasse l'esistenza di un principio di esclusività del lavoro subordinato, difatti, la prassi ha visto il progressivo diffondersi di fattispecie di compresenza di più impieghi in capo ad uno stesso soggetto, portando così a diverse pronunce giurisprudenziali sul tema. Di tal ch , gi  a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, nel nostro ordinamento   venuto a crearsi un *acquis* piuttosto stabile nel riconoscere la generale possibilit  per il lavoratore (vieppi  per il lavoratore *part-time*) di moltiplicare i propri impieghi, purch  tale possibilit  non sia esclusa dalle previsioni contrattuali e non risulti in contrasto con gli interessi dell'impresa, pure tutelati dall'ordinamento.

Pi  nello specifico, tale principio   stato modulato diversamente a seconda che il lavoratore interessato fosse o meno assunto con contratto di lavoro *part-time*. Ed infatti, con riferimento a quest'ultima ipotesi, la Corte Costituzionale ha affermato gi  trent'anni orsono la necessit  che il lavoratore abbia la possibilit  di occuparsi in plurime attivit , «poich  soltanto essa rende legittimo che dal singolo rapporto il lavoratore possa ricevere una retribuzione inferiore a quella sufficiente ad assicurare a lui e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa»⁶.

In altre parole, gi  all'inizio degli anni '90, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittima la riduzione dell'orario lavorativo rispetto a quello "normale" – e la conseguente riduzione stipendiale rispetto al trattamento retributivo minimo collettivo – solo in quanto al lavoratore sia data la possibilit  di impiegare il tempo libero per svolgere altre attivit , di modo da poter accrescere il proprio reddito complessivo ed ottenere la retribuzione sufficiente garantita dall'art. 36 Cost.⁷.

Anche con riferimento al lavoro a tempo pieno, tuttavia, la giurisprudenza ha avuto modo di negare la generale sussistenza un principio di esclusivit , giungendo di recente ad affermare che anche per tali rapporti «il tempo libero ha una sua specifica importanza stante il rilievo sociale che assume lo svolgimento, anche per il lavoratore a tempo pieno, di attivit  sportive, ricreative, culturali, sociali, politiche, scolastiche ecc., o an-

⁶Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 277, con nota di M. BROLLO.

⁷In merito alla nozione di retribuzione sufficiente, cfr., per tutti, R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 335.

che di un secondo lavoro, nel caso in cui non sia prevista una clausola di esclusiva»⁸.

Ad ogni modo, sia nell'uno che nell'altro caso, occorre bilanciare l'interesse del lavoratore con quello del datore di lavoro, pure tutelato costituzionalmente dall'art. 41 Cost. In particolare, la possibilità di cumulare più attività lavorative è limitata *in primis* dall'art. 2105, c.c., che pone a carico del prestatore di lavoro subordinato un "obbligo di fedeltà" (così è rubricato l'articolo), concretizzato nel corpo della norma in due fattispecie specifiche: il divieto di trattare affari in concorrenza con il datore di lavoro e il divieto di divulgare informazioni riservate di cui il prestatore sia entrato in possesso⁹. Nonostante la rubrica dell'art. 2105, c.c., faccia generico riferimento ad un obbligo di fedeltà, dunque, il contenuto precettivo della disposizione individua due specifici obblighi, l'obbligo di non concorrenza e l'obbligo di riservatezza¹⁰.

Tale asimmetria tra la rubrica e la lettera dell'art. 2105, c.c., ha portato allo sviluppo di diverse tesi circa la sussistenza o meno di un obbligo di fedeltà a sé stante – ossia distinto dagli obblighi di non concorrenza e di riservatezza espressamente menzionati – e, in caso positivo, circa la sua ampiezza¹¹. In merito, possono riscontrarsi due orientamenti prevalenti.

⁸ Con ciò, la Corte ha inteso riconoscere che anche nell'ipotesi di lavoro a tempo pieno deve attribuirsi valore alla prevedibilità delle ore di impiego, in ragione del rilievo del tempo libero che, salve le ipotesi di incompatibilità, può essere sfruttato anche al fine di svolgere altre attività lavorative, in Cass. civ., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12962.

⁹ Per una panoramica in merito all'interpretazione da parte della giurisprudenza di legittimità dell'obbligo di fedeltà e, cfr. M. SIGNORELLI, *La diligenza del prestatore di lavoro e l'obbligo di fedeltà: l'inadempimento del lavoratore subordinato nella lettura giurisprudenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 1, 1° gennaio 2020, p. 106 ss.; M.T. CARINCI-A. INGRAO, *Diritto di satira e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, fasc. 2, p. 388 ss.

¹⁰ La dottrina riconosce nelle due fattispecie il ruolo di protezione della posizione dell'imprenditore datore di lavoro sul mercato, per preservarne la capacità concorrenziale. Cfr. A. CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, Milano, 1969; P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976.

¹¹ Per una panoramica sull'obbligo di fedeltà, *inter alia*, cfr.: A. CESARI, *Fedeltà, lavoro e impresa*, cit.; G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1982; M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 10; E. LUCIFREDI, *Il lavoro nell'impresa e l'obbligo di fedeltà del lavoratore*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 713 ss.; C. ROMEO, *Una rilettura dell'obbligo di fedeltà nel diritto del lavoro che cambia*, in *Lav. giur.*, 2006, p. 521 ss.; M. NICOLOSI, *L'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro subordinato tra dottrina e giurisprudenza*, ivi, 2007, p. 334 ss.; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, p. 248.

Un primo orientamento¹² individua nelle due fattispecie espressamente menzionate dall'art. 2105 c.c., l'integralità del contenuto precettivo dell'obbligo di fedeltà, escludendo che questo possa espandersi anche ad altri comportamenti, vieppiù ove tenuti fuori dall'orario di lavoro. Un secondo orientamento, più legato ad una visione comunitaria dell'impresa, seguito dalla giurisprudenza maggioritaria¹³, tende a dilatare la portata precettiva dell'art. 2105 c.c. A tal fine, stressando il requisito della collaborazione del prestatore di lavoro con l'organizzazione imprenditoriale individuato dall'art. 2094 c.c., quale elemento della subordinazione e leggendo l'art. 2105 c.c., in combinazione con l'obbligo di diligenza di cui all'art. 2104 c.c., e con l'obbligo di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., l'ampiezza dell'obbligo di fedeltà viene allargata fino a ricomprendere il dovere del lavoratore di astenersi – anche fuori dall'orario di lavoro – da qualsivoglia comportamento che potrebbe essere pregiudizievole per il datore di lavoro¹⁴.

Il prevalere dell'uno o dell'altro orientamento ha inevitabili dei riflessi anche in merito all'ampiezza delle due fattispecie espressamente menzionate dall'art. 2105 c.c. Tralasciando per esigenze di chiarezza espositiva l'obbligo di riservatezza¹⁵ e venendo all'esame del divieto di «trattare affari,

¹² Cfr. O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2022; S. MAGRINI, *Lavoro (contratto individuale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 376; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957; G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Cedam, Padova, 1982; C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 292; G. TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, cit.; M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000; C. ENRICO LUCIFREDI, *Il lavoro nell'impresa e l'obbligo di fedeltà del lavoratore*, in *Contr. impr.*, 1998.

¹³ Cass. civ., sez. lav., 7 ottobre 2019, n. 24976, in *Dir. & Giust.*, 2019, 8 ottobre; Cass. civ., sez. lav., 4 aprile 2017, n. 8711, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. civ., sez. lav., 10 febbraio 2015, n. 2550, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass. civ., sez. lav., 26 novembre 2014, n. 25161, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

¹⁴ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Tomo II *Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 144, ritiene sussistente un obbligo di tal fatta, ma ne individua la fonte nel combinato disposto degli artt. 2094 e 2104, c.c., e non nell'art. 2105 c.c.

¹⁵ Occorre, peraltro, tenere a mente che l'obbligo di riservatezza non si limita alle sole informazioni in merito ai prodotti datoriali, ma ricomprende anche le pratiche industriali, l'organizzazione del lavoro, le strategie produttive, ecc. Ciò implica che, talvolta, in caso di *impasse* in merito alla violazione o meno del divieto di concorrenza, venga utilizzato l'argomento della violazione dell'obbligo di riservatezza, dal momento che la prestazione di lavoro a favore di soggetti terzi comporterebbe inevitabilmente l'utilizzo del *know how* ac-

per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore»¹⁶, ove si accolga il primo orientamento si finisce per ritenere insussistente un generico obbligo di esclusività della prestazione. Il limite imposto al lavoratore subordinato, allora, va inteso come quello di non svolgere mansioni o attività concretamente in concorrenza con il datore di lavoro¹⁷ (ovvero, che prevedano l'utilizzo di informazioni riservate, anche in riferimento all'organizzazione aziendale).

Occorrerebbe, in questo senso, verificare l'effettiva pericolosità dell'attività altrà svolta dal lavoratore, sia con riferimento all'ambito di operatività che con riferimento alle mansioni concretamente espletate¹⁸. In questo senso, in merito all'applicazione di un regolamento aziendale contenente un netto divieto di svolgimento di altre attività lavorative, anche con riferimento ai lavoratori *part-time*, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che «l'unica interpretazione che rende legittima la previsione regolamentare è quella che esige, anche per l'esercizio di un'attività lavorativa al di fuori dell'orario di lavoro, [...] una verifica di incompatibilità in concreto tra l'esercizio della diversa attività lavorativa e l'osservanza dei doveri di ufficio o la conciliabilità con il decoro dell'Ente»¹⁹. Il prevalente orientamento giurisprudenziale, tuttavia, estendendo l'obbligo di fedeltà, annovera tra le attività vietate in quanto contrarie agli interessi del datore di lavoro anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività²⁰.

quisito dal lavoratore presso il datore di lavoro e, quindi, la diffusione di tecniche produttive. *Amplius* sul punto, cfr. C. GAROFALO, *Il principio di esclusività e l'obbligo di fedeltà nel lavoro part time*, cit., p. 1157.

¹⁶ Art. 2105 c.c.

¹⁷ In questo senso, cfr., M.G. MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, cit., p. 86; Cass. civ., sez. lav., 26 ottobre 2001, n. 13329, con nota di M. PAPALEONI, *L'obbligo di fedeltà nel contratto di lavoro part-time: rilevanza delle mansioni svolte in concorrenza*, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, fasc. 3, p. 135 ss., secondo cui la natura strettamente pratica e ripetitiva delle mansioni potrebbe escludere la concorrenzialità, principio già espresso con Cass. civ., sez. lav., 1° luglio 1999, n. 6761, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1535.

¹⁸ In questo senso, M.T. CARINCI-A. INGRAO, *Diritto di satira e obbligo di fedeltà del lavoratore*, cit., p. 388 ss., affermano che «Com'è noto, infatti, l'obbligo di fedeltà non ha ampiezza e contenuti uniformi, ma variabili a seconda della figura di lavoratore presa in considerazione».

¹⁹ Cass. civ., sez. lav., 25 maggio 2017, n. 13196, con nota di C. GAROFALO, *Il principio di esclusività e l'obbligo di fedeltà nel lavoro part time*, in *Arg. dir. lav.*, fasc. 4/5, 2017, p. 1148 ss.

²⁰ Si pensi alle attività meramente preparatorie di un'attività di impresa, poi portata avanti una volta concluso il rapporto di lavoro. In questo senso, cfr. Cass. civ., sez. lav., 9

In assenza di una disposizione specifica, dunque, il diritto vivente riconosceva già la generale possibilità, per il prestatore di lavoro subordinato, di impiegarsi in altre attività lavorative, subordinate e non, sebbene entro i limiti imposti dall'obbligo di fedeltà, nelle sue componenti di divieto di concorrenza e obbligo di riservatezza, e ove non vietato dalla contrattazione individuale e collettiva.

3. L'art. 8 del d.lgs. n. 104/2022: la nascita di un diritto

La materia è stata interessata dal d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104 (il c.d. Decreto Trasparenza), con cui il legislatore nazionale ha dato attuazione alla Direttiva (UE) 2019/1152.

Nello specifico, l'art. 8, comma 1, del decreto sancisce che «fatto salvo l'obbligo previsto dall'articolo 2105 del codice civile, il datore di lavoro non può vietare al lavoratore lo svolgimento di altra attività lavorativa in orario al di fuori della programmazione dell'attività lavorativa concordata, né per tale motivo riservargli un trattamento meno favorevole».

Il secondo comma recepisce i tre «motivi oggettivi»²¹ individuati dalla Direttiva europea quali condizioni legittimanti la limitazione o esclusione della cumulabilità di più attività lavorative. Così, il datore di lavoro può limitare o negare tale possibilità nel caso in cui vi sia un pregiudizio per la salute e sicurezza del lavoratore, anche con riferimento alla «normativa in materia di riposi»; qualora vi sia la «necessità di garantire l'integrità del servizio pubblico»; in caso di conflitto di interessi con l'attività principale, «pur non violando il dovere di fedeltà» di cui all'art. 2105 c.c.

Come vedremo, i nodi interpretativi lasciati insoluti dai primi due commi dell'art. 8 sono molteplici e non di poco conto. Prima di esaminarli singolarmente è tuttavia opportuno classificarne il contenuto precettivo all'interno della corretta categoria giuridica. Al di là della insolita scelta etimologica del legislatore di «vietare al datore di lavoro di vietare», difatti,

agosto 2013, n. 19096, in *Dir. e Giust. online*, 2013, 4 settembre; App. civ. Milano, sez. lav., 2 aprile 2021, n. 429, a quanto consta non commentata, secondo cui il comportamento sanzionato dall'art. 2105 c.c., sarebbe non di danno, ma di pericolo. *Contra*, cfr. Cass. civ., sez. lav., 9 marzo 2017, n. 6091, in *Guida al diritto*, 2017, 18, 72, che, a proposito di un lavoratore part-time che nel tempo libero lavorava nell'azienda di un familiare, operante nello stesso settore del datore di lavoro, ha escluso che ai fini della violazione del divieto di concorrenza rilevi la mera potenzialità lesiva.

²¹ Così vengono definiti dal secondo paragrafo dell'art. 9 della Direttiva.

l'art. 8 attribuisce un nuovo diritto ai lavoratori (pur sussistendo categorie escluse): il diritto allo svolgimento di «altra attività lavorativa» in costanza di rapporto.

La strada dell'introduzione di un nuovo diritto²² pare suggerita dalla citata Direttiva europea, la quale, all'art. 1, § 2, chiarisce che essa «stabilisce diritti minimi» applicabili alla generalità dei lavoratori dell'Unione. Ebbene, come è stato osservato²³, la classificazione in termini di diritto della possibilità di svolgere più attività lavorative in parallelo è tutt'altro che indifferente, comportando almeno tre conseguenze di rilievo.

In primo luogo, le restrizioni di cui al secondo comma assumono, in quest'ottica, il carattere di ostacoli all'esercizio di un diritto e devono, dunque, ritenersi sia tassative che di stretta interpretazione. In secondo luogo e conseguentemente, tali restrizioni devono essere oggettive, non potendo essere rimesse alla discrezionalità individuale la compressione di «diritti minimi». In terzo luogo, la classificazione in termini di diritto può avere delle rilevanti ricadute in relazione alla disponibilità dello stesso da parte dell'autonomia privata, collettiva e, soprattutto, individuale.

Ciò posto, nell'individuare il contenuto oggettivo di tale nuovo diritto il legislatore nazionale inciampa in qualche svista, rispetto al necessario coordinamento con le disposizioni europee e all'adattamento del relativo contenuto all'ordinamento nazionale considerato nel suo complesso.

Così, se l'art. 9 della Direttiva UE prevede la possibilità per i lavoratori di «accettare impieghi presso altri datori di lavoro»²⁴, l'art. 8 del Decreto Trasparenza prevede la possibilità di «svolgimento di altra attività». Pare, così, che il diritto riconosciuto a livello nazionale risulti più ampio di quello europeo, in quanto non limitato a impieghi di lavoro dipendente, ma esteso a qualsiasi «altra attività»²⁵, ivi incluso, quindi, il lavoro autonomo e imprenditoriale, la partecipazione in o amministrazione di società, *ecc.* In merito a tale scelta possono svolgersi considerazioni di segno opposto. Se, da un lato, essa appare condivisibile, in quanto particolarmente aderente alla realtà contemporanea in cui il prisma delle possibilità occupazionali si colora costantemente di nuove sfumature, d'altro lato essa appare foriera

²² Nello stesso senso, con riferimento all'intero contenuto precettivo del Decreto Trasparenza, v. G PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit.

²³ F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, cit.

²⁴ Questa l'espressione utilizzata anche nel considerando n. 29.

²⁵ Salve le ipotesi di specifiche incompatibilità previste dalla legge.

di potenziali difficoltà applicative. L'ampiezza della norma nazionale, difatti, rischia di ampliare eccessivamente l'ambito di applicazione della disposizione, con la conseguente distorsione della stessa nozione di lavoratore subordinato. Può ritenersi oramai condiviso, difatti, che l'essenza del lavoro subordinato venga individuata dall'art. 2094 c.c., proprio nella sottoposizione del lavoratore al potere etero-direttivo del datore di lavoro, utile a quest'ultimo al fine di modellare la prestazione lavorativa nel tempo, rendendola coerente con l'evolversi dell'attività imprenditoriale²⁶. In tal modo, a fronte della retribuzione, il lavoratore si pone in posizione di dipendenza alle direttive datoriali (e dei suoi superiori gerarchici), collaborando così alla proficua prosecuzione dell'attività di impresa. Il rischio di individuare la possibilità di svolgimento di altra attività *tout court*, allora, è la distrazione del lavoratore rispetto alla sua partecipazione all'attività imprenditoriale del datore di lavoro, con ciò indebolendone la posizione.

Anche nell'individuare le condizioni legittimanti la restrizione del nuovo diritto si evidenziano diversi nodi interpretativi irrisolti.

La prima di esse, difatti, riguarda (condivisibilmente) la tutela della salute e sicurezza del lavoratore, che non deve essere compromessa dallo svolgimento di molteplici attività. Quindi, l'attenzione viene *in primis* portata sulla disciplina dell'orario di lavoro, essendo evidente il rischio che l'iper-attività finisca per superare *de facto* la relativa normativa.

In luogo di richiamare l'intera disciplina, tuttavia, il legislatore fa espresso riferimento alla sola «normativa in materia di riposo»: stante la lettera della legge, dunque, ferme le undici ore di riposo consecutivo ogni 24 ore²⁷ e 24 ore di riposo ogni sette giorni²⁸, parrebbe che il lavoratore, per effetto della coesistenza di più impieghi, possa superare i limiti massimi all'orario di lavoro. Un'interpretazione di tal fatta, tuttavia, si porrebbe in contrasto con la *ratio legis* di ampliamento delle garanzie, rischiando di rendere in-effettiva una delle prime – sia storicamente che per importanza – normative in materia di diritto del lavoro. Pare, allora, che un'interpretazione teleologica e costituzionalmente orientata dai comma 2 e 3 dell'art. 36 Cost., non possa che condurre a richiedere il rispetto dell'intera normativa in tema di orario di lavoro anche nell'ipotesi della coesistenza di più attività lavorative.

²⁶ Cfr. R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit.

²⁷ Art. 7, d.lgs. n. 66/2003.

²⁸ Art. 9, d.lgs. n. 66/2003.

E tale soluzione, tuttavia, lascia aperti ulteriori interrogativi, primo tra tutti, l'addebito di responsabilità: chi deve essere ritenuto responsabile (e, quindi, sanzionato), nel caso di violazione della disciplina sui riposi (o sull'orario di lavoro in generale)? Al di là delle difficoltà organizzative relative alla trasparenza che in ogni caso deve essere garantita dai lavoratori, strettamente connesso è il quesito in ordine all'individuazione del datore di lavoro che possa esercitare la facoltà di diniego, impedendo al lavoratore di impiegarsi in nuove attività, vieppiù ove egli sia già titolare di diversi rapporti. Ulteriore questione, non meno rilevante, attiene alle ferie: può il lavoratore impiegarsi in altre attività durante il periodo di ferie, destinato al riposo e costituzionalmente garantito, tanto da essere traslato ad un momento successivo in caso di malattia che impedisca l'effettiva ripresa delle energie psico-fisiche? E, ancora, è possibile utilizzare i permessi, retribuiti e non, eventualmente previsti dalla contrattazione collettiva?

Anche la seconda condizione legittimante il divieto datoriale al cumulo di attività appare una scelta legislativa discutibile. Ed infatti, essa ammette restrizioni al nuovo diritto quando vi sia l'esigenza di garantire l'integrità del servizio pubblico. Il punto su cui interrogarsi, in tal caso, è che ai sensi del comma 4, l'art. 8 lascia inalterato e in vigore l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, contenente la disciplina specifica della (in)compatibilità di diversi incarichi nel pubblico impiego: allora, se il nuovo diritto in esame non si applica ai pubblici dipendenti, resta da comprendere se, e quale, sia l'eventuale ambito di applicazione della norma. Adottando un'interpretazione conservativa che garantisca una portata precettiva alla disposizione di legge, parrebbe di potersi ritenere che essa si riferisca agli enti privati eroganti servizi di pubblica utilità, come le cliniche private, le scuole e le università private, *ecc.*²⁹ In questo senso, peraltro, parrebbe esprimersi anche la "chiarificazione" fornita dal Ministero del Lavoro con circolare 20 settembre 2022, n. 19, secondo cui «con riferimento all'espressione "integrità del servizio pubblico", poiché resta ferma, ai sensi dell'articolo 8, comma 4, la disciplina del lavoro pubblico di cui all'articolo 53 del d.lgs. n. 165/2001, essa è da intendersi limitata a quei servizi pubblici gestiti da enti o società cui non si applica la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche».

Difficoltà di coordinamento si riscontrano anche con riferimento alla terza restrizione, relativa alle ipotesi di conflitto di interessi con l'attività

²⁹ Così anche F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, cit.

del datore di lavoro che, tuttavia, non configuri un'ipotesi di attività in concorrenza, di per sé in contrasto con l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., richiamato dal comma 1³⁰. In relazione a tale ipotesi, l'*impasse* interpretativo si concretizza nell'individuare la linea di confine tra l'attività in concorrenza vietata *tout court* dall'art. 2105 c.c., e l'attività in conflitto di interessi, che può essere limitata o negata dal datore di lavoro.

In merito, è stato rilevato³¹ come il riferimento al conflitto di interessi estraneo alla violazione del divieto di concorrenza, potrebbe esser ricondotto alle attività – non solo effettivamente, ma anche – potenzialmente in concorrenza con quelle svolte dal datore di lavoro. La stessa dottrina, peraltro, condivisibilmente evidenzia come, accogliendo tale lettura, la portata innovativa della disposizione sarebbe alquanto limitata. Come si è visto, difatti, la consolidata giurisprudenza di legittimità³², riconduce nell'ambito di operatività del divieto di cui all'art. 2105 c.c., non solo le attività concretamente in contrasto con gli interessi datoriali, ma anche quelle potenzialmente lesive della stessa che coinvolgono, anche allo stato embrionale, il prestatore di lavoro.

L'appartenenza all'una o all'altra fattispecie, peraltro, si riflette in conseguenze rilevanti. Ed infatti, in un caso l'attività risulta vietata dalla legge (art. 2105 c.c.); nell'altro caso l'attività può (ma non deve) essere impedita dal singolo datore di lavoro, con un atto da qualificare come restrizione all'esercizio di un diritto e da sottoporre, quindi, alla verifica della stretta proporzionalità.

4. Ambito soggettivo

Per quanto attiene all'ambito soggettivo di applicazione, il comma 3 dell'art. 8 si preoccupa di specificare che il “divieto di vietare” lo svolgimento di altre attività si applica non solo al datore di lavoro (espressamente menzionato al primo comma), bensì anche al committente di collabora-

³⁰ Sul punto, la citata circolare Ministero del lavoro 20 settembre 2022, n. 19 si limita ad affermare che «Il «conflitto di interessi», anche alla luce degli orientamenti maturati in materia di anticorruzione, può ritenersi che ricorra quando l'ulteriore attività lavorativa, pur non violando il dovere di fedeltà di cui all'articolo 2105 cod. civ., comporti, anche potenzialmente, interessi in contrasto con quelli del datore di lavoro».

³¹ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit.

³² Cfr. ulteriormente Cass. civ., sez. lav., 19 agosto 2013, n. 19183, a quanto consta non commentata; Cass. civ., sez. lav., 18 luglio 2006, n. 16377, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, pp. 7-8.

zioni coordinate e continuative *ex art.* 409 c.p.c., e di collaborazioni etero-organizzate *ex art.* 2, d.lgs. n. 81/2015. Coerentemente con la crescente tendenza ad ampliare la protezione dei collaboratori e le intersezioni tra la loro disciplina specifica e lo statuto protettivo del lavoro subordinato, dunque, anche i collaboratori sono espressamente menzionati tra i destinatari del nuovo diritto.

In altre parole, ad essere esclusi sono solamente i lavoratori autonomi “puri”, riconducibili all’art. 2222 c.c., in relazione ai quali, tuttavia, una previsione di tal fatta sarebbe risultata ultronea³³, essendo connaturata alla nozione di lavoro autonomo la possibilità di impiegarsi in molteplici occupazioni (salve eventuali incompatibilità previste dagli ordinamenti di appartenenza), tanto da essere la mono-committenza l’ipotesi extra-ordinaria cui destinare una disciplina *ad hoc*³⁴.

Ancora, ai sensi degli ultimi due commi, l’art. 8 non si applica ai pubblici dipendenti, per i quali, come anticipato, rimane in vigore la disciplina specifica di cui all’art. 53, d.lgs. n. 165/2001³⁵, né ai lavoratori marittimi e della pesca.

Una prima difficoltà interpretativa attiene, allora, al coordinamento con l’art. 1 del Decreto Trasparenza, che, nel delimitarne l’ambito di applicazione, ricomprende specificamente sia diverse tipologie contrattuali – quali il rapporto di somministrazione, il lavoro domestico, il lavoro intermittente

³³ In merito, cfr. M. DELLA CASA, *Il patto di non concorrenza del lavoro autonomo tra norme del codice e costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc. 2, 1° giugno 2021, p. 211 ss.

³⁴ Per un approfondimento, si rimanda ad A. PERULLI, *Un Jobs Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, n. 235, 2015.

³⁵ Con riferimento al lavoro pubblico, difatti, vi era già in precedenza una disciplina *ad hoc* delle incompatibilità, adottata in applicazione del dettato dell’art. 98, comma 1, Cost., che sancisce il principio di esclusività della prestazione lavorativa resa a favore del datore di lavoro pubblico. Se la *ratio* di tale principio è facilmente rinvenibile nell’intento di evitare che i pubblici dipendenti siano portatori di interessi partigiani e privati, in conflitto anche solo potenziale con l’interesse generale tutelato dalla p.a., il sistema è venuto a incrinarsi con l’introduzione dei contratti di lavoro pubblico a tempo parziale. In tale occasione, difatti, il legislatore ha previsto una deroga espressa all’incompatibilità, consentendo al lavoratore pubblico in regime di part time c.d. ridotto (*id est* impiegato per un tempo non superiore al 50% del tempo pieno) di svolgere altre attività lavorative. L’intento del legislatore è evidentemente quello di bilanciare due diversi interessi costituzionali (in questo senso, cfr. A. GUARISO, *Incompatibilità del pubblico dipendente: l’impossibile quadratura del cerchio*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 701): quello di cui all’art. 98, comma 1, Cost., all’imparzialità e correttezza della pubblica amministrazione, quello di cui all’art. 36 Cost., alla retribuzione sufficiente al soddisfacimento dei bisogni del lavoratore e della sua famiglia.

– non menzionate dall’art. 8, sia altre tipologie contrattuali – quali le collaborazioni coordinate e continuative e le collaborazioni etero-organizzate o i lavoratori marittimi e della pesca – “ribadite” dall’art. 8 stesso. Ebbene, posto il generico riferimento del comma 1 dell’art. 8 al «datore di lavoro», le tipologie contrattuali menzionate all’art. 1 e non nell’art. 8 devono ritenersi ricomprese nell’alveo del diritto alla cumulabilità di molteplici attività? E, se sì, come occorre interpretare l’espressa ripetizione delle altre tipologie contrattuali?

Pare, a chi scrive, possibile rispondere positivamente al primo quesito. Trattandosi di normativa di origine europea, difatti, la stessa deve essere interpretata alla luce della nozione europea di lavoratore, come elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁶. Ed infatti, pur con sfumature multiformi e parzialmente variabili in correlazione alla disciplina specifica, la Corte di Lussemburgo è granitica nell’affermare la sussistenza di una nozione europea di *worker*, che prescinde dalle definizioni nazionali, utile ai fini dell’individuazione dell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione. Già a partire dal caso *Lawrie Blum*³⁷, difatti, la Corte ha individuato l’essenza della nozione di *worker* nel fatto che «una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un’altra e sotto la direzione di quest’ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione». Sebbene tale definizione sia andata, col tempo, arricchendosi, è ad

³⁶ Per un approfondimento in merito alla nozione europea di lavoratore si rimanda a S. GIUBBONI, *Being a worker in the EU law*, in *European Labour Law Journal*, fasc. 9, 2018, p. 223 ss.; S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell’Unione Europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, fasc. 2, 2018, p. 207 ss.; P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, fasc. 2, p. 573 ss.; S. BORELLI, *The Concept of Employee and Quality of Employment*, in S. BORELLI-PASCALE VIELLE, *Quality of Employment in Europe. Legal and Normative Perspectives*, Brussels, 2012, p. 107; N. COUNTOURIUS, *An Autonomous EU definition of ‘Worker’ – Pitfalls and Opportunities for the European Labour Movement*, ETUC, 4 dicembre 2015; M. RISAK-T. DULLINGER, *The concept of “worker” in EU law*, ETUI, Brussels, 2018; E. MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract: the role played by the European Court of Justice*, in *European Labour Law Journal*, vol. 11, 2020, p. 26 ss.; A. SAGAN, *The classification as ‘worker’ under EU law*, in *European Labour Law Journal*, vol. 10, 2019, p. 535 ss.; V. FÈVRIER, *The concept of ‘worker’ in the free movement of workers and the social policy directives: perspectives from the case law of the Court of Justice*, in *European Labour Law Journal*, agosto 2020, p. 1 ss.; N. KOUNTOURIS, *The concept of ‘worker’ in European Labour Law: fragmentation, autonomy and scope*, in *Industrial Law Journal*, fasc. 47, n. 2, 2018, p. 192 ss.

³⁷ Caso n. 66/1985, *Lawrie Blum*.

essa che deve continuare a farsi riferimento nell'applicazione del diritto dell'Unione Europea.

Parrebbe, dunque, doveroso fare riferimento a tale definizione nell'individuazione dell'ambito di applicazione della Direttiva (UE) 2019/1152 e del Decreto Trasparenza che ne rappresenta l'attuazione nazionale. Salve le esplicite esclusioni (come per i lavoratori marittimi e della pesca), dunque, il nuovo diritto pare essere riconosciuto non solo alle categorie espressamente menzionate nell'art. 8, ma a tutte quelle incluse nell'art. 1 del medesimo Decreto, in quanto rientranti nella nozione europea di *worker*. Se così fosse, tuttavia, risulterebbe di difficile soluzione il secondo quesito, rimanendo oscura la ragione per cui nell'art. 8 vengano menzionate solo alcune delle categorie contrattuali indicate dall'art. 1 e la conseguente portata precettiva.

5. Le Misure di Tutela

Il Capo IV del Decreto Trasparenza è destinato alla disciplina delle "misure di tutela" dei diritti riconosciuti nello stesso decreto (e nel d.lgs. n. 152/1997), contemplando sia strumenti di natura giudiziale e stragiudiziale che meccanismi sanzionatori, civili e amministrativi.

In caso di violazione dei "nuovi diritti", l'art. 12 del decreto prevede la possibilità, per i lavoratori, di ricorrere agli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi rispetto al ricorso giudiziale (*Alternative Dispute Resolutions* – ADR) tradizionali del diritto del lavoro, quali il tentativo di conciliazione presso l'ITL territorialmente competente di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c., e il collegio di conciliazione e arbitrato di cui agli artt. 412 e 412-*quater*, c.p.c., nonché la possibilità di rivolgersi alle camere arbitrali eventualmente istituite presso gli organismi di certificazione di cui all'art. 31, comma 12, legge n. 183/2010. Si tratta, tuttavia, di strumenti preesistenti e già da tempo a disposizione dei lavoratori per la generalità delle controversie comunque connesse al rapporto di lavoro³⁸.

Ancora, l'art. 13 estende la sanzione dell'ammenda da 250 a 1550 euro disposta in materia di lotta alle discriminazioni dall'art. 41, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, anche alle ipotesi di «adozione di comportamenti di carattere ritorsivo o che, comunque, determinino effetti sfavorevoli nei confronti dei

³⁸ In merito, sia consentito un rinvio a G. SIGILLÒ MASSARA, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2017.

lavoratori o dei loro rappresentanti che abbiano presentato un reclamo al datore di lavoro o che abbiano promosso un procedimento, anche non giudiziario, al fine di garantire il rispetto dei diritti di cui al presente decreto e di cui al decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152». A tal fine, ferma ogni altra conseguenza prevista dalla legge in tema di invalidità dell'atto, si attribuisce ai lavoratori stessi e ai loro rappresentanti la facoltà di rivolgersi all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, il quale dovrà poi, all'occorrenza, comminare la sanzione.

Da ultimo, l'art. 14, rubricato «protezione contro il licenziamento o contro il recesso del committente» prevede un esplicito divieto di licenziamento o di altri trattamenti pregiudizievoli per il lavoratore posti in essere quale conseguenza dell'esercizio dei diritti di cui allo stesso Decreto Trasparenza e al d.lgs. n. 152/1997. La tutela, peraltro, è estesa anche ai lavoratori destinatari di «misure equivalenti al licenziamento» (comma 2), da intendersi, a dire del Ministero del Lavoro come «tutte quelle modifiche, adottate dal datore di lavoro o dal committente in modo unilaterale e a svantaggio del lavoratore, che incidono in modo sostanziale sugli elementi essenziali del contratto di lavoro e sono conseguenti all'esercizio dei diritti previsti dal decreto legislativo in oggetto e dal d.lgs. n. 152/1997 e, comunque, per ragioni estranee al lavoratore (cfr. Corte di Giustizia 11 novembre C-422/14)»³⁹. Sul punto, non può che concordarsi con chi⁴⁰ ha ritenuto errata l'interpretazione ministeriale, che pare porre confusione sull'oggetto della tutela di cui all'art. 13 (relativo genericamente a comportamenti ritorsivi) e di cui all'art. 14, che, nel sanzionare il licenziamento ritorsivo, pare destinato ad estendere la tutela anche alle collaborazioni coordinate e continuative ed etero-organizzate. Pare, allora, che per misura equivalente al licenziamento sarebbe stato più corretto indicare il recesso del committente dalle collaborazioni, in qualsiasi forma lo stesso venga manifestato, come definito nella rubrica dell'articolo.

L'interpretazione testé fornita pare avvalorata dal secondo comma che, fermo l'obbligo di motivazione scritta delle ragioni del licenziamento di cui all'art. 2, legge n. 604/1966, prevede la possibilità per i lavoratori interessati di presentare un'istanza per ottenere i motivi delle misure adottate, cui il datore di lavoro deve fornire risposta entro sette giorni. Si prevede, da ultimo, al comma 3 un'inversione dell'onere della prova, sicché fermo restan-

³⁹ Così vengono definite le misure equivalenti dalla circolare ministeriale n. 19/2022, cit.

⁴⁰ G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit., p. 571.

do che la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento vadano provati dal datore di lavoro *ex art.* 5, legge n. 604/1966, spetta allo stesso datore di lavoro o committente l'onere di provare che i motivi del licenziamento o delle misure equivalenti non rientrino tra i comportamenti ritorsivi derivanti dall'esercizio dei diritti in esame da parte del lavoratore.

La portata innovativa della tutela, allora, sembra che debba essere ridimensionata. Innegabile è il rilievo che essa acquisterebbe ove venisse accolta l'interpretazione che estendesse la portata della tutela contro i licenziamenti e comportamenti ritorsivi non solo ai lavoratori subordinati, ma anche ai collaboratori. Con riferimento ai lavoratori subordinati, diversamente, salva l'estensione della sanzione amministrativa anche a tutela dei "nuovi diritti" previsti dal Decreto stesso, la disciplina in esame sembra priva di effettiva portata precettiva, sostanzialmente ribadendo quanto l'ordinamento garantisce già dagli anni '60-'70.

6. Alcune brevi considerazioni conclusive

A voler trarre, da quanto sopra, delle prime considerazioni conclusive, pare possibile ribadire quanto già accennato in ordine alla natura ambivalente della norma. Se, di fatti, è vero che la possibilità di cumulo di attività di cui all'art. 8 del decreto interviene apprezzabilmente a colmare una lacuna legislativa di crescente importanza nella prassi, è altrettanto vero che il legislatore sarebbe potuto essere più oculato nella trasposizione e coordinamento della disciplina europea nell'ordinamento nazionale.

Molte e rilevanti sono, come si è visto, le zone d'ombra affidate agli interpretati: dalla scelta di "vietare di vietare" per celare l'introduzione di un diritto, alla definizione delle condizioni legittimanti le restrizioni a tale diritto, alla delimitazione dell'ambito di applicazione dello stesso. A quanto già osservato, peraltro, non possono che sommarsi ulteriori perplessità con riferimento alla disponibilità del "diritto al cumulo", da parte dell'autonomia individuale e collettiva.

Ed infatti, nell'attuale contesto lavorativo non mancano clausole di contratti, collettivi e individuali, regolamenti e policy aziendali che inibiscono al lavoratore di impiegarsi in altre attività in corso di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato.

Così, in mancanza di altre fonti, il "divieto di vietare" oggi previsto dalla legge, pone in dubbio la persistente validità di iniziative unilaterali del datore di lavoro, siano esse contenute in regolamenti, policy o linee guida

aziendali, anche ove prevedano un corrispettivo economico a fronte della limitazione. È evidente, difatti, come sia quantomeno dubbio che il datore di lavoro possa disporre di un diritto (quello alla cumulabilità delle attività) la cui titolarità spetta ad altri (il lavoratore); come si pone il tema della permanenza di tale diritto a fronte dell'eventuale consenso prestato dallo stesso lavoratore che, si potrebbe porre in contrasto con la norma di cui all'art. 8 del decreto.

Più complesso risulta scogliere l'interrogativo con riferimento alle iniziative concordate tra il datore di lavoro e le organizzazioni sindacali, ovvero i singoli lavoratori interessati.

Con riferimento alla prima ipotesi, soccorre il considerando n. 38, in cui si legge che «È opportuno rispettare l'autonomia delle parti sociali e il loro ruolo di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro. Le parti sociali dovrebbero quindi poter ritenere che, in particolari settori o situazioni, per perseguire lo scopo della presente Direttiva siano più appropriate disposizioni diverse rispetto ad alcune norme minime stabilite nella presente direttiva. Gli Stati membri dovrebbero pertanto poter consentire alle parti sociali di mantenere, negoziare, stipulare e applicare contratti collettivi che differiscono da alcune disposizioni contenute nella presente direttiva, a condizione che il livello generale di protezione dei lavoratori non sia abbassato». A livello europeo, in altre parole, viene auspicato il coinvolgimento sindacale, prevedendo la possibilità che i contratti collettivi prevedano delle deroghe e delle discipline specifiche rispetto alle disposizioni generali di legge. Il legislatore nazionale, tuttavia, ha omissso di accogliere tale invito, non prevedendo uno dei tradizionali rinvii alla contrattazione collettiva per la determinazione di eventuali discipline derogatorie.

Con la conseguenza che potrebbe essere messo in dubbio la legittimità di generiche clausole collettive che vietino il diritto al cumulo di attività, come anche di clausole che ne restringano la portata rispetto alla normativa legale⁴¹.

Entro i limiti disegnati dalla legge, tuttavia, è certamente possibile per le parti sociali disciplinare l'esercizio e l'applicazione del nuovo diritto, ad esempio predeterminando delle fattispecie di ragioni oggettive legittimanti il diniego datoriale allo svolgimento di specifiche attività.

Con riferimento alla disponibilità del diritto di cui all'art. 8 da parte del singolo lavoratore interessato, da ultimo, pare possibile svolgere delle con-

⁴¹ F. SCARPELLI, *Decreto trasparenza: disciplinato il diritto del lavoratore (privato) a svolgere un'altra prestazione lavorativa*, cit.

siderazioni se non eguali comunque analoghe. Secondo attenta dottrina⁴², pur sembrando doveroso accogliere un'interpretazione restrittiva della disposizione che inibisca non solo le iniziative unilaterali ma anche condivise nel contratto di lavoro, onde evitare che la parte forte (il datore) approfitti della situazione di potere in cui si trova, proprio la previsione di un corrispettivo potrebbe consentire la deroga alla generale cumulabilità. E ciò risulta maggiormente condivisibile ove di tale diritto le parti dispongano in una delle c.d. sedi protette in cui, ai sensi dell'art. 2113, c.c., il lavoratore ha la possibilità di transigere i e rinunciare ai diritti inderogabili riconosciutigli dalla legge e dal contratto collettivo, in quanto la genuinità della sua volontà viene garantita dalla presenza di un soggetto terzo e imparziale.

⁴² G. PROIA, *Le novità, sistemiche e di dettaglio, del decreto trasparenza*, cit., p. 571.

L'INVECCHIAMENTO ATTIVO NEL SISTEMA NORMATIVO "MULTILIVELLO". PROSPETTIVE DI SVILUPPO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Anna Maria Battisti *

1. *L'invecchiamento attivo nella prospettiva sovranazionale ed eurounitaria*

Il nostro Paese diventa sempre più grigio e di colore argento. Tra le sfide di tutti i tempi c'è quella demografica, con tutte le conseguenze che reca con sé sul piano previdenziale, sanitario ed economico. Si consideri che la forza lavoro italiana sta costantemente, strutturalmente e velocemente invecchiando (c.d. *silver workers*): a fronte di una netta contrazione della coorte 20-54 anni, i seniores di età compresa fra i 55 e i 69 anni, stanno aumentando e tendono a rimanere più attivi sul mercato rispetto al passato, mentre si riduce il peso e il ruolo dei giovani nel processo di cambiamento (c.d. "degiovanimento"), con ciò determinandosi un rapporto inadeguato tra generazioni rispetto all'obiettivo di uno sviluppo più solido e sostenibile¹.

Alla luce di queste premesse, come attentamente rilevato, la strada maestra per affrontare le sfide demografiche e i problemi di sostenibilità del Welfare pubblico, senza erodere del tutto la solidarietà tra generazioni,

* Professoressa associata di Diritto del lavoro e Diritto della sicurezza sociale – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹ M. BROLLO, *Lavoro agile: prima gli anziani?*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, in *Adapt Labour Studies*, e-Book series n. 95, pubblicato il 14 settembre 2022, p. 68.

non può che essere quella dell'invecchiamento attivo, per tale intendendo, secondo l'Organizzazione mondiale della sanità il «*processo di ottimizzazione delle opportunità di salute, partecipazione e sicurezza al fine di migliorare la qualità della vita delle persone che avanzano nell'età*»².

È evidente che si tratta di un concetto multidimensionale che vuole sottolineare lo stretto legame intercorrente tra il benessere psico-fisico degli anziani e le loro attività, che punti a valorizzare le potenzialità che accompagnano la fase più avanzata dell'esistenza umana: come è stato efficacemente sintetizzato, «*extra years have been added to life, hence we now need to breath life into those additional years*»³, ma senza trascurare le fragilità connesse⁴.

A ben vedere, infatti, l'invecchiamento attivo è da intendere sia legato all'età pensionabile, riferendosi a soggetti che dopo la pensione vogliono rimanere attivi e tornare quindi a svolgere un'occupazione e partecipare alla vita sociale, sia slegato alla età pensionabile, riguardando anche coloro che sono espulsi dal mercato, senza avere la possibilità di accedere a un reddito da pensione. Per questi ultimi, si pone tuttavia il problema di predisporre un insieme di misure che consentano una ricollocazione "agevolata" nel mondo del lavoro, al fine di evitare che si scorraggino e passino ad una situazione di inattività⁵.

L'incentivazione al lavoro degli anziani, quindi può e deve essere letta in senso complessivo, necessitandosi conseguentemente di iniziative certamente mirate a risolvere le specificità delle diverse situazioni, ma nello stesso tempo, inquadrare in una prospettiva unitaria di partecipazione de-

²WHO, *The Political Declaration and Madrid International Plan of Action on ageing*, 2002; *The World Health Organization's Active ageing: a policy framework*, 2002.

³Il cuore del concetto di *active ageing* è stato illustrato da: G. REDAY-MULVEY, *Working beyond 60. Key policies and Practises in Europe*, Palgrave Macmillan, Londra, 2005, p. 33.

⁴V. FILI, *I lavoratori anziani tra esclusione e inclusione*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, p. 384.

⁵Come attentamente rilevato da: P. BOZZAO, *Anzianità, lavori, diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 28 ss., sia la riforma del 2012 sia, ancor più, quella del 2015, appaiono particolarmente carenti. Nella normativa delineata dal d.lgs. n. 150/2015, se si eccettua la categoria dei disabili, non si rinvencono disposizioni dettate *ad hoc* per i "soggetti svantaggiati"; non ci sono misure di politica attiva mirate, rivolte agli anziani, al fine di ottenere un servizio di assistenza intensiva nella ricerca di una nuova occupazione. Sul punto, anche C. GAROFALO, *I soggetti svantaggiati nella normativa europea e interna*, in M. BROLLO-C. CESTER-L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro Incentivi e sanzioni*, EUT, Trieste, 2016, p. 41.

gli anziani, comunque intesi, al mondo del lavoro. In tal senso, l'invecchiamento attivo costituisce una strategia per redistribuire (più) equamente parte degli oneri gravanti sulla forza lavoro, rendendo maggiormente indipendente e responsabile la popolazione anziana, in modo che possa godere di un lavoro di qualità sino all'età pensionabile.

Senza peraltro trascurare che la prospettiva economica trova reciproca compensazione se si guarda all'*active ageing* secondo un approccio più marcatamente sociale. Sotto questa luce, l'obiettivo di mantenere "attivi" – anche nel lavoro – i *seniores* contribuirebbe a realizzare quell'obiettivo di solidarietà intergenerazionale, quale collante fondamentale di una società inclusiva di cui parla anche l'agenda 2030 (goal 3 e goal 11)⁶.

La tematica dell'invecchiamento attivo ha attirato l'attenzione delle istituzioni pubbliche a tutti i livelli di governo, nonché le organizzazioni internazionali come l'OMS e sovranazionali come l'UE. In particolare, l'OMS ha suggerito di inquadrare giuridicamente la tematica in oggetto all'interno della tutela dei diritti fondamentali della persona senza alcuna discriminazione in base alle condizioni individuali. L'anziano è dunque tutelato in quanto *homo dignus* che è centro di imputazione di diritti fondamentali, civili, politici e sociali e il diritto ad un invecchiamento attivo è l'estensione pratica dell'esercizio dei diritti fondamentali della persona umana, cui gli Stati devono ottemperare attraverso politiche di tutela e garanzia.

Sul versante eurocomunitario, il riferimento è soprattutto agli artt. 2⁷ e 3⁸ del TUE. Meritevole di attenzione è anche la Carta dei diritti dell'UE, approvata il 7 dicembre 2000, e adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, con il riconoscimento del suo valore giuridico alla stregua dei trattati (art. 6, par. 1, TUE). L'art. 1 della Carta sancisce *expressis verbis* che «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». Ma non solo. La Carta dei diritti prevede all'art. 21 il divieto di discriminazione in base

⁶N. DE LEONARDINS, *Invecchiamento attivo e sostenibilità. Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in V. FILI (a cura di), *Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, in *Adapt Labour Studies*, e-Book series n. 95, pubblicato il 14 settembre 2022, p. 168.

⁷L'art. 2 del TUE fonda l'Unione sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza all'interno di uno Stato di diritto e nel rispetto dei diritti umani, attraverso il principio della non discriminazione e della solidarietà.

⁸L'art. 3 fissa gli obiettivi che l'Unione deve perseguire quali lo sviluppo sostenibile, il progresso sociale e la riduzione dell'esclusione sociale, nonché la promozione della solidarietà tra le generazioni, e la coesione economica, sociale e territoriale e la solidarietà tra gli Stati membri.

all'età, nonché all'art. 25 la tutela dei diritti degli anziani ed in specie il diritto di questi di «condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale», oltre che il riconoscimento dell'accesso a sistemi di sicurezza sociale e di assistenza sociale anche nel periodo della vecchiaia (art. 34), sottolineando il dovere di proteggere la salute di questi soggetti (art. 35).

Al tempo stesso, è noto il fatto che l'invecchiamento attivo sia stato assunto come uno degli obiettivi di azione prioritari, in coerenza con le indicazioni di Lisbona, diventando parte integrante della Strategia Europea dell'occupazione e che il 2012 sia stato proclamato come l'Anno europeo dell'«invecchiamento attivo e della solidarietà fra le generazioni»⁹. Contestualmente, nel dicembre 2012 il Consiglio dell'Unione europea ha definito i *Guiding Principles for Active Ageing and Solidarity between Generations*, ribadendo l'importanza di realizzare iniziative che consentano alle donne e agli uomini di rimanere attivi nel lavoro, nei consumi, nell'assistenza, nel volontariato e in quanto cittadini, nonché di salvaguardare la solidarietà tra le generazioni¹⁰.

Al tempo stesso, appare certamente degno di attenzione il tentativo delle parti sociali europee di predisporre, ai sensi dell'art. 152 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), un «accordo quadro su invecchiamento attivo e approccio intergenerazionale». Siglato da BusinessEurope, Ueapme, Ceep, Etuc, in data 8 marzo 2017, il citato accordo quadro (*European social partners' autonomous framework agreement on active ageing and an inter-generational approach*), appare volto non solo ad assicurare ambienti e organizzazioni di lavoro sani, sicuri e produttivi, che consentano ai lavoratori di tutte le età di restare in servizio fino alla pensione, ma anche a promuovere azioni concrete per rendere più semplice la trasmissione delle competenze e delle esperienze tra le generazioni sul luogo di lavoro, ad aumentare nei datori di lavoro e nei dipendenti la consapevo-

⁹ Nella decisione n. 940/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2011 dove è stato sostenuto che «la sfida di promuovere un invecchiamento sano e attivo è una strategia per una crescita sostenibile ed inclusiva, sia sul piano finanziario del sistema pubblico e del welfare, sia sul piano sociale per consentire una coesione sociale e una maggiore produttività». Sottolineano le opportunità di rafforzamento dell'ancora debole azione politica sul fronte dell'*active ageing* offerte dalla dedica dell'anno europeo 2012, A. WALKER-T. MALTBY, *Active ageing: a strategic policy solution to demographic ageing in the European Union*, in *Int. Jour. of Social Welfare*, 2012, p. 117 ss.

¹⁰ C. GAROFALO, *Le misure di sostegno all'occupazione dei lavoratori over 50 nell'era post Covid-19*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, cit., p. 104.

lezza delle sfide e delle opportunità che possono derivare dai mutamenti demografici, fornendo loro e ai loro rappresentanti gli strumenti «per gestire l'invecchiamento attivo in maniera efficace». Anche se la nota dolente è data dal fatto che ancora oggi, l'Accordo sembra non aver trovato concreta attuazione.

Il sistema del dialogo sociale si è dunque rivelato più lungimirante delle istituzioni europee, le quali non hanno nemmeno colto la spinta propulsiva che poteva giungere dalla proclamazione, il mese successivo (26 aprile 2017), del "Pilastro europeo dei diritti sociali", che esprime l'indirizzo politico comunitario volto a promuovere mercati del lavoro e sistemi di protezione sociale equi e ben funzionanti¹¹.

In particolare, il Capo III introduce tra i principi del Pilastro una maggiore "protezione sociale e inclusione", mentre nei precedenti punti (Capo I e Capo II) si colloca lo status di un lavoratore attivo, assicurando, tra le altre cose, la parità di trattamento anche per età (punto 3) e il sostegno attivo all'occupazione (punto 4). Alle parti sociali è riservata la funzione di armonizzare le normative nazionali ai principi del Pilastro, che si concretizza sia nella partecipazione all'elaborazione di politiche economiche comunitarie e nazionali, sia attraverso una valorizzazione dei principi del Pilastro nella contrattazione collettiva. Il ruolo che gioca dunque il sindacato dei lavoratori nella promozione dell'*active ageing*, quale politica volta a correggere le disfunzioni di un sistema concorrenziale poco incline all'inclusione sociale, trova uno specifico riferimento nello stesso Pilastro, anche se la proclamazione del Pilastro sconta debolezze derivanti dalla sua natura non vincolante¹².

Da ultimo, con il Libro verde sull'invecchiamento demografico¹³ è stato avviato un ampio dibattito pubblico sulle sfide e le opportunità insite in una società europea che invecchia, al fine di individuare le varie modalità di reazione agli impatti socioeconomici dell'invecchiamento della popolazione europea. Sono stati dunque il mutamento del quadro demografico e lo sbilanciamento dei sistemi di welfare a imporre una nuova poli-

¹¹ D. IODICE, *Gap intergenerazionale e solidarietà tra i lavoratori. La contrattazione inclusiva come leva del cambiamento nell'era digitale*, Adapt University Press, Modena, 2020.

¹² Critico S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 4, 2017.

¹³ Si veda Commissione europea, comunicazione COM(2021) 50 final, Libro verde sull'invecchiamento demografico. Promuovere la solidarietà e la responsabilità fra le generazioni, 27 gennaio 2021.

tica specificamente dedicata all'occupazione che invecchia (*ageing employment*).

I diversi Paesi europei hanno mostrato sin da subito vocazioni diverse nell'affrontare la problematica dell'invecchiamento: quelli nordici hanno privilegiato un approccio culturale e poco normativo ma soprattutto "comprehensive", fondato su un insieme coordinato di interventi costruiti nel corso dell'intera vita lavorativa, mentre quelli continentali hanno privilegiato un approccio più lavoristico¹⁴.

2. *L'invecchiamento attivo tra principi costituzionali e inerzia del legislatore nazionale*

In questo quadro d'insieme, tuttavia, il legislatore nazionale appare miope¹⁵. Eppure, l'invecchiamento attivo è una delle possibili epifanie dei diritti fondamentali (sia diritti di libertà, sia diritti sociali), che perseguono la tutela della dignità umana, riconducibile al combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 Cost.¹⁶. Si tratta, in particolare, di specificazioni, proiezioni ulteriori della dignità umana, che si manifesta in continuo movimento¹⁷, attraverso la garanzia dei diritti fondamentali (come, per esempio, il diritto alla salute e il diritto alla vita democratica e sociale) e il principio dell'egualianza e della solidarietà e della promozione sociale¹⁸.

Al tempo stesso, non va sottaciuta l'importanza della legge n. 328/2000, il cui art. 2, comma 2, richiama il principio di universalità del sistema inte-

¹⁴ A.M. PONZELLINI, *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Europa*, in T. TREU (a cura di), *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 197. Sulle sensibili differenze intercorrenti tra gli Stati europei rispetto alle politiche di *active ageing* v. già C. MANDIN, *Active ageing in Europe, paper for the Espanet Conference 2004* (Oxford, 9th-11th September 2004), 2012.

¹⁵ Parla di "atipicità" del caso italiano, F. BASENGHI, *Età e perdita dell'impiego: il quadro italiano*, in *Dir. relaz. ind.*, fasc. 4, 2005, p. 1010.

¹⁶ Sull'argomento, si veda M. ROSPI, *L'invecchiamento attivo della popolazione all'interno della coesione sociale tra generazioni: gli strumenti della multilevel governance per nuovi sistemi di welfare*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, p. 19.

¹⁷ A. D'ALOIA, *Introduzione: i diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID., *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, p. XVIII.

¹⁸ Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 197-198.

grato di interventi e servizi sociali¹⁹, ponendo l'accento sulla persona umana, senza ulteriori specificazioni, colta nei bisogni che strutturalmente incontra nella sua vita²⁰. In tal senso, l'universalità appare una diretta derivazione di quella stessa concezione antropologica, di tipo personalistico, che sottostà ai principi fondamentali della Costituzione, sopra richiamati, e, in particolare, agli artt. 2 e 3, ma che è senz'altro confermata dall'art. 38 Cost.²¹.

Si tratta tuttavia di una universalità selettiva, che mira cioè, in relazione alle risorse utilizzate, a graduare le situazioni di bisogno, sostenendo prioritariamente le posizioni più deboli ma promuovendone, fin dove possibile, il reinserimento sociale ed il recupero di condizioni di autonomia e partecipazione. Ed è lo stesso art. 38 Cost. che avvalora l'obiettivo di favorire processi di reinserimento e partecipazione al "progresso materiale o spirituale della società" (art. 4 Cost.), di guisa che proprio il perseguimento di questo obiettivo promozionale, di riattivazione costituisce l'antidoto alla degenerazione della selettività in assistenzialismo²².

Tuttavia, malgrado le Istituzioni internazionali e l'Unione europea²³ invitino da tempo ad occuparsi dei cambiamenti demografici e degli effetti

¹⁹ Che trova conferma nell'art. 128 del d.lgs. n. 112/1998 per il quale per «servizi sociali» si intendono «tutte le attività», di varia natura, «destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia». Sul punto, si rinvia a: E. FERRARI, *Articolo 128*, in *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997. Commentario*, a cura di G. FALCON, il Mulino, Bologna, 1998, p. 433.

²⁰ E. RANCI ORTIGOSA, *Assistenza, prevenzione, promozione*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, 20/22, 2000, p. 6.

²¹ M. PERSIANI, *Commento all'art. 38*, in *Commentario alla Costituzione italiana*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 241, secondo cui «la tutela previdenziale è ormai espressione di una più estesa solidarietà che interessa tutti i cittadini».

²² F. PIZZOLATO, *Sub art. 2*, in AA.VV., *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, II ed., Giuffrè, Milano, 2007, p. 120.

²³ Sull'argomento, si vedano: A. ROTA, *A proposito di invecchiamento attivo ed in buona salute: quale revisione delle politiche pubbliche nazionali e delle relazioni sindacali?*, in *Dir. rel. ind.*, fasc. 3, 2016, p. 705; F. GUARRIELLO, *Politiche europee e mutamenti demografici*, in *Riv. giur. lav.*, 2, 2015, I, p. 287 ss., spec. p. 289 ss.; G. SCARPETTI-C. SANDOMENICO, *Older workers: interventi di politica attiva in Europa*, in *Formazione orientamento Profes-*

da questi prodotti al mercato del lavoro ed ai sistemi sociali, sanitari e pensionistici, il legislatore nazionale, così come le parti sociali²⁴, non hanno mostrato particolare interesse verso la costruzione, in ambito lavorativo, di un assetto di tutele rivolte all'invecchiamento attivo, preferendo piuttosto mettere in campo soluzioni espulsive dei lavoratori anziani²⁵.

In Italia il tema è ancora molto trascurato, e collegato a una rappresentazione della persona anziana incardinata su una pregiudizievole rappresentazione sociale (e culturale) della vecchiaia. Per quanto sia difficile operare generalizzazioni, si registra ancora oggi una visione stereotipata del lavoratore anziano, fondata sulla diffusa convinzione che vi sia una diretta connessione tra invecchiamento e declino delle abilità lavorative degli anziani²⁶.

Le strategie di invecchiamento attivo risultano infatti, ad oggi, sostanzialmente limitate all'adozione di misure finalizzate all'innalzamento dell'età pensionabile²⁷ e fortemente ancorate – come appare evidente nel recente decreto n. 29 del 15 marzo 2024, recante “Disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane, in attuazione della delega di cui agli articoli 3, 4 e 5 della legge 23 marzo 2023, n. 33”²⁸ – al legame tra i

sionale, n. 6, *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, II ed., Milano, 2007, p. 10 ss., spec. p. 12 ss., e A. MATARAZZO, *Invecchiamento attivo e solidarietà tra le generazioni nel Programma nazionale*, ivi, p. 32 ss.

²⁴ Si segnala l'assenza di protagonismo degli attori del sistema sindacale, fatta eccezione per alcuni sporadici accordi collettivi sottoscritti a livello nazionale o aziendale a partire dal 2011 soprattutto nelle imprese di grandi dimensioni.

²⁵ V. FERRANTE, *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011; A. AVIO, *L'invecchiamento attivo: se la vecchiaia non ha età*, in *Dir. lav. merc.*, 2, 2016, p. 251.

²⁶ La stessa Corte costituzionale, collocando l'art. 38 Cost., in tema di previdenza e assistenza sociale, anche in caso di vecchiaia sul terreno dei diritti sociali, ha evidenziato il suo valore di principio fondamentale, in collegamento con la tutela della dignità dell'anziano, inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost., che impone al legislatore di garantirne l'effettività delle esigenze della persona anche in vecchiaia. *Ex plurimis*, cfr. Corte Cost., sentenze nn. 22/1969, 497/1988, 106/1996, 516/2000.

²⁷ Si ricordano, in particolare, il d.d.l. C. 1257 “Misure per favorire l'invecchiamento attivo, il pensionamento flessibile, l'occupazione degli anziani e dei giovani, nonché per l'incremento della domanda di lavoro”, presentato da Scelta Civica per l'Italia il 24 giugno 2013; e il d.d.l. C. 3538, “Misure per favorire l'invecchiamento attivo della popolazione attraverso l'impiego delle persone anziane in attività di utilità sociale e le iniziative di formazione permanente”, presentato dal Partito Democratico il 18 gennaio 2016.

²⁸ Pubblicato già nella *Gazzetta Ufficiale* – Serie generale – n. 65 del 18 marzo 2024 e,

concetti di anzianità e non autosufficienza o disabilità, ponendo quasi sempre al centro la figura dell'anziano secondo le consuete categorizzazioni proprie della legislazione assistenziale, che lo identificano semplicemente nell'ottica di soggetto debole o fragile²⁹.

All'assenza di un provvedimento a carattere nazionale ha ovviato l'intervento regionale, in ragione del principio di sussidiarietà verticale che informa il nostro ordinamento e della ripartizione delle competenze Stato-regioni, che restituisce delle esperienze estremamente differenziate e meritevoli di essere menzionate. È toccato, dunque, al legislatore regionale promuovere politiche di invecchiamento attivo, quale veicolo di salvaguardia delle persone mature, ma non per questo inattive³⁰.

3. Prospettive di sviluppo della contrattazione collettiva

In questo quadro di insieme, appare invero fondamentale non solo il ruolo delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri, ma anche di tutti gli attori sociali, incluse le organizzazioni sindacali, incaricati di diffondere un modello di società sostenibile, che non marginalizzi la fetta più anziana della società.

In particolare, il sindacato è chiamato ad intercettare la gestione dell'età dei lavoratori e ad evitare che le caratteristiche personali dei lavoratori – in questo caso l'età – inquinino le relazioni contrattuali tra le parti sino a generare disparità di trattamento, nel mercato del lavoro che diviene causa di disuguaglianza.

Il ruolo delle parti sociali in alcuni Paesi europei si è rivelato molto importante, facendo da tramite tra la politica pubblica di sostegno dell'invecchiamento attivo e le politiche organizzative aziendali, c.d. *age management*. E, tuttavia, nel nostro Paese non si rinvencono sperimentazioni

ripubblicato corredato di note nella *Gazzetta Ufficiale* – Serie generale – n. 79 del 4 aprile 2024.

²⁹ Il Titolo I del decreto è rivolto a tutta la popolazione anziana e contiene: principi generali e definizioni; misure promozionali di invecchiamento attivo e prevenzione; nuove misure abitative in materia di cohousing; misure di alfabetizzazione informatica. Queste norme, ricche di rinvii per l'attuazione a futuri provvedimenti e prive di stanziamento di adeguate risorse, assegnano un ruolo rilevante al volontariato, al servizio civile, agli enti del terzo settore e allo scambio intergenerazionale.

³⁰ N. DE LEONARDIS, *Invecchiamento attivo e sostenibilità. Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità*, cit., p. 171.

paragonabili alle iniziative promosse in Germania³¹, e in altre realtà del Nord Europa³², per affrontare le *demographic challenges in the labour market* che facciano supporre uno svecchiamento di logiche conservatrici e tipiche di un contesto oramai superato. Non accade frequentemente di esaminare nei testi dei contratti collettivi l'abbandono dello schema della c.d. *seniority pay* a favore di incentivi, premi di produzione e benefit correlati alle diverse qualità del lavoratore ed *in primis* all'impegno da questi profuso nel contesto aziendale. Così come sfugge a buona parte delle piattaforme contrattuali la valorizzazione del lavoro degli anziani come risorsa stabile e strutturale dell'impresa, della quale valorizzare «capacità e competenze invece di sottolinearne costi sociali e improduttività»³³.

Il che non equivale a significare che non esistano buone pratiche a livello di contrattazione sociale territoriale: da questo punto di vista vanno infatti ricordati numerosi protocolli d'intesa che hanno attivato percorsi di partecipazione e benessere rivolti alle persone anziane allo scopo di eliminare, o perlomeno limitare, il gap generazionale causato dal *digital divide*.

³¹ Si tratta della predisposizione di misure ergonomiche che aiutino a ridurre la fatica fisica dei dipendenti più anziani, organizzando in maniera differente gli spazi di lavoro per far fronte alle peculiari esigenze dei lavoratori in età più avanzata. La prima ad aver introdotto cambiamenti nella conformazione delle linee di montaggio già a partire dal 2007 nello stabilimento principale di Dingolfing nella Bassa Baviera (Germania), che conta circa 2.500 dipendenti, per alleggerire il lavoro degli ultra cinquantenni attraverso modifiche dell'organizzazione del lavoro è stata la BMW. I risultati dimostrano che la sperimentazione è stata vincente considerato che, in seguito all'introduzione dei cambiamenti, da un lato sono diminuiti l'assenteismo per malattia, dall'altro è aumentata nel giro di pochi mesi, anche grazie al forte coinvolgimento attivo dei lavoratori più anziani, il tutto è stato peraltro realizzato a costi molto bassi. CENTRO STUDI E RICERCHE ITINERARI PREVIDENZIALI (a cura di), *Lavoratori over 55 e active ageing. Approfondimento sull'invecchiamento attivo in Italia: dimensioni del fenomeno, criticità e possibili aree di intervento*, cit., p. 17. Sul punto, per approfondire si vedano anche L. DI SALVATORE, *Organizzazione del lavoro e invecchiamento attivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 548 s.; L. PERO, *Esperienze pilota di invecchiamento attivo in corso nelle aziende*, in T. TREU (a cura di), *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 178 ss.; da ultimo, A.M. PONZELLINI-A. ROSINA, *Politiche istituzionali e pratiche manageriali per l'invecchiamento attivo*, in L. CAPPELLARI-C. LUCIFORA-A. ROSINA (a cura di), *Invecchiamento attivo, mercato del lavoro e benessere*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 221.

³² Lo spostamento delle politiche per *i senior* da mere politiche occupazionali, in parte d'emergenza, a politiche di attivazione e sviluppo delle competenze e di miglioramento del livello complessivo della qualificazione della forza lavoro di un Paese è molto visibile nell'esperienza della Norvegia e di altri Paesi che stanno investendo non solo nella formazione continua ma anche nel recupero della scolarizzazione, come sfida per l'innovazione dell'economia.

³³ P. DE NARDIS-L. ALTIERI, *I costi sociali dell'essere un "paese di vecchi"*, in T. TREU (a cura di), *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, cit., p. 75.

In particolare, si segnalano alcuni accordi³⁴, che prevedono progetti formativi specifici, quale quello sul *Reverse mentoring*, centrato sulla valorizzazione della *diversity* generazionale. Si tratta, in particolare, di un processo, attuabile attraverso incontri formali tra lavoratori junior e colleghi senior, mediante il quale avviene un reciproco scambio di saperi e conoscenze su aspetti differenti del lavoro. La natura di questo scambio può così comportare la trasmissione di esperienza da parte dei lavoratori anziani a quelli più giovani, i quali, in ragione della loro maggiore esperienza digitale possono aiutare i *senior* a familiarizzare con la tecnologia³⁵.

In generale, anche nei contratti collettivi di lavoro, sono numerose le declaratorie contrattuali che mirano, da un lato, alla valorizzazione dei *seniores* e, dall'altro, al ricambio generazionale, anche se è al contratto di secondo livello che è devoluta la possibilità di attivare tali iniziative in via eventuale. Si tratta comunque di casi ancora circostanziati e riferiti quasi sempre ad aziende medio-grandi, nelle quali risulta fondamentale un sistema di conoscenze integrato, che riguardi sia le competenze proprie del settore produttivo, sia quelle digitali (come il caso del settore finanziario) e, soprattutto, un sistema di relazioni sindacali che permette di sviluppare soluzioni *ad hoc* per la fascia della popolazione lavorativa più anziana.

È pertanto auspicabile anche nel nostro Paese un intervento energico delle organizzazioni sindacali nella protezione (proattiva) dei lavoratori anziani. Quello che si richiede è sicuramente una maggior capacità da parte dei sindacati di incidere sulle politiche di invecchiamento attivo, che superi del tutto l'errata convinzione per cui esso attenga quasi esclusivamente al settore assistenziale e sanitario e, dunque, sia ad appannaggio esclusivo dello Stato.

D'altra parte, l'inclusione sistemica delle politiche di *active ageing* nell'agenda sindacale apporterebbe numerosi vantaggi, che sono stati attentamente evidenziati³⁶, volti a ridimensionare quelle prassi datoriali, soprattutto nelle piccole e medie imprese, peculiari al tessuto economico italiano, intente a favorire la flessibilità in uscita del lavoratore anziano dal mercato

³⁴ Accordo Lamborghini del 16 luglio 2019 sottoscritto da Automobili Lamborghini Spa e RSU, Fiom-Cgil, Fim-Cisl, ma giova ricordare anche che la IBM ha sviluppato già dal 2010 una pratica di *age diversity* che prevede un mentoring al contrario, in cui il *mentor* è più giovane del suo *mentee* e ha un'anzianità aziendale inferiore, ma possiede spiccate abilità tecniche ed è in grado di condividerle

³⁵ L. DI SALVATORE, *Organizzazione del lavoro e invecchiamento attivo*, cit., p. 553.

³⁶ N. DE LEONARDIS, *Invecchiamento attivo e sostenibilità. Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità*, cit., p. 175.

del lavoro, in ragione di valutazioni di ordine principalmente economico, che vedono nella riduzione del capitale umano più maturo dell'azienda la strada più immediata per diminuire i costi del lavoro (in ragione degli scatti di anzianità), trascurando la perdita del patrimonio professionale costruito nel tempo dagli anziani.

Per favorire questo cambiamento, evidentemente anche culturale, sono necessarie politiche di largo respiro, frutto di una sinergica collaborazione tra soggetti pubblici e privati, in grado di valorizzare le potenzialità dell'anzianità e garantire una partecipazione soddisfacente al mercato del lavoro e capaci di comportare l'adeguamento dei luoghi di lavoro e dell'organizzazione del lavoro, la promozione dell'apprendimento lungo tutto l'arco della vita, politiche efficienti capaci di conciliare lavoro, vita privata e familiare, misure per sostenere un invecchiamento sano, senza dimenticare la lotta alle disuguaglianze di genere e alle discriminazioni basate sull'età³⁷, secondo quell'approccio olistico già sperimentato con successo in alcuni Paesi europei³⁸ e accreditato anche a livello internazionale, come risulta dalle indicazioni fornite dall'Ocse e dall'OIL.

In questa prospettiva, giova ricordare che il legislatore, nel recente decreto n. 29/2024, recante misure a favore delle persone anziane, ha previsto che «*Il datore di lavoro adotta ogni iniziativa diretta a favorire le persone anziane nello svolgimento, anche parziale, della prestazione lavorativa in modalità agile, nel rispetto della disciplina prevista dai contratti collettivi nazionali di settore vigenti*» (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 24/2024, recante «Misure per la promozione della salute e dell'invecchiamento attivo delle persone anziane da attuare nei luoghi di lavoro»). La formulazione non implica a dire il vero diritti o priorità né una specifica corsia preferenziale per il

³⁷ M. BROLLO, *Lavoro agile: prima gli anziani?*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, cit.

³⁸ Per una analisi delle politiche di invecchiamento attivo seguite in alcuni Stati europei (Austria, Francia, Danimarca, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna e Svezia), si rinvia al Rapporto di Italia Lavoro, *L'invecchiamento attivo in Europa. Rapporto di Benchmarking*, novembre 2011; v. anche A.M. PONZELLINI, *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Europa*, in T. TREU (a cura di), *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 195 ss.; e A. SONNET-H. OLSEN-T. MANFREDI, *Towards More Inclusive Ageing and Employment Policies: The Lessons from France, The Netherlands, Norway and Switzerland*, in *De Economist*, 2014, p. 315. In particolare, sulle politiche di sostegno al lavoro degli anziani adottate in Francia, sia a livello macro di mercato del lavoro, sia a livello micro di impresa, si veda: B. BARABASCHI, *Gestire le differenze d'età nel mercato del lavoro e in impresa: il caso francese*, in *Soc. lav.*, 134, 2014, p. 134 ss.

lavoro agile, paragonabili a quelli introdotti durante la pandemia, ma tende a ribadire che si tratta di uno degli strumenti atti a favorire il benessere lavorativo per le persone anziane³⁹.

Ed infatti, l'agilità del lavoro potrebbe aiutare a sopperire le criticità legate all'invecchiamento della popolazione⁴⁰, delineando opportunità di occupazione e sviluppo per i *seniores*, proprio durante gli ultimi anni delle loro carriere lavorative⁴¹ e, da questo punto di vista, non può essere ignorato il ruolo della contrattazione collettiva, che avrebbe nelle sue corde la capacità di agevolare e accompagnare il lavoro agile proprio per i dipendenti con particolari esigenze, come gli anziani⁴².

In conclusione, si è dell'avviso che le difficoltà occupazionali dei *seniores* – anziché essere congelate con la via tradizionale dell'esodo anticipato – possono essere combattute con azioni mirate, anche negoziate con le organizzazioni sindacali, che consentano a ogni persona di esprimere il proprio potenziale, senza che questa risulti svantaggiata dal fattore anagrafico e, dunque, con politiche adeguate, in grado di valorizzare le potenzialità dell'anzianità e garantire una partecipazione soddisfacente al mercato del lavoro, tutelando salute, benessere, sicurezza e solidarietà intergenerazionale⁴³.

³⁹ La contrattazione collettiva nel privato viene indicata come strumento idoneo a prevedere misure specifiche. Tenzionalmente i contratti collettivi (CCNL), salvo i più recenti rinnovi, si limitano su questo fronte alle regole sulla valutazione dei rischi. Nel settore pubblico si devono anche seguire le indicazioni dei PIAO delle amministrazioni e le linee guida ministeriali (Direttiva Zangrillo per il Lavoro Agile nella PA) sulla promozione (senza obbligo) del lavoro agile per i dipendenti fragili.

⁴⁰ V. FILI, *Longevità vs sostenibilità. Prove di resistenza*, in ID. (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, cit., XVI, secondo la quale il contratto di lavoro a tempo parziale e il lavoro agile sono certamente strumenti che astrattamente consentono la conciliazione delle esigenze di lavoro con quelle personali, ma per funzionare, devono essere declinate in una logica *tailor made* e non standardizzata.

⁴¹ M. DE FALCO, *Invecchiamento, lavoro agile e competenze digitali*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità?*, cit., p. 88.

⁴² In particolare, si veda M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2017, pp. 922-977. Cfr. inoltre l'analisi degli accordi di Adapt, *La contrattazione collettiva in Italia* (2020), VII Rapporto, Adapt University Press, Modena, 2021, pp. 315-396, e i risultati della corposa ricerca: M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il sistema prevenzionistico e le tutele assicurative alla prova della IV Rivoluzione industriale*, vol. I, *Bilancio e prospettive di una ricerca*, Adapt University Press, Modena, 2021, pp. 63-88.

⁴³ T. TREU, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 374, 2018, p. 15.

AUTONOMIA COLLETTIVA E COMPENSO DEI RIDERS

Simone Caponetti *

1. Il punto di partenza: l'applicazione della giusta retribuzione ai lavoratori delle piattaforme ad opera del diritto vivente

Come rilevato in dottrina lo strumento “piattaforma” può contribuire a rendere assai poco interessante per l’impresa approvvigionarsi del “fattore lavoro” necessario per la realizzazione del servizio attraverso contratti in cui il prestatore si obblighi ad essere disponibile a svolgere la prestazione in modo continuo nel tempo¹. Ciò che infatti rende molto “appetibile” questo tipo di collaborazione è il bilanciamento tra tempo di lavoro e tempo di realizzazione della prestazione lavorativa; nel caso di questi lavoratori il secondo è più rapido per fare “giornata”, azzerando quanto più possibile i c.d. tempi morti². Ed in effetti, i bassi costi di transazione e delle altre condizioni di contesto della specifica realtà, “rassicurano” il gestore del servizio che non solo può fidare sulla elevata probabilità di trovare un sostituto, ma anche sul fatto che “normalmente” il prestatore ha un interesse convergente nel cogliere le occasioni di lavoro offerte, pena l’inattività e la correlativa mancata percezione del compenso³. L’alta disponibilità della

* Ricercatore in Diritto del lavoro – Università degli Studi di Padova.

¹ G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, p. 53 e M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *Labour & Law Issues*, 2019, p. 1.

² Sulla questione generale si veda l’approfondimento di V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2018, I, p. 35, spec. p. 53.

³ M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, cit., il quale rileva che l’interesse dei gestori dei servizi nei confronti di un modello di organizzazione del servizio fondato su prestazioni eseguite di volta in volta sulla base del con-

forza lavoro diviene preoccupante se si considera che questa circostanza tende ad abbassare il costo del servizio reso dal prestatore di lavoro, rendendolo, senza dubbio alcuno, contrattualmente debole, in ragione non solo appunto dell'ampia disponibilità di forza lavoro sostitutiva, ma anche del ridotto contenuto professionale delle attività svolte (che favorisce l'intercambiabilità dei lavoratori) e della intermittenza della prestazione richiesta che contribuisce a comprimere il livello del reddito medio dei prestatori. Non dobbiamo stupirci, dunque, se per prima la Corte d'Appello di Torino⁴ abbia voluto – per queste ed altre ragioni che in questa sede non si indagheranno – far rientrare i *riders* all'interno della nozione di collaboratori etero-organizzati⁵ di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015⁶, mettendo la stessa norma al centro della motivazione e attribuendole così il ruolo di porta

senso delle parti aumenta ulteriormente se la mancanza di obbligatorietà della prestazione determina (come hanno stabilito nel 2018 i Tribunali di Torino e di Milano nei casi Foodora e Foodinho-Glovo) lo scivolamento dei rapporti di lavoro nell'area delle collaborazioni coordinate e continuative.

⁴ App. Torino, sentenza 4 febbraio 2019, n. 26, in *Lav. dir. Europa*, 2019, n. 1, p. 1 ss., con nota di R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*. In dottrina, si veda G. PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 499 ss. Nel diritto vivente, Trib. Milano, 10 settembre 2018, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2019, p. 82 ss. con nota di C. SPINELLI, *Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo*. Differentemente aveva affermato il Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 1220, con nota di M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora* e in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 2, II, p. 283, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*. I Giudici di *prime cure*, con iter logico-argomentativi parzialmente diversi, hanno escluso la sussistenza della subordinazione, ritenendo non compatibile con tale schema contrattuale, la libertà riconosciuta ai lavoratori di decidere se e quando lavorare, revocando finanche successivamente la disponibilità accordata, senza alcuna apparente conseguenza di carattere disciplinare. Similmente, più di recente, Trib. Cosenza del 3 giugno 2021, inedita a quanto consta. Cfr. M. BIASI, *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *Lav. dir. Europa*, 2018, p. 2.

⁵ Su cui G. PROIA, *Il lavoro autonomo continuativo e le collaborazioni "organizzate", tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità*. Liber amicorum, Giappichelli, Torino, 2018, p. 501 ss.

⁶ Secondo la Corte di Torino, «Ritenere, infatti, che una norma di legge non abbia un contenuto precettivo (come pur affermato da autorevole dottrina, tra cui spicca la difesa della appellata) è una valutazione che si comprende in ambito scientifico ma è preclusa ad un Organo giudicante il quale è tenuto ad applicare le leggi dello Stato in vigore, anche se si tratta di una norma di non facile interpretazione stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell'articolo 2094 c.c.», così App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, cit., in parte motiva.

d'accesso alle tutele per questi lavoratori⁷. Come sancito a livello legale, vien da sé l'applicazione ad essi delle tutele tipiche del rapporto subordinato, «in particolare per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza», da cui però escludere la tutela riguardante il licenziamento⁸.

Sebbene non emerga chiaramente dalla pronuncia (e tanto meno trapeli dal dettato dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015), la Corte in parola sembra utilizzare un «criterio di compatibilità»⁹ in base al quale la disciplina lavoristica non si applicherebbe per intero e in modo automatico, ma solo in quanto coerente con le caratteristiche della collaborazione convenuta tra le parti. Ciò probabilmente spiega perché il trattamento retributivo dei lavoratori subordinati venga riconosciuto a favore dei fattorini digitali, ma solo se parametrabile al fattore tempo ed al fattore spazio, o meglio alla disponibilità spazio-temporale che il lavoratore cede al proprio committente per effettuare la consegna, con particolare riferimento ai giorni e alle ore di lavoro effettivamente prestate, anche per raggiungere l'indirizzo in cui il *riders* è destinato per la consegna o finanche per l'attesa rispetto ad una simile comunicazione¹⁰.

⁷Di questo avviso P. TULLINI, *Il lavoro nell'economia digitale: l'arduo cammino della regolazione*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, cit., p. 171 ss.; A. ALOISI, *Il lavoro "a chiamata" e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour & Law Iussue*, 2016, 2, p. 17 ss. Si potrebbe affermare che, nel caso di specie, il dato saliente su cui si è legato il rapporto dei *riders* nell'alveo delle collaborazioni eterorganizzate è l'inserimento funzionale della prestazione nell'organizzazione del committente e la continuità del rapporto, da intendersi, secondo la Corte d'Appello in parola, come non occasionale e, con riguardo alla esecuzione della prestazione, come svolgimento di attività perpetrate (benché a volte intervallate) nel tempo al fine di soddisfare i bisogni delle parti: indici questi che, prima del varo del Jobs Act, avrebbero potuto – in linea teorica – indurre a qualificare il rapporto come subordinato. Su questo ultimo concetto si veda, R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2015 e A. OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *Variazioni sui temi di diritto del lavoro*, 2016, 2, p. 203 ss.

⁸Per i cui approfondimenti si veda in numero tematico dei Colloqui Giuridici sul Lavoro, a cura di Antonio Vallebona, sul tema de *Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2015.

⁹Su cui si veda P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul "caso Foodora". La qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro dei gig-workers: nuove pronunce e vecchi approcci metodologici*, in *Lav. dir. Europa*, 2018, 1, p. 1 e IDEST, *Le collaborazioni eterorganizzate dei riders: quali tutele applicabili?*, in *Lav. dir. Europa*, 2019, 1, p. 1 ss.

¹⁰Su cui si veda A. SCELISI, *L'altra contrattazione di secondo livello dei rider: il modello*

È chiaro che, per quanto ci interessa, oggidi un concetto di giusta retribuzione legato alla nozione derivante dall'art. 2094 c.c. non può che subire una ripermetrazione in senso estensivo rispetto alla latitudine usualmente riconosciuta dal diritto vivente, abbandonando l'idea che intende associarne una garanzia in quanto riferita ad un prestatore di lavoro subordinato, piuttosto oggi legandola a fattori chiaramente identificabili, quali il tempo e il luogo della prestazione¹¹.

La giurisprudenza, come si vedrà a breve, ha avuto un'evidente influenza sul legislatore, il quale, con particolare riferimento alle «attività di consegna di beni per conto altrui», attraverso l'utilizzo di piattaforme digitali, ha inteso seguire la strada tracciata dalla Corte torinese, estendendo espressamente a tali fattispecie l'applicazione della normativa in materia di collaborazioni etero-organizzate, di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015¹². Ciò non-

Runner Pizza e il perdurante equivoco fra discontinuità oraria e intermittenza, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 2, p. 555. L'A. conclude per la riconducibilità dei tempi di attesa alla nozione europea di "orario di lavoro". Si vedano anche V. LECCESE, *La disciplina dell'orario di lavoro nell'accordo integrativo aziendale per i ciclo-fattorini di Takeaway.com Express Italy (gruppo Just Eat)*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 1, p. 156 ss. e F. GHIANI, *Il ruolo del tempo e dell'orario di lavoro attraverso la giurisprudenza sui 'riders'*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, p. 73.

¹¹ Per approfondimenti sul punto, si rinvia a G. PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Labour & Law Issues*, 2022, 1, p. 53.

¹² In questo senso si rileva che Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 76, secondo cui l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 (nel suo testo precedente alla novella contenuta nel d.l. n. 101/2019) deve essere interpretato nel senso che l'intero insieme delle norme protettive dettate per il lavoro subordinato si applica anche al rapporto di collaborazione autonoma – escluse soltanto le norme ontologicamente incompatibili con la struttura della fattispecie –, quando il rapporto stesso sia caratterizzato dall'assoggettamento della prestazione lavorativa a organizzazione da parte del creditore, anche quando non vi sia assoggettamento pieno al suo potere direttivo e neppure assoggettamento a coordinamento spazio-temporale (sentenza pronunciata in riferimento al rapporto di lavoro di alcuni ciclo-fattorini operanti in collegamento mediante smartphone con la piattaforma digitale gestita dalla centrale operativa dell'organizzatore del servizio di consegna in area urbana, ai quali è stato riconosciuto il diritto all'applicazione delle protezioni del lavoro subordinato). Su questa scia anche Trib. Roma 15 giugno 2022, in *Ius Lavoro*, 14 marzo 2023, con nota di C. DI MATTINA, *Figuranti e claqueur di trasmissioni televisive: l'attività rientra tra le collaborazioni continuative interamente organizzate dal committente*, secondo cui l'applicazione dello statuto normativo della subordinazione alle collaborazioni organizzate dal committente ex art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 non implica un *tertium genus* tra rapporto di lavoro subordinato ed autonomo, né comporta la trasformazione della natura del rapporto, da autonoma a subordinata. Il rapporto di lavoro mantiene la sua identità, cambia solo l'apparato normativo applicabile, che è quello della subordinazione. Le at-

dimeno, la riforma poi varata non ha fornito una disciplina organica dei rapporti di lavoro della c.d. *gig economy*, escludendo dal proprio campo di applicazione tutti quei rapporti attivi nel settore dello scambio di servizi, come ad es. quelli della c.d. *sharing economy*, lasciando così irrisolte numerose questioni interpretative sorte precedentemente alla propria entrata in vigore¹³.

2. Le tutele del reddito e il Social Pillar

Uno degli aspetti chiave del lavoro tramite piattaforme riguarda la libertà di scelta e il livello di autonomia dei lavoratori che utilizzano piattaforme digitali in modo professionale a differenza di chi ha un approccio dilettantistico (secondo lavoro, occupazione transitoria, ecc.). Questi lavoratori attribuiscono un valore elevato all'autonomia, all'indipendenza e al controllo sul proprio lavoro, ma il problema è se – e in che misura – siano soddisfatte dalle piattaforme le condizioni per un'autonomia di questo tipo, quali, ad esempio, retribuzione equa, monitoraggio degli orari di lavoro, portabilità delle referenze ottenute dai clienti, disconnessione coattiva, ecc. Seppur ci siano delle percentuali di lavoro, per quanto ristrette, in grado di dispiegare un forte potere negoziale sia con i clienti sia con i gestori della piattaforma, esiste anche – e le indagini sul campo lo rilevano – chi si rivolge alla piattaforma o per integrare il reddito del lavoro tradizionale insufficiente, o perché non trova di meglio e da quella dipende¹⁴.

tività lavorative eseguite con prestazioni di lavoro prevalentemente personale e in via continuativa rientrano nell'ambito delle collaborazioni coordinate etero-organizzate di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, se le modalità di esecuzione della prestazione sono organizzate dal committente e configurano un'effettiva integrazione del lavoratore nell'organizzazione produttiva del committente. In dottrina si veda, P. ALBI, *Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l'ordine normativo che non c'è*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 11.

¹³ Apre un'acuta finestra di riflessione, su questo tema, G. SIGILLÒ MASSARA, *Lavoratori 'etero-diretti dalle piattaforme': la pragmatica a qualificazione della Cassazione*, in *Mass. giur. lavoro*, 2020, p. 225.

¹⁴ Si tratta di un influente Rapporto redatto per il Governo inglese. La *Review* in parola (Cfr. M. TAYLOR, *Good Work*, in *The Taylor Review of Modern Working Practices*, luglio 2017, p. 37), nel ribadire l'utilità delle categorie intermedie come quella dei *workers*, sottolinea come le piattaforme forniscano ai prestatori una libertà di decidere se lavorare e quale lavoro svolgere o rifiutare, ma allo stesso tempo li esponcano a rischi per la loro salute e li costringano a percepire compensi che si pongono al di sotto del National Minimum Wa-

Il profilo della tutela del reddito, che è certamente una delle questioni più rilevanti del lavoro tramite piattaforma, è posto metodologicamente dal Pilastro sociale nel Preambolo n. 15 e al punto 5, Capo II, lett. a), che sembra richiamare, in qualche misura, il nostro art. 35 della Costituzione italiana. Si legge infatti che, indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione¹⁵.

Come già sostenuto da taluna letteratura, la tutela del reddito per questi soggetti sarebbe operativamente possibile secondo tre possibili strategie adattative¹⁶.

La prima è la strategia del c.d. “reddito dignitoso a prescindere” attraverso il rinvio alle politiche pubbliche che si occuperebbero di contrastare il fenomeno dei *working poors*. Sulla scorta del Pilastro sociale, infatti, s'è

ge. Di conseguenza, si propone di ridefinire la nozione di “worker” impiegando il concetto di “dependent contractor”, attribuendo ad esso uno *status* in grado di assicurare che «those working in the gig economy are still able to enjoy maximum flexibility whilst also being able to earn the NMW». Per approfondimenti si veda: V. DE STEFANO, *The rise of the just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork, and labor protection in the gig-economy*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2015, 37, p. 471; E. MENEGATTI, *On-Demand Workers by Application: autonomia o subordinazione?*, in *Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile*, a cura di G. ZILIO GRANDI-M. BIASI, Cedam, Padova, 2018, p. 93; M.A. CHERRY-A. ALOISI, *Dependent contractors in the gig economy: A comparative approach*, in *American University Law Review*, 2016, vol. 66, p. 635; A. BOGG, *Taken for a ride: workers in the gig economy*, in *Law Quarterly Review*, 2019, vol. 135, p. 219 e M. BIASI, *Uno sguardo oltre confine: “i nuovi lavori” della gig economy. Potenzialità e limiti della comparazione*, in *Labour & Law Issues*, 2018, 2, p. 1.

¹⁵ Così il Preambolo, punto 15, parte II: «I principi che si riferiscono ai lavoratori si applicano a tutte le persone occupate, indipendentemente dalla loro situazione occupazionale, dalle modalità e dalla durata dell'occupazione». Punto 5, lett. a): «Indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione». Letto in combinato disposto con il punto 6: «a. I lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso. b. Sono garantite retribuzioni minime adeguate, che soddisfino i bisogni del lavoratore e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali, salvaguardando nel contempo l'accesso al lavoro e gli incentivi alla ricerca di lavoro. La povertà lavorativa va prevenuta».

¹⁶ Senza pretesa esaustiva, si vedano: B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.INT, n. 146, 2018 e A. SUNDARARAJAN, *The sharing economy: The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, MIT Press, Cambridge, 2016.

mossa la proposta di direttiva verso una strategia di riconoscimento di un salario minimo, proporzionato alla quantità e alla qualità di lavoro, a prescindere dalla modalità di svolgimento della prestazione. Qui il Pilastro europeo con estrema probabilità ambirebbe alla possibilità di costruire un percorso sul salario-remunerazione minimo europeo, che ovviamente non deve necessariamente essere pensato solo per i lavoratori delle piattaforme, ma per la *species* generale dei lavoratori vulnerabili¹⁷.

Una seconda possibilità strategica risiede nel riconoscimento, a questi lavoratori, di un “nocciolo duro” di diritti per il lavoratore c.d. *sans phrase*, quali ad esempio una giusta retribuzione, i diritti sindacali, la tutela antidiscriminatoria ed i diritti sociali minimi. Una simile proposta era rinvenibile anche nel Libro verde del 2006, le cui indicazioni regolative si incagliarono però, com'è noto, sulla enucleazione europea di una nozione – uniforme nei vari sistemi nazionali – di dipendenza economica, ma che oggi potrebbe essere rivista anche alla luce di queste nuove esigenze. Si tratterebbe di riprendere lo Statuto dei lavori, mai varato in Italia ma altresì attualmente molto rilanciato, anche in ragione dei buoni risultati in chiave rimediale per i lavoratori di Uber presentati in altri stati europei e non europei¹⁸.

La terza via, invece, non è suggerita dal Pilastro sociale ma, come evidenziato in dottrina, non è purtroppo esclusa da esso¹⁹. Si tratterebbe di una contrattazione collettiva ovviamente concepita *ad hoc* per questi la-

¹⁷ Qui B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, cit., afferma che seppur si avrebbe come “limite” il tema delle competenze dell'UE in materia di retribuzione notoriamente e formalmente esclusa dal comma 5 dell'art. 153 TFUE, va sottolineata la valenza interpretativa, anche in senso estensivo/evolutivo, che il Pilastro finirebbe per avere a seguito della tendenza della Corte di Giustizia a interpretare estensivamente le competenze in materia di condizioni di lavoro e di non discriminazione retributiva. L'A. richiama infatti la Corte di Giustizia 22 maggio 2014, C-539/12, *Z.J.R. Lock c. British Gas Trading Limited*.

¹⁸ Ad esempio in Gran Bretagna, con un interessante riconoscimento anche nella legislazione irlandese che ha introdotto due nuove categorie di lavoratori a cui si apprestano diritti *ad hoc* (il falso lavoratore autonomo e il lavoratore autonomo pienamente dipendente). In dottrina si veda: S.D. HARRIS-A.B. KRUEGER, *A proposal for modernizing labor laws for twentyfirst – century work: The independent worker*, The Hamilton Project, Discussion paper 2015/10.

¹⁹ B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, cit. L'A. rileva la promozione del *New start for social dialogue* contenuto nella Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Monitoring the implementation of the European Pillar of Social Rights COM(2018) 130 final del 13 marzo 2018, p. 3.

voratori. Per quanto ci riguarda, il Pilastro sociale, al di là della sua pregnanza regolativa, ha certamente incentivato un processo mutativo, o almeno stimolato tale processo. Attraverso proprio le indicazioni derivanti da esso, il principio della giusta retribuzione non è più limitato così al lavoro subordinato tradizionalmente inteso, ma ipoteticamente estendibile, con una «tutela discreta e selettiva»²⁰, attraverso una operazione di regolazione negoziale “sartoriale”, proprio per mezzo della contrattazione collettiva.

Su queste tematiche merita attenzione la Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali del 2024, la quale però perde l'occasione per disciplinare la materia, limitandosi a citare nei suoi considerando che attraverso gli algoritmi, le piattaforme di lavoro digitali organizzano, in misura minore o maggiore a seconda del loro modello di business, l'esecuzione del lavoro, la sua retribuzione e il rapporto tra i clienti e le persone che svolgono il lavoro (considerando n. 5) e che la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro dovrebbe basarsi principalmente sui fatti relativi all'effettiva esecuzione del lavoro, compresa la sua retribuzione, e non sulla descrizione del rapporto che danno le parti, conformemente alla raccomandazione n. 198/2006 dell'OIL sul rapporto di lavoro (considerando n. 28). Come si può ben vedere si tratta di frasi ridondanti che non sortiscono alcun effetto sulla tutela retributiva di questa categoria di lavoratori.

²⁰ Così sempre B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, cit., il quale pone l'accento sugli effetti pratici positivi di simile impostazione, evidenziando che così «si realizzerebbe un esempio virtuoso di dialogo interordinamentale e di interazione positiva di fonti di diversa natura e livello». Dello stesso avviso anche O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, testo integrato della memoria depositata il 14 gennaio 2021 alla Commissione lavoro del Senato sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea (COM (2020) 682).

3. Il rinvio del legislatore all'autonomia collettiva per la determinazione dei compensi minimi

Sul tema del compenso dei *riders* il legislatore non si può dire abbia contribuito ad appianare i dubbi e le perplessità di cui si era già fatta portavoce la dottrina²¹.

In particolare, le criticità prospettate da tale letteratura non sono state colmate dall'art. 47-*quater* del Capo V del d.lgs. n. 81/2015 (così come introdotto dalla legge n. 128/2019 di conversione del d.l. n. 101/2019), che specificatamente ha riguardato il compenso per questa *species* di lavoratori autonomi²². È stata qui usata un'altra volta la c.d. tecnica a fattispecie, che vedeva il suo antecedente storico nell'art. 63 del d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dall'art. 1, comma 23, della legge n. 92/2012, inerente alle collaborazioni a progetto. Anche in questo caso, infatti, veniva rimesso alla contrattazione collettiva il trattamento economico dei lavoratori a progetto nella misura non inferiore a quella prevista per il lavoratore subordinato con mansioni equiparabili. In effetti, il ricorso alla contrattazione collettiva da parte del legislatore era stato effettuato anche per la nota vicenda dei *Call center* che impiegavano lavoratori mediante tipologia contrattuale autonomia²³.

²¹ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 410, 2020; D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Lav. giur.*, 2020, p. 5; M. MAGNANI, *La disciplina legislativa del lavoro tramite piattaforma*, in *Boll. Adapt*, 9 settembre 2019, n. 31, solo per citarne alcuni tra i più recenti. Quanto mai attuale e vera, dunque, sembra l'affermazione per cui «La legge è sempre meno in grado di porsi come vettore di certezza ed anzi appare essa stessa una delle cause principali di instabilità e di disordine» su cui si veda M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 8. Specificatamente, si veda anche: G. ZILIO GRANDI-M. BIASI, *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, Padova, 2018, secondo cui «Un sistema giuridico del lavoro razionale ed equo, improntato a valori di giustizia sociale, non deve accontentarsi di possedere "categorie" (quali esse siano) consolidate e in grado di ricondurre la realtà sociale entro le rigide caselle del sistema tipologico, ma deve preoccuparsi di fornire risposte regolative che evitino, nell'operare di quei processi di qualificazione, l'attribuzione di ipertutele da un lato, e di tutele scarse o nulle dall'altro, qualora il lavoratore esprima comunque un bisogno di protezione sociale».

²² Con specifico riguardo al ruolo della negoziazione collettiva in materia di trattamento economico, P. PASCUCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, Relazione Congresso Aidlass, 2018, 17 maggio 2018, 40, dattiloscritto.

²³ Su cui si vedano M. CONTI, *Introduzione*, AA.VV., *Il lavoro nei call center: profili giu-*

Alla luce dei fatti, non si può oggi dire che il rinvio operato dal legislatore abbia raccolto le trame dell'art. 36 Cost. quanto alla determinazione del giusto compenso per questi lavoratori, offrendo loro tutt'al più soluzioni che lasciano appunto inalterate quelle criticità che caratterizzano il lavoro autonomo tramite piattaforma. Ed infatti esso non interviene direttamente, ma, a mente dell'art. 47-*quater*, rinvia alla contrattazione collettiva (peraltro non specificando il livello) e, in difetto, a quanto già previsto per gli accordi sindacali dei settori affini oppure equipollenti, la determinazione del compenso del prestatore²⁴. Questa è (pure) la sostanziale differenza rispetto alla formulazione dell'art. 63 del d.lgs. n. 276/2003, che, invece, poneva in essere un'operazione diversa allorquando veniva stabilito che il compenso fissato dalla contrattazione collettiva di settore non potesse essere inferiore a quello dei lavoratori subordinati con mansioni analoghe ai lavoratori in parola ed, in assenza, a quanto già prescritto dagli accordi collettivi applicati in settori affini a quello del collaboratore a progetto. Secondo tale impronta il legislatore affidava alla contrattazione collettiva una tutela che andava oltre la fattispecie legale a cui quella retribuzione si riferiva, così annettendo il lavoro autonomo (nella sola forma della collaborazione) sotto l'ombrello dell'art. 36 Cost. la cui lettera preclude(rebbe) l'accesso alla suddetta tipologia contrattuale.

L'art. 47-*quater* dunque, innesta un procedimento non dissimile da quello già previsto per alcuni lavoratori autonomi, quali i lavoratori a progetto, dove la prestazione lavorativa era misurabile in termini di tempo ed, eventualmente, lì dove richiesto, in termini di spazio, attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva affinché possa colmare le more di un compenso minimo non fissato per legge attraverso specifici accordi che riguardino lavoratori autonomi di piattaforme (anche digitali)²⁵. In difetto, qualora

ridici, Jovene, Napoli, 2012; S. CASSAR, *La nuova prestazione di lavoro a progetto nei call center: 'a passo di gambero' sul tortuoso percorso interpretativo della disciplina speciale. Il ruolo delle parti speciali*, in *Diri. rel. ind.*, 2014, 1, p. 159. Ma già prima dell'intervento legislativo del 2012, A. MARESCA-L. CAROLLO, *Il contratto di collaborazione a progetto nel settore call center*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 675.

²⁴ Il legislatore all'art. 47-*quater* non fa menzione del concetto (né del termine) di giusta retribuzione. Tratta generalmente del compenso da erogare ai lavoratori di cui all'art. 47-*bis* del d.lgs. n. 81/2015.

²⁵ D'altra parte – fermi i palesi dubbi di costituzionalità di cui lo strumento legislativo è foriero poiché, ad esempio si occupa di una tematica, quale quella della regolamentazione del rapporto di lavoro in tema di compenso (come pure quella delle assicurazioni obbligatorie e della previdenza sociale) affidata dall'art. 117 della Costituzione alla legislazione

non vi fossero suddetti accordi, la legge stabilisce che a questi lavoratori siano garantiti i compensi minimi fissati da contratti collettivi di settore e/o di settori affini. Tale rinvio, però, come già opportunamente sottolineato²⁶, con riferimento ai destinatari della disposizione in esame, è assai limitato rispetto a quello che sembra emergere dalla rubrica del capo cui appartiene l'art. 47-*quater*, nominata appunto "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali" e, dunque, riduce gli effetti della tecnica volta ad estendere, seppur indirettamente, l'art. 36 Cost. oltre il rapporto di lavoro subordinato.

A simili conclusioni possiamo giungere mediante l'analisi letterale dei successivi enunciati presenti all'interno dell'art. 47-*quater*, che hanno portato ad una "strozzatura normativa" circa l'applicazione generalizzata delle tutele, ivi compresa quella retributiva. Qualora infatti la prestazione sia svolta al di fuori di quelle coordinate indicate dell'articolato di legge e cioè senza la definizione unilaterale delle modalità di adempimento della prestazione e del compenso da parte della piattaforma, il lavoro autonomo non sembra più coperto dalla negoziazione collettiva in materia di compenso, al pari delle altre tutele ivi declinate²⁷. Stesso discorso si palesa nel caso in cui il lavoratore autonomo consegni solo beni per conto altrui (e non servizi a cui la disposizione non fa cenno) al di fuori dell'ambito urba-

esclusiva dello Stato – anche la Legge Regionale del Lazio del 12 aprile 2019, n. 4, rubricata «Disposizioni per la tutela e la sicurezza dei lavoratori digitali» tratta, all'art. 5 (Compenso e indennità speciali) del compenso dei *rider* e proprio con l'intento di rendere a questi lavoratori un equo compenso, nel primo capoverso, si legge espressamente che esso è commisurato al fattore tempo, vietandone, altresì la detrimenzione a cottimo (comma 3, art. 5).

²⁶ Così M. VITALETTI, *Compenso "negoziato" e lavoro autonomo su piattaforma digitale*, in *Labour & Law Issue*, 2020, 1, p. 111.

²⁷ Taluna dottrina, in effetti, ha evidenziato che «se in ipotesi i postini di Foodora sono qualificabili come lavoratori autonomi (o collaboratori coordinati e continuativi ai sensi del nuovo art. 409 n. 3 Cod. Proc. Civ.) in base alle categorie normative vigenti (perché non sottoposti a potere direttivo e liberi di accettare o meno gli incarichi), poco interessa (*de iure condito*) rilevare la "perdurante validità" delle nostre categorie normative, ovviamente capaci di qualificare, in un senso o nell'altro, quei rapporti; è piuttosto il caso di preoccuparsi (*de iure condendo*) che quei postini, pur formalmente autonomi, possano percepire, in ipotesi, una retribuzione del tutto inadeguata rispetto alla prestazione resa, al di fuori di ogni controllo di adeguatezza sociale *ex art. 36 Cost.*; rimangano esclusi dalle protezioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro *ex art. 2087 Cod. Civ.*; siano soggetti ad un recesso ad nutum da parte della piattaforma, magari con il semplice preavviso o senza neppure questa minima precauzione ... e non abbiano diritto ad accedere ai diritti sindacali, in quanto prestatori autonomi». In questo senso, G. ZILIO GRANDI-M. BIASI, *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, cit., p. 48.

no, ovvero di quel confine geografico di cui non si conosce prima il significato, ma che lega anche qui il concetto di giusta retribuzione allo spazio in cui deve esser resa la prestazione, cioè a quell'elemento che è determinato unilateralmente dal committente e che rimane indissolubile coordinata per l'applicazione del precetto costituzionale²⁸.

4. Il compenso “negoziato” dalla contrattazione collettiva nazionale

Il primo contratto collettivo per i *rider* è recente ed ha avuto vita assai breve²⁹. È stato stipulato in data 15 settembre 2020 ed è stato sottoscritto

²⁸ Con riferimento all'aspetto retributivo, la novella dunque si limita a fissare tre principi cardine, di fatto preoccupandosi più del *quomodo* della composizione della retribuzione che del *quantum* della stessa. Il comma 3, art. 47-*bis*, infatti, dispone che «il corrispettivo per i lavoratori di cui al comma 1 può essere determinato in base alle consegne effettuate purché in misura non prevalente. I contratti collettivi possono definire schemi retributivi modulari e incentivanti che tengano conto delle modalità di esecuzione della prestazione e dei diversi modelli organizzativi. Il corrispettivo orario è riconosciuto a condizione che, per ciascuna ora lavorativa, il lavoratore accetti almeno una chiamata». Tale ultima disposizione, dunque, introduce un sistema di retribuzione per i c.d. *rider* di natura mista, basato su una quota retributiva, seppur non prevalente, parametrata al numero di consegne effettuate dal lavoratore (c.d. cottimo), e una componente, invece, parametrata all'orario di lavoro, riconosciuta a condizione che per ciascuna ora lavorativa il *rider* accetti almeno una chiamata, demandando alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere schemi retributivi modulari e incentivanti, da definirsi in ragione delle peculiarità dei diversi modelli organizzativi aziendali.

²⁹ Alcuni affermano addirittura sia il primo contratto collettivo dei *rider* a livello mondiale, così P. ICHINO, *Contratto per i rider. È davvero “pirata”?*, in *lavoce.info*, 21 settembre 2020, ed abbia il pregio di salvare il settore del food delivery «dalla paralisi cui sarebbe stato altrimenti condannato a fine ottobre dalle regole su orario e retribuzione contenute nel decreto legge n. 101/2019». Similmente, F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, 1, p. 1. Criticamente, invece, anche con riferimento alle tutele lese ai lavoratori, F. MARTELLONI, *CCNL Assodelivery – UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2020, che etichetta l'accordo come «contratto corsaro», e M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Labor & Law Issues*, 2020, 2. Sul CCNL Assodelivery-UGL cfr. V. BAVARO, *Il Ccnl Assodelivery-Ugl: 4 problemi fra diritto e ideologia*, in *Il diario del lavoro*, 24 settembre 2020, www.ildiariodel lavoro.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-4-problemi-fra-diritto-e-ideologia/ e S. GIUBBONI, *Nuove spigolature sui lavoratori delle piattaforme digitali*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 148/2021, 14 aprile 2021, www.eticaeconomia.it/nuove-spigolature-sui-lavoratori-delle-piattaforme-digitali/.

da Assodelivery e Ugl Rider³⁰. Si tratta di un contratto collettivo c.d. delegato e di questo abbiamo contezza dalle stesse affermazioni delle parti, laddove precisano all'art. 5 che «Il presente Contratto viene stipulato ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 2, lettera a, nonché dell'art. 47 *quarter*, comma 1, del D.Lgs. n. 81 del 2015»³¹.

³⁰ Nell'ambito contrattuale collettivo, si rileva che accanto alla tutela riservata ai prestatori per via giurisdizionale avverso i fenomeni di *misclassification* occorsi nel settore (pur sempre limitata, sul piano soggettivo, al perimetro delle parti ricorrenti) si sono poi affiancati alcuni recenti interventi volti a ricondurre il lavoro dei *rider* entro il «contesto normativo e organizzativo del lavoro subordinato», nel solco del CCNL Logistica, trasporto merci e spedizioni. Si tratta degli accordi di secondo livello sottoscritti dai sindacati di categoria del settore della logistica e dei trasporti afferenti alle tre confederazioni storiche (Cgil, Cisl e Uil) con le società Takeaway.com Express Italy (il riferimento è all'Accordo integrativo aziendale 29 marzo 2021, siglato da Takeaway.com Express Italy e Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil Trasporti, nonché, «ai fini dell'assistenza dei lavoratori che transitano dal lavoro autonomo al lavoro subordinato», da Nidil-Cgil, Felsa-Cisl e Uiltemp-Uil) e Runner Pizza (Il riferimento è agli accordi di secondo livello siglati da Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil Trasporti con le società Laconsegna e Montegrappa, entrambe affiliate al gruppo Runner Pizza, rispettivamente nelle date del 22 luglio 2019 e del 19 gennaio 2021). Si tratta di accordi che riguardano società che lavorano su modelli di *business* non del tutto coincidenti. La prima, infatti, è un'impresa multinazionale leader nel settore di food delivery e offre esclusivamente servizi di consegna di pasti a domicilio; la seconda è una catena di pizzerie, presente solo in alcune città italiane, che dispone di un apposito reparto di addetti alle consegne. Non sembrano tuttavia esserci differenze circa le mansioni assegnate ai lavoratori e alle modalità di organizzazione del servizio, anche a mente del necessario adeguamento di queste alla previsione, contenuta nel protocollo 18 luglio 2018 (integrativo del CCNL Logistica, specificatamente all'art. 2), che pone un espresso divieto di ripartizione dei turni di lavoro attraverso meccanismi di «*ranking* reputazionale generati anche da algoritmi». Secondo alcuni commentatori (A. SCELSI, *L'altra contrattazione di secondo livello dei rider: il modello Runner Pizza e il perdurante equivoco fra discontinuità oraria e intermittenza*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, 2, p. 555) entrambi i contratti si segnalano perché addivengono ad una «normalizzazione» del rapporto dei ciclo-fattorini, nel segno di un superamento degli arditi stratagemmi manageriali sui quali si reggeva la «foglia di fico» dell'autonomia (nonché la conseguente elusione degli oneri datoriali da parte delle piattaforme) e del riconoscimento, sia pure con qualche adattamento che tenga conto delle specifiche esigenze produttive del settore, delle principali tutele lavoristiche. I due accordi si concentrano, tuttavia, non tanto sul tema della retribuzione bensì sulle disposizioni in materia di durata massima della settimana lavorativa, dei riposi, del lavoro straordinario, dei tempi di consegna, dei premi di risultato, dei rimborsi spese per l'eventuale utilizzo del mezzo di proprietà da parte del lavoratore, dei diritti sindacali.

³¹ Similmente a come è avvenuto, ad esempio, ai provvedimenti in materia di crisi e di interventi della cassa integrazione guadagni straordinaria (art. 5 della legge n. 164/1975), in materia di trasferimento d'azienda (art. 47, comma 1 e 2, della legge n. 428/1990), di trasferimento di azienda in crisi (art. 47, comma 5, della legge n. 428/1990), di gestione

Invero, il contratto si segnala per due ordini di ragioni: perché considera, al pari della legge ed a certe condizioni, i *riders* come lavoratori autonomi nonostante ne regoli un trattamento particolareggiato; e perché al posto del compenso orario parametrato sui minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nei settori affini, dispone che il compenso dei *riders* possa essere determinato in base al numero delle consegne, sostanzialmente stabilendone una retribuzione a cottimo³². Per questi motivi, alcune parti sociali hanno avanzato l'ipotesi che si trattasse di un contratto peggiorativo quanto alle condizioni di lavoro dei soggetti coinvolti³³, che venivano inquadrati come lavoratori autonomi, e privati, come conseguenza, della possibilità di avere una giusta retribuzione rispetto a quanto già stabilito dall'apparato legislativo³⁴.

della crisi attuata mediante il riassorbimento dei lavoratori eccedenti anche in deroga all'art. 2103 c.c. (art. 4 della legge n. 223/1991), ovvero in caso di individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori da porre in Cassa integrazione guadagni (art. 1, comma 7, della legge n. 223/1991), o di definizione dei criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità a seguito delle procedure di licenziamento collettivo (art. 5 della legge n. 223/1991).

³² Così L. VALENTE, *Rider: quando il contratto è con un solo sindacato*, in *lavoce.info*, 12 luglio 2021 e G. PEZZINI, *La retribuzione dei rider autonomi: alcune considerazioni a margine della proposta di direttiva sul salario minimo legale*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, 4.

³³ Tale contratto, inteso dalle parti stipulanti come derogatorio rispetto alla disciplina legislativa ai sensi degli artt. 47-*quater* e 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81/2015, ha tuttavia suscitato qualche perplessità da parte del Ministero del Lavoro, il quale – con nota del 17 settembre 2020 – ha rivolto all'accordo collettivo le seguenti critiche: il contratto collettivo è stato sottoscritto da una sola organizzazione sindacale, quando la legge ne richiederebbe una pluralità; l'art. 10 del contratto prevede un compenso per i *riders* parametrato alle consegne effettuate e, in questo modo, si porrebbe in contrasto con il divieto del cottimo stabilito dall'art. 47-*quater*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015; riferendosi espressamente ai «lavoratori autonomi», le parti avrebbero effettuato un'operazione di qualificazione della fattispecie, preclusa all'autonomia collettiva. Secondo E. BARRACO-A. SITZIA-M. LUCCHIARI, *Tutele giuridiche dei riders*, in *Dir. e prat. lav.*, 2021, 3, p. 141, alla luce delle critiche sopra esposte, le imprese di food delivery potrebbero utilizzare come parametro di riferimento per il calcolo del compenso i minimi tabellari del Ccnl Trasporti e Logistica, al pari di quanto fatto dalla Corte d'Appello di Torino nel noto caso Foodora (sentenza 4 febbraio 2019, n. 26, cit.). Tale soluzione, peraltro, è stata confermata anche dall'Ispettorato del Lavoro, il quale ha affermato che «In assenza di contratto idoneo (...) saranno quindi applicabili i minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (...), in sostanza quello della logistica» (Ispettorato Nazionale del Lavoro, Circolare 30 ottobre 2020, n. 7).

³⁴ Così T. BOCCHI, *Riders: nei Contratti Collettivi risposte e tutele per il lavoro che cambia*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, 1, p. 5, la quale afferma che il tempismo della sottoscrizione del contratto collettivo non è stato casuale, poiché la stessa legge n. 128/2019 aveva previ-

Per quanto qui interessa, il nucleo centrale del contratto collettivo in parola, che cronologicamente si colloca, val la pena ricordarlo, dopo la sentenza di legittimità che chiudeva la c.d. vicenda *riders*³⁵, è rappresentata dalle clausole che sanciscono la natura autonoma del rapporto e che stabiliscono la misura del compenso, in deroga alle norme di legge. Si legge infatti all'art. 3 che «Le Parti concordemente riconoscono che i seguenti elementi rappresentano caratteristiche produttive ed organizzative del settore: gli accordi tra Piattaforme e Rider sono contratti di lavoro autonomo ex art. 2222 c.c. o ex art. 409, n. 3 c.p.c., privi di vincoli di esclusiva, ed è ammessa la prestazione di servizi anche per piattaforme in concorrenza diretta; ... La natura autonoma ex art. 2222 c.c. o ex art. 409 n. 3 c.p.c. del rapporto tra Rider e Piattaforma preclude la maturazione a favore del Rider di compensi straordinari, mensilità aggiuntive, ferie, indennità di fine rapporto o altri istituti riconducibili al rapporto di lavoro subordinato al di fuori di quanto specificamente previsto dalla normativa vigente, dal presente Contratto o dal contratto individuale».

Con riferimento specifico al compenso, gli artt. 10 e 11 di tale contratto, nel tentativo di derogare il divieto di cottimo di cui all'art. 47-*quater*, d.lgs. n. 81/2015³⁶, individuano i criteri generali di determinazione del compen-

sto la possibilità di regolare le collaborazioni di questo particolare ambito tramite una disciplina specifica e aggiuntiva rispetto a quella altrimenti spettante, a condizione che fosse contenuta in un contratto collettivo nazionale firmato dai Sindacati comparativamente più rappresentativi, da sottoscrivere entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, e quindi entro il 3 novembre 2020. Sul tema dell'aspetto retributivo salariale si vedano anche, tra gli altri, J. BERG, *Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers, Conditions of Work and Employment*, Oil, 2016, Series n. 74; G. BRONZINI, *Lo ius existientiae tra reddito minimo e reddito di base. Il dibattito su garanzie e innovazione tecnologica*; G. ALLEGRI, *Il reddito di base dal post-fordismo all'economia digitale. Per un dibattito costituzionalistico e giuslavoristico* e G. MARCHI, *Il diritto ad un salario minimo per i lavoratori nella sharing economy*, in C. ALESSI, M. BARBERA-L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, rispettivamente alle pp. 775 ss., 793 ss. e 843 ss.

³⁵ Per i commenti alla Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, si vedano L. FOGLIA, *L'etero-organizzazione tra approccio rimediante e qualificatorio. La Corte di Cassazione resta al bivio*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 2, p. 299 e G. ZILIO GRANDI-M.L. PICUNIO, *Riders e lavoro etero-organizzato: il primo intervento della Cassazione*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 2, p. 465.

³⁶ L'art. 47-*quater* in parola, al comma 2, recita infatti che «In difetto della stipula dei contratti di cui al comma 1, i lavoratori di cui all'articolo 47-*bis* non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate e ai medesimi lavoratori deve essere garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali

so³⁷, ma resta inteso che «il Rider riceverà compensi in base alle consegne effettuate» (art. 10, ultimo comma), con il solo correttivo che spetta in ogni caso «un compenso minimo per una o più consegne, determinato sulla base del tempo stimato per l'effettuazione delle stesse, pari a 10,00 Euro lordi l'ora» (art. 11 – Compenso minimo per consegna)³⁸.

Il dato che rileva, a prescindere dalle molteplici problematiche che la “vicenda rider” ha prodotto e produrrà in futuro e che per economia del presente contributo volutamente non s'affrontano, è il connubio esistente tra tempo/luogo e il richiamo all'equo compenso³⁹. In altri termini, anche

comparativamente più rappresentative a livello nazionale». Afferma M. FORLIVESI, *Retribuzione e inquadramento nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat*, in *Labour & Law Issue*, 2021, 1 che dal punto di vista del salario, il dato più rilevante del passaggio al lavoro subordinato è il superamento della retribuzione a “cottimo”, esclusivamente basata sulle consegne effettuate, e l'adozione di una retribuzione oraria volta a remunerare anche i periodi di disponibilità del lavoratore. Il fatto che tale scelta organizzativa venga effettuata dall'impresa leader del settore testimonia la sostenibilità economica della paga oraria e della remunerazione della disponibilità e può costituire un punto di effettività ed avanzamento delle tutele salariali anche per i *rider* discontinui difficilmente riconducibili alla forma comune di rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

³⁷ Quali la «distanza della consegna; il tempo stimato per lo svolgimento della consegna; la fascia oraria; il giorno feriale o festivo; le condizioni meteorologiche». Si specifica pure che «I criteri individuati rappresentano un elenco di riferimento, pertanto le Parti potranno individuarne ed implementarne degli ulteriori».

³⁸ Così G. PEZZINI, *La retribuzione dei rider autonomi: alcune considerazioni a margine della proposta di direttiva sul salario minimo legale*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, 4, p. 9. Per il caso italiano si veda Trib. Torino 7 maggio 2018, in *Lav. giur.*, 2018, p. 721, con nota di RECCHIA; App. Torino 4 febbraio 2019, *ivi*, 2019, p. 403, con nota di RECCHIA; Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, *ivi*, 2020, p. 721, con nota di RECCHIA. Per alcune suggestioni estere, senza pretesa di esaustività, si vedano V. PIETROGIOVANNI, *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle Corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, 2019, in *Labour & Law Issues*, 1; G. DE LUCA, *Uber: ormai è un assedio. Prospettive future sul diritto del lavoro nella gig-economy alla luce della sentenza della Corte d'Appello di Londra*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 977; G. PACELLA, *Alienità del risultato, alienità organizzativa: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *Labour & Law Issues*, 2018, p. 61; A. DONINI, *La libertà del lavoro sulle piattaforme digitali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 63.

³⁹ T. BOCCHI, *Riders: nei Contratti Collettivi risposte e tutele per il lavoro che cambia*, cit., la quale riporta le parole estrapolate dall'Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro che ha palesato una posizione contraria all'Accordo, inviando il 17 settembre 2020 una lettera alla Società Assodelivery in cui si pone l'accento su fatto che il contratto consenta un compenso esclusivamente parametrato sulla base delle consegne effettuabili nel tempo unilateralmente stimato dalla piattaforma; ne risulta una ulteriore potenziale tensione con la norma di legge. L'A. afferma altresì che proprio le disposizioni contrattuali sul com-

la contrattazione collettiva qui descritta si fa a sua volta portavoce di un principio abbastanza rilevante per chi scrive: lì dove vi sia una misurabilità del tempo impiegato e del luogo di destinazione (si vedano i criteri identificativi del contratto *ex art. 10*) si può avanzare un'ipotesi di diritto ad una giusta retribuzione di matrice costituzionale⁴⁰. Invero, ciò su cui probabilmente la contrattazione collettiva (seguendo il solco del legislatore) sembrava voler porre l'accento – a parere di chi scrive – è l'applicazione del principio costituzionale circoscritto alle situazioni in cui l'organizzazione del lavoro implica una penetrante etero-organizzazione spazio-temporale delle prestazioni lavorative.

4.1. (Segue): ...e dalla contrattazione collettiva di prossimità

Dopo l'uscita di Just Eat da Assodelivery si è aperto un nuovo terreno per la contrattazione collettiva che, come definito da un autorevole quotidiano londinese, vede «l'Italia come prossimo campo di battaglia che può definire il futuro della *gig economy*»⁴¹. L'accordo⁴² è stato sviluppato partendo dalle condizioni del CCNL del settore Logistica, Trasporto, Merci e Spedizione, adattato per riflettere le esigenze specifiche del mercato del *food delivery*, diverse da quelle degli operatori tradizionali⁴³.

penso potrebbero essere ritenute, anche in sede ispettiva, *contra legem* e dunque sostituite per norma di legge.

⁴⁰ Sulle implicazioni riguardanti il compenso dei *riders* e derivanti dai concetti giuridici di “tempo di lavoro” e/o di “continuità del lavoro”, cfr. V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di «tempo di lavoro» (a proposito di ciclo-fattorini)* e F. FERRARO, *Continuità e lavoro autonomo*, in *Labor*, 2020, rispettivamente alle pp. 671 ss. e 610 ss.

⁴¹ Così S. SCIORILLI BORRELLI-D. GHIGLIONE, *Italy emerges as next front in gig economy labour battle*, www.ft.com/content/6bf8ea68-d035-4cc0-a367-a545c2814355, 5 aprile 2021.

⁴² Il riferimento è all'accordo integrativo aziendale, firmato in data 29 marzo 2021 tra Takeaway.com Express Italy e Filt Cgil, Fit-Cisl, Uil Trasporti nonché Nidil Cgil, Felsa Cisl e Uiltemp.

⁴³ Una disamina della tematica della retribuzione in tale accordo è approfondita in M. FORLIVESI, *Retribuzione e inquadramento nel contratto collettivo aziendale c.d. Just Eat, Labour & Law Issues*, 2021, 1, il quale evidenzia come il dato che emerge è che per i *riders*, tanto per quelli riconducibili alla disciplina del lavoro subordinato, quanto per quelli di cui al titolo V-bis, il modello contrattuale di riferimento individuato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative è il CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione e, nello specifico, l'accordo integrativo al CCNL stipulato in data 18 luglio 2018.

Per quanto ci riguarda, come si può agevolmente intuire, la parte economica ha rappresentato uno dei punti di maggiore difficoltà della trattativa e del confronto sindacale⁴⁴.

Un passaggio fondamentale dell'accordo, che fornisce dei profili di novità alla questione, è il processo di inclusione dei *riders* all'interno dell'alveo dei lavoratori subordinati *part time*, come contratto e come tutele, e dunque non vi sono state scappatoie in merito all'applicazione dei canoni costituzionali di cui all'art. 36 Cost. a codesti lavoratori⁴⁵. In effetti, la piattaforma Just Eat ha tentato di coniugare un'estrema flessibilità lavorativa con le tipiche tutele della subordinazione, creando quella che è stata definita una subordinazione adattata⁴⁶. Non dobbiamo in effetti stupirci del fatto che a questi si applicheranno le tutele del subordinato, giacché sono assunti come lavoratori subordinati; non si tratta cioè di una gentile concessione o una conquista sindacale in sede di concertazione, bensì di un'evidenza, promossa dal legislatore, scelta a monte dai soggetti coinvolti allorquando hanno inteso assumere questi lavoratori come subordinati. Ebbene, il passaggio che qui si vuole evidenziare è che la retribuzione non è, in questo caso specifico, legata al numero di consegne (come potrebbe essere per i lavoratori autonomi puri, dove si attesta un risultato raggiunto) – anzi addirittura nell'accordo collettivo in parola ciò viene vietato – bensì alle ore prestate e dunque al fattore tempo e alla sua etero-gestione.

Poco rileva qui, ma per completezza lo si dice, che l'azienda abbia be-

⁴⁴ Per quanto riguarda questo aspetto, tale accordo integrativo prevede che «i lavoratori adibiti ad attività di logistica distributiva, comprese le operazioni accessorie ai trasporti, attraverso l'utilizzo di cicli, ciclomotori e motocicli, rientrano nell'area professionale C relativa alla disciplina del personale viaggiante ad ai quali non spetta l'indennità di trasferta di cui all'art. 62 del CCNL». Per quanto concerne i parametri salariali l'intesa integrativa differenzia i livelli di inquadramento sulla base del mezzo utilizzato (cicli o ciclomotori/motocicli) e dell'anzianità di servizio (0-6 mesi, 7-15 mesi, oltre i 15 mesi). Nello specifico viene assegnato il parametro I, pari al valore 110 della scala parametrica che trascorsi sei mesi passerà al valore 116, per il personale viaggiante che utilizza cicli; e il parametro L, pari al valore 110 della scala parametrica che trascorsi 6 mesi passerà al valore 116 e, trascorsi ulteriori 9 mesi, passerà al valore 119, per il personale viaggiante che utilizza ciclomotori e motocicli. Questo è quanto sancito dal punto 1 «Declaratorie e livelli d'inquadramento», Protocollo integrativo CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizione, 18 luglio 2018.

⁴⁵ Per i cui approfondimenti si rinvia a P. TOSI, *Le tutele dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, 1.

⁴⁶ G. FAVA, *Rider: disciplina contrattuale e previdenziale*, in *Dir. e prat. lav.*, 2023, 5, p. 317.

neficiato delle agevolazioni fiscali, valide per il 2021, circa le nuove assunzioni del personale e che la retribuzione sia stata corrisposta attraverso una maturazione progressiva dei minimi tabellari: 90% il primo e il secondo anno, 100% a partire già dal terzo, e che, in fase di aggiornamento del confronto tra le parti, le rappresentanze dei lavoratori potrebbero chiedere di adeguare la cifra (ora fissata in 7.50 lordi, più mensilità aggiuntive) in caso di rinnovo del CCNL Logistica al fine di mantenere la difesa del salario come cuore della propria azione rivendicativa e negoziale.

SPUNTI RICOSTRUTTIVI IN TEMA DI TUTELA DELLA SALUTE E DELLA SICUREZZA DEI SOGGETTI CHE ESERCITANO LA PRESTAZIONE LAVORATIVA A BORDO DELLE NAVI *

Sabrina Cassar **

1. Cenni introduttivi e delimitazione dell'indagine

L'intero ordinamento della navigazione marittima è caratterizzato dalla sicurezza del lavoro come aspetto di una più generale tutela della sicurezza della navigazione.

Su questo piano, si usa la distinzione¹ tra *safety* e *security*, per riferirsi rispettivamente, alla sicurezza della navigazione che rischia di essere compromessa da incidenti – con ricadute anche in termini di infortuni o malattie professionali – di carattere tecnico causati da malfunzionamenti o da errori umani; ovvero, più precipuamente ai pericoli derivanti da atti illeciti compiuti con l'intenzione di recare danni, come può accadere, nel caso di atti di pirateria o di terrorismo. Peraltro, vale osservare che, con riguardo tanto alla *safety* che alla *security*, sussiste un interesse pubblico all'adozione di adeguate misure per evitare situazioni che possano provocare uno stato di pericolo per la nave² e, più in generale, per contemperare l'interesse

* Il presente contributo costituisce una riedizione revisionata del capitolo inserito in C. VAGAGGINI-L. TAMBURRO-M.C. CATAUDELLA-S. CASSAR-A.M. BATTISTI (a cura di), *La prestazione di lavoro del personale navigante: un'analisi degli elementi di specialità del contratto nella fase post pandemica*, aprile 2024, in *Lav. prev. Oggi*, Supplemento al n. 3-4, 2024.

** Professoressa associata – Università degli Studi di Roma di “Tor Vergata”.

¹ Cfr. in questi termini tra gli altri I. ARROYO, *Problemi giuridici relativi alla sicurezza della navigazione marittima (con particolare riferimento al caso Prestige)*, in *Dir. mar.*, 2003, p. 1194.

² Queste ultime, soprattutto nell'accezione di *safety*, possono estendersi alle caratteri-

della comunità viaggiante e l'interesse della comunità territoriale³. Quelle appena accennate sono solo alcune delle questioni che possono incidere sulla sicurezza del lavoro marittimo, spesso, travalicando i confini nazionali. Non a caso, le Convenzioni internazionali costituiscono lo strumento privilegiato di regolamentazione in quanto atte a consentire (pur tenuto conto della necessità di ratifica) una maggiore uniformità di diritto nei diversi Paesi del mondo. Alla complessità normativa derivante dai vari livelli di regolamentazione evocabili, si affianca la peculiarità di un lavoro *sui generis* di per sé, in quanto basato sulla temporaneità del rapporto e su uno svolgimento itinerante che postula un buono stato di salute dei lavoratori, potendo essere questi ultimi soggetti a malattie specifiche a causa della natura dell'attività e della permanenza a bordo e/o in paesi terzi. Si tratta, inoltre, di un'occupazione particolarmente stressante: ore di lavoro lunghe e non regolari, difficoltà di riposare, una nutrizione particolare, situazioni ambientali molto variabili, permanenza a bordo per lunghi periodi su ambienti instabili. Il tema della tutela della salute e della sicurezza è, non a caso, uno dei più avvertiti dalla gente di mare: fra le attività nei trasporti, infatti, il lavoro marittimo, si caratterizza, oltre che per i disagi dovuti alla lontananza da una ordinaria vita sociale e familiare, per la peculiarità dei rischi connessi allo svolgimento delle attività di bordo.

E questa rilevanza è andata acuendosi nel corso del tempo considerando le spinte concorrenziali derivanti dalla globalizzazione, l'automazione dei processi meccanici e l'impiego di una gran parte di manodopera proveniente da Paesi extra comunitari.

Di fronte ad un quadro così ampio è necessario chiarire che l'indagine

stiche strutturali delle navi, alla formazione della gente di mare, dalla regolamentazione dell'orario di lavoro ai poteri degli Stati di bandiera e degli Stati costieri, finanche ad interessare i sistemi di informazione e di monitoraggio del traffico navale.

³Si pensi alle misure adottate durante la pandemia da Covid-19 per la gestione dei marittimi e dei passeggeri, le quali nel dettare (assai restrittivamente nei periodi di *lockdown*) regole limitative della circolazione delle persone, allo scopo di prevenire o di contrastare la diffusione di Covid-19, hanno inciso profondamente sulla condizione di vita e di lavoro dei marittimi. Tra gli interventi in parola, vale ricordare, gli orientamenti espressi sul piano sovranazionale, tra gli altri, dalla Commissione europea (2020/C119/01) concernente "*La protezione della salute, il rimpatrio e le modalità di viaggio per i marittimi, i passeggeri e le altre persone a bordo delle navi*" e la nota ILO "*COVID-19 and maritime shipping & fishing*" del 17 aprile 2020. Sul piano del diritto interno, in specie, l'All. 28 del d.p.c.m. 2 marzo 2021, contenente lo specifico protocollo per la sicurezza dei lavoratori marittimi rubricato "*Protocollo per raggiungere una nave per l'imbarco, per la libera uscita e per lasciare una nave per il rimpatrio*".

intende fornire un quadro essenziale di riferimento normativo delle misure di sicurezza applicate alla “gente di mare”⁴, dando conto, senza alcuna pretesa di completezza, degli aspetti di tutela più significativi con riguardo alle disposizioni vigenti al momento in cui si scrive.

2. *Richiamo essenziale alla disciplina comune (art. 2087 c.c.) e alla normativa (internazionale e nazionale) specifica di settore*

L’ambiente di lavoro su una nave – in cui il tempo di esecuzione della prestazione si lega al tempo di non lavoro⁵ – non può paragonarsi ad un qualsiasi altro ambiente di lavoro. Per una valutazione dello stato di benessere del marittimo cui tende la tutela prevenzionistica, rilevano, oltre al tempo impiegato per la prestazione lavorativa e quello del riposo, anche numerosi altri fattori tra i quali la durata dell’imbarco, sia in termini di periodo in navigazione che con riferimento alla sosta in un porto o alla durata delle operazioni portuali.

L’intensità della convivenza in tale ambiente caratterizza il lavoro nautico e lo differenzia sia dal lavoro nell’impresa che da quello del personale di volo⁶. Tenuto anche conto che l’intervento dell’autorità marittima nel lavoro a bordo delle navi persegue non solo la tutela sociale accordata al lavoratore, ma anche un interesse pubblico, non sorprende che la gestione della sicurezza sia oggetto soprattutto di trattazione specifica da parte del

⁴Locuzione che – per brevità – nel testo che segue potrà essere sostituita, di volta in volta, da quella più larga di “lavoratori marittimi”, pur nella consapevolezza che la “gente di mare” (ovvero, chi si imbarca per lavorare a qualsiasi titolo e per qualsiasi mansione), costituisce solo una parte del “personale marittimo” propriamente detto: quest’ultimo, infatti, a mente dell’art. 114 cod. nav., fa altresì riferimento al “personale addetto ai servizi dei porti” (tra cui, piloti, lavoratori portuali, palombari in servizio locale, ormeggiatori, barcaioli) e al “personale tecnico delle costruzioni navali” (come gli ingegneri navali; i costruttori navali; e persino i maestri d’ascia e i calafati). Inoltre, vale ricordare che per la gente di mare il legislatore (art. 115 cod. nav.) prevede la specifica suddivisione tra il «*personale di stato maggiore e di bassa forza addetto ai servizi di coperta, di macchina e in genere ai servizi tecnici di bordo*», il «*personale addetto ai servizi complementari di bordo*» e il «*personale addetto al traffico locale e alla pesca costiera*».

⁵Terminato il suo turno di lavoro il prestatore non ritorna alla propria abitazione e, in ogni caso, secondo gli artt. 188 e 1251, n. 4, cod. nav. il marittimo non può scendere a terra senza l’autorizzazione del comandante della nave.

⁶In questi termini, v. E. GRAGNOLI, *La sicurezza del lavoro a bordo delle navi*, in AA.VV., *La sicurezza del lavoro sulle navi e nei porti*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 39.

legislatore speciale e che essa sia ancorata ad un approccio pluriordinamentale. Ne fornisce prova un articolato normativo di interventi che, sul piano internazionale e nazionale, è diretto a governare e migliorare il livello di salute e sicurezza a bordo delle imbarcazioni – oltre che, ordinare il controllo e la vigilanza da parte delle autorità preposte – di cui non sempre è facile tenere le fila, stante la frammentarietà e i problemi di coordinamento tra le diverse fonti di produzione.

Nel tentativo di ricostruire il vigente quadro normativo, sul piano della regolamentazione interna vale, anzitutto, il richiamo alla norma di diritto comune qual è l'art. 2087 c.c. per la quale non sembrano esservi dubbi sull'applicabilità anche al settore della navigazione. Nella parte del codice della navigazione dedicata al contratto di arruolamento – si osserva – non vi è norma speciale che imponga all'imprenditore (*rectius* armatore come si dirà *ultra*) di adottare analoga garanzia; né una tale norma si trova nella parte aeronautica del codice medesimo. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 1, comma 2, cod. nav., l'art. 2087 c.c. sia direttamente applicabile al lavoro nautico e al contratto di arruolamento, sia pure trovando all'uopo vigore – secondo l'orientamento interpretativo prevalente⁷ – la speciale prescrizione biennale in luogo di quella ordinaria decennale. Al pari del diritto comune la disposizione in parola, c.d. a contenuto aperto, si colloca come fondamentale norma di tutela capace di aprire e chiudere il sistema di sicurezza del lavoro, a fianco di quello differenziato della normativa specifica.

Quest'ultima, è oggetto – come si accennava – di una copiosa legislazione speciale dettata, da un lato, dal diritto interno e dall'altro, dal diritto internazionale. Come si è già anticipato, la marcata globalizzazione che caratterizza il settore ha indotto nel tempo lo sviluppo di un *corpus* normativo costituito da accordi e regole internazionali, tra le quali spicca la Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) sul lavoro marittimo del 2006, *Maritime labour convention* (MCL). Rinviano, nei paragrafi che seguono, a un maggiore approfondimento dell'iniziativa passata alla storia come il primo (e ancora attuale) sistema organico aggiornato di

⁷Per un approfondimento si rinvia, tra gli altri, a A. VALLEBONA, *La prescrizione dei crediti dei naviganti: la questione non è chiusa*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 374; E. FOGLIANI, *Legittimità costituzionale della prescrizione biennale ex art. 373 cod. nav. Per il risarcimento del danno alla salute e alla integrità fisica del lavoratore conseguente all'inadempimento da parte del datore di lavoro degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c.*, in *Dir. trasp.*, 2022, p. 253 ss. In questa prospettiva, tra le altre, Cass. 1° giugno 2006, n. 13050, in *Mass. giur. lav.*, 2006; Cass., 16 luglio 1998, n. 6993, in *Foro it.*, 1998, c. 1297.

tutele reali del lavoratore a bordo delle navi, sul piano giuridico, preme subito sottolineare, come il testo della Convenzione in parola sia stato redatto in modo da risultare “compatibile” con il diritto comunitario, si da evitare qualsiasi ostacolo alla successiva ratifica, soprattutto con riferimento al coordinamento dei regimi di sicurezza sociale, settore che rientra – come è noto – tra le competenze esclusive della Comunità⁸.

In effetti, la stessa Commissione europea, fin dall’inizio, ha favorito i lavori dell’OIL, nella convinzione di far progredire le norme sociali a livello mondiale attraverso l’adozione di norme minime universali⁹. Sul piano del diritto unionale europeo va menzionata, da ultimo, la direttiva 2012/35/UE (di modifica della precedente direttiva 2008/106/UE), concernente i requisiti minimi di formazione della gente di mare (di cui si dirà *ultra*), attuata sul piano interno con d.lgs. 12 maggio 2015, n. 71 e succ. mod.¹⁰.

D’altro canto, la necessità di prendere in esame la sicurezza a bordo delle navi (da pesca) è sollevata per primo proprio dal legislatore europeo in materia di sicurezza che a mente dell’art. 16, par. 1, della nota direttiva quadro 89/391/CEE¹¹, rinvia ad una prescrizione speciale il compito di regolamentare le condizioni minime per il miglioramento della salute e della sicurezza a bordo.

Com’è noto, la direttiva in parola è stata recepita dall’ordinamento nazionale con il d.lgs. n. 626/1994, il quale, pur caratterizzato da una estensione generale del suo campo di applicazione, inizialmente, tuttavia, non menziona il settore marittimo. Solo successivamente per effetto delle modi-

⁸ Cfr. la specifica clausola di salvaguardia in materia di sicurezza sociale che preserva l’esistenza del sistema comunitario di coordinamento dei regimi di sicurezza sociale.

⁹ A tal fine, vale ricordare, non solo che la Commissione ha seguito con costante attenzione i lavori, assicurando coordinamento tra le posizioni degli Stati membri e fornendo un contributo finanziario, ma anche – tra gli altri – l’intervento del Consiglio (del 7 giugno 2002) che ha autorizzato gli Stati membri a ratificare la Convenzione nell’interesse della Comunità europea, nonché l’Accordo sulla convenzione sul lavoro marittimo (P6_TA(2009)0020, Accordo sulla convenzione del lavoro marittimo) e la Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009, sulla proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione dell’Accordo concluso dall’Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione dei sindacati dei trasportatori dell’Unione europea (FST) sulla Convenzione sul lavoro marittimo del 2006 e che modifica la direttiva 1999/63/CE.

¹⁰ Da ultimo, modificato da d.lgs. 8 novembre 2021, n. 194 di attuazione della direttiva n. 2009/1159 che modifica la direttiva 2008/106 e abroga la direttiva 2005/45.

¹¹ Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, concernente l’attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro.

fiche introdotte dal d.lgs. n. 242/1996¹² il legislatore¹³, in continuità con le direttive europee, per la prima volta, predispone un riferimento organico interno agli istituti di tutela già previsti dal d.lgs. n. 626/1994 per gli altri settori, adattandoli al lavoro portuale e marittimo¹⁴.

Il d.lgs. 27 luglio 1999, n. 271 nel dare attuazione alla delega in parola costituisce, sul versante del diritto interno, la norma essenziale di riferimento per la tutela specifica delle attività lavorative a bordo delle navi¹⁵ (unitamente agli specifici e pressoché contestuali decreti emanati, rispettivamente, per le attività lavorative in ambito portuale¹⁶ e delle navi da pesca¹⁷).

¹² Di modifica ed integrazione del d.lgs. n. 626/1994, con cui si demanda ad un decreto ministeriale il compito di emanare norme regolamentari finalizzate all'applicazione della normativa vigente, in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, anche alla navigazione marittima.

¹³ Cfr. legge delega 31 dicembre 1998, n. 485.

¹⁴ Per un sommario riferimento alla disciplina specifica ante direttive nel settore della navigazione si può citare la legge 16 giugno 1939, n. 1045, recante “*condizioni per l'igiene e l'abitabilità degli equipaggi a bordo delle navi mercantili nazionali*”, peraltro ancora in vigore (poiché l'abrogazione della legge è subordinata all'entrata in vigore dei regolamenti di attuazione del d.lgs. 27 luglio 1999, n. 271, non ancora emanati come si dirà *ultra*) la quale, prevedendo un sistema di controlli e di verifiche delle condizioni di sicurezza da parte della pubblica amministrazione, costituisce la prima norma rivolta alla tutela delle condizioni di vita dell'equipaggio sulla nave; detta norma interna ha, peraltro, anticipato la regolamentazione sugli alloggi dell'equipaggio delle navi mercantili, adottata sul piano internazionale dalla Convenzione ILO n. 92/1949 (a titolo di completezza si ricorda che detta Convenzione, unitamente alla n. 133, aventi ad oggetti gli alloggi dell'equipaggio sono state ratificate dall'Italia con legge 10 aprile 1981, n. 158). Tra gli altri precedenti normativi riguardanti le condizioni di sicurezza dei marittimi imbarcati, si ritraccia la legge 5 giugno 1962, n. 616, sulla sicurezza della navigazione e della vita umana in mare ed il relativo regolamento emanato con d.p.r. 14 novembre 1972, n. 1154 (sostituito dal d.p.r. 8 novembre 1991, n. 435, emanato per consentire l'adeguamento con le disposizioni derivanti dall'entrata in vigore della Convenzione SOLAS, per una citazione ulteriore della quale si rinvia *ultra* nel testo).

¹⁵ Cfr. l'art. 2, campo di applicazione, a mente del quale «*Le norme del presente decreto si applicano ai lavoratori marittimi imbarcati a bordo di tutte le navi o unità mercantili, nuove ed esistenti, adibite a navigazione marittima ed alla pesca nonché alle navi o unità mercantili in regime di sospensione temporanea di bandiera, alle unità veloci e alle piattaforme mobili*».

¹⁶ D.lgs. 27 luglio 1999, n. 272, “*Adeguamento della normativa sulla sicurezza e salute dei lavoratori nell'espletamento di operazioni e servizi portuali, nonché di operazioni di manutenzione, riparazione e trasformazione delle navi in ambito portuale, a norma della legge 31 dicembre 1998, n. 485*”.

¹⁷ D.lgs. 17 agosto 1998, n. 298, “*Attuazione della direttiva 93/103/CE relativa alle prescrizioni minime di sicurezza e di salute per il lavoro a bordo delle navi da pesca*”.

3. Il d.lgs. n. 271/1999 e succ. mod. e il (mancato) coordinamento al d.lgs. n. 81/2008 e succ. mod.

Il legislatore del 1999 dà avvio alla costruzione di un sistema integrato di prevenzione anche nel settore marittimo, predisponendo una regolazione tesa a superare, progressivamente, un sistema di tutela *ex post*, correlata alla monetizzazione del danno, con una protezione *ex ante* più coerente con il valore attribuito al lavoro e alla salute dalla Carta Costituzionale e dalle Dichiarazioni Internazionali¹⁸. Detta regolamentazione, applicata al settore fino ad allora escluso, pur contemperando l'esigenza di conservare la tradizionale autonomia normativa della materia marittima, di fatto dà vita a un sistema di tutela della salute e della sicurezza che, per larga parte, ricalca la disciplina generale, ponendo al centro le misure di prevenzione dei rischi, con l'adozione di una logica partecipativa, volta – in analogia a quanto già previsto dal d.lgs. n. 626/1994 per il diritto comune – a emancipare i lavoratori, da destinatari passivi a soggetti coinvolti nell'implementazione e nell'adozione delle migliori misure di prevenzione possibili.

In buona sostanza, ci troviamo di fronte al caratteristico fenomeno delle “norme riportate” ravvisandosi un sostanziale parallelismo – come si avrà largamente modo di testimoniare – tra la materia marittima e la materia generale. E, tuttavia, non va sottovalutato il fatto giuridico espresso dalla fonte normativa indipendente che in quanto tale fa sì che la “norma figlia” goda di una perfetta autonomia ontologica rispetto alla “norma madre”; talché, quando quest'ultima è stata innovata¹⁹, il parallelismo di normative vigenti nei due campi (marittimo e non) è andato perduto. Sicché, il tentativo di passare dalla concezione di sicurezza della navigazione a quella di sicurezza nella navigazione, adattando le norme di tutela del lavoro al rapporto di lavoro nautico rimane parziale. Su questo piano, vale anche ricordare che, nonostante la proroga dei termini all'uopo sanciti nel d.lgs. n.

¹⁸ Cfr. tra le altre la Dichiarazione di Filadelfia, per cui “*il lavoro non è una merce*” in https://www.ilo.org/rome/publicazioni/WCMS_151915/lang-it/index.htm.

¹⁹ A mente del d.lgs. n. 81/2008, c.d. TUSL: quest'ultimo, dando attuazione all'art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, per il settore civile ed industriale, realizza il riordino e il coordinamento delle disposizioni della legislazione specifica di riferimento in un unico testo normativo, al fine di rafforzare il c.d. modello partecipativo già delineato dalla legislazione previgente, specie per mezzo dell'ampliamento delle funzioni dei soggetti e la predisposizione di un apposito apparato sanzionatorio (sanzioni penali e istituto di vigilanza).

81/2008 e succ. mod. – e un tentativo proposto nel 2012²⁰ – ad oggi, non hanno ancora preso corpo gli ulteriori «*decreti, da emanare²¹ entro cinquantacinque mesi²² dalla data di entrata in vigore del decreto predetto ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta dei Ministri competenti, di concerto con i Ministri del lavoro e delle politiche sociali e della salute, acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano*» con cui «*dettare le disposizioni necessarie a consentire il coordinamento con la disciplina recata in materia di salute e sicurezza sul lavoro relative alle attività che si svolgono a terra con la normativa riguardante le attività lavorative a bordo delle navi, di cui al decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 271*». Medio tempore, è fatto salvo l'esistente corpo legislativo specifico di riferimento, in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori marittimi, vale a dire «*le disposizioni attuative dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, nonché le disposizioni di cui al decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 271, al decreto legislativo 27 luglio 1999, n. 272, al decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 298*».

Il mancato coordinamento in parola sul piano formale che pure – a parere di chi scrive – non può limitare la tutela – sul piano sostanziale – di diritti costituzionalmente protetti lascia inattuata le ulteriori esigenze regolamentari implicate nella specialità del settore, le quali, come di cercherà si evidenziare, non sempre appaiono assicurabili dal mero rinvio alla disciplina di tutela comune o dal richiamo agli elementi minimi di protezione fissati dal diritto internazionale.

4. Maritime labour convention (2006)

La Convenzione in parola, nota anche come *Carta dei diritti della gente di mare*, rappresenta la disciplina vincolante nel diritto internazionale, garantendo standard minimi di lavoro e di vita per i lavoratori marittimi.

²⁰ Cfr. Disegno di legge n. 5368, *Delega al Governo in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nel settore portuale, marittimo, delle navi da pesca e ferroviario*.

²¹ Cfr. l'art. 3, comma 2 e 3, del d.lgs. n. 81/2008.

²² Termine risultante dalle proroghe previste all'uopo dapprima dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, di conversione del d.l. n. 225/2010, che ha prorogato il termine iniziale da 36 mesi a 48 mesi e, successivamente dalla legge 12 giugno 2012, n. 10, di conversione del d.l. n. 57/2012, che ha ulteriormente prorogato detto termine portandolo a 55 mesi.

Come già accennato, il trasporto marittimo, di ogni tipo e modalità, è globale nel senso più ampio del termine: infatti, la nave, oltre a potersi spostare liberamente e quindi toccare qualunque paese del mondo, può cambiare bandiera in poche ore e può imbarcare e quindi impiegare membri dell'equipaggio di nazionalità diverse. In particolare, il mercato del lavoro cui può rivolgersi una nave è ampio sia nella circolazione ed allocazione dei capitali che nella distribuzione ed acquisizione del lavoro. Per questo, nel tempo, motivi di sicurezza ma anche di *dumping* commerciale e sociale hanno indotto all'emanazione di norme internazionali – specie, sotto l'egida di agenzie dell'Onu – dirette a regolamentare ogni aspetto del trasporto marittimo a partire dalla costruzione della nave fino ai criteri minimi dell'ambiente di lavoro.

In quest'ottica si inquadra, sul piano della sicurezza sul lavoro – accanto ai tre pilastri già vigenti nel settore marittimo, quali la *MARPOL* (regole per evitare l'inquinamento)²³, la *SOLAS* (sicurezza e criteri di costruzione)²⁴ e la *STCW* (formazione e titoli professionali)²⁵ – il quarto pilastro del diritto internazionale del settore costituito, appunto, dalla *MLC*.

²³ La Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi, stipulata attraverso gli accordi sottoscritti nel 1973 e nel 1978, a seguito di una serie di incidenti che hanno interessato navi cisterna tra il 1976 ed il 1977, mira a prevenire quei fenomeni che possano arrecare inquinamento all'ambiente marino. In particolare, la convenzione ha lo scopo di ridurre gli impatti dovuti ai rifiuti, agli sversamenti di idrocarburi e dei gas di scarico. Tale Convenzione stabilisce le caratteristiche minime degli impianti di ritenzione degli oli minerali presenti a bordo oltre che i sistemi di sicurezza fissi e mobili per evitare riversamenti in mare. Durante gli anni, al fine di rendere questi strumenti sempre più rispondenti alla realtà del settore, le regole in parola hanno subito diverse modifiche ed emendamenti, reperibili nell'apposita pagina web <https://www.mase.gov.it/pagina/risoluzioni-e-circolari-marpol> del sito del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

²⁴ La convenzione adottata per la prima volta sull'eco della tragedia del Titanic (oggi *Solas*'74) stabilisce i criteri di sicurezza cui devono ottemperare tutte le navi passeggeri e quelle da carico di stazza superiore alle 500 tonnellate. Inoltre, detta i criteri di costruzione dei seguenti, essenziali, elementi della nave: struttura, compartimentazione e stabilità, macchine, impianti elettrici ed antincendio, mezzi e sistemazioni di salvataggio; radio comunicazione; sicurezza della navigazione; trasporto di carichi; trasporto di merci pericolose; navi nucleari; gestione della Sicurezza delle Navi (*ISM Code* – *SMS*); misure di Sicurezza per le Unità Veloci; misure speciali per migliorare la Sicurezza marittima; misure di Sicurezza addizionali per le navi portarinfuse; costruzione antincendio.

²⁵ L'*International Convention on Standard of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers*, stabilisce le specializzazioni ed i certificati di cui devono essere dotati i membri dell'equipaggio in funzione delle specifiche mansioni (coperta, macchine, apparecchiature radio, ecc.). Inoltre, vengono esplicitamente indicati, per ogni specifica mansione, i

Si ricorderà, a tal fine, che la Conferenza Generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro²⁶, convocata a Ginevra dal Consiglio di Amministrazione dell'Ufficio Internazionale del Lavoro, e riunitasi in tale città, nella sua novantaquattresima sessione, desiderosa di realizzare una semplificazione delle norme fino ad allora contenute in oltre sessanta disposizioni negoziali tra Convenzioni e Raccomandazioni internazionali vigenti sul lavoro marittimo – unitamente alla necessaria uniformazione delle relative tutele – il 7 febbraio 2006 giunge a deliberare uno strumento regolatorio al fine di promuovere dignitose condizioni di lavoro²⁷. Come è noto, il testo adottato il 26 febbraio 2006 – e ratificato dall'Italia (solo) con la legge 12 settembre 2013, n. 113²⁸ – raggruppa e regola una serie di materie complesse (dall'orario di lavoro a bordo, alla sicurezza e salute del lavoro, all'organizzazione del collocamento, ecc.) applicabili – con rinvio all'adeguamento della normativa nazionale – a tutte le navi appartenenti a enti pubblici o privati normalmente destinate ad attività commerciali, con alcune eccezioni quali le navi destinate alla pesca o a un'attività analoga o le navi di costruzione tradizionale, come sambuchi e giunche, le navi da guerra e le navi da guerra ausiliarie²⁹. In estrema sintesi, la Convenzione³⁰ si compone di tre parti distinte, ma collegate tra loro, vale a dire gli Articoli, i Regolamenti ed il Codice. Gli Articoli ed i Regolamenti enunciano i diritti ed i principi fondamentali nonché gli obblighi fondamentali degli Stati Membri che abbiano ratificato la Convenzione. In questo ambito, vale almeno citare i quattro principi fondamentali irrinunciabili di tutela del lavoro marittimo, quali:

- il diritto a un luogo di lavoro sicuro e senza pericolo, dove le norme di sicurezza siano rispettate;
- il diritto a condizioni di impiego equo;

seguenti quattro parametri: competenze specifiche; conoscenze teoriche e pratiche richieste; metodi di verifica delle competenze; criteri di valutazione delle specifiche competenze. Nel codice, invece, vengono descritte e quindi individuate le specifiche esercitazioni e procedure richieste per ottenere le relative qualifiche professionali.

²⁶ Indicata con l'acronimo "ILO", oppure nella versione francese "OIL".

²⁷ Per un approfondito esame dell'iter di approvazione nonché del contenuto si veda G. MAGLIOCCO NICASTRO, *La tutela del lavoro marittimo – La convenzione OIL sul lavoro marittimo 2006 profili di diritto comunitario e interno*, Aracne, Roma, 2013.

²⁸ L'Italia è stata il 52° Stato membro dell'ILO e il 20° dell'Unione Europea a ratificare la Convenzione.

²⁹ Cfr. l'art. 2, comma 4.

³⁰ V. https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_4658_listaFile_itemName_1_file.pdf.

- il diritto a dignitose condizioni di lavoro e di vita a bordo delle navi;
- il diritto alla tutela della salute, alle cure mediche, a misure previdenziali e ad altre forme di protezione sociale.

Il Codice, invece, contiene indicazioni più operative e specifica come devono essere applicate le disposizioni: si compone di una parte A (Norme obbligatorie) e di una parte B (Linee guida non obbligatorie). La Convenzione, oltre che sulle condizioni di lavoro e di vita dei lavoratori del mare, interviene, inoltre, in materia di ispezioni dello Stato di bandiera e di controllo nello Stato di approdo: in particolare, tutte le navi che battono bandiera di uno dei Paesi che l'hanno ratificata, se operanti su rotte internazionali, devono essere in possesso di due documenti specifici attestanti le condizioni relative al c.d. *decent work*, quali, il “certificato marittimo del lavoro”, di durata non superiore a cinque anni, e la “dichiarazione di conformità del lavoro marittimo” allegata al primo, entrambi redatti in base ai modelli presenti negli allegati della MLC. Il rilascio di tali documenti, che costituiscono titoli idonei a dimostrare il rispetto dei requisiti sanciti dalla Convenzione, è previsto per le navi superiori alle 500 tonnellate di stazza lorda impegnate in viaggi internazionali o comunque tra porti stranieri (reg. 5.1.3). Ogni Stato membro è tenuto a verificare, attraverso un sistema di ispezioni periodiche, di sorveglianza e di altre misure di controllo, che le navi battenti la propria bandiera rispettino i precetti contenuti nella Convenzione (reg. 5.1.4). La presenza di tali strumenti di certificazione è particolarmente significativa poiché consente, alle navi battenti la bandiera di Stati che vi hanno aderito, di semplificare le ispezioni a cura degli Stati di approdo e, conseguentemente, di ridurre i tempi di permanenza in porto: ogni Stato membro, infatti, in caso di scalo di una nave straniera, può procedere ad ispezione (reg. 5.2.1) al fine di verificare il rispetto delle condizioni stabilite dalla Convenzione. Salvo i casi espressamente previsti nel codice, l'ispezione tra Stati che hanno ratificato la Convenzione si limiterà a un controllo del certificato e della dichiarazione (reg. 5.2.1, par. 2). Al contrario, la Convenzione stessa prevede che, nei porti dei Paesi firmatari, le navi non a norma provenienti da Stati non ratificanti siano sottoposte a ispezioni approfondite che possono durare diversi giorni e tradursi in una lunga inattività. Vale sottolineare che, nel momento in cui si scrive, a quasi vent'anni dalla sua deliberazione, la Convenzione – sia pure ratificata da 105 Paesi al mondo, rappresentanti oltre il 90% del trasporto marittimo mondiale³¹ – non è ancora applicata

³¹ Dati aggiornati consultabili all'indirizzo https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312331.

universalmente. Sul piano interno, la lettura del Titolo IV della MLC 2006 (disposizioni riguardanti la tutela della salute, del benessere e della sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria³²) e il confronto con quanto dettato dall'art. 2087 c.c., da un lato e dal d.lgs. n. 271/1999 (tenuto anche conto del d.lgs. n. 298/1999), dall'altro, conferma il fatto che una buona parte delle indicazioni internazionali trovano già riscontro nel nostro sistema normativo nazionale. In effetti, il dispositivo normativo riecheggia il sistema di misure predisposte dal legislatore interno sia in termini di tutela generale dell'integrità psicofisica del lavoratore – riflettendo i connotati dell'ampio regime di responsabilità codicistica – sia relativamente alle disposizioni specifiche dettate, prevalentemente, dal d.lgs. n. 271/1999 e succ. mod.

5. Specificità della normativa di settore: la valutazione dei rischi e gli obblighi dell'armatore e del comandante

Secondo le premesse indicate, la normativa di tutela a bordo delle navi è dettata, essenzialmente, dal d.lgs. n. 271/1999 il quale si pone l'obiettivo di adeguare la regolamentazione³³ in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sul luogo di lavoro³⁴ alle particolari esigenze dei servizi espletati su

³² Ove si prevede tra l'altro la responsabilità di ogni Stato membro per la tutela della salute dei marittimi imbarcati sulle navi che battono la propria bandiera (reg. 4.1). Ciascuno Stato membro deve quindi fornire l'assistenza sanitaria sia a bordo delle navi che a terra (reg. 4.1) e deve assicurarsi che i marittimi abbiano diritto ad un sostegno e ad un'assistenza materiale da parte dell'armatore per far fronte alle conseguenze finanziarie dovute a malattie, infortuni o decessi verificatisi nell'espletamento delle loro funzioni (reg. 4.2).

Ogni Stato deve inoltre assicurare un ambiente di lavoro favorevole per la sicurezza e per la prevenzione degli infortuni (reg. 4.3), l'accesso alle strutture sociali di assistenza a terra (reg. 4.4), nonché l'adozione di misure nel campo della previdenza sociale idonee a tutelare i marittimi (reg. 4.5).

³³ Come detto in ragione di quanto previsto dai citati d.lgs. n. 626/1994 e n. 242/1996. In generale, il d.lgs. n. 271/1999 richiama quasi integralmente tutte le procedure previste dal d.lgs. n. 626/1994 e, in particolare, gli elementi di dettaglio forniti dagli allegati al testo di legge, limitandosi a definire soltanto gli aspetti specifici del lavoro marittimo, anche perché molte prescrizioni sono pure disciplinate da norme internazionali e comunitarie.

³⁴ Il decreto – come espressamente proclamato dall'art. 1 – «*ha lo scopo di adeguare la vigente normativa sulla sicurezza e la salute dei lavoratori sul luogo di lavoro, alle particolari esigenze dei servizi espletati su tutte le navi o unità indicate all'art. 2*», in quanto «*le norme del presente decreto si applicano ai lavoratori marittimi imbarcati a bordo di tutte le navi o unità mercantili, nuove ed esistenti*» ovvero a «*qualsiasi persona facente parte dell'equipaggio che*

tutte le navi o unità di cui all'art. 2³⁵, allo scopo di: assicurare in materia di sicurezza del lavoro, la tutela della salute e la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali; determinare gli obblighi e le responsabilità specifiche da parte di armatori, marittimi ed altri soggetti interessati in relazione alla valutazione dei rischi; fissare, in materia di igiene del lavoro, i criteri relativi alle condizioni di igiene ed abitabilità degli alloggi degli equipaggi (all'uopo da integrare con le disposizioni vigenti persino della ancor più risalente legge 16 giugno 1939, n. 45). Detta disciplina, pur rappresentando un sicuro progresso in materia di tutela della sicurezza del lavoratore marittimo – atta a soddisfare i requisiti minimi posti dalle regole sovra nazionali³⁶ – manifesta elementi di criticità legati, sostanzialmente, al decorso del tempo e all'evoluzione delle attività del settore. Peraltro, oltre al rischio di obsolescenza, la gestione delle procedure di tutela della sicurezza è tutt'altro che compiuta, specie sul piano del diritto interno. Paradigmatico di tale condizione il fatto che manchi, ancora oggi, il regolamento di attuazione richiamato dal d.lgs. n. 271/1999; di talché, trovano ancora applicazione, le linee guida per effettuare la Valutazione dei Rischi a bordo delle navi (oltre che per l'elaborazione dei documenti di cui alle lett. a) e b), comma 1 dell'art. 6 del d.lgs. n. 271/1999)³⁷ definite dalla prassi, in specie dalle direttive operative definite con circolare n. 9/SM del 28 novembre 2006³⁸. Nel tentativo di sintetizzare le principali misure ivi previste

svolge, a qualsiasi titolo, servizio o attività lavorativa a bordo di una nave o unità mercantile o di una nave da pesca». Quanto alla definizione del campo di applicazione si rinvia alle riflessioni di M. GRIGNOLI, in *La sicurezza del lavoro nautico nell'innovato sistema regolamentare*, EUT, Trieste, 2000, p. 24 ss., specie ove si obietta «la discutibile proiezione nella realtà di diritto speciale del termine lavoratori» in luogo di quello che «sarebbe stato tecnicamente opportuno» usare con l'impegno di «componente dell'equipaggio», cui occorre riferirsi secondo quanto suffragato anche dall'art. 5 valorizzando, ai fini della qualificazione in parola, il nesso strumentale fra la prestazione lavorativa e la realtà operativa della nave.

³⁵ Ai fini della discutibile, in quanto priva di significato, distinzione tra nave o unità si rinvia alle considerazioni di M. GRIGNOLI, *op. cit.*, pp. 26-27, per cui non sussiste alcuna «sostanziale autonomia della entità qualificata come unità, rispetto al tipico bene di diritto speciale costituito dalla nave».

³⁶ Prima fra tutte la MLC 2006, relativamente al titolo 4, *Tutela della salute, assistenza sanitaria, tutela del benessere e della sicurezza sociale*.

³⁷ Si evidenzia, appena, che allorquando le attività lavorative inerenti ai Cantieri Navali vedano il coinvolgimento dell'equipaggio di una nave, a quest'ultimo si applica lo specifico d.lgs. n. 272/1999.

³⁸ Che si può leggere in https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=11722:2006circ09smtras&catid=6&Itemid=137.

– specie, al fine di evidenziare similitudini e differenze rispetto al sistema di tutela ordinario – senza alcuna pretesa di esaurire il tema, va menzionato l'art. 5, del d.lgs. n. 271/1999, con cui si dispone la valutazione dei rischi, quale obbligo essenziale in capo al soggetto responsabile primario. Su questo piano, vale sottolineare, come talune rilevanti peculiarità interessino, tra le altre, la specificità dei rischi e quella – correlata – legata all'individuazione dei soggetti titolari dell'obbligo a titolo originario. Sul primo versante, si osserva che il legislatore del 1999 indirizza l'insieme delle risorse, delle responsabilità, delle procedure e dell'organizzazione necessarie per l'attivazione e la gestione di un sistema per la sicurezza del lavoro marittimo, alla valutazione delle situazioni di rischio connesse all'esercizio dell'attività lavorativa a bordo, all'eliminazione dei rischi derivanti dall'impiego di materiali nocivi alla salute del lavoratore³⁹ e alla riduzione dei rischi alla fonte. In quest'ottica – da un lato – le misure relative alla prevenzione degli infortuni, all'igiene e alla sicurezza del lavoro non devono in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori marittimi⁴⁰. Dall'altro, da una complessiva lettura, appare evidente come, il citato d.lgs. n. 271/1999, sia calibrato sull'ambiente di lavoro di una data unità navale e non genericamente al lavoro marittimo. Coerentemente, si ravvisa che le funzioni e i compiti previsti per i vari soggetti presuppongono un dato ambiente di lavoro, vale a dire una determinata nave ed una mansione predefinita i cui rischi debbono essere specificamente valutati; così come la definizione di lavoratore marittimo contenuta nel decreto fa riferimento ad un lavoratore che venga, in modo attuale, impiegato a bordo per svolgere un servizio, bastando all'uopo che si tratti di una persona ingaggiata nell'equipaggio per svolgere una determinata funzione⁴¹. Sul secondo versante, tenuto conto del particolare ambiente di lavoro, è evidente che *ivi* le posizioni di garanzia non vivono isolate e si integrano per corrispondere adeguatamente a complesse esigenze di tutela. Dunque, è decisivo individuare, di volta in volta, il rischio ed i soggetti deputati al suo governo per comprendere e definire le eventuali responsabilità. All'uopo, vengono precisati gli obblighi a cui devono attenersi rispettivamente l'armatore, il co-

³⁹ Cfr. l'art. 5, comma 1, spec. lett. b): «*mediante sostituzioni da realizzare conformemente alle tecnologie disponibili nel settore della progettazione e costruzione navale e, qualora ciò non fosse possibile, riduzione al minimo del loro impiego a bordo*».

⁴⁰ Art. 5, comma 2.

⁴¹ Così, Cass. civ., sez. lav., 15 aprile 2009, n. 8921.

mandante, il lavoratore marittimo, il progettista, il costruttore della nave e gli eventuali prestatori d'opera⁴². In primo luogo, l'armatore, in quanto titolare dell'esercizio nautico ovvero titolare del rapporto di lavoro con l'equipaggio⁴³, è chiamato all'osservanza degli obblighi pubblicistici: egli facendosi carico integralmente dei costi (conformemente al dettato dell'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 626/1994), in relazione alle caratteristiche tecnico-operative dell'unità, valuta i pericoli per la sicurezza e per la salute dei lavoratori marittimi arruolati, predisponendo il piano di sicurezza dell'ambiente di lavoro. Quest'ultimo, integrato ed aggiornato ogni volta che siano apportate modifiche o trasformazioni a bordo, deve contenere un progetto dettagliato dell'unità/ambiente di lavoro unitamente alle specifiche tecniche e alla relazione di valutazione dei rischi (con esplicitazione dei criteri adottati e delle misure di prevenzione o riduzione) e deve essere inviato al Ministero per l'approvazione, ma è conservato a bordo ed esibito a ogni richiesta degli Organi di vigilanza. Della redazione, dell'aggiornamento e dell'invio della documentazione in parola⁴⁴ l'armatore – indipendentemente dal fatto che sia anche proprietario o meno dell'unità navale – è obbligato a titolo originario: trattasi infatti di obblighi non delegabili, al pari degli analoghi sanciti in capo al datore di lavoro, nel diritto comune.

Peraltro, anche in questo settore non delegabile è l'obbligo in capo all'armatore di designare il responsabile⁴⁵ del servizio di prevenzione e pro-

⁴² Cfr. artt. 6-10.

⁴³ Intendendosi le locuzioni in parola come coincidenti e non già alternative; cfr. in tal senso, M. GRIGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 41.

⁴⁴ Invero, «per le unità adibite ai servizi tecnico-nautici e portuali, per le navi o unità mercantili nuove ed esistenti di stazza lorda inferiore a 200 e per quelle da pesca nuove ed esistenti di lunghezza inferiore a 24 m, o con equipaggio fino a sei unità di tabella di armamento, la documentazione di cui al comma 2, autocertificata da parte dell'armatore o dal proprietario, non è inviata al Ministero per l'approvazione ma è conservata a bordo ed esibita a richiesta degli organi di vigilanza, al fine di verificarne la conformità alle disposizioni del presente decreto»; cfr. art. 6, comma 4.

⁴⁵ Nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 12, comma 1, 2 e 5. In specie, si può osservare che l'armatore designa, tra il personale imbarcato (tenuto conto delle capacità professionali di ognuno) gli addetti al servizio di prevenzione e protezione, nonché il responsabile dello stesso. I nominativi individuati vanno segnati sul ruolo o licenza specificando il compito rivestito nel servizio nonché il *curriculum*. Nella scelta del responsabile, l'armatore incorre nella c.d. *culpa in eligendo*, così come – *a fortiori* – conferma la necessità di rendere trasparente tale scelta. Tra i collaboratori dell'armatore, detto responsabile è l'unico a non essere soggetto ad un apparato sanzionatorio specifico, proprio perché il suo apporto tecnico non incide sulle scelte comunque proprie dell'armatore. Considerate le difficoltà og-

tezione dei lavoratori marittimi⁴⁶. Quest'ultimo, unitamente al comandante coopera con l'armatore e il lavoratore marittimo, al fine di dare piena attuazione a tutti gli obblighi imposti dagli organi di vigilanza e di ispezione o comunque necessari per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori marittimi durante il lavoro (*ivi*, art. 8, comma 1, lett. e).

Il comandante – anch'egli nominato dall'armatore – è il soggetto al vertice dell'organizzazione costituita dalla nave e, in quanto tale, si tratta di una delle figure più complesse per i suoi aspetti tecnici, privatistici e amministrativi nonché per la vastità dei settori che essa investe. Tra le principali attribuzioni che qualificano, dal punto di vista tecnico-gestionale la funzione del comando, vi sono quelle della direzione esclusiva della manovra della navigazione, della tenuta e conservazione dei documenti e libri di bordo, dell'accertamento – anche a fini di sicurezza – dell'idoneità della nave e in generale, a tal fine, la titolarità dei poteri di polizia di sicurezza. Sul piano della tutela specifica del legislatore del 1999, si può ricordare, sia pure speditamente, che il comandante e l'armatore della nave, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, sono obbligati: a designare il personale addetto al servizio di prevenzione e protezione e il medico competente di cui all'art. 23; a organizzare il lavoro a bordo, in modo da ridurre al minimo i fattori di fatica (di cui all'All. I del d.lgs. n. 271/1999); a verificare il rispetto della durata del lavoro a bordo, secondo quanto previsto dal decreto e dai contratti collettivi nazionali di categoria; a informare i lavoratori marittimi dei pericoli specifici cui sono esposti nello svolgimento delle loro normali attività lavorative e addestrarli sul corretto utilizzo delle

gettive delle piccole unità (stazza lorda inferiore a 200, inferiori a 24 mt. o con equipaggio fino a 6 unità di tabella di armamento) ad individuare i vari soggetti, nel caso, il legislatore consente di rinviare al servizio nell'ambito della struttura armatoriale a terra.

⁴⁶ L'armatore, tramite il servizio di prevenzione e protezione, deve convocare, almeno una volta l'anno, una riunione alla quale partecipano il comandante della nave, il responsabile della sicurezza dell'ambiente di lavoro e il rappresentante alla sicurezza dell'ambiente di lavoro, al fine di esaminare tra l'altro: le misure di igiene e sicurezza dell'ambiente di lavoro previste a bordo, ai fini della prevenzione e protezione, con riferimento a quanto indicato nel piano di sicurezza di cui all'art. 6, comma 1 del d.lgs. n. 271/1999; l'idoneità dei mezzi di protezione individuali previsti a bordo; i programmi di informazione e formazione dei lavoratori marittimi, predisposti dall'armatore, ai fini della sicurezza e della protezione della loro salute; le eventuali variazioni, rispetto alle normali condizioni di esercizio dell'unità, delle situazioni di esposizione del lavoratore a fattori di pericolo, con particolare riferimento all'organizzazione del lavoro a bordo e all'introduzione di nuove tecnologie che potrebbero comportare riflessi sull'igiene e la sicurezza dei lavoratori (*ivi*, art. 14, comma 1).

attrezzature di lavoro nonché dei dispositivi di protezione individuali; a limitare al minimo il numero dei lavoratori marittimi esposti a bordo ad agenti tossici e nocivi per la salute, nonché la durata del periodo di esposizione a tali agenti nocivi, anche mediante isolamento delle aree o dei locali interessati dalla presenza degli agenti, e predisporre un programma di sorveglianza sanitaria mirato; a fornire ai lavoratori marittimi i necessari dispositivi individuali di sicurezza e di protezione, conformi alle vigenti norme e mantenerne le condizioni di efficienza; a informare i lavoratori marittimi sulle procedure da attuare nei casi di emergenza, particolarmente per l'incendio a bordo e per l'abbandono della nave; a formare e addestrare il personale marittimo in materia di igiene e di sicurezza dell'ambiente di lavoro a bordo predisponendo in merito appositi manuali operativi di facile consultazione; a richiedere l'osservanza da parte dei lavoratori marittimi delle norme di igiene e di sicurezza e l'utilizzazione dei mezzi individuali di protezione messi a loro disposizione; a tenere (a bordo della singola unità navale) e aggiornare il Registro degli infortuni⁴⁷, nel quale sono annotati

⁴⁷ Di cui all'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 271/1999. La norma in parola, disciplina, inoltre, le procedure da adottare in caso di infortunio a bordo. A tal fine, vale menzionare che – indipendentemente dal periodo di inattività del marittimo e quindi dell'entità dell'infortunio – l'armatore è tenuto a segnalare l'infortunio all'Autorità marittima, all'Istituto assicuratore e alla ASL del compartimento di iscrizione della nave. Gli elementi significativi dell'infortunio vengono inoltre annotati nel Registro degli infortuni che viene conservato a bordo. Per quanto, riguarda l'Istituto previdenziale, in estrema sintesi, giova ricordare che oggi le competenze, anche per i marittimi, sono attribuite all'Inail, per effetto del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122), con cui si è soppresso l'Ipsema (con attribuzione a far data dal 31 maggio 2010, delle relative funzioni) nato poco più di un decennio prima dalla fusione delle tre Casse storiche. In effetti, vale segnalare come, sin dal Medioevo, la predisposizione di un sistema di tutela previdenziale, sanitario e antinfortunistico, sia stato un problema centrale per il settore dei lavoratori marittimi: se un primo cenno, a forme di protezione dei dipendenti marittimi, si può rintracciare negli statuti delle Repubbliche marinare, fu solo nel 1933 che nacquero le vere e proprie Casse marittime, grazie alla forte azione sindacale manifestatasi negli anni precedenti. A Genova, nel 1905, si costituì il Sindacato marittimo italiano, primo sindacato libero di mutua assicurazione, che in dieci anni riuscì ad estendere la sua tutela assicurativa al 90 per cento del grande armamento nazionale; nello stesso anno nacque a Napoli il Sindacato obbligatorio meridionale, che assicurava gli equipaggi imbarcati sulle navi del Mezzogiorno continentale e della Sicilia, e, infine, nel 1918, a Trieste, sorse poi il terzo sindacato, che si chiamava "Giuliano Infortuni". Il r.d. n. 264/1933 attribuì a questi tre istituti l'assicurazione degli addetti ai trasporti per mare e anche alla pesca, trasformandole in, appunto, Casse marittime: rispettivamente: Cassa Marittima Adriatica, Cassa Marittima Meridionale e Cassa Marittima Tirrena, con sede rispettivamente a Trieste, Napoli e Genova. Le Casse, oltre all'assistenza infortuni e malattie, per quasi mezzo secolo hanno erogato anche quella sani-

gli infortuni occorsi ai lavoratori e la tipologia dell'infortunio; a garantire le condizioni di efficienza dell'ambiente di lavoro e, in particolare, la regolare manutenzione tecnica degli impianti, degli apparati di bordo e dei dispositivi di sicurezza; a permettere ai lavoratori marittimi, mediante il rappresentante alla sicurezza, di verificare l'applicazione delle misure di sicurezza e di protezione della salute e consentire al rappresentante stesso di accedere alle informazioni e alla documentazione aziendale⁴⁸; a attuare misure tecniche e organizzative adeguate per ridurre al minimo i pericoli connessi all'impiego delle attrezzature di lavoro presenti a bordo e impedire che queste vengano utilizzate per operazioni o in condizioni per le quali non sono adatte. Vale sottolineare, come l'implicito rinvio all'interprete circa la determinazione della specifica attribuzione di competenza dei soggetti in parola (armatore e comandante) rifletta – con tutta evidenza – la soluzione recepita dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 626/1994⁴⁹. Al tempo stesso, in tale prospettiva, preme rilevare come la figura del comandante, non sia assimilabile a quella del dirigente prevista dalla norma di diritto comune, i cui caratteri sono stati individuati, in particolare, nei poteri decisionali e di spesa. Il grado di comandante a bordo – nella prospettiva squisitamente privatistica del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'armatore (ben diversa da quella pubblicistica, direttamente fondata sul codice della navigazione e posta a tutela della suprema sicurezza della navigazione) – non prevede che siano ad esso attribuiti poteri decisionali e di spesa. Ciò tenuto in debito conto, merita di ricordare, come spettino, inoltre, al solo comandante della nave gli obblighi di: emettere procedure e istruzioni per l'equipaggio relative all'igiene, alla salute e alla sicurezza del lavoro, in forma chiara e comprensibile; segnalare all'armatore, sentito il servizio di prevenzione e protezione di bordo, le deficienze e le anomalie riscontrate che possono compromettere l'igiene, la salute e la sicurezza del lavoro a bordo; valutare, d'intesa con il servizio di prevenzione e protezione, la tipologia di infortuni occorsi al lavoratore marittimo a bordo e comunicare tale dato

taria, sia ai marittimi, che agli amministrativi, che alla gente dell'aria, prima che con la legge n. 833/1978 venisse istituito il Servizio sanitario nazionale con le attuali ASL.

⁴⁸ Così come indicato all'art. 16, comma 2, lett. a).

⁴⁹ Prima della sua sostituzione a mente dell'art. 3, comma 5 del d.lgs. n. 242/1996 che cita in merito solamente al datore di lavoro, ovvero della sua successiva abrogazione ad opera dell'art. 304, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 81/2008; in quest'ultimo, come è noto, riecheggia nuovamente una parziale concomitanza a mente dell'art. 18, rubricato "*Obblighi del datore di lavoro e del dirigente*".

all'armatore; designare, tra i componenti dell'equipaggio, i lavoratori marittimi incaricati dell'attuazione delle misure di prevenzione nelle situazioni di emergenza. Il comandante, tra l'altro, affigge a bordo, in posizione facilmente accessibile e redatta in lingua italiana e in lingua inglese, una tabella (conforme al modello di cui all'All. 2 del d.lgs. n. 271/1999), con l'organizzazione del servizio di bordo, contenente per ogni posizione lavorativa l'orario del servizio in navigazione e del servizio in porto, il numero massimo di ore di lavoro o il numero minimo di ore di riposo previste ai sensi del d.lgs. n. 271/1999 o dai contratti collettivi in vigore (*ivi*, art. 11, comma 9)⁵⁰.

Come si evince dalle disposizioni appena richiamate – costituenti solo una sintesi del complesso e articolato carico di funzioni e responsabilità attribuibili – l'armatore, nella sua qualità di conduttore della nave⁵¹ – e, a tale titolo, titolare e garante originario dei rapporti – e il comandante, in quanto preposto alla navigazione dal primo, costituiscono i soggetti centrali⁵² del sistema di tutela della sicurezza del lavoratore marittimo. Al pari di quanto previsto dal diritto comune essi sono coadiuvati da altre figure, anch'esse titolari di obblighi specifici⁵³, alcune di esse integranti una significativa manifestazione della tipica specialità della materia come il responsabile della sicurezza dell'ambiente di lavoro e il rappresentante alla sicurezza dell'ambiente di lavoro.

⁵⁰ Il comandante della nave ha il diritto di esigere dai lavoratori marittimi le necessarie prestazioni di lavoro, anche sospendendo il programma di ore di lavoro e di ore di riposo e sino al ripristino delle normali condizioni di navigazione, per le attività inerenti: la sicurezza della navigazione in relazione a situazioni di emergenza per le persone imbarcate, per il carico trasportato e per la stessa nave; le operazioni di soccorso ad altre unità mercantili o da pesca o di soccorso a persone in pericolo in mare (*ivi*, comma 11).

⁵¹ Generalmente è anche il proprietario. Se i proprietari sono più di uno (persone fisiche o giuridiche) allora si usa il termine di "caratisti", derivante dal fatto che la nave è divisa in ventiquattro parti o "carati".

⁵² Correlata è la previsione di specifiche contravvenzionali; cfr. l'art. 35 "*Sanzioni relative agli obblighi dell'Armatore e del Comandante*". Sul punto, occorre segnalare, come il richiamo ai soggetti in parola evoca la convinzione – postulata per lunghi anni – che la sicurezza della gente di mare (la sicurezza "nella navigazione") fosse automaticamente assicurata da quella della nave (la sicurezza "della navigazione").

⁵³ Tra cui gli stessi costruttori, progettisti ed installatori, richiamati al rispetto dei principi generali di prevenzione in materia di igiene e sicurezza.

6. *Lavoratore marittimo, responsabile della sicurezza dell'ambiente di lavoro e rappresentante alla sicurezza dell'ambiente di lavoro*

Il lavoratore marittimo imbarcato a bordo è anch'egli titolare di autonome posizioni di garanzia, specificamente sanzionate a mente dell'art. 8. La norma in parola, ancora una volta, riecheggia della disciplina di diritto comune finalizzata, già a mente del d.lgs. n. 626/1994, alla precipua realizzazione di un sistema integrato di sicurezza, offerta dalla predisposizione di strumenti in grado di garantire il perseguimento del fine tutorio con la loro specifica proiezione nella composita articolazione della realtà esercitoria. Come è noto, è significativo che il raggiungimento di un risultato connesso alla dinamica esercitoria e mirato principalmente alla salvaguardia del lavoratore (marittimo) richieda anche il coinvolgimento di quest'ultimo nell'adozione di comportamenti che siano strettamente coerenti a tal fine⁵⁴. In specie il lavoratore marittimo, oltre agli obblighi dettati dal codice della navigazione, di natura tecnico-nautici, ha anche e soprattutto oneri riguardanti la sicurezza, contribuendo all'effettiva applicazione delle norme. A questo proposito, l'art. 8 del decreto elenca gli obblighi cui è sottoposto il lavoratore, ribadendo la necessità che lo stesso sia informato e formato. Il lavoratore è, quindi, obbligato ad eseguire tutte le misure disposte e a non compiere nulla che possa compromettere la propria e l'altrui sicurezza, cooperando con la propria professionalità ed esperienza all'individuazione ed eliminazione dei rischi a cui è sottoposto. Il lavoratore dotato di attrezzature sicure, di strumenti di protezione (DPI) e conoscitivi (formazione ed informazione), è responsabile delle proprie azioni in relazione agli specifici obblighi su di esso gravanti. Tra l'altro, egli è tenuto ad osservare le misure, ai fini della igiene e della sicurezza dell'ambiente di lavoro, disposte dall'armatore e dal comandante; ad utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e i dispositivi tecnico-sanitari di

⁵⁴ Preme sottolineare come la tecnica in parola riecheggi anche nelle regole sovranazionali (MLC, 2006) ove si legge, tra l'altro, che i singoli componenti dell'equipaggio sono tenuti: "a osservare tutte le norme e le istruzioni entro i limiti delle rispettive responsabilità"; e comunque, a "comportarsi in modo da non compromettere la salute e la sicurezza di qualsiasi persona a bordo"; a "riferire, dove abbiano ragione di credere, per la propria esperienza di essere esposti a un indebito rischio connesso ad un qualsiasi compito, i propri timori"; a un "corretto uso di tutti i salvagenti, dotazioni protettive apparecchi di sicurezza messe a disposizione per la propria e la protezione altrui"; a "riferire di difetti emersi in qualsiasi dei mezzo di protezione alla persona responsabile"; ecc.

bordo, nonché i dispositivi individuali di protezione⁵⁵; a cooperare, insieme all'armatore e al comandante o al responsabile del servizio di prevenzione e di protezione, al fine di dare piena attuazione a tutti gli obblighi imposti dagli organi di vigilanza e di ispezione o comunque necessari per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori marittimi durante il lavoro. Il marittimo, da un lato, non può compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che possano compromettere la sicurezza propria e di altri lavoratori; dall'altro, è tenuto a segnalare al comandante della nave o al responsabile del servizio di prevenzione e di protezione, le deficienze eventuali dei dispositivi e dei mezzi di protezione suddetti. Tra gli obblighi più rilevanti vi è quello di sottoporsi ai controlli sanitari (per cui si rinvia alla breve trattazione *ultra*), nonché quello di attuare, con diligenza, le procedure previste nei casi di emergenza.

Integra, invece, una significativa manifestazione della tipica specialità della materia l'ampliamento del novero dei soggetti ad essa pertinenti con le previsioni concernenti la nomina del responsabile della sicurezza dell'ambiente di lavoro – nomina, come già detto, non delegabile, ad opera dell'armatore – e l'elezione – da parte dei lavoratori – del rappresentante alla sicurezza dell'ambiente di lavoro. Per quanto concerne il primo, ferme restando le responsabilità del comandante della nave previste dal codice della navigazione (e dell'ufficiale responsabile della sicurezza, ove previsto), si specifica tra l'altro che egli deve: sensibilizzare l'equipaggio nell'applicazione delle direttive in materia di igiene e sicurezza del lavoro a bordo; controllare lo stato di applicazione delle prescrizioni specifiche in materia di igiene e sicurezza del lavoro procedendo alla verifica dell'igiene e della sicurezza dell'ambiente di lavoro a bordo; segnalare al comandante della nave deficienze ed anomalie riscontrate che possono compromettere l'igiene, la salute e la sicurezza del lavoro a bordo; valutare, d'intesa con il comandante, la tipologia di infortuni occorsi al lavoratore marittimo a bordo al fine di individuare nuove misure di prevenzione degli infortuni. Inspirato ad uno degli elementi più significativi della sfera tutoria del lavoro (ossia, il diritto di consultazione e partecipazione dei lavoratori alla realtà dell'attività esercitoria, cui sono chiamati a fornire le proprie prestazioni) è l'elezione del rappresentante dei lavoratori all'igiene e della sicurezza

⁵⁵ Correlativamente all'«obbligo del lavoratore di non utilizzare il macchinario, se i dispositivi di protezione previsti di cui è fornito non sono collocati nel posto giusto, e di non rendere inefficaci tali dispositivi», cfr. MLC Linea guida B4.3.4 – c. 2.

dell'ambiente di lavoro⁵⁶. Detto soggetto, predisposto secondo le modalità previste dai contratti collettivi nazionali di categoria – cui fa espressamente rinvio l'art. 16, comma 1 – è designato dai lavoratori a loro esclusivo beneficio, nel senso che è loro onere munirsene, in piena autonomia rispetto all'armatore. Egli, nell'esercizio delle sue attribuzioni – quest'ultime riconducibili, sostanzialmente, alle funzioni di controllo dell'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e, in generale, di promozione dell'elaborazione e dell'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica dei marittimi imbarcati – ha diritto ad una formazione coerente con le facoltà attribuitegli che sono essenzialmente quelle, nel complesso, di consultazione ed informazione, di accesso a documentazione e ai luoghi di lavoro, di *mera* proposta e partecipazione alle riunioni periodiche, di formulazione di osservazioni o ricorsi alle "autorità competenti". Si deve segnalare, anche in questa circostanza, l'impiego di una formulazione che rispecchia quella recepita dal diritto comune; tuttavia, considerate le peculiarità del settore, detta *mera* riproposizione è tale da suscitare talune perplessità, specie tenuto conto delle differenze di regolazione nell'ambito dei contratti dell'armamento privato (e tra questi in dipendenza della numerosità dell'equipaggio)⁵⁷ e di quelli delle compagnie a partecipazione statale⁵⁸.

⁵⁶ Cui, pure, fa riferimento il diritto internazionale; tra l'altro si segnala lo Standard A4.3 – Tutela della salute e della sicurezza, prevenzione degli infortuni (MLC) per cui ciascun Stato deve adottare una regolamentazione con cui «*indicare il rappresentante della sicurezza a bordo nominato o eletto per partecipare agli incontri del comitato di sicurezza della nave*».

⁵⁷ Sul punto vale anche menzionare, che a mente dell'art. 16, comma 5, «*per le navi o unità mercantili nuove ed esistenti di stazza lorda inferiore a 200 tonn. e per quelle da pesca nuove ed esistenti di lunghezza inferiore a 24 m. o con equipaggio fino a sei unità di tabella di armamento, il rappresentante alla sicurezza può essere eletto nell'ambito del personale appartenente alla struttura armatoriale di terra*».

⁵⁸ Il rischio è che detto rappresentante dei lavoratori possa rimanere sostanzialmente marginalizzato, con poche possibilità di esercitare un ruolo proattivo che vada oltre il formale adempimento delle attribuzioni di legge in termini di rappresentanza, informazione e consultazione; e, di contro, all'interno di unità con sistemi di gestione poco maturi, o frammentati, il ruolo, limitato nelle sue finalità e potenzialità, corre il rischio di un approccio che tende ad assecondare lo *status quo*. Per un approfondimento – sul piano generale ma con *focus* riguardo alle attività portuali – si può rinviare all'interessante Report Inail (15 settembre 2017), "IMPACT-RLS: Indagine sui modelli partecipativi aziendali e territoriali per la salute e la sicurezza sul lavoro. Il ruolo dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e le interazioni con gli attori della prevenzione, rintracciabile all'indirizzo <https://www.inail.it/cs/internet/docs/alg-pubbl-impact-rls.pdf>.

7. Medico competente, sorveglianza sanitaria e visite mediche di idoneità: alcune criticità sul piano operativo e normativo

Un rilevante compimento del sistema tutorio è offerto dal legislatore – ancora una volta, in larga parte, in sintonia con quanto già anticipato nel regime di diritto comune – per mezzo della specifica disciplina prevista relativamente all’assistenza, alla sorveglianza e alla tutela sanitaria del personale marittimo. Al riguardo, *in primis*, la statuizione del medico competente, quale soggetto professionalmente⁵⁹ deputato all’esercizio di siffatte funzioni, *ivi*, obbligate dalla stessa natura dell’attività. Il medico competente, assume un ruolo centrale nel sistema integrato di gestione del rischio essendo qualificato, dal punto di vista medico-sanitario, alla collaborazione con l’armatore e con il servizio di prevenzione e protezione alla fase essenziale della valutazione dei rischi (non solo ai fini della programmazione della sorveglianza sanitaria), unitamente alla partecipazione negli altri momenti rilevanti, tra cui quelli della predisposizione delle misure di prevenzione, delle attività di formazione e informazione nei confronti dei lavoratori, dell’organizzazione del servizio di primo soccorso, financo dell’attuazione di programmi volontari di “promozione della salute” secondo i principi della c.d. responsabilità sociale. Analogamente alla disciplina di diritto comune, al medico competente è riconosciuta la facoltà di avvalersi di medici specialisti scelti (e pagati) dall’armatore.

Il medico competente, generalmente nominato dall’armatore⁶⁰, è tenuto ad effettuare gli accertamenti sanitari e ne risponde sia sotto il profilo strettamente professionale, sia sotto quello di autonome ipotesi di reato. La nomina in parola prescinde dagli esiti della valutazione dei rischi, in ossequio ad una speciale tutela prevista in questo settore, proprio “per le particolari esigenze del servizio espletato”. Allo stesso tempo, preme sottolineare come l’integrazione del sanitario a tutela del lavoro marittimo sconti una serie di problematiche, innanzi tutto di carattere operativo. Queste ultime derivano dalle caratteristiche del tutto peculiari delle prestazioni lavorative del settore che si sommano a quelle dell’organizzazione del lavoro verticistica, con un rispetto “paramilitare” dei ruoli. Ciò, appena, premesso, si comprende come la collaborazione del medico competente alla valutazione

⁵⁹ Cfr. titoli indicati dall’art. 2, lett. d), d.lgs. n. 626/1994, come sostituito dall’art. 2, d.lgs. n. 242/1996.

⁶⁰ Nel caso, similmente alla disciplina di diritto comune, si tratta di obbligo delegabile.

del rischio – sia in termini di prevenzione primaria ambientale che di redazione del relativo documento e, successivamente, di gestione nel tempo – possa mostrare difficoltà esecutive di rilievo. Per fare un esempio, si può pensare al caso della partenza di un'unità navale dall'area geografica di competenza (generalmente, dove ha la sede legale la Compagnia e dove, allora normalmente, si svolgono le operazioni di ingaggio e di selezione del personale) che richiede da parte del medico competente la verifica preventiva degli ambienti di lavoro e che poi, come spesso accade, sia seguita da diversi scali in giro per il mondo, durante i quali si può ben modificare il tipo di carico (e con esso i rischi correlati), o alternare una parte dell'equipaggio, oppure ancora modificare le condizioni climatiche ed endemiche, e così via. Inoltre, occorre tener conto che quando, dopo mesi di navigazione l'unità navale torna al porto di partenza, essa rappresenta, comunque, un ambiente di lavoro diverso da quello inizialmente validato ai fini della sicurezza e della valutazione del rischio *ex-ante*. Di più, vale considerare che le navi hanno tempi di sosta molto ristretti e non sempre è agevole farli coincidere con la disponibilità del medico competente con i tempi effettivi necessari alle operazioni di sorveglianza. Come non bastasse, l'attività del medico competente si deve integrare con tutte le attività di bordo (ad esempio con i prelievi ematici al personale di bordo per il controllo dell'eventuale uso di stupefacenti o l'esercitazione antincendio con la capitaneria o i permessi di sbarco che provocano l'assenza del marittimo da visitare, ecc.), alle quali generalmente viene data la priorità.

D'altro canto, a proposito della questione sanitaria, va tenuto conto in debito conto che la prestazione di lavoro dei marittimi non si svolge come attività continuativa in un luogo stabilito per tutto l'arco dell'anno, come è in genere per chi opera a terra in qualunque realtà lavorativa. Il marittimo, infatti, lavora a turni ed intervallata periodi (anche lunghi) a bordo con periodi di sbarco, svolgendo prestazioni ad elevata criticità per i ritmi di lavoro, per la mobilità spinta sul territorio, per l'impegno fisico e mentale, per la disponibilità continua ovvero per il luogo di lavoro sovente confinato. Anche per tali rilievi il medico competente assume una valenza essenziale e la sua presenza è irrinunciabile. In questo contesto – vale a dire, una realtà lavorativa nella quale occorre spesso assumere decisioni non differibili in merito all'organizzazione ed il lavoratore sa di non poter contare su alcuni interventi preventivi classici del “lavoro a terra” – scaturiscono esigenze di duttilità e di flessibilità e non solo di conoscenze. Il medico competente, nelle già accennate difficoltà operative, è chiamato ad esercitare le sue funzioni a fronte di peculiarità rilevanti come quelle legate: alle pre-

senza di tutte le tipologie di rischio conosciute (come se fossero presenti tutti i comparti lavorativi), che assumono connotati del tutto originali anche per il fatto di essere vissuti in ambienti nei quali si identifica il lavoro e la vita comune; all'estrema mobilità sul territorio, richiesta per svolgere le attività di sorveglianza (con visite effettuate a volte in orari e condizioni ambientali estreme, tempi di attesa biblici in porto per attracchi ritardati da inconvenienti di vario tipo, agenti atmosferici da affrontare per raggiungere imbarcazioni alla fonda, ecc.); all'incrocio di diversi livelli di controllo sugli ambienti e sulle persone, svolto dagli Enti che tradizionalmente esercitano potestà di vigilanza sul settore marittimo; al basso livello di percezione del rischio ed estrema confidenza con il pericolo della popolazione lavorativa, con un'adesione solo occasionale alle misure di prevenzione specificamente predisposte; agli stili di vita frequentemente sopra le righe e allo scarso vissuto sociale dei marittimi, con prevalenza di situazioni di carente autocontrollo delle abitudini alimentari e di disagio psichico; solo per citarne alcune.

Nell'esercizio della sua complessa e complicata funzione il medico competente – che, come detto ha un ruolo di stretta collaborazione con l'armatore – non fa venir meno, il dovere di riservatezza che assiste il rapporto paziente/medico, a cominciare dai risultati degli accertamenti che sono comunicati, in occasione della riunione periodica⁶¹, in maniera anonima e collettiva, proprio al fine di garantire tale riservatezza. Il medico competente è anche chiamato ad istituire le cartelle sanitarie del singolo lavoratore, limitandosi a comunicare per iscritto all'armatore e al lavoratore l'idoneità⁶². Quest'ultima, specifica il legislatore del 1999, non può esaurirsi nell'esecuzione di tutti gli accertamenti clinici e strumentali utili per la definizione del singolo caso, ma va correlata anche con l'ispezione degli ambienti di lavoro, da eseguirsi almeno due volte l'anno⁶³. Sul punto, preme sottolineare, come detta visita preventiva di idoneità non vada confusa con la visita preassuntiva disposta a mente dell'art. 323, cod. nav.⁶⁴.

⁶¹ Cfr. art. 14, d.lgs. n. 271/1999.

⁶² Fino alla promulgazione del d.lgs. n. 271/1999, la gestione delle visite di idoneità del lavoro marittimo è stata normata unicamente dalla legge 28 ottobre 1962, n. 1602, "*Modifiche ed integrazioni del R.D.L. 14 dicembre 1933, n. 1773, convertito nella L. 22 gennaio 1934, n. 244, concernente l'accertamento della idoneità fisica della gente di mare*".

⁶³ Cfr. l'art. 23, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 271/1999.

⁶⁴ Per cui «*L'arruolamento degli iscritti nelle matricole della gente di mare, destinati a far parte dell'equipaggio, deve, nei casi e con le modalità prescritte da leggi e regolamenti, essere*

Su questo piano, in estrema sintesi, preme evidenziare che nel prevedere la visita medica preventiva per il personale di bordo, il codice della navigazione non ha precisato modi e canoni, essendo all'epoca già in vigore il r.d.l. 14 dicembre 1933, n. 1773, significativamente intitolato "*Accertamento dell'idoneità fisica della gente di mare di prima categoria*" (successivamente integrato dalla legge 28 ottobre 1962, n. 1602, recante "*Modifiche ed integrazioni del regio decreto-legge 14 dicembre 1933, n. 1773, [...] concernente l'accertamento della idoneità fisica della gente di mare*") e disciplinante, pertanto, nei minimi particolari l'effettuazione della visita in questione, con riferimento a soggetti passivi, organi competenti, modalità di effettuazione, ragioni di inidoneità, profili e modalità di ricorso. Per effetto di tali disposizioni la visita medica *ex art. 323 cod. nav.* ha, essenzialmente, una natura indistinta essendo, più latamente, finalizzata ad accertare «*l'esistenza di una generica attitudine al lavoro marittimo*». Diversamente, il tenore della norma dedicata alla tutela specifica in tema di salute e sicurezza sul lavoro mira in modo assai puntuale, a constatare «*l'idoneità alla mansione specifica*»⁶⁵. In altri termini, gli accertamenti, preventivi e periodici, previsti dalla norma in parola, sono intesi a verificare l'assenza di controindicazioni al lavoro cui i lavoratori marittimi sono destinati ai fini della valutazione della loro idoneità alla mansione specifica, ovvero ad accertare lo stato di salute dei lavoratori ed esprimere un esatto giudizio di idoneità alla mansione specifica. In questo ambito vake anche considerare che se l'art. 23 del d.lgs. n. 271/1999 ricalca pedissequamente il previgente l'art. 16 del d.lgs. n. 626/1994, tutto cambia allorquando quest'ultimo è sostituito dall'art. 41 del d.lgs. n. 81/2008, il quale nella formulazione originaria modifica il senso e i contenuti della visita medica, eliminandone la natura preventiva; fino a quando, come è noto, nel 2009, il decreto correttivo al TUS ha reintrodotto la possibilità di visite mediche preventive, riproducendo in tale ambito nuovamente il parallelismo tra "norma madre" e "norma figlia".

preceduto da visita medica diretta ad accertare l'idoneità della persona da arruolare in rapporto al servizio cui deve essere adibita».

⁶⁵ Sul punto, si veda il chiarimento offerto da Cass., sez. civ., 15 aprile 2009, n. 8921, rintracciabile all'indirizzo <https://sicurpesca.eu/docs/attach/cmain/cassazione-civile-sez.lav.15-aprile-2009-n.8921-navigazione-marittima-interna-ed-aerea-1665665699.pdf>.

8. Elementi organizzativi, fattori di rischio c.d. trasversali e tutela del benessere del lavoratore. La mancata valutazione dello stress-lavoro correlato

Il contesto di lavoro a bordo di una nave rappresenta, si è già avvisato, un ambiente di lavoro complesso e dinamico in cui gli equipaggi devono sovente affrontare situazioni diverse e in rapida evoluzione. Altro aspetto abbastanza peculiare del comparto è la diversa potenzialità di danno che i medesimi fattori di rischio possono esercitare, a seconda della tipologia di nave, della stazza, dell'epoca di costruzione, del Paese di provenienza. Ultimo, ma non per ultimo, tra le tante questioni che affliggono i naviganti, rientra indubbiamente quello dei sequestri operati dalla pirateria, fenomeno drammatico anche per l'intero commercio marittimo e quello degli attentati terroristici, riacuitisi negli ultimi tempi, specie relativamente ad alcune delle rotte commerciali più rilevanti a livello mondiale⁶⁶. Non a caso il lavoro marittimo è uno dei settori a più alta criticità e concentrazione di rischio. Questi ultimi, assumono connotati del tutto originali per il fatto di essere manifesti in ambienti nei quali si identifica il lavoro e la vita comune anche nei periodi di riposo. L'intensità della convivenza nell'ambiente di lavoro caratterizza il lavoro nautico e lo differenzia, si è già detto, sia dal lavoro nell'impresa che dallo stesso lavoro del personale di volo⁶⁷. Anche per questa ragione appare essenziale affrontare il tema della sicurezza della gente di mare con un approccio che non prescinda dal più complessivo concetto di benessere del lavoratore. La sicurezza marittima, in generale, e del lavoro sulle navi, in particolare, è caratterizzata da una funzione preventiva piuttosto che repressiva. Il controllo a bordo, connesso al settore, riguarda, in primo luogo, l'accertamento di fattori tecnici quali i requisiti di formazione ed i certificati abilitativi della gente di mare, le condizioni degli alloggi, dei locali di lavoro, l'igiene, gli arredi, la presenza di aree de-

⁶⁶ Gli spazi marittimi, in generale, e in particolare il Mar Mediterraneo, sono considerati sempre di più come luoghi strategici dove possono sorgere forme di cooperazione o conflitti: così, nell'area del Mediterraneo, su cui si affacciano ventidue Stati, la sicurezza dei singoli Stati è strettamente interconnessa e la sicurezza marittima (talora garantita addirittura con intervento di missioni militari: da ultimo la missione di difesa armata denominata *Aspis* finalizzata a proteggere le navi che transitano per il Mar Rosso dalla minaccia degli Houthi) si riferisce alla protezione degli spazi marittimi da sfide che includono il contrabbando di armi illegali, droga ed esseri umani, inquinamento, pirateria e azioni che ostacolano la libertà di navigazione.

⁶⁷ Cfr. E. GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 96.

stinate allo svago a bordo, e così via; questi ultimi, tuttavia, pur rappresentando utili indicatori per valutare il livello di benessere del lavoratore, da soli non sono sufficienti, considerata la peculiarità del rapporto di lavoro marittimo con riferimento – come più volte detto – al luogo, ai tempi ed alle modalità di esecuzione⁶⁸. Ciò premesso, si può generalmente affermare che gli eventi che portano al sinistro⁶⁹ sono determinati, non di rado, dalla combinazione di fattori organizzativi e umani. In effetti, sul primo versante si osserva come la modalità di applicazione di una procedura, in termini di sequenza ordinata di operazioni da mettere in atto per garantire la sicurezza di bordo, può fare la differenza in un settore così a rischio come quello marittimo. Dal punto di vista organizzativo si applicano, specie nella gestione delle situazioni di emergenza, procedure spesso codificate e regolamentate a livello internazionale dall'Organizzazione Internazionale Marittimi; a volte, si fa riferimento a procedure, certificazioni e brevetti rilasciati a livello nazionale dalle Autorità Marittime⁷⁰. In particolare, le procedure codificate da applicare sono di tipo tecnico e riguardano la prestazione lavorativa o anche la gestione delle emergenze e delle circostanze critiche che potrebbero verificarsi in queste fasi. D'altro canto, se le conoscenze degli elementi tecnici stimolano gli aspetti di *safety compliance* è altrettanto vero che l'osservanza delle regole e la conoscenza pedissequa delle procedure non è necessariamente sufficiente per ottenere alte prestazioni di sicurezza⁷¹. In effetti, è possibile dimostrare come sia essenziale, specie in un'organizzazione del lavoro molto chiusa e verticistica, agire anche sugli aspetti più trasversali della formazione, mirando a sviluppare i fattori mo-

⁶⁸ Altri aspetti di difficile regolamentazione connessi a fattori economici, sociali, psicologici necessitano di esperienze differenti da quelle che competono all'autorità marittima.

⁶⁹ Vale sottolineare che l'assistenza medica dei marittimi imbarcati in caso di malattie o infortuni è demandata ai centri specializzati come il Centro Internazionale Radio Medico (CIRM) e che prendono il nome di *Telemedical Maritime Assistance Service* (TMAS). Una richiesta di assistenza viene formulata dal comandante o l'ufficiale responsabile del *medical care* a bordo, e consiste nel descrivere la sintomatologia e, per quanto possibile (tenuto conto che le cartelle cliniche restano depositate, solitamente, negli archivi delle società armatrici o dei medici competenti e sono utilizzate solo per finalità di medicina del lavoro o in caso di contenzioso) un po' di storia clinica del paziente.

⁷⁰ Per un approfondimento, si può rinviare a J. FENSTAD-Ø. DAHL-T. KONGSVIK, *Shipboard safety: exploring organizational and regulatory factors*, in *Maritime Policy & Management*, 2016, p. 552 ss.

⁷¹ Cfr. le indagini di C. DE ROSA-A. LAURO-P.G. IACOVIELLO, *Injuries in the Maritime Workers and Fisheries*, in *Giornale Italiano di Medicina del Lavoro ed Ergonomia*, 2013, pp. 227-229.

tivazionali, valoriali, di proattività che possono intervenire in modo indiretto sul comportamento sicuro (*safety procedural*)⁷². In quest'ottica, significativo appare il dato⁷³ legato alla percezione della sicurezza a bordo, quest'ultimo in stretta correlazione con i fattori culturali e il comportamento di sicurezza. Su questo piano, tra l'altro, è importante che i membri dell'equipaggio siano in grado di coordinarsi e di cooperare per facilitare i compiti attraverso una comune comprensione degli obiettivi e dei vincoli ai quali sono sottoposti. Gli ambienti operativi a bordo delle navi sono caratterizzati da continui cambiamenti che richiedono flessibilità di squadra, capacità di adattamento e resilienza: i lavoratori devono integrare, sintetizzare e condividere informazioni, hanno bisogno di coordinarsi e cooperare per raggiungere i loro obiettivi ed è essenziale, che i componenti delle varie squadre di lavoro siano affiatate e si conoscano bene. Risultano, quindi, di grande interesse una serie di considerazioni legate alle capacità relazionali, di adattamento a situazioni nuove, di adattamento ai *team* di lavoro nuovi, di flessibilità riguardo a lavori diversi all'interno di organizzazioni ad alto rischio, ma anche, più banalmente, capacità dirette alla gestione delle diversità linguistiche che tenga conto che all'interno dello stesso equipaggio il personale sovente proviene da culture e nazionalità diverse⁷⁴. In questa prospettiva, tra gli innumerevoli elementi che possono essere considerati, non può essere trascurata l'incidenza della composizione dell'equipaggio, tenuto conto di quanto detto in relazione alle differenze, ma anche di una adeguata numerosità che riduca al minimo gli errori causati da sovraccarico di attività o lavori⁷⁵. Invero, tra le specificità organizzative vi è il fatto che la prestazione lavorativa è assai mutevole nel tempo e nel luogo e tale da esporre i lavoratori a molteplici fattori di *stress* fisici e psichici, legati non solo alle mansioni svolte, ma anche all'organizzazione sociale del personale di bordo. In quest'ottica, appare imprescindibile lo studio non solo dei singoli rischi lavorativi specifici⁷⁶ dipendenti dall'inquadramento delle

⁷² Idem.

⁷³ Si veda A. BALÁZS, *Association between nationality and occupational injury risk on Danish non – passenger merchant ships*, Original Paper 2013, pp. 121-125.

⁷⁴ A tal proposito si rileva che gli standard di addestramento (certificazione e tenuta della guardia per la gente di mare STCW) richiedono come requisito un livello di fluidità nella lingua inglese. Più in generale per i criteri in parola si rinvia al d.lgs. 15 maggio 2015, n. 71, cit.

⁷⁵ Cfr. A. EK, R. AKSELLSON, *Safety culture on board six Swedish passenger ships*, in *Maritime Policy & Management*, 2005, p. 159.

⁷⁶ Cfr. i risultati delle attività di indagine condotte dall'Inail, Dipartimento di medicina,

specifiche qualifiche e dalla tipologia di nave e di navigazione⁷⁷, dai cicli lavorativi e dalla merce trasportata, ecc. – ma anche dalla loro trasversalità, c.d. “rischi trasversali”.

Un fattore di rischio di tipo organizzativo-psicologico, presente praticamente in tutti i ruoli di bordo e quindi valutabile come fattore di rischio trasversale, è quello rubricato dalla stessa normativa specifica come “fattore di fatica”, a mente dell’All. I del decreto⁷⁸ e riferibile ad un’ampia gamma di elementi incidenti sull’organizzazione del lavoro (quali i turni, le guardie, il lavoro notturno, le scarse possibilità di vero recupero psicofisico e di riposo, le incombenze eccezionali di bordo, la rigida organizzazione gerarchica, il sovraccarico di responsabilità in termini di sicurezza della nave) oltre che alla natura intrinseca del lavoro marittimo (lunghi periodi di lontananza da casa, vita collettiva coatta, *turnover* dei compagni di lavoro, fattori ambientali esterni critici). La fatica⁷⁹ incide sulle condizioni di *stress*; quest’ultimo, può ridurre quasi tutte le abilità psico-fisiche, quali la potenza, la velocità, i tempi di reazione, il coordinamento, il processo decisionale e l’equilibrio emozionale. Naturalmente questo rischio *stress* da fa-

epidemiologia, igiene del lavoro e ambientale, rintracciabili sul sito istituzionale; tra le altre quelle raccolte nella pubblicazione *Gli infortuni dei lavoratori del mare*, 2018, contenente le tabelle sui principali fattori specifici di rischio (sia infortunistici sia per la salute) ai quali i marittimi possono essere esposti nel corso delle loro attività a bordo. Questi dati sono sostanzialmente confermati dalla ricerca *Ma come fanno i marittimi!* realizzato a cura dei Dipartimenti di Psicologia (area lavoro) delle Università di Torino e La Sapienza di Roma, in collaborazione con la Fit-Cisl, finalizzato ad esplorare e i rischi psicosociali e la qualità della vita a bordo della gente di mare, e presentata nell’ottobre del 2023.

⁷⁷ Il lavoro in mare espone a rischi peculiari e durante l’orario lavorativo un marittimo ha maggiori possibilità di ferirsi rispetto a qualsiasi altra tipologia di lavoratore; si stima infatti che una gran percentuale di sinistri marittimi sia da ricondursi ad errore umano e, tuttavia, risalire all’individuazione dell’ulteriore nesso eziologico che ha generato l’errore non è compito agevole. La rilevanza del c.d. “fattore umano” ed i criteri di identificazione dello stesso sono stati oggetto di diverse risoluzioni dell’assemblea dell’IMO (tra le quali vale citare la risoluzione A.850(20) del 27 novembre 1997 che individua i principi e gli obiettivi che la stessa organizzazione si propone di raggiungere con riferimento all’elemento umano).

⁷⁸ Nell’All. I al d.lgs. n. 271/1999 vengono descritti i fattori di fatica classificandoli secondo i seguenti quattro gruppi: 1. Gestione a terra e a bordo della nave (gestione e programmazione del lavoro, procedure, ecc.); 2. Fattori relativi alla nave (grado di automazione, affidabilità attrezzature, microclima, vibrazioni, ecc.); 3. Fattori relativi all’equipaggio (addestramento, esperienza, competenze equipaggio, ecc.); 4. Fattori ambientali esterni (condizioni meteo, portuali, di traffico, ecc.).

⁷⁹ Sul punto anche la risoluzione IMO A.772(18) del 4 novembre 1993.

tica è maggiore quando ci sono orari di lavoro troppo lunghi, lavori notturni e lavori fisicamente pesanti (non a caso si dimostra crescente nei ruoli di rango inferiore), ma può essere condizionato anche solo della necessità di utilizzare nuovi strumenti che richiedano competenze tecnologico. Altri rischi trasversali particolarmente incidenti sullo stato di salute sono quelli legati alle vibrazioni⁸⁰ e al forte rumore comune e continuativo nonché all'esposizione prolungata a particolari condizioni climatiche (temperatura, umidità, vento)⁸¹. Questi fattori di *stress* rendono il marittimo particolarmente vulnerabile sotto il profilo psico-fisico e concorrono ad inficiare in termini di sicurezza le condizioni di navigazione. Tra le disfunzioni più rilevanti si manifestano l'alterazione sistematica del ciclo sonno-veglia, l'affaticamento, la depressione, l'irritabilità, l'ansia, la frustrazione, ecc.

Lo *stress*, in generale, è strettamente correlato ad un minor benessere sul lavoro e a una minore soddisfazione lavorativa, e in ultima istanza, tale da compromettere la *safety performance* del lavoratore. Su questo piano, vale segnale che gli studi che si sono occupati di tali rischi, testimoniano come la popolazione marittima – che pure mostra la presenza di sintomi di *burnout* sulla media – registri in media una forte probabilità di insorgenza della sindrome da stress lavoro-correlato, sussistendo all'uopo sia i fattori di contesto e di contenuto oltre che vari eventi sentinella⁸². Da tale punto di osservazione, preme allora sottolineare come una delle criticità più rilevanti che derivano dal mancato coordinamento della disciplina specifica in parola con quella degli altri settori rientranti nel d.lgs. n. 81/2008 e succ. mod. riguarda proprio la (mancata) predisposizione dell'obbligo di valutazione dello stress-correlato. Si ricorderà che a mente dell'art. 28, comma 1 del c.d. TUS, la valutazione dei rischi deve essere effettuata tenendo conto, tra l'altro, dei rischi da stress lavoro correlato, secondo i contenuti dell'Accordo europeo dell'ottobre 2004, ovvero delle indicazioni metodologiche – in ordine al corretto adempimento dell'obbligo da parte dei datori di lavoro da svolgersi con la collaborazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione e del medico competente, in sede di valutazione

⁸⁰ Per la continua esposizione al moto ondoso del mare il lavoro a bordo della nave può essere paragonato a quello che si svolge su una piattaforma dotata di mobilità, specificamente con riguardo alla esposizione a vibrazioni che sono trasmesse al corpo umano, con conseguente impegno muscolare, sia statico che dinamico, e sollecitazioni articolari.

⁸¹ Tra gli altri, il rischio correlato all'esposizione a radiazioni solari, più elevato in mare che sulla terra, a causa del riflesso della luce del sole (raggi UV) senza ostacoli.

⁸² Cfr. *Ma come fanno i marittimi!*, cit.

dei rischi e quale obbligo non delegabile – formulate dalla Commissione consultiva per la valutazione dello stress lavoro-correlato⁸³.

9. Rischio di genere

Da tempo, la documentazione scientifica internazionale ha più volte indicato che i rischi e le patologie tra lavoratori e lavoratrici sono differenti. L'uomo e la donna, infatti, hanno peculiari caratteristiche che possono determinare effetti biologicamente diversi anche a parità di esposizione. Di queste differenze – a partire dalla valutazione dei rischi – non si può non tener conto nelle strategie e nelle misure di prevenzione aziendali. Preme appena sottolineare che la valutazione della diversità di genere, segue la strada di un concetto di valutazione delle diversità molto più ampio, recepito dal d.lgs. n. 81/2008 laddove si prevede espressamente l'obbligo di considerare tutti i rischi *«compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui [...] anche quelli riguardanti le lavoratrici in gravidanza [...] nonché, quelli connessi alle differenze di genere, all'età, la provenienza da altri paesi quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro»*. In effetti, si tratta di fattori di rischio che sono strettamente connessi a caratteristiche dei lavoratori e che normalmente sono protetti attraverso divieti di discriminazione nell'ambito del rapporto di lavoro. Questo dato si è fatto strada in maniera considerevole negli ultimi anni, con riferimento a diversi settori di attività,

⁸³ Istituita ai sensi dell'art. 28, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 81/2008. Per una lettura delle indicazioni metodologiche per la valutazione del rischio da *stress* lavoro-correlato si rinvia alla Circolare 18 novembre 2010, in <https://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2010/LC-18novembre2010.pdf>. Si ricorda, inoltre, che nel maggio del 2011 il Dipartimento di medicina, epidemiologia, igiene del lavoro e ambientale ha pubblicato una Metodologia di valutazione e gestione del rischio stress lavoro-correlato (Slc) e fornito una specifica piattaforma online (accessibile all'indirizzo <https://www.inail.it/app/iaa/IAA/public/login?TYPE=33554433&REALMOID=06-5afe1e4b-02bb4b0eb352ea22ba1a03c4&GUID=&SMAUTHREASON=0&METHOD=GET&SMAGENTNAME=MFYTXr6WTIG5cRccab4K03WlZr5BEIVyRIYIr8UU0JLFYjqXvBMDagbVUScKj8Z6&TA RGET=-SM-http:%2F%2Fwww.inail.it%2Fsol—stresslavorocorrelato%2F>). Quest'ultima, utilizzabile direttamente dalle aziende per effettuare la valutazione del rischio, ha consentito, nel tempo, la raccolta sistematica di dati essenziali e la partecipazione ad importanti esperienze di ricerca con autorevoli partner nazionali ed internazionali, grazie alle quali nel 2017 è stato possibile aggiornare ed implementare ulteriormente la metodologia.

nei quali – pur essendo ancora lontana una compiuta parità di genere⁸⁴ – si sono promosse azioni dirette a favorire l'adozione nei luoghi di lavoro di meccanismi, processi e azioni per contrastare le disuguaglianze di genere anche nella tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro⁸⁵. Tra questi, *a contrario*, tra i settori ancora distanti dalla presa di consapevolezza in parola, vi è quello marittimo che sconta, da un lato, l'inapplicabilità – già più volte segnalata – del d.lgs. n. 81/2008 e, dall'altra, soprattutto preconcetti che tendono a definire il genere femminile, per caratteristiche e ruolo sociale *sconveniente* a questo tipo di impiego, storicamente maschile. Basti pensare che per identificare la figura professionale è utilizzato il solo maschile sovra esteso (lavoratore marittimo) e che tali stereotipi, ancora oggi, limitano la presenza e l'avanzamento professionale delle donne. In effetti, per secoli, la presenza femminile nel settore marittimo è stata sistematicamente cancellata, tenuta in ombra o, se riconosciuta, addirittura oggettificata⁸⁶. Oggi la presenza delle donne lavoratrici a bordo delle navi è una realtà, e tuttavia fra i lavoratori marittimi, la componente femminile – anche se in crescita negli ultimi anni – rappresenta un'esigua minoranza della forza lavoro occupata⁸⁷. Si nota, tra l'altro che le donne, impiegate in

⁸⁴ Più volte, le Nazioni Unite hanno dichiarato che non un singolo Paese al mondo ha raggiunto la parità di genere, evidenziando come, nonostante l'Agenda 2030 abbia fissato un obiettivo specifico per l'emancipazione femminile (Obiettivo 5: Raggiungere l'uguaglianza di genere e l'autodeterminazione di tutte le donne e ragazze, <https://unric.org/it/obiettivo-5-raggiungere-luguaglianza-di-genere-ed-emancipare-tutte-le-donne-e-le-ragazze>) ad oggi siano ancora presenti numerosi ostacoli, di tipo culturale o regolamentare, per la piena realizzazione delle donne nel lavoro e nella società.

⁸⁵ Cfr. sul punto varie pubblicazioni Inail, tra cui quella intitolata *Salute e sicurezza sul lavoro, una questione anche di genere*, agosto 2013, vol. 3, in cui pure è possibile leggere anche dati di analisi comparate in altri Stati Europei e raccogliere importanti informazioni sugli approcci in tema di valutazione dei rischi e delle misure necessarie a ridurli tenuto conto della differenza di genere.

⁸⁶ Basti pensare alla polena, ornamento scultoreo che si poneva all'estremità prodiera dello scafo dei velieri, rappresentata generalmente da un mezzobusto di donna con una specifica funzione apotropaica. Solo nel corso del XX secolo si rintracciano esempi di come questo ambiente, apparentemente impenetrabile per le donne, ne sia stato attraversato in situazioni di assoluta eccezionalità (uno di questi verificatosi durante la seconda guerra mondiale nella marina dell'ex Unione Sovietica che poté contare su quasi 8.000 donne imbarcate a bordo delle navi mercantili oceaniche e altre 21.000 per la navigazione interna); solo dopo il secondo conflitto mondiale la presenza di donne marittime divenne più frequente soprattutto a bordo delle navi svedesi e norvegesi.

⁸⁷ Questa forza lavoro che, secondo l'ultimo rapporto BIMCO (2021), si stima essere pari a 1.890.000 lavoratori conta solo 24.059 donne (+45,8% rispetto al 2015). Per quanto attiene la nazionalità emerge in particolare il dato delle donne provenienti dai Paesi Scandinavi.

gran parte nel settore passeggeri e imbarcate prevalentemente sulle navi da crociera e sui traghetti, costituiscono la forza lavoro più giovane in termini anagrafici. Dal punto di vista del posizionamento gerarchico a bordo nave, le donne rimangono oggi collocate nei ruoli inferiori, ricoprendo con assai minore frequenza ruoli da ufficiali rispetto ai colleghi uomini. Gli studi rintracciabili sulla condizione femminile a bordo nave evidenziano⁸⁸ il permanere di talune rilevanti criticità incidenti in modo negativo, sia sulle aspirazioni professionali delle donne che intendono seguire la carriera marittima, sia sulle donne imbarcate che già hanno intrapreso la carriera. In effetti, nonostante gli sforzi fatti dall'Imo, dalle agenzie internazionali e più recentemente dall'Unione Europea per promuovere l'*empowerment femminile* nel settore, gli ostacoli che le donne devono affrontare nella scelta di questa carriera sono ancora significativi. Su questo piano, va tenuto in debito conto che la vita professionale a bordo nave, anche nella relazione con i livelli gerarchici superiori – considerato il dato per cui, su tutti i lavoratori e le lavoratrici marittime, meno del 10% sono donne – può essere più complicata, da stereotipi di genere, per cui le donne sarebbero “naturalmente” comprensive o empatiche e dove, pure assumere un tono di voce perentorio potrebbe risultare agli astanti prerogativa dell'uomo. La nave come ogni luogo chiuso modifica i confini dell'intimità e accresce il rischio di tensioni. Sebbene la maggior parte delle compagnie riferisce di avere politiche che condannano fermamente le molestie sessuali, ben un terzo delle donne marittime si mostra preoccupata – ancor prima dell'imbarco – per l'eventualità di approcci sessuali o molestie a bordo; timori, purtroppo, confermati allo sbarco con un alto numero di donne che riferiscono di essere state oggetto di molestie, aggressioni, oltre che discriminazioni e fenomeni di mobbing⁸⁹.

Nonostante le donne possano ora essere reclutate senza il bisogno di tra-

⁸⁸ Tra i più recenti, si segnalano K. PIKE-E. WADSWORTH-S. HONEBON-E. BROADHURST-M. ZHAO-P. ZHANG, *Gender in the maritime space: how can the experiences of women seafarers working in the UK shipping industry be improved?*, in *Journal of Navigation*, 2021, pp. 1238-1251 (disponibile da www.cambridge.org/core/journals/journal-of-navigation/article/gender-in-the-maritimespace-how-can-the-experiences-of-women-seafarers-working-in-the-uk-shipping-industrybe-improved/050E9D751A1FDDBBC1DB89A01672B3DC); Kitada, M. (2021). Women Seafarers: An Analysis of Barriers to Their Employment. In Gekara V.O., & Sampson H. (eds). *The World of the Seafarer*; WMU Studies in Maritime Affairs, 9. Cham: Springer (disponibile da https://doi.org/10.1007/978-3-030-49825-2_6).

⁸⁹ Ulteriori approfondimenti sono rintracciabili all'indirizzo <https://www.imo.org/en/ourwork/technicalcooperation/pages/womeninmaritime.aspx>.

vestirsi da uomo, ancora oggi molte riscontrano e rivendicano di mettere in pratica strategie per nascondere la loro femminilità a bordo della nave, allo scopo di evitare fraintendimenti con i colleghi uomini e non rischiare di essere prese “poco seriamente”. Questo c.d. *male-gender-oriented jobs* per cui essere donna può portare uno svantaggio iniziale incolmabile appare riflesso sui dati relativi alla opportunità di carriera professionale: anche se la maggioranza degli studi fino ad ora realizzati si concentra sul settore del trasporto marittimo passeggeri, dove le donne rappresentano un terzo della forza lavoro totale, si può facilmente affermare che esse risultano generalmente impiegate nei servizi di accoglienza dei passeggeri, pulizie e gestione delle cabine, ristorazione e nelle strutture per l'intrattenimento. Le donne imbarcate collocate in ruoli tecnici, nelle operazioni di ingegneria e navigazione si attestano sotto la soglia del 2%; dal punto di vista gerarchico le donne ricoprono ancora ruoli inferiori rispetto ai colleghi maschi: in termini generali, solo meno del 10% degli ufficiali, contro più del 40% degli uomini⁹⁰. Uno dei motivi “sociali” per cui la carriera del navigante sarebbe poco adatta alle donne è relativo alla funzione della maternità, la cui tutela è esposta alla tipologia di nave sulla quale la donna marittima è imbarcata: le marittime imbarcate su navi battenti bandiera del proprio Paese si vedono riconosciuti diritti e tutele in conformità con la normativa nazionale vigente; invece, se la lavoratrice è a bordo di una nave battente bandiere di convenienze o di comodo⁹¹, si dovrà far riferimento alla normativa vigente in quello Stato. In questo ambito vale ricordare che sussistono accordi nell'ambito dell'*International Transport Workers' Federation* (ITF) atti a garantire comunque un livello minimo di tutela per la puerpera e il nascituro; e, tuttavia, pur essendo una assicurazione importante detti accordi non restituiscono una copertura totale in termini di *welfare* alla donna lavoratrice. La maternità, gli stereotipi di genere, la mancanza di politiche di *welfare* specifiche non di rado consegnano il pretesto alle compagnie di navigazione per considerare il lavoro delle donne marittime

⁹⁰ International Transport Workers' Federation (ITF). (2020). Women Seafarers, all'indirizzo <https://www.itfseafarers.org/en/issues/women-seafarers>.

⁹¹ I termini di “bandiere di comodo” o “bandiere di convenienza”, ai fini di tale contributo, sono ritenuti interscambiabili insieme con il concetto di *open registries* per descrivere il fenomeno. Sulla coincidenza dei due termini, cfr. R. COLES-E. WATT, *Ship Registration*, p. 23. Si ritiene opportuno sottolineare, tuttavia, che l'interscambiabilità dei suddetti termini non è pacifica in dottrina, si veda ad esempio la posizione di N. BUTT-D. JOHNSON-K. PIKE-N. PRYCE-ROBERTS-N. VIGAR, *15 Years of Shipping Accident: a Review for WWF*, 2013, disponibile su https://pure.solent.ac.uk/ws/portalfiles/portal/11285174/15_years_of_shipping_accidents_a_review_for_wwf_.pdf.

come una carriera con data di scadenza. Come detto, la genealogia dell'esclusione delle donne dal mondo marittimo non è facile da tracciare nel mescolarsi di convinzioni sociali, tradizioni, superstizioni e folklore; ciò che sopravvive ancora oggi è un convincimento di inadeguatezza del mestiere e di una vita lavorativa, in spazi ristretti e condivisi, scandita da routine e attività usuranti, che si sovrappone per durata e luogo a quella personale, lontano da casa e dagli affetti anche per svariati mesi. In realtà, la condizione femminile nel contesto del lavoro marittimo è ancora poco indagata e, oltre ai dati statistici, mancano studi qualitativi che permettano di comprendere in profondità motivazioni, aspirazioni e ostacoli che le donne si trovano a vivere a seguito della scelta professionale fatta. In un settore così fortemente asimmetrico, appare decisivo cominciare a riflettere sulle diversità di genere e mettere in atto politiche di tutela e di promozione della condizione lavorativa delle lavoratrici marittime, non solo per impedire – come accade ancora oggi – che le differenze si traducano in disuguaglianze, ma anche per far luce sul potenziale rappresentato dalla loro presenza a bordo.

10. *Ruolo della formazione: le novità regolamentari a mente dell'art. 36, comma 1-bis, legge n. 85/2023*

La formazione svolge un ruolo cruciale nel ridurre gli infortuni a bordo e i sinistri marittimi, anche tenuto conto del fatto che il mercato del lavoro oggi richiede ai marittimi non solo un alto grado di specializzazione, ma anche nuove competenze come quelle di carattere tecnologico. Una formazione adeguata e di alta qualità consente ai marittimi di acquisire le capacità necessarie per affrontare situazioni di emergenza, operare in modo sicuro e adottare misure per prevenire gli incidenti.

Ciò nonostante, nel corso degli anni, le crescenti necessità di formazione e di aggiornamento non sono state sempre comprese adeguatamente anche perché il tempo disponibile è limitato e fattori come età, scolarità e costi rendono la formazione del personale marittimo poco fruibile. Su tale piano, peraltro, vale ricordare come il blocco delle attività imposto dalle misure per il contenimento durante il periodo pandemico abbia rischiato di compromettere seriamente il comparto e la gestione degli equipaggi⁹².

⁹² In specie, la scadenza nel 2021, per molti marittimi, delle attestazioni IMO e del primo quinquennio di certificazioni obbligatorie contemplate dagli emendamenti alla Convenzione di Manila ha messo in molta difficoltà, nel periodo, gli avvicendamenti compor-

Negli ultimi mesi, tuttavia, la questione della formazione è oggetto di rinnovata attenzione da parte delle organizzazioni di rappresentanza del settore. Sul tema si registra un interesse rilevante sia a livello internazionale, specie comunitario, che nazionale. Sul piano delle regole sostanziali vale, ricordare che il personale marittimo per poter essere impiegato a bordo delle navi è tenuto a conformarsi alla Convenzione *STCW (Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers)* adottata in sede IMO nel 1978, completamente rivisitata nel 1995 e oggetto di nuova revisione durante la conferenza di Manila del giugno 2010. Detta Convenzione è, infatti, lo strumento normativo internazionale che fissa gli *standard* di competenza per il personale marittimo e ne disciplina la relativa attività in merito alla formazione, al conseguimento delle certificazioni e al rinnovo (quinquennale) delle stesse. La materia è, inoltre, disciplinata, in ambito comunitario, dalla direttiva 2012/35/UE (di modifica della direttiva 2008/106/CE), che recepisce le disposizioni della Convenzione IMO sopra citata, e che è stata attuata nel nostro ordinamento nazionale, da ultimo, con d.lgs. 12 maggio 2015, n. 71. La normativa italiana prevede corsi di formazione obbligatori per l'accesso al mercato del lavoro, imponendo⁹³, per il personale destinato a prestare servizio a bordo di navi, soggette all'applicazione delle disposizioni della Convenzione *STCW*, il conseguimento di un addestramento di base mediante la frequenza dei seguenti corsi: *a)* Sicurezza Personale e Responsabilità Sociali (PSSR); *b)* Sopravvivenza e salvataggio; *c)* Antincendio di base; *d)* Primo soccorso elementare⁹⁴. Questo *iter* formativo è propedeutico all'imbarco. Trattasi, con evidenza, di attività essenziali che, tuttavia, richiedono un forte investimento legato al fatto che i corsi in parola sono gestiti soprattutto da enti privati: la situazione si trasforma, in molte realtà territoriali, da un lato, in una barriera all'ingresso di nuovi giovani al mondo del lavoro marittimo che sono meno motivati all'accesso alle professioni del mare; dall'altro in un disincentivo per le imprese armatoriali rispetto alla necessità di garantire una formazione continua nel tempo, esigenza particolarmente rilevante – si è già detto – con ri-

tando un notevole sforzo organizzativo che è stato oggetto delle nostre numerose interlocuzioni con le Autorità competenti.

⁹³ Si rinvia, all'uopo, al decreto 19 marzo 2016 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in particolare all'art. 3.

⁹⁴ L'addestramento di base ha validità quinquennale e si rinnova per ulteriori cinque anni dopo aver effettuato almeno un anno di navigazione su navi soggette all'applicazione della Convenzione *STCW*, aver superato il corso di aggiornamento (*refresher basic training*) e aver effettuato ulteriori addestramenti a bordo.

guardo all'evoluzione tecnologica che sta caratterizzando anche questo settore.

Proprio in merito a tali problematiche, si fa apprezzare un'ultima novità regolamentare introdotta – anche grazie all'importante cooperazione e comunione di intenti tra i sindacati e le associazioni datoriali – nel corso della conversione in legge del d.l. n. 43/2023 (c.d. Decreto lavoro) con l'inserimento, a mente della legge di conversione n. 85/2023, del comma 1-*bis*, all'art 36. Si tratta di una misura *ad hoc* a favore della formazione e dello snellimento delle procedure di certificazione dei marittimi: in specie, è stato istituito «*un fondo con una dotazione di 1 milione per l'anno 2023 e 2 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2024 al 2026*», avente lo scopo di erogare «*contributi alle imprese armatoriali per la formazione iniziale del personale impiegato sulle navi, con particolare riferimento alle figure professionali mancanti di sezioni di coperta, macchine, cucina e camera*». Tra l'altro, vale sottolineare che i contributi sono assegnati sulla base delle attività di formazione rendicontate, ivi compresi gli oneri per l'acquisizione delle relative certificazioni, qualora si proceda all'assunzione di almeno il 60% del personale formato⁹⁵. Il provvedimento – che pure non ha mancato di sollevare obiezioni in relazione alla scelta di individuare come diretti beneficiari dei fondi gli armatori e non i lavoratori⁹⁶ – costituisce un'innovazione importante in tema di semplificazione per facilitare e incentivare l'accesso di nuove risorse alle professioni del mare. Dopo più di 20 anni, si interviene con un sostegno concreto a favore della formazione di ingresso del personale marittimo, tenuto conto dell'interesse a realizzare percorsi di semplificazione e sburocratizzazione che possano restituire competitività al comparto, rinnovando la cultura marittima e uno dei settori centrali per il nostro Paese.

⁹⁵ Gli specifici criteri di assegnazione sono curati con decreto attuativo n. 297 del 17 novembre 2023, scaricabile in <https://www.fiscoetasse.com/files/17425/m-infr-decreto-marittimi.pdf>.

⁹⁶ In particolare, si rileva appena che le maggiori associazioni di rappresentanza sindacale dei lavoratori marittimi hanno prontamente richiesto al Mit di valutare modifiche all'*iter* di assegnazione in parola verificando l'opportunità di assegnazione delle risorse in maniera diretta ai lavoratori, quale fondo economico individuale, da utilizzare esclusivamente ai fini formativi, per consentire la libera scelta dell'istituto che eroga la formazione, come già sperimentato nel settore dell'Autotrasporto.

11. *Cenni conclusivi*

La breve riflessione e gli spunti di indagine vieppiù proposti, lungi dal fornire un quadro completo degli articolati e multiformi ambiti regolamentari, sono mossi dalla opportunità di sottolineare le peculiarità del personale che opera nel settore marittimo. Quest'ultimo contribuisce in modo rilevante alla "globalità" del mondo in cui viviamo e specie negli ultimi anni è il settore che più di altri ha visto acutizzarsi una serie di fattori di rischio o di *stress* del personale. Basti pensare al periodo pandemico che pure ha contribuito ad accendere i riflettori sul ruolo strategico del comparto per l'intera economia mondiale.

Non va persa allora l'occasione di stimolare una seria riflessione in materia di lavoro marittimo e un confronto che contribuisca ad emancipare le protezioni ivi riservate dalla convinzione che la tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici e dei lavoratori marittimi sia automaticamente assicurata da quella della nave (o sicurezza della navigazione).

EFFICACIA SOGGETTIVA DEL CONTRATTO COLLETTIVO E VOLONTÀ DELLE PARTI

Maria Cristina Cataudella*

1. Premessa

Antonio Vallebona nella sua Relazione al XII Convegno AIDLASS del 1997 “*Autonomia collettiva e occupazione: l’efficacia soggettiva del contratto collettivo*”¹ considera l’individuazione dell’ambito soggettivo di efficacia della contrattazione collettiva prevalentemente² una “*quaestio voluntatis*”³ e, partendo da questa premessa, ricostruisce le modalità ricorrenti attraverso le quali trovano espressione la volontà del datore di lavoro⁴ e quella del lavoratore⁵ di sottoporsi alla disciplina collettiva.

Il consenso del datore di lavoro e quello del lavoratore – che possono manifestarsi in diversi modi – sono, pertanto, nella ricostruzione di Vallebona, requisito indispensabile per la vincolatività del contratto collettivo di diritto comune.

Una recentissima sentenza della Cassazione offre lo spunto per riprendere il tema dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo e, in particolare, per una riflessione sul rilievo della volontà delle parti.

* Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università di Roma “Tor Vergata”.

¹ La Relazione è pubblicata in AA.VV., *Atti del XII Congresso Nazionale di diritto del lavoro. Autonomia collettiva e occupazione*, Milano, 23-25 maggio 1997, Milano, 1998, p. 79 ss.

² A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione: l’efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1997, p. 105 ss. prende in considerazione anche i tentativi di attribuzione di efficacia generalizzata al contratto collettivo.

³ Così A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 96.

⁴ A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 96 ss.

⁵ A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 118 ss.

2. L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi nazionali e aziendali

La mancata attuazione dell'art. 39 Cost. comporta che l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi c.d. "di diritto comune" sia limitata, almeno in prima battuta, alle sole parti stipulanti: ovvero le organizzazioni sindacali, quelle datoriali (o il datore di lavoro nel caso di contratto collettivo aziendale) e gli iscritti alle stesse.

L'estensione *erga omnes* di tali contratti trova, infatti, un ostacolo difficile da superare proprio nella previsione dell'art. 39 Cost., che impone, ai fini dell'attribuzione di efficacia generalizzata ai contratti collettivi, il rispetto di alcune condizioni, quali, *in primis*, la registrazione dei sindacati e la conseguente attribuzione agli stessi di personalità giuridica.

Fanno eccezione i contratti collettivi c.d. "gestionali", ovvero quelli che non sono destinati a regolare i rapporti individuali di lavoro ma a gestire situazioni particolari dell'impresa (licenziamenti collettivi, sciopero, mobilità...), e i contratti collettivi aziendali e territoriali stipulati ai sensi dell'art. 8 della legge 13 agosto 2011 n. 138, come modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148 (c.d. contratti collettivi di prossimità).

Ai primi viene riconosciuta efficacia generalizzata dalla legge, con soluzione considerata legittima dalla Corte Costituzionale nel presupposto che questi contratti non appartengano al *genus* dei contratti collettivi normativi e che pertanto non si applichi loro l'art. 39, comma 4, Cost.⁶

⁶Cfr. Corte Cost., 22 giugno 1994, n. 268, in *Giur. it.*, 1995, p. 588, con nota di S. FATONE, *Accordi cosiddetti gestionali, autonomia contrattuale del lavoratore ed autonomia collettiva: una questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, primo comma, della legge n. 223 del 1991*, che distingue i contratti collettivi gestionali da quelli normativi, ritenendo che l'attribuzione ai primi di efficacia generalizzata non contrasti con l'art. 39 Cost. Secondo la Corte Costituzionale gli accordi sindacali che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità "non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall'art. 39 Cost., destinati a regolare i rapporti (individuali) di lavoro di una o più categorie professionali o di una o più singole imprese" ma sono "un tipo diverso di contratto, la cui efficacia diretta – in termini di limiti e modalità di esercizio del potere di licenziamento finalizzato alla riorganizzazione del lavoro nell'impresa – si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti (o del singolo imprenditore nel caso di accordo aziendale)". Va nella stessa direzione anche Corte Cost., 14 ottobre 1996, n. 344, in *Foro it.*, 1997, c. 381, che sostiene l'estraneità degli accordi sulle prestazioni indispensabili in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali alla categoria del contratto collettivo prefigurato dall'art. 39 Cost. In questo caso l'estraneità sarebbe confermata anche dalla successiva valutazione di idoneità da parte della Commissione di Garanzia.

Anche ai secondi viene attribuita efficacia generalizzata dalla legge, che prevede che tali la legge⁷ – siano efficaci “*nei confronti di tutti i lavoratori interessati*” (sia pure a determinate condizioni⁸). La Corte Costituzionale, con sentenza 29 marzo 2023, n. 52⁹, pur non pronunciandosi espressamente sulla legittimità costituzionale dell’art. 8 per la parte in cui attribuisce efficacia generalizzata agli accordi di prossimità¹⁰, sembra comunque legittimare tale efficacia, laddove distingue in modo rigoroso i contratti collettivi aziendali “ordinari” che hanno un’efficacia solo “tendenzialmente generale”¹¹ da quelli di prossimità che hanno una “eccezionale” efficacia ge-

In dottrina cfr.: M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 1 ss., che conclude negando che i contratti collettivi gestionali abbiano una funzione diversa da quelli normativi; A. VALLEBONA, *Le alternative alla efficacia generale del contratto collettivo*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3833 ss., che critica la motivazione della sentenza Corte Cost. n. 268/1994; più recentemente, sulla distinzione tra contratti collettivi normativi e gestionali, L. TAMBURRO, *I contratti collettivi normativi e i contratti collettivi gestionali*, in AA.VV., *Diritto sindacale*, a cura di G. PERONE-M.C. CATAU-DELLA, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 350 ss.

⁷ Sull’efficacia derogatoria della contrattazione collettiva di prossimità cfr. A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, in *Mass giur. lav.*, 2011, p. 682 ss.

⁸ Affinché si configuri un accordo di prossimità, ai sensi dell’art. 8, è necessario che l’accordo aziendale: sia sottoscritto “*da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda*”, “*sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali*”; sia finalizzato, alternativamente, “*alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all’avvio di nuove attività*”; riguardi “*la regolazione delle materie inerenti l’organizzazione del lavoro e della produzione*”, con riferimento agli specifici settori elencati dall’art. 8, comma 2.

⁹ Pubblicata in *Lav. giur.*, 2023, p. 115 con nota di F. NARDELLI, *I contratti di prossimità resistono al vaglio della Corte costituzionale. Legittimi, ma a determinate condizioni*.

¹⁰ La Corte Costituzionale ha dichiarato infatti inammissibile la questione sollevata dalla Corte di Appello di Napoli perché non viene sufficientemente motivata “la riconducibilità della fattispecie censurata, oggetto del giudizio principale, a quella legale del contratto di prossimità ... e quindi la rilevanza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale”.

¹¹ È consolidata la giurisprudenza di legittimità che attribuisce efficacia tendenzialmente generalizzata ai contratti collettivi aziendali, fatta eccezione per “quei lavoratori che, aderendo ad una organizzazione sindacale diversa, condividono con essa l’esplicito dissenso dall’accordo, potendo eventualmente essere vincolati da un accordo sindacale separato” (così Cass. 2 novembre 2021, n. 31201; Cass. 18 aprile 2012, n. 6044, in *Giur. it.*, 2013, p. 595, con nota di E. ROCCHINI, *Ancora sull’efficacia della contrattazione aziendale*).

nerale¹². Anche in questo caso il presupposto della legittimità costituzionale dei contratti collettivi di prossimità sembrerebbe essere¹³ la non appartenenza degli stessi ai contratti collettivi di cui all'art. 39, comma 4, Cost¹⁴.

3. *L'estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi*

Fatta questa doverosa premessa, va tuttavia rilevato come l'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva generalmente non sia limitata ai soli datori di lavoro e lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti ma sia molto più estesa.

Alcune condotte delle parti vengono infatti interpretate come manifestazione della volontà delle stesse – anche quando non siano iscritte a sindacati – di vincolarsi alle clausole del contratto collettivo.

Per quanto riguarda il datore di lavoro, la volontà di vincolarsi può essere espressa, quando nel contratto individuale di lavoro vi sia un rinvio esplicito alla contrattazione collettiva o al singolo contratto collettivo, oppure può essere implicita e desumersi da un comportamento concludente, individuato nell'applicazione costante di fatto della disciplina collettiva¹⁵.

Il lavoratore può, a sua volta, manifestare la sua volontà di sottoporsi alla disciplina collettiva in qualsiasi modo: sia espressamente che per fatti concludenti. Il suo consenso all'applicazione del contratto collettivo è evidentemente incentivato nel momento in cui è condizione per l'assunzione.

L'estensione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo è anche promossa dal legislatore che sovente pone l'applicazione del contratto collettivo come requisito necessario per l'accesso a determinati vantaggi op-

¹² Secondo la Corte Costituzionale affinché si configuri un contratto collettivo di prossimità è necessario che ricorrano tutti i presupposti di cui all'art. 8 della legge n. 138/2011 (v. nota 8). Nel caso di specie, secondo la Corte Costituzionale, il remittente non aveva dimostrato l'esistenza di tali presupposti.

¹³ Il condizionale è d'obbligo, considerato che la Corte Costituzionale nulla dice sulla legittimità costituzionale degli accordi di prossimità, sebbene sembri darla per acquisita.

¹⁴ Sulla questione della legittimità costituzionale dell'efficacia generalizzata dei contratti collettivi di prossimità si consenta di rinviare a M.C. CATAUDELLA, *L'efficacia generale degli accordi aziendali e territoriali*, in *Dir. lav. merc.*, 2012, p. 59 ss.

¹⁵ Cfr. A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 99. Il rinvio, come noto, può essere ad uno specifico contratto collettivo oppure alla intera linea contrattuale; in questo secondo caso le parti si vincolano anche ai successivi contratti collettivi.

pure per la partecipazione a benefici pubblici o appalti di opere pubbliche¹⁶.

4. Il rilievo della volontà delle parti nella sentenza della Cassazione n. 447/2024

La S.C. in una recente sentenza¹⁷ affronta la questione della delimitazione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, partendo proprio dalla necessità di ricostruire la volontà delle parti attraverso i comportamenti delle stesse¹⁸, ma giunge a conclusioni che appaiono contrastanti rispetto alla premessa.

La questione riguarda una società *in house* del Comune di Roma, non iscritta ad alcuna associazione datoriale – e quindi non obbligata ad applicare un contratto collettivo – che aveva deciso espressamente di applicare ad alcuni suoi dipendenti, assunti per svolgere attività diverse¹⁹ rispetto a quella principale della società, un contratto collettivo nazionale differente da quello che era stato costantemente applicato di fatto a tutti i dipendenti assunti precedentemente: ovvero il CCNL Multiservizi anziché il CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi.

I dipendenti assunti con CCCNL Multiservizi ricorrevano in giudizio per vedersi riconoscere l'inquadramento nel terzo livello del CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi. Secondo i ricorrenti la società avrebbe dovuto applicare anche a loro il CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi perché, ai sensi dell'art. 2070, comma 1, c.c., se unica è l'attività di impresa, unico è anche il contratto collettivo applicato in azienda.

La società datrice di lavoro sosteneva, invece, la possibilità di applicare due diversi contratti collettivi, ai sensi dell'art. 2070, comma 2, c.c., svol-

¹⁶ Sugli incentivi al consenso del datore di lavoro v. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto Sindacale*, tomo I, 13^a ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 155 ss.

¹⁷ Si tratta di Cass. 18 marzo 2024, n. 447.

¹⁸ L'importanza di ricostruire la volontà delle parti emerge chiaramente dalla motivazione della sentenza: "... l'individuazione della contrattazione collettiva va fatta unicamente sulla base delle regole dei contratti in generale ed attraverso l'indagine della volontà delle parti ..."; ancora "... la volontà del datore di lavoro di obbligarsi ad applicare il contratto collettivo può essere desunta ... Anche attraverso fatti o comportamenti concludenti, che sia pure implicitamente esprimono la volontà del datore di lavoro di applicare la disciplina collettiva".

¹⁹ Nello specifico servizi presso il campo nomadi e presso gli uffici dell'anagrafe.

gendo i dipendenti assunti con CCNL Multiservizi attività diverse rispetto a quella principale della società.

Il Tribunale di Roma, prima, e la Corte d'Appello di Roma, poi, hanno rigettato il ricorso dei dipendenti, mentre la S.C. lo accoglie.

Nell'argomentare la sua decisione la S.C. esclude *in primis* che al caso di specie si applichi l'art. 2070 c.c., invocato – sia pure con riferimento a due commi diversi – da entrambe le parti. Il riferimento al comma 1 dell'art. 2070 da parte dei ricorrenti è secondo la S.C. improprio perché la norma si riferisce chiaramente ai contratti collettivi corporativi e non si applica agli attuali contratti collettivi c.d. “di diritto comune”²⁰. La S.C. esclude altresì che trovi applicazione il comma 2 dell'art. 2070, sebbene sia considerato applicabile anche ai contratti collettivi di diritto comune²¹, perché ha un'applicazione residuale, ovvero limitata ai soli casi in cui “l'imprenditore svolga diverse attività economiche, sia iscritto alle rispettive associazioni sindacali ed occorra individuare il contratto collettivo applicabile al personale addetto alle singole attività”²².

²⁰ Ai sensi del primo comma dell'art. 2070 c.c. “*L'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore*”. Sull'inapplicabilità del primo comma dell'art. 2070 c.c. ai contratti collettivi di diritto comune la giurisprudenza di legittimità appare conforme: cfr. Cass. 26 novembre 2015, n. 24160; Cass. 18 dicembre 2014, n. 26742; Cass., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. civ.*, 1997, p. 1199, con nota di G. PERA, *La contrattazione collettiva di diritto comune e l'art. 2070 cod. civ.* Il ricorso al criterio della categoria economica di appartenenza del datore di lavoro, fissato dall'art. 2070 c.c., è tuttavia ammesso al fine di individuare il parametro della retribuzione adeguata ex art. 36 Cost., quando non risulti applicata alcuna contrattazione collettiva oppure quando sia dedotta la inadeguatezza della retribuzione contrattuale ex art. 36 Cost. rispetto alla effettiva attività lavorativa esercitata (così Cass. 29 luglio 2000, n. 10002, in *Riv. dir. lav.*, 2000, p. 395, con nota di E. MANGANIELLO, *La Sezione Lavoro riapre il contrasto sulla inapplicabilità dell'art. 2070 cod. civ. al contratto collettivo di diritto comune*, Cass. 8 maggio 2008, n. 11372; Cass. 13 luglio 2009, n. 16340).

La questione della residua applicabilità dell'art. 2070 c.c. è stata recentemente affrontata in dottrina da G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 168 ss.; M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Cedam, Padova, 2020.

²¹ Ai sensi del secondo comma dell'art. 2070 c.c.: “*Se l'imprenditore esercita distinte attività aventi carattere autonomo, si applicano ai rispettivi rapporti di lavoro le norme dei contratti collettivi corrispondenti alle singole attività*”. A differenza del primo comma, il secondo comma dell'art. 2070 c.c. è considerato applicabile anche ai contratti collettivi di diritto comune (così Cass. n. 2665/1997, cit.).

²² In questi termini Cass. n. 2665/1997, citata nella motivazione della sentenza n. 444/2024.

La S. C. procede poi alla ricostruzione della volontà delle parti, che considera essenziale per individuare la disciplina collettiva applicabile ai lavoratori: "...nel vigente ordinamento del rapporto di lavoro subordinato, regolato da contratti collettivi di diritto comune... l'individuazione della contrattazione collettiva va fatta unicamente sulla base delle regole dei contratti in generale ed attraverso l'indagine della volontà delle parti". Secondo la S.C. la società datrice, applicando di fatto il CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi ai suoi lavoratori²³, si sarebbe vincolata all'applicazione dello stesso anche nei confronti dei lavoratori assunti successivamente²⁴. L'applicazione di detto CCNL – come si è detto, non obbligata ma spontanea – si spiegava con la circostanza che tutto il personale fino a quel momento impiegato nella società svolgeva attività lavorativa inquadrabile in detto CCNL. Sempre secondo la S.C., i lavoratori ricorrenti avrebbero dato, invece, il loro consenso all'applicazione del CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi nel momento in cui ne chiedevano l'applicazione in via giudiziale²⁵.

La ricostruzione della S.C. sarebbe coerente se non fosse per un dato che non è stato, a mio avviso, adeguatamente considerato. Nel caso di specie: il datore di lavoro decideva di applicare ai ricorrenti un contratto collettivo diverso rispetto a quello che aveva costantemente applicato di fatto ai dipendenti assunti in precedenza, giustificandone l'applicazione con la circostanza che i neoassunti avrebbero svolto attività diverse rispetto a quella svolta dalla società in via principale.

La S.C. non ha dato alcun rilievo a questo elemento, che pure avrebbe dovuto essere preso in considerazione, nel ricostruire la volontà delle parti.

È indubbia l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di libertà

²³ "... in base alla pregressa e costante applicazione di fatto nei confronti di tutti gli altri assunti in precedenza, quale che fosse il servizio effettuato e l'epoca della loro assunzione ..." così Cass. n. 444/2024.

²⁴ "... la reiterata e costante applicazione di fatto del CCNL all'interno di una medesima impresa ... configura un comportamento concludente con valore negoziale, con insorgenza a carico del datore di lavoro dell'obbligo di rispettare il medesimo CCNL anche nei confronti dei nuovi assunti i quali ne abbiano richiesto l'applicazione" (così Cass. n. 444/2024).

²⁵ La giurisprudenza di legittimità considera, infatti, la domanda giudiziale, proposta da un lavoratore non associato alle organizzazioni sindacali stipulanti, intesa ad ottenere l'applicazione di una clausola dello stesso, un'adesione implicita al contratto collettivo: così, *ex plurimis*, Cass. 30 dicembre 2021, n. 42201; Cass. 13 ottobre 2015, n. 20504; Cass. 29 ottobre 2013, n. 24436.

di scelta del contratto collettivo che deriva, da una parte, dalla libertà sindacale affermata dal comma 1 dell'art. 39 Cost., dall'altra, dalla mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39²⁶. In virtù di tale principio, il datore di lavoro non iscritto ad un sindacato è libero di applicare un contratto collettivo di sua scelta, anche non pertinente con le caratteristiche dell'impresa, non trovando, come si è già detto, l'art. 2070 c.c. applicazione ai contratti collettivi di diritto comune.

Una volta che il datore di lavoro, non iscritto ad alcun sindacato, abbia scelto di applicare un determinato contratto collettivo ai lavoratori, attraverso un rinvio espresso o implicito contenuto nel contratto individuale, ed i lavoratori abbiano accettato, “non è più ammesso uno svincolo unilaterale né dell'una né dell'altra parte”²⁷, tanto che A. Vallebona osserva che “questo tipo di legame è più resistente di quello derivante dall'iscrizione al sindacato che... può cessare con il recesso dall'associazione”²⁸.

Se è vero che non è ammesso uno svincolo unilaterale, è comunque ammessa – in virtù dell'applicazione delle norme che regolano i contratti (art. 1322 c.c. ss.) – la possibilità per le parti di modificare, di comune accordo, la volontà precedentemente espressa.

Nel caso di specie, il datore di lavoro ha certamente manifestato la volontà di applicare ad alcuni dipendenti un diverso contratto collettivo di lavoro, anche se non emerge dalla sentenza della S.C. se l'abbia fatto per iscritto, verbalmente o per fatti concludenti e se i lavoratori abbiano, a loro volta, dato il consenso all'applicazione del diverso contratto di lavoro (ad esempio attraverso la sottoscrizione del contratto individuale di lavoro).

A meno che non si voglia ipotizzare che la scelta di rinviare ad un determinato contratto collettivo non sia più reversibile o modificabile, neppure bilateralmente²⁹, sarebbe stato opportuno chiarire perché questa

²⁶ Sul principio della libertà di scelta del contratto collettivo v. ampliamento G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 945 ss. Si tratta di una libertà che incontra, tuttavia dei limiti: non deve, infatti, comportare la lesione di diritti fondamentali dei lavoratori (quale il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost.), come rileva Cass. n. 2665/1997, cit. In giurisprudenza cfr. anche Cass. 5 novembre 1999, n. 12345, in *Not. giur. lav.*, 2000, 1.

²⁷ A. VALLEBONA, *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 100.

²⁸ A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*

²⁹ Il che paradossalmente comporterebbe che le parti si vincolerebbero anche a non sostituire un contratto collettivo al quale hanno aderito con uno maggiormente favorevole ai lavoratori.

nuova manifestazione di volontà³⁰ non abbia prevalso su quella precedente.

Va anche aggiunto che, nel caso, non sembra neppure ipotizzabile una disparità di trattamento tra lavoratori³¹ perché la diversità di trattamento troverebbe giustificazione piena nella diversità delle attività svolte.

³⁰ Peraltro, come si è ribadito più volte, nel caso di specie, il diverso contratto collettivo di lavoro non avrebbe trovato applicazione per tutti i lavoratori ma solo per quei lavoratori assunti per svolgere attività diverse rispetto a quella principale della società.

³¹ Sebbene la S.C. ipotizzi, nella parte conclusiva della sua motivazione, un obbligo della società datrice nei confronti dei neoassunti di “realizzazione dell’uniformità di trattamento”, la parità di trattamento (sfiorata solo incidentalmente) non sembra essere alla base della motivazione della S.C.

ECONOMIA DIGITALE E VALORIZZAZIONE DEL CAPITALE UMANO

Nicola De Marinis *

“L’innovazione dei settori pubblici, sostenuta dagli opportuni investimenti in digitalizzazione, richiede una partecipazione attiva delle lavoratrici e dei lavoratori, in grado di sostenere ed accompagnare l’adeguamento dei servizi ai nuovi e mutati bisogni dei cittadini” così si legge nel *“Patto per l’Innovazione del Lavoro Pubblico e la Coesione Sociale”* sottoscritto tra Governo e Parti sociali in data 10 marzo 2021.

Gli fa eco l’accordo di rinnovo del CCNL per il personale dipendente dalle industrie metalmeccaniche del 17 maggio 2021 ove la definizione del nuovo sistema di inquadramento è motivata nei termini seguenti *“di fronte ad un contesto profondamente cambiato per l’evoluzione delle tecnologie e delle organizzazioni e per l’ulteriore diversificazione del settore metalmeccanico per dimensione di impresa, modelli di creazione del valore, posizionamenti di comparto e filiera nel quadro della globalizzazione dei sistemi economici era ormai divenuta imprescindibile la necessità di nuovi strumenti contrattuali per interpretare e organizzare il contributo del lavoro”*.

La valorizzazione del capitale umano viene, così, ad essere riguardata, tanto nel settore pubblico quanto nel settore privato, come la via privilegiata di accesso al nuovo contesto dell’economia digitale.

Sono definiti anche gli istituti atti a veicolare le trasformazioni dei modelli organizzativi e le nuove forme di lavoro.

Il riferimento è al lavoro agile introdotto nel nostro ordinamento dagli artt. da 18 a 23 della legge n. 81/2017.

In effetti, l’art. 18 della citata legge definiva il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, in base alla quale, sul

* Magistrato della Corte di Cassazione.

presupposto di un accordo tra le parti, una quota della prestazione lavorativa poteva essere svolta, valendosi all'uopo dell'utilizzo di strumenti tecnologici senza vincoli di orario e di luoghi di lavoro e ciò anche ponendo in essere forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi.

Sta qui la peculiarità del lavoro agile nell'essere concepito come destinato ad innestarsi sul tronco del tradizionale rapporto di lavoro subordinato per configurarsi, al contrario, diretto a determinare la rottura dell'unità di tempo, di luogo e di azione che ha connotato il modello social-tipico di lavoro subordinato.

Le modalità spazio-temporali di esecuzione della prestazione non sono previste come identiche a loro stesse nello svolgersi del rapporto ma sono concepite come variabili.

Variabile si prospetta altresì la relazione di potere/soggezione tra datore di lavoro e lavoratore, tra organizzazione e subordinazione.

Determinante a questi fini è ancora l'inclusione nella struttura obbligatoria del contratto di una prestazione resa "da remoto", eccedente gli schemi organizzativi e relazionali indotti dal contesto della fabbrica.

Il riferimento non è soltanto alle modificazioni delle modalità di esercizio degli ordinari poteri datoriali indotte dalla circostanza dell'essere il prestatore di lavoro impegnato "da remoto" al di fuori della sfera di normale influenza diretta del datore, rilevando in questo ambito i recenti aggiornamenti della disciplina legislativa sul punto: basti qui richiamare la novella introdotta con riguardo all'art. 4, legge n. 300/1970 sui limiti del potere di controllo del datore sulla prestazione lavorativa "a distanza".

E ciò in coerenza con l'imporsi del nuovo ordine post-fordista, segnato dal passaggio da *"ambienti organizzativi caratterizzati dalla parcellizzazione delle prestazioni o dalla misurazione (o misurabilità) tipicamente tayloristica delle abilità professionali con riferimento a "specifiche tecniche" di esecuzione"* a *"contesti nei quali al sapere si sostituisce il volere"* ed al lavoratore viene richiesto *"un impegno di cooperazione ed una continua disponibilità a rispondere adeguatamente agli stimoli esterni ed alle variabili esigenze dell'organizzazione"*.

Le stesse ipotesi legittimanti l'esercizio del potere disciplinare sono ridefinite in relazione alla prestazione da remoto e concordate tra le parti.

Alla contrattazione individuale è pure rimessa la determinazione del regime dei riposi e delle modalità di disconnessione dagli strumenti tecnologici, concepiti come attinenti alla modalità temporale della prestazione.

Ne risulta la disarticolazione dell'assetto gerarchico del rapporto di lavoro subordinato, che vale a dare concretezza alla transizione verso forme

alternative di organizzazione della prestazione per fasi, cicli e obiettivi delineata dalla stessa norma.

Tuttavia, su questo più avanzato terreno dell'emancipazione dai tradizionali schemi spazio-temporali di organizzazione della prestazione di lavoro funzionali all'assetto gerarchico del rapporto notevole è il ritardo tanto delle amministrazioni pubbliche quanto delle imprese.

Eppure, l'emergenza pandemica aveva indubbiamente favorito un tale approdo, inducendo, in ragione dell'interdetta presenza nei luoghi di lavoro, come in ogni altro locale aperto al pubblico, a scongiurare il pericolo di contagio, al ricorso generalizzato all'istituto del lavoro agile, seppure nella versione adattata all'unica modalità consentita di svolgimento da remoto della prestazione di lavoro, ovvero quella "a domicilio", diversa in parte da quella recata dalla disciplina di legge

Le enunciazioni programmatiche sull'applicazione del lavoro agile in ambito pubblico recate ancora una volta dal "Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale", che, nel sottolineare l'esigenza del superamento della gestione emergenziale dell'istituto, rimetteva al rinnovo dei contratti collettivi nazionali per il triennio 2019/2021 la definizione di una disciplina che, oltre a garantire condizioni di lavoro trasparenti e gli aspetti di tutela dei diritti sindacali, delle relazioni sindacali e del rapporto di lavoro (quali il diritto alla disconnessione, le fasce di contattabilità, il diritto alla formazione specifica, il diritto alla protezione dei dati personali, il regime dei permessi e delle assenze ed ogni altro istituto del rapporto di lavoro e previsione contrattuale), espressamente orientavano quella disciplina nel senso di favorire la produttività e l'orientamento ai risultati, conciliando le esigenze dei lavoratori con le esigenze organizzative delle Pubbliche Amministrazioni e consentendo ad un tempo il miglioramento dei servizi pubblici e dell'equilibrio fra vita professionale e vita privata,

Tuttavia, le ricadute regolative degli indirizzi fissati nel Patto hanno finito per ridimensionare quegli aspetti di innovazione organizzativa che ivi sembravano essere riconosciuti come prioritari.

Analogamente è a dirsi per Il CCNL per l'industria metalmeccanica.

Questo sul tema del lavoro agile, che allo stato rappresenta il veicolo di accesso a forme di organizzazione del lavoro che siano in sintonia con l'attuale fase di transizione verso l'economia digitale, sostanzialmente rinvia all'evoluzione del quadro normativo che prese le mosse dalle proposte emerse nell'ambito del gruppo di lavoro all'uopo insediato presso il Ministero del Lavoro è sfociata nel "Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile" sottoscritto, all'esito di un approfondito confronto con le Parti so-

ciali promosso dal Ministro del Lavoro (così l'*incipit* dell'atto), il 7 dicembre 2021.

Il CCNL per l'industria metalmeccanica sul tema del lavoro agile, che allo stato rappresenta il veicolo di accesso a forme di organizzazione del lavoro che siano in sintonia con l'attuale fase di transizione verso l'economia digitale, sostanzialmente rinvia all'evoluzione del quadro normativo che prese le mosse dalle proposte emerse nell'ambito del gruppo di lavoro all'uopo insediato presso il Ministero del Lavoro è sfociata nel "Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile" sottoscritto, all'esito di un approfondito confronto con le Parti sociali promosso dal Ministro del Lavoro (così l'*incipit* dell'atto), il 7 dicembre 2021.

Ed il Protocollo, piuttosto che promuovere la libertà organizzativa delle parti del rapporto si orienta alla definizione di uno statuto protettivo del lavoro agile valorizzando la contrattazione collettiva quale fonte privilegiata di regolamentazione dello svolgimento della prestazione di lavoro in modalità agile.

In effetti, al riconoscimento del grande impulso che dal lavoro agile deriva al raggiungimento di obiettivi personali e organizzativi, funzionale, in modo efficace e moderno ad una nuova concezione dell'organizzazione del lavoro meno piramidale e più orientata a obiettivi e fasi di lavoro, tale da consentire sia una migliore conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nell'interesse del lavoratore, sia un'organizzazione più produttiva e snella, nell'interesse del datore di lavoro, contrappone, assumendola come prioritaria, la necessità di una migliore definizione del lavoro agile e di un maggior supporto ai lavoratori e ai datori di lavoro nel suo utilizzo, anche in considerazione del ricorso massivo che esso consente alle tecnologie digitali, con tutte le implicazioni sul piano di un corretto utilizzo di tali tecnologie e della necessità di idonee garanzie della sicurezza dei dati aziendali e della tutela dei dati personali dei lavoratori.

Tuttavia si deve rilevare che, secondo il modello di valutazione della professionalità introdotto nel settore privato, aggiornamento professionale continuo, partecipazione al miglioramento, conoscenze linguistiche, abilità digitali, piuttosto che costituire il bagaglio tecnico di professionalità qualificate da spendere nei corrispondenti ambiti di adibizione, si configurano come patrimonio individuale da mettere in comune rendendolo disponibile nell'espletamento di qualsiasi ruolo, così delineando un approccio all'esecuzione del lavoro indubbiamente più coerente con l'esigenza di una effettiva modernizzazione.

Un ulteriore elemento, da apprezzare in termini positivi, è dato dalla ca-

ratterizzazione in senso dinamico del modello elaborato, che ad esso deriva dal riconoscere il CCNL espressamente la possibilità che l'azienda attivi iniziative sperimentali di adattamento inquadramentale, d'intesa con la RSU e le Organizzazioni sindacali territoriali stipulanti, per cogliere le specificità e sviluppare le professionalità, le competenze e le impiegabilità dei lavoratori in coerenza con gli ambiti tecnologici e i modelli di organizzazione economico produttiva.

Valorizzazione del complessivo patrimonio di conoscenze, attitudini, abilità del singolo lavoratore nell'esecuzione della prestazione lavorativa ed attivazione di meccanismi di adeguamento progressivo dei criteri di valutazione delle professionalità sono gli elementi propri del modello classificatorio elaborato nel settore privato che inducono a ritenere possibile in questo settore, piuttosto che in quello pubblico, un percorso di rinnovamento organizzativo che effettivamente possa far leva sull'investimento nel capitale umano.

LA TUTELA REALE PER IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE TRA RIFORMA E CONTRORIFORMA *

Giada Della Rocca **

1. L'art. 18 St. lav. vecchio testo

Dopo la legge n. 604/1966, che prevedeva solo una tutela indennitaria per il licenziamento ingiustificato, il legislatore ha emanato lo Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970) che comprende anche l'art. 18 intitolato "reintegrazione nel posto di lavoro", misura sanzionatoria avverso le ipotesi di illegittimità dei licenziamenti individuali quali in precedenza definiti dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, destinata, sulla base dei requisiti individuati ai fini dell'applicazione selettiva della norma medesima di seguito descritti, a garantire, attraverso il ripristino della funzionalità del rapporto, la tutela reale del posto di lavoro e l'integrale risarcimento del danno conseguente¹.

* Scritto in onore di Antonio Vallebona, già pubblicato su *Mass. giur. lav.*, n. 3, 2023.

** Ricercatrice di Diritto del Lavoro – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹ Sterminata è la letteratura, *ex plurimis*, cfr. M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, Napoli, 1982; P. SANDULLI-A. VALLEBONA-C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1990; F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Jovene, Napoli, 1991; E. ALES, *La reintegrazione trent'anni dopo: un nuovo caso di "archeologia giuridica"?*, in *Dir. lav.*, 2000, p. 20 ss.; M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in ID., *Lavoro diritto mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 160 ss.; F. LISO, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 169; F. CARINCI, *Discutendo attorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 35 ss.; P. ICHINO, *La stabilità del lavoro e il valore dell'eguaglianza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 7; M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007; L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 593. Da ultimo, O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2023.

Riformulata a seguito dell'emanazione della legge 11 maggio 1990, n. 108, intervenuta a scongiurare la consultazione popolare sull'iniziativa referendaria promossa nel 1989 al fine di ottenere una estensione generalizzata della misura e questa volta, a differenza della precedente del 1986, parimenti mirata al medesimo fine, dichiarata ammissibile dalla Corte Costituzionale, la disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro è venuta assestandosi nei seguenti termini.

Innanzitutto questa norma è soggetta a limiti dimensionali, in quanto si applica ai datori che occupano più di sessanta dipendenti o più di quindici (o più di cinque se il datore è imprenditore agricolo) nell'unità produttiva o nello stesso comune (comma 1)². I datori di lavoro possono essere imprenditori o non imprenditori (comma 1)³.

La reintegrazione nel posto di lavoro è prevista: per il licenziamento inefficace, ossia quello intimato in forma orale o senza motivazione; per il licenziamento annullabile in quanto privo di giusta causa e di giustificato motivo; per il licenziamento nullo intimato per ragioni discriminatorie.

Il datore di lavoro è condannato anche a un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione dal giorno del licenziamento sino a quella della effettiva reintegrazione e comunque non inferiore a cinque mensilità (comma 4)⁴.

Il lavoratore ha facoltà di chiedere al datore in sostituzione della reintegrazione un'indennità pari a quindici mensilità (comma 5)⁵.

E, rimasto così formulato per quarantadue anni, l'art. 18 è valso a dare

²La reintegrazione per i datori che occupano più di quindici dipendenti nell'unità produttiva o nello stesso comune è stato dichiarato costituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenze nn. 55/1974, 2/1986 e 44/1996. Per la legittimità della riduzione della soglia necessaria per le imprese agricole cfr. Corte Cost. n. 152/1975. Per la nozione di unità produttiva cfr. Corte Cost. nn. 55/1974, 152/1975; Cass., sez. un., n. 5058/1978; Cass. nn. 2199/1975, 2691/1977, 157/1984, 354/1984, 5852/1987, 7386/1991, 6413/1993, 19837/2004, 17845/2011, 21714/2012, 15211/2016.

³Prima della legge n. 108/1990 l'art. 18 non si applicava ai datori non imprenditori e la Corte Costituzionale con sentenze n. 189/1975 e n. 2/1986 aveva dichiarato costituzionale questa esclusione.

⁴Questa indennità deve essere corrisposta comunque in quanto il lavoratore non doveva provare nulla: Corte Cost. n. 2/1986; Cass., sez. un., nn. 2762/1985, 3455/1990. L'eventuale *aliunde perceptum* si detrae dalla indennità: Cass., sez. un., nn. 2762/1985, 3455/1990. Ed anche l'eventuale *aliunde percipiendum* si detrae dall'indennità: Cass. nn. 1208/1980, 305/1985, 4782/1985, 12498/1992, 5655/2004, 17157/2006, 24886/2006.

⁵L'indennità sostitutiva della reintegrazione è stata qualificata come obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore lavoratore: Corte Cost. nn. 81/1992, 291/1996; Cass. nn. 13047/1995, 7581/1997, 10283/1998, 8015/2000, 15898/2005, 27205/2011.

effettività alla possibilità di contrastare in termini reali, con il ritorno alla funzionalità del rapporto anche “*invito domino*”, quel potere definitivo del datore di lavoro di addivenire al recesso unilaterale dal rapporto, superando il vaglio di costituzionalità numerose volte sollecitato ed uscendone, anzi, accreditato di una intrinseca “*vis expansiva*”, che lo rendeva ideale presidio in ogni situazione di abuso di quel potere e, emancipando il lavoratore dal “*metus*” di una tale reazione a fronte dell’esercizio dei propri diritti, “*madre di tutte le tutele*”⁶.

Non a caso l’accesso all’area della stabilità reale è stata domanda insistentemente riversata nelle aule giudiziarie sin dai tempi in cui, nella seconda metà degli anni ’70 del secolo scorso, la terziarizzazione dell’economia aveva sospinto verso una flessibilizzazione del modello social-tipico del rapporto di lavoro – a tempo indeterminato, pieno e appunto stabile – sfociata nella sua, via via più accentuata, articolazione tipologica, dando così vita ad un intenso contenzioso sulla qualificazione del rapporto.

L’art. 18 è così venuto a porsi come “*la disposizione più importante e più discussa della storia postcostituzionale della legislazione del lavoro*”⁷ e intorno ad essa e alla sua valenza simbolica si sono consumati i più aspri contrasti politici, giudiziari e dottrinali.

La contrapposizione era radicale, come riflessa nelle cinque iniziative referendarie, tutte, salvo quella del 1989, rimaste senza esito, tra chi mirava all’estensione *erga omnes* della misura sanzionatoria e chi ne sollecitava, al contrario, la cancellazione in una duplice prospettiva: o del sostegno e dell’incentivazione dell’occupazione regolare e delle assunzioni a tempo indeterminato – rielaborata in sede legislativa in chiave di deroga all’art. 18, nel quadro dei “contratti di prossimità” di cui al d.l. n. 138/2011 convertito in legge n. 148/2011 – o della deflazione del contenzioso del lavoro, in particolare in termini di sottrazione al giudice di spazi di discrezionalità nella valutazione delle norme a precetto generico che definiscono gli ambiti di legittimità del recesso, perseguita in sede legislativa con la legge n. 183/2010.

⁶ Vedi M. NAPOLI, *op. ult. cit.*

⁷ Così M. D’ANTONA, *op. cit.*, p. 2.

2. La riforma conclamata

2.1. L'art. 18 St. lav. nuovo testo

E questa logica ha finito per prevalere determinando, nell'ultimo decennio, una riduzione progressiva dello spazio applicativo della tutela reale suscitando un notevole dibattito dottrinale⁸.

Innanzitutto, con la legge n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero) il legislatore addiuvine ad una “*riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*” che si propone di “*realizzare un mercato di lavoro inclusivo e dinamico in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato*”.

Di qui la modifica del testo dell'art. 18 St. lav. ad iniziare dalla stessa rubrica, che in origine formulata “Reintegrazione nel posto di lavoro” ora recita “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”, a riflettere icasticamente il non essere più la reintegrazione nel posto di lavoro la sola tutela e, anzi, il suo scadere a tutela residuale a fronte della monetizzazione e così del venir meno del carattere reale della stabilità.

Viene infatti prevista l'applicazione generale di una tutela indennitaria, salvo quanto diversamente disposto.

⁸Ex multis, cfr. F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 2, p. 287; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2012, p. 415 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 10, p. 745 ss. e più di recente ID., *Dubbi (infondati) sull'insussistenza qualificata*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, pp. 868-869; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2013, p. 1 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2013, p. 231 ss.; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 79; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 612 ss.; M. PERSIANI, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in S. BRUSATI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Quad. Arg. dir. lav.*, *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, n. 12, 2014, p. 18; S. GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, Torino, 2020.

Alla luce di tale intervento legislativo, la reintegrazione nel posto di lavoro esiste solo per i seguenti casi: a) licenziamento nullo perché discriminatorio, perché viola le norme per il matrimonio o per la maternità o paternità, perché determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c., perché riconducibile ad altri casi di nullità, perché intimato in forma orale (comma 1); b) licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con sanzioni conservative previste dal contratto collettivo (comma 4); c) licenziamento per inidoneità fisica/psichica o per mancato decorso del periodo di comportamento di malattia o, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per “manifesta” insussistenza del fatto posto a base del licenziamento il giudice “può” reintegrare (comma 7).

Con la legge n. 92/2012, art. 1, commi 47-69, è stato introdotto un rito speciale⁹ per le cause fondate sull'art. 18 St. lav. o su identici fatti costitutivi (rito poi abrogato per i nuovi assunti dal d.lgs. n. 23/2015 e per tutti dall'art. 37 del d.lgs. n. 149/2022 a far data dal 1° marzo 2023¹⁰). Il giudizio di primo grado davanti al Tribunale è composto dalla fase sommaria che si conclude con un'ordinanza e dalla fase di opposizione alla predetta ordinanza che si conclude con una sentenza reclamabile presso la Corte d'Appello e la sentenza della Corte territoriale è impugnabile con ricorso in cassazione¹¹.

⁹Sul c.d. Rito Fornero, cfr., A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., p. 72; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI-M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 309 ss.; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra agonie e speranze*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona.IT”, n. 452, 2022. A.D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. COSTANTINO, Cacucci, Bari, 2022, p. 209 ss.

¹⁰Il processo del lavoro resterà dunque disciplinato dagli artt. 409 ss. c.p.c. (Libro II, Titolo IV) con una sezione *ad hoc* per le cause instaurate per impugnare i licenziamenti: si tratta del nuovo Capo I-bis, Libro II, Titolo IV, c.p.c. “Delle controversie relative ai licenziamenti”. Più in particolare, viene introdotto il nuovo art. 441-bis che prevede che la trattazione e decisione delle controversie sull'impugnazione dei licenziamenti con domanda di reintegrazione – anche aventi ad oggetto questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro – avranno priorità rispetto alle altre cause.

¹¹La domanda subordinata proposta ai sensi dell'art. 8, legge n. 604/1966 è fondata su identici fatti costitutivi: Cass. n. 12094/2016. Sono comprese nel rito speciale le questioni relative alla titolarità e alla qualificazione del rapporto, compresa anche l'interposizione illecita: Cass. nn. 17775/2016, 2303/2018, 186/2019, 29889/2019. Le domande subordina-

2.2. L'art. 2, d.lgs. n. 23/2015

Ma il legislatore è andato oltre giungendo, a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 23/2015 attuativo del *Jobs Act*, frutto della delega al Governo Renzi per una ulteriore riforma del mercato del lavoro, a sostituire l'art. 18 pur riformulato con una nuova disciplina applicabile solo ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del predetto decreto (art. 1) ossia dopo il 7 marzo 2015¹².

L'art. 2 è molto simile ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 18 St. lav. nuovo testo, in quanto la reintegrazione nel posto di lavoro e un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione per il periodo da giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione dedotto quanto percepito e comunque non inferiore a cinque mensilità (commi 1 e 2)¹³ è prevista per il licenziamento nullo perché discriminatorio ovvero perché viziato da ogni altro caso di nullità "espressamente" previsti dalla legge o perché intimato in forma orale. Tuttavia, l'ipotesi di altri casi di nullità previsti dalla legge qui riformulata con l'aggiunta dell'avverbio "espressamente" ha creato dubbi interpretativi in quanto letta in modo da risultare idonea ad espungere le ipotesi contemplate dal comma 1 del novellato art. 18 St. lav. e così

te per l'indennità sostitutiva del preavviso e per il t.f.r. sono ammissibili in quanto fondate su identici fatti costitutivi: Cass. n. 17091/2016. L'ordinanza conclusiva della fase sommaria è suscettibile di passare in giudicato: Cass., sez. un., n. 17443/2014. Il giudice della fase sommaria può essere lo stesso della fase di opposizione: Corte Cost. n. 78/2015. Nella fase di opposizione le parti con il primo scritto difensivo possono allegare fatti nuovi, proporre nuove eccezioni e nuove richieste di prova: Cass. nn. 25046/2015, 16897/2016.

¹² *Ex plurimis*, cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Todino, 2015, pp. 56-57; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *Adapt*, n. 46, 2015, p. 2; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, Cedam, Padova, 2015, p. 113 ss.; D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act*, Cacucci, Bari, 2015, p. 59 ss.; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 2, pp. 298-299.

¹³ In generale sul regime sanzionatorio, v. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 2, p. 321; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 22.

tanto il licenziamento intimato per motivo illecito unico e determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. quanto quello in frode alla legge¹⁴.

Infine, l'art. 2, al comma 3, prevede anche che il lavoratore ha facoltà di chiedere al datore in sostituzione della reintegrazione un'indennità pari a quindici mensilità.

2.3. L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015

L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 solo in caso di "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore" prevede la reintegrazione nel posto di lavoro e un'indennità risarcitoria per il periodo dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione dedotto il percepito e il *pericipiendum* e comunque non superiore a dodici mensilità, come prevede anche l'art. 18 St. lav. nuovo testo nel comma 4.

Pertanto per i c.d. nuovi assunti è stata abolita la reintegrazione per il licenziamento disciplinare se il fatto contestato è punito con sanzione conservativa (art. 18, comma 4, St. lav. nuovo testo)¹⁵ e per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo se il fatto posto a base del licenziamento è insussistente (art. 18, comma 7, St. lav. nuovo testo)¹⁶.

¹⁴ Condivisibilmente, secondo A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., p. 607 "le differenze tra l'art. 18 c. 1-3 St. lav. e l'art 2 del suddetto decreto sono quasi inesistenti. Infatti i licenziamenti per motivo illecito, per matrimonio e per maternità, sono compresi nella nozione di licenziamento nullo. Mentre la eliminazione del licenziamento nullo dei dirigenti appare una mera dimenticanza, imputabile al campo di applicazione generale definito dall'art. 1 («operai, impiegati e quadri») poiché la legge non ha mai tutelato il licenziamento dei dirigenti salvo il caso della nullità dello stesso". V. anche C. PISANI, *Norme fondamentali commentate di diritto del lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 123-124 per il quale "l'interpretazione più fedele al dato normativo sembra essere quella per cui il legislatore, con l'inserimento dell'avverbio 'espressamente' ha voluto in realtà circoscrivere il campo di applicazione della tutela reale piena alle sole ipotesi di nullità testuali e non anche a quelle di nullità virtuale, ovvero a quelle che vengono ricavate in via interpretativa, come ad esempio l'abuso del diritto". Anche in giurisprudenza, Cass. n. 9530/2023 ha ritenuto far rientrare nella previsione legislativa, e così applicabile la reintegrazione "piena", ipotesi ulteriori come il caso del licenziamento illegittimo per mancato superamento del periodo di comporto per poi determinarsi a sollevare sul punto questione di legittimità costituzionale (vedi *infra* nel testo).

¹⁵ Sul punto, v. G. PROIA, *Il regime delle tutele e i licenziamenti disciplinari: lo stato della giurisprudenza e osservazioni a margine*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 127; F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 73 ss.

¹⁶ "Il legislatore del 2015, adottando la scelta costituzionalmente compatibile di rendere

3. La controriforma strisciante

Ma la sancita residualità della reintegrazione nel posto di lavoro non ha mai persuaso.

Dapprima la giurisprudenza, da subito determinatasi a rileggere la locuzione “fatto materiale contestato” in termini tali per cui, ai fini di escludere, in caso di licenziamento disciplinare illegittimo, la reintegrazione nel posto di lavoro, non sarebbe sufficiente l’aver il lavoratore effettivamente tenuto la condotta contestata, rilevando, al contrario, la valenza giuridica della condotta quale inadempimento degli obblighi contrattuali.

Poi lo stesso legislatore che, sebbene si fosse ripromesso di “rottamare” il *Jobs Act* ripristinando l’art. 18 nella sua formulazione originaria, con l’emanazione del c.d. “Decreto dignità”, tuttavia non andava oltre un ritocco al rialzo delle soglie (la minima, passata da quattro mensilità a sei e la massima, a sua volta, da ventiquattro a trentasei mensilità) entro cui doveva essere contenuta la medesima indennità risarcitoria prevista dal *Jobs Act* in luogo della reintegrazione.

Restava così impregiudicato l’impianto su cui il legislatore del *Jobs Act* aveva costruito la nuova misura meramente risarcitorio-compensativa, modulandola esclusivamente in relazione all’anzianità di servizio, secondo il noto schema a tutele crescenti, che vedeva riconosciute due mensilità per ogni anno di anzianità fino al dodicesimo anno, fermo l’importo minimo di quattro mensilità, ove anche non fosse stata raggiunta la durata annuale del rapporto. E ciò al fine di garantire, con la predeterminazione del *quantum* del risarcimento dovuto – così sottratto al prudente apprezzamento del giudice, cui, viceversa, lo rimetteva la legge n. 92/2012 – la calcolabilità da parte del soggetto datore dell’alea dell’eventuale azione impugnatoria promossa dal lavoratore.

Quell’impostazione, rettificata in sede legislativa solo nel suo aspetto quantitativo, viene radicalmente sconfessata dalla Corte Costituzionale che

residuale il campo di applicazione della tutela reale, ha inteso abbandonare la concezione proprietaria del posto di lavoro in favore di un sistema organico di tutela del lavoratore sul mercato del lavoro, secondo l’idea unieuropea di *flexicurity*”, così G. PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, n. 4, II, p. 780 ss.; C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 94 ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del “Jobs Act”*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, n. 4-5, p. 1039 ss.; D. GAROFALO, *I licenziamenti economici tra scelte legislative e incursioni ideologiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, p. 1 ss.

con la sentenza n. 194, resa in data 26 settembre 2018 e pubblicata il successivo 8 novembre¹⁷, approdava alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 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”¹⁸.

E ciò tenuto conto dei parametri con riguardo ai quali la Corte Costituzionale è pervenuta a tale dispositivo, dati dagli artt. 4, comma 1 e 35, comma 1, Cost. nonché dagli artt. 76 e 117, comma 1, Cost., questi ultimi in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea e dell'estensione della

¹⁷ Tra i tanti si vedano: A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 251 ss.; A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in M. TREMOLADA-A. TOPO (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa. Liber amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2019, p. 957; M.V. BALLESTRERO, *La corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015. Ma crescono davvero le tutele dopo l'intervento della Corte?*, in *Lav. dir.*, 2019, n. 2, p. 243; E. BALLETTI, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nei rapporti di lavoro*, cit.; F. CARINCI, *All'indomani della Corte cost. n. 194/2018*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 477; R. DE LUCA TAMAJO, *la sentenza della Corte costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir. merc. lav.*, 2018, n. 3, p. 63; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 1050; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act. una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 1059; G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 382, 2018; A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la Corte cost. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 228; P. PASSALACQUA, *La tutela contro il licenziamento nelle piccole imprese dopo Corte cost. n. 194/2018 tra ius conditum e ius condendum*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 861 ss.; G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo le pronunce della Corte costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 197 ss.; G. SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 213 ss.; R. SANTUCCI, *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: un ulteriore colpo per un'emarginazione discutibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, n. 2; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina ma non architetta*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, n. 1, p. 277.

¹⁸ Secondo A. VALLEBONA, *Breve storia delle tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, p. 194, “la sentenza è gravemente erranea quando afferma che è ‘ragionevole’ la differenza di trattamento a sfavore dei nuovi assunti perché è ‘diretta a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato’, senza capire che, dopo il decreto dignità del 2018 emanato prima della sentenza, sono sfavoriti i vecchi assunti la cui indennità massima è di 24 mensilità, mentre per i nuovi assunti è di 36 mensilità”.

declaratoria di incostituzionalità all'art. 3, comma 1, del d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96, intervenuto a novellare l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015, con esclusivo riferimento alle soglie, minima e massima, dell'indennità risarcitoria originariamente prevista.

In effetti, considerate le disposizioni censurate ed i parametri valutativi a quei fini assunti come rilevanti, è agevole desumere come la Corte Costituzionale abbia inteso sconfessare l'opzione, per la prima volta accolta nel nostro ordinamento dal *Jobs Act*, di strutturare la misura risarcitorio-compensativa – introdotta a soppiantare quasi integralmente la reintegrazione nel posto di lavoro e la tutela reale del medesimo che la stessa garanzia e, perciò, tale da implicare, anche a fronte dell'illegittimo esercizio del potere datoriale di recesso, la cessazione del rapporto di lavoro – ancorandola ad un unico parametro oggettivo, dato appunto dall'anzianità di servizio, tale da escludere ogni possibilità di personalizzazione del risarcimento spettante.

A ciò si volge, apprezzabilmente nella sua funzione di presidio dei principi costituzionali, il Giudice delle leggi, recuperando l'originaria impostazione concettuale, che aveva segnato l'evoluzione della legislazione lavoristica postcostituzionale, orientata all'obiettivo della stabilità del rapporto.

È appunto da questo concetto che la Corte Costituzionale muove nel motivare la propria decisione, tuttavia aggiornandolo in una prospettiva puramente finalistica, che vale ad emanciparlo dal suo porsi quale predicato di un rapporto assistito da tutela reale, così come si era tradizionalmente configurato, per assumerlo quale sintesi terminologica dei limiti posti dall'ordinamento al potere datoriale di recesso, nel senso cioè della sua valenza rappresentativa dell'idoneità di quei limiti a circoscrivere quel potere che sulla base degli stessi ne definisce il legittimo esercizio.

E di questo concetto così aggiornato la Corte Costituzionale si serve per ricondurre il tema della sanzione avverso il licenziamento illegittimo, a prescindere dalla misura in concreto adottata e dalla sua efficacia, reale od obbligatoria, al fondamento stesso del diritto del lavoro, dato dall'intervento correttivo dello squilibrio che, di fatto, caratterizza la posizione delle parti nel rapporto. Ed anzi riconoscendo al tema medesimo, a questi fini, un'assoluta centralità, per porsi, a sua volta, quella sanzione a presidio dello spazio, correlativo all'operare di quei vincoli al legittimo esercizio del potere di recesso, di libera esplicazione, da parte del lavoratore, dei diritti derivanti dal contratto e, in crescendo, dei diritti di libertà e, più in generale, dei diritti fondamentali della persona, secondo una linea ideale, che, nel

testo costituzionale, procede dall'art. 35 all'art. 4, in funzione dell'inveramento dei diritti di cittadinanza di cui agli artt. 1, 2 e 3 Cost.

In questo quadro si comprende il rilievo essenziale attribuito dalla Corte Costituzionale alla capacità dissuasiva della tutela apprestata a garanzia di quei limiti, che richiede debba connotare la misura a tal fine adottata, ancorché questa rivesta natura meramente risarcitorio-compositiva, richiamandosi al disposto dell'art. 24 della Carta sociale europea, riguardata come norma interposta rispetto agli artt. 76 e 117, comma 1, Cost., che assume il carattere della dissuasività quale connotato proprio della misura risarcitoria in una con l'idoneità della stessa a consentire il ristoro del concreto pregiudizio sofferto dal lavoratore.

Ancora una volta ciò che rileva nel ragionamento della Corte Costituzionale è l'equilibrio nella posizione delle parti, il bilanciamento tra le esigenze dell'organizzazione e l'interesse del lavoratore all'occupazione. In sintesi, l'equivalenza effettiva del sacrificio del posto di lavoro, imposto al lavoratore in conseguenza dell'applicazione di una tutela per equivalente e l'onere economico che, in relazione ad esso, venga a gravare sul datore di lavoro.

4. La controriforma realizzata

4.1. Nel lavoro privato ...

Ma il superamento della disciplina posta dal *Jobs Act* e della stessa logica a quello sottesa diviene di lì a poco definitivo.

La Corte di Cassazione si è incaricata di recuperare l'ipotesi di ricomprensione della condotta invocata quale causa giustificativa dell'intimato licenziamento disciplinare nella casistica individuata in sede collettiva come punibile con una sanzione meramente conservativa, ipotesi considerata ai fini dell'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro dalla legge n. 92/2012 e, viceversa, espunta dall'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, ovviamente nei limiti della sua ordinaria funzione nomofilattica. A partire dall'ordinanza interlocutoria 27 maggio 2021, n. 14777, la Cassazione, cambiando il suo precedente orientamento¹⁹, si è infatti pronunciata per l'ammissibilità,

¹⁹In un primo momento la giurisprudenza ha ritenuto l'accesso alla tutela reintegratoria limitato alle tipizzazioni esplicite da parte del contratto collettivo della sanzione conservativa e subordinato ad una valutazione *ex ante* di proporzionalità tra sanzione conser-

ai predetti fini, della sussunzione per via interpretativa nelle clausole a pre-cetto generico recanti la comminazione di sanzioni conservative contenute nei codici disciplinari dei contratti collettivi di condotte disciplinarmente rilevanti ivi non espressamente contemplate²⁰.

vativa e fatto in addebito tipizzata dalla contrattazione collettiva. Così, in tutti i casi in cui il CCNL conteneva clausole generiche o elastiche, rimettendo al giudice la valutazione *ex post* di una simile proporzionalità, il lavoratore aveva diritto solo alla tutela indennitaria c.d. “forte” di cui al comma 5 dell’art. 18 St. lav. con conseguente graduazione della sanzione entro i limiti minimo e massimo ivi previsti (Cass. n. 25534/2018, Cass. n. 12365/2019, Cass. n. 13533/2019, Cass. n. 14248/2019; Cass. n. 21628/2019; Cass. n. 26764/2019, Cass. n. 31529/2019, Cass. n. 14500/2019, Cass. n. 31839/2019, Cass. n. 19578/2019, Cass. n. 1891/2020, Cass. n. 2238/2020; Cass. n. 8621/2020, Cass. n. 11701/2020, Cass. n. 16786/2020). V. G. PROIA, *Il regime di tutele e i licenziamenti disciplinari: lo stato della giurisprudenza e osservazioni a margine*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 128; R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 507 ss.

²⁰ La tipizzazione favorevole al lavoratore vincola il giudice per espressa volontà di legge: Cass. nn. 13787/2016, 2288/2019, 36729/2021, 13774/2022. La recente giurisprudenza (Cass. n. 12789/2021, Cass. nn. 13063, 13064, 13065/2022, Cass. n. 11665/2022, Cass. n. 12745/2022, Cass. n. 13774/2022, Cass. n. 19585/2021, Cass. n. 20682/2022, Cass. n. 20780/2022) ritiene di applicare la reintegra di cui al comma 4 anche se il fatto contestato non sia riconducibile agli illeciti tipizzati con sanzione conservativa dal contratto collettivo bensì la condotta sia punita con una sanzione conservativa espressa solo attraverso una clausola generale o elastica (che altro non sono che clausole contenenti previsioni generiche con formule quali, ad esempio, “lieve irregolarità nell’adempimento”, “esecuzione del lavoro senza una necessaria diligenza”, o “esecuzione con negligenza grave”, v. G. PROIA, *La ‘riespansione’ della tutela reintegratoria*, in *Modulo24 Contenzioso Lavoro*, 29 aprile 2022, n. 2, pp. 3-5). È, pertanto, consentita al giudice la sussunzione della condotta addebitata al lavoratore ed in concreto accertata giudizialmente nella previsione contrattuale che punisca l’illecito con sanzione conservativa anche laddove tale previsione sia espressa attraverso clausole generali o elastiche. Da qui, secondo tale impostazione, la facoltà per il giudice di procedere ad un’interpretazione ed applicazione giudiziale “estensiva” (*rectius*: creativa) delle clausole generali ed elastiche con una conseguente riapertura, con ampia discrezionalità del magistrato, alla tutela reintegratoria, qual era quella preesistente alla riforma Fornero. Cfr. C. PISANI, *La sanzione conservativa non tipizzata e la reintegrazione: quando l’“intenzione” del giudice prevale sull’“intenzione” del legislatore*, in *Mass. giur. lav.*, n. 4, 2022, p. 839 ss., il quale critica tale orientamento ritenendolo non conforme alle finalità del legislatore; secondo A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e reintegrazione: l’irresistibile attrazione del giudice per la valutazione della proporzionalità del licenziamento*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2023, “l’operazione ermeneutica della sussunzione evocata dall’art. 18, co. 4 implica indefettibilmente ed è, quindi, praticabile soltanto quando la condotta posta in essere dal lavoratore ed a lui contestata dal datore di lavoro è riconducibile all’interno delle previsioni del codice disciplinare che selezionano le infrazioni in astratto punibili per correrarle alle sanzioni ad esse applicabili. La sussunzione, quindi, non risulta praticabile in mancanza del presupposto su cui si fonda: l’avvenuta individuazione nel co-

Dal canto suo la Corte Costituzionale ha provveduto a smantellare l'impianto sanzionatorio apprestato dalla legge Monti-Fornero a fronte dell'illegittimità dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

In un primo tempo, con la sentenza del 7 aprile 2021, n. 59 il Giudice delle leggi è addivenuto a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della legge 28 giugno 2012, n. 92 nella parte in cui prevedeva che il giudice, quando avesse accertato la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo "può altresì applicare" – invece che "applica altresì" – la disciplina di cui al medesimo art. 18, comma 4, così sancendo l'obbligatorietà, per il giudice, dell'applicazione nell'ipotesi considerata (all'epoca l'accertata "manifesta" insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo) della sanzione della reintegrazione attenuata²¹.

dice disciplinare dell'infrazione punibile con la sanzione conservativa, nella quale ricondurre il fatto oggetto della contestazione"; A. CONTI, *Il revirement della Cassazione in punto di interpretazione dell'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori post riforma 2012*, in *Mass. giur. lav.*, n. 3, 2022, p. 523, che svolge una puntuale ricostruzione critica del recente orientamento giurisprudenziale; P. FERRARI, *Licenziamento disciplinare, reintegrazione e tipizzazione collettiva anche in presenza di clausole generali*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p. 912 ss.; M. MARAZZA, *La nuova meccanica della sanzione della reintegrazione (l'art. 18, comma 4, legge n. 300 del 1970 dopo Cass. n. 11665/2022)*, in *Giustiziacivile.com*, n. 7, 2022. In senso adesivo, cfr. S. GIUBBONI, *Licenziamento disciplinare e sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza di legittimità*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2023 per il quale "il giudice non compirebbe un'autonoma valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto, ma una mera operazione di interpretazione del contratto collettivo e di applicazione della relativa clausola alla fattispecie concreta, sicché rimarrebbe comunque nell'ambito di quella che è stata perspicuamente definita la 'proporzionalità sociale'" (B. CARUSO, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, I, p. 304) valutabile *ex ante* alla stregua delle previsioni del contratto collettivo applicabile (seppure espresse nella forma della clausola generale ed elastica), e non della "proporzionalità legale", riempibile di contenuto solo *ex post* in applicazione del canone espresso dall'art. 2106 c.c.; V. SPEZIALE, *La tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato per comportamenti per i quali il contratto collettivo prevede sanzioni conservative*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, n. 3, II, p. 262 ss.; V. FERRANTE, *Ancora in tema di licenziamento disciplinare: l'irresistibile pervasività della condanna alla reintegra mette in scacco il legislatore*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, p. 1097 ss.

²¹ In senso conforme Cass. n. 16975/2022 e Cass. n. 17176/2022 e Cass. n. 37949/2022 e già prima Cass. nn. 17528/2017, 7167/2019 affermano che se il fatto è inesistente il giudice deve reintegrare. In dottrina, cfr. C. PISANI, *La riforma dei regimi sanzionatori del li-*

In un secondo tempo, con la sentenza del 19 maggio 2022, n. 125, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della legge 28 giugno 2012, n. 92, limitatamente alla parola "manifesta"²², così venendo a modificare, con

licenziamento per mano della Consulta, in *Dir. rel. ind.*, 2022, p. 522 ss. secondo il quale vi è una differenza "ontologica" tra licenziamento disciplinare e quello per esigenze aziendali che la Corte non ha valutato, eliminando la parola "può" e la relativa discrezionalità del giudice (diventata questa volta intrinsecamente irrazionale) la Consulta ha affermato una sua supremazia sul legislatore; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento per g.m.o. dopo Corte Costituzionale n. 59/21*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 2, 2021, p. 187 ss.; A. PRETEROTI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione di (inaccettabile) discrezionalità*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2021, p. 1 ss.; G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può", la Corte Costituzionale sostituisce con "deve"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 436, 2021, 10; ID., *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione Aidlass 2022, Torino, spec. p. 34 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. ratio ed aporie dei concetti normative*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 4-5, p. 800; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 59/2021*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 247; ID., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 3, 2012, p. 563; M. MAGNANI, *Il terribile diritto. Riflessioni sull'attuale regime del licenziamento tra giurisprudenza e legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, p. 169 ss.; R. DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma dell'art. 18*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2022, p. 10.

²² La Corte Costituzionale n. 125/2022 ha dichiarato incostituzionale la parola "manifesta" in quanto lesiva del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. con il licenziamento disciplinare in cui la predetta parola non c'è (comma 4, art. 18 St. lav.) con la conseguenza che ora la "mera sussistenza" delle ragioni determina ormai l'applicazione della tutela reale. La Consulta ha di fatto abolito il regime di tutela indennitaria previsto dal nuovo art. 18 per il giustificato motivo oggettivo di licenziamento ripristinando la tutela reintegratoria generalizzata in relazione alla modalità-motivazione tipica e più diffusa di tale licenziamento, e cioè quella per soppressione del posto. Sembra, quindi, ormai ammettere un solo caso residuo di applicazione della tutela indennitaria ex comma 5, art. 18 St. lav. per "mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presidiano alla scelta dei lavoratori da licenziare, quando questi appartengono a personale omogeneo e fungibile". Già prima della Consulta si era pronunciata la Cassazione (Cass. n. 14021/2016, Cass. n. 331/2018, Cass. n. 1633/2018, Cass. n. 19732/2018, Cass. n. 181/2019 e Cass. n. 7471/2020 secondo cui se l'inesistenza del fatto non è "manifesta" si deve applicare la tutela indennitaria e non quella reale. Quindi la reintegrazione si presenta come la conseguenza necessaria e costituzionalmente obbligata della insussistenza del fatto di ogni tipo di licenziamento, così C. PISANI, *La Corte costituzionale elimina il regime di tutela indennitaria previsto dall'art. 18 per il motivo oggettivo di licenziamento da soppressione del posto*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, n. 4, pp. 721-732. Sul tema, cfr. N. DE MARINIS, *Il regime sanzionatorio del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo Corte cost. 19.5.2022 n. 125*, in *Lav. dir. Europa*, 2022, n. 3; E.

una sentenza manipolativa a carattere ablativo, implicante la cancellazione di singole parole contenute nel testo, il contenuto della disposizione predetta introdotta a seguito della riforma Monti-Fornero nella parte in cui prevedeva che affinché trovasse applicazione il regime sanzionatorio della reintegra attenuata di cui al comma 4 del novellato art. 18, in luogo dell'indennità risarcitoria prevista dal successivo comma 5, sia necessario un *quid pluris* dato dalla dimostrazione dell'essere l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, appunto "manifesta"²³.

Anche nella decisione in parola l'illegittimità costituzionale della disposizione è dichiarata per contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza, cui il Giudice delle leggi, espressamente richiamandosi alla precedente decisione n. 59/2021, afferma essere il legislatore tenuto, nonostante il ribadito orientamento per cui l'attuazione del diritto "a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente" è stata ricondotta nell'alveo delle valutazioni discrezionali del legislatore, quanto alla scelta dei tempi e dei modi della tutela, anche in ragione della diversa gravità dei vizi e di altri elementi oggettivamente apprezzabili, come, per esempio, le dimensioni dell'impresa, fermo restando che la reinteg-

GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 2022, p. 3 ss.; A. PRETEROTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, in *Lav. dir. Europa*, n. 3, 2022; V. FERRANTE, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 509 ss.; V. SPEZIALE, *La illegittimità costituzionale della insussistenza "manifesta" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. giur. lav.*, n. 4, 2022, II; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2023; da ultimo, R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto "vivente"*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2023, p. 6, per il quale il mancato *repechage* si colloca "tra 'gli altri casi' di carenza di g.m.o. (quelli che danno luogo a una sanzione indennitaria)" e non costituisce "una ipotesi di 'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento'"; di diverso avviso A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento e le Alte Corti*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2023, p. 5 per il quale il *repechage* è un "elemento costitutivo e consustanziale nel percorso logico-conoscitivo della ragione (ex art. 3, l. n. 604/66) che fonda il licenziamento".

²³ La distinzione all'interno della ingiustificatezza passava necessariamente dal suo essere o no "manifesta", concetto riferito ad un evidente e facilmente verificabile assenza del presupposto giustificativo del licenziamento stesso che consente di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso (Cass. n. 2366/2020). La parola "manifesta" significa evidente, palese e facilmente verificabile sul piano probatorio (Cass. n. 181/2019; Cass. n. 7167/2019; Cass. n. 29105/2019; Cass. n. 30070/2019; Cass. n. 6083/2021; Cass. n. 13643/2021; Cass. n. 28174/2021).

grazione non rappresenta “l’unico possibile paradigma attuativo” dei principi costituzionali²⁴.

Sennonché vi è un vizio logico nella trasposizione da una decisione all’altra delle medesime argomentazioni: se l’interpretazione del “può” in termini di obbligatorietà dell’applicazione della reintegrazione trova giustificazione nell’originaria formulazione della disposizione – che, non essendo investita dell’eccezione di incostituzionalità nella parte recante il riferimento al termine “manifesta”, aveva riguardo appunto alla manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e, così, ad ipotesi di ingiustificatezza aggravata del licenziamento, legittimanti pertanto, l’applicazione della sanzione massima, – l’espunzione dal testo della disposizione del termine “manifesta”, che riflette la negazione dell’articolazione delle fattispecie invocate a giustificazione del licenziamento secondo il criterio della gravità connessa alla loro insussistenza, non è logicamente sostenibile se riferita al “fatto posto a base del licenziamento”.

L’alternativa secca basata sul binomio sussiste/non sussiste, cui la Corte Costituzionale semplicisticamente riconduce il proprio ragionamento, se può valere relativamente alla legittimità del licenziamento – come, al limite, potrebbe sostenersi con riguardo al problema dell’interpretazione del “può, altresì, applicare”, postulando la ricorrenza dell’ipotesi dell’accertata illegittimità del recesso e, così, del non dover essere del licenziamento l’applicazione della reintegrazione – non è certo riferibile al “fatto posto a base del licenziamento”. In tal caso, infatti, è ravvisabile una ulteriore alternativa, data dall’essere il fatto stesso astrattamente riconducibile alle ragioni giustificative indicate dall’art. 3, legge n. 604/1966, ovvero a “*ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*” ma, in concreto, non idoneo a legittimare l’esercizio del potere di recesso. Alternativa data, in altri termini, dalla configurabilità di un atto dell’imprenditore avente natura gestionale – attinente cioè a circostanze riferibili alla produzione e all’andamento economico dell’azienda, come la perdita di valore o di utilità della prestazione del lavoratore, realmente verificabili anteriormente al licenziamento – ma valutato come insuscettibile di giustificare l’assunzione del provvedimento espulsivo²⁵.

Si tratta con tutta evidenza di un’opzione di principio indotta dalla evidente propensione da parte del giudice delle leggi a riguardare “la reinte-

²⁴ In questi termini tra le tante Corte Cost. nn. 45/1965, 194/1970, 129/1976, 189/1980, 46/2000, 303/2011.

²⁵ In questi termini E. GHERA, *Le tre sentenze*, cit., p. 20.

grazione nel posto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato quale fattispecie tipica e paradigma speciale dell'inefficacia o dell'invalidità dell'atto datoriale"²⁶.

In questa prospettiva la Corte Costituzionale si è espressa, con la sentenza n. 183 del 22 luglio 2022²⁷, emessa dunque sostanzialmente in sequenza con la richiamata sentenza n. 125/2022, nel senso dell'incongruità del regime sanzionatorio previsto dall'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 per i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese è ciò sia con riguardo dell'esiguità dell'intervallo tra l'importo minimo e quello massimo dell'indennità stabilita, sia con riguardo all'ulteriore criterio distintivo individuato dal legislatore e dato dal numero degli occupati.

Si afferma, infatti, che il sistema, strutturato su un limite uniforme ed invalicabile di sei mensilità, che si applica ai datori di lavoro imprenditori e non, opera in riferimento ad attività tra loro eterogenee, accomunate dal dato del numero dei dipendenti occupati, sprovvisto di per sé di una significativa valenza, non attua quell'equilibrato componimento tra opposti interessi, che rappresenta la funzione primaria di un'efficace tutela indennitaria contro i licenziamenti illegittimi.

L'esito, peraltro, non è andato nell'occasione oltre la declaratoria di inammissibilità della questione sollevata ma soltanto in quanto il *vulnus* riscontrato non poteva trovare rimedio in una pronunzia della Corte non ravvisandosi una soluzione costituzionalmente adeguata che possa orientare l'intervento correttivo e collocarlo entro un perimetro definito, segnato da grandezze già presenti nel sistema normativo e da punti di riferimento univoci.

Secondo la Corte, a fronte della molteplicità delle soluzioni da tratteggiare sulla base di 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, è il legislatore a doversi esprimere scegliendo i criteri più appropriati. Tuttavia, la Corte non si esime dal rinnovare al legislatore il monito per una revisione complessiva della materia che investa sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione

²⁶ Così G. AMOROSO, *Art. 18 Statuto dei Lavoratori. Una storia lunga oltre cinquant'anni*, Cacucci, Bari, 2022, "Nota conclusiva", p. 299 ss.

²⁷ Per un commento v. M. DELFINO, *La Corte costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore? Nota a C. cost. sent. N. 183/2022*, in *Oss. cost.*, n. 2, 2023, p. 1.

dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie, con avvertenza che l'ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe più tollerabile ed indurrebbe la Corte, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente al di là delle segnalate difficoltà.

Ma il processo di progressiva erosione della novità legislativa non ha conosciuto sosta.

Come già ricordato, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 9530/2023, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 23/2015, art. 2 comma 1, nella parte in cui limita la reintegrazione ai casi di nullità "espressamente previsti dalla legge", in riferimento all'art 76 Cost., e così per contrasto con la relativa legge delega (legge n. 183/2014, n. 183 comma 7, lett c), art. 1) che dispone che il legislatore delegato preveda per le nuove assunzioni la limitazione del diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento ingiustificato.

Nella fattispecie concreta, la Corte di merito aveva ritenuto la tutela reintegratoria non applicabile pur a seguito dell'accertamento della nullità del procedimento disciplinare di un lavoratore assunto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, in quanto la natura della nullità (di protezione) rilevata non è suscettibile di essere ricompresa nei casi di "nullità espressamente previsti dalla legge" di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015.

L'esito probabile è che la Corte Costituzionale si pronunzi per l'incostituzionalità della norma intervenendo ancora una volta con una sentenza manipolativa che, eliminando il termine "espressamente", valga a sancire l'applicazione della tutela reale ad ogni ipotesi di nullità.

4.2. ... nel lavoro pubblico. L'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001

Per i dipendenti pubblici in caso di licenziamento nullo o annullabile è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro. Prima indicata nell'art. 18 St. lav. vecchio testo²⁸ e poi prevista dall'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 come integrato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017²⁹. L'unica differenza riguarda l'indennità per il *medio tempore*, che ora non può essere superiore a 24 mensilità, e il richiamo espresso all'*aliunde perceptum*.

²⁸ Cass. nn. 11868/2016, 16903/2016, 25376/2017.

²⁹ M. NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, 2018, p. 1016.

Pertanto i dipendenti pubblici sono molto più protetti dei dipendenti privati e quindi non sono afflitti da timore reverenziale, sicché la prescrizione dei crediti retributivi può decorrere anche durante il rapporto.

5. La controriforma dissimulata

Ma, una volta realizzata la controriforma, si è preferito sottacerla.

È così che si è giunti al pronunciamento della Corte di Cassazione che, consapevolmente negando la rilevanza delle novità indotte dal riassetto giurisprudenziale della disciplina sanzionatoria avverso l'illegittimità dei licenziamenti individuali e così il ripristino del regime di stabilità reale, ha, con la sentenza n. 26246 del 6 settembre 2022, per la prima volta posto in dubbio l'arresto giurisprudenziale – consolidatosi a partire dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 63/1966 e ribadito dalla stessa Corte con le successive decisioni nn. 143/1969, 86/1971 ed, in particolare, n. 174/1972³⁰ – per il quale la decorrenza del termine di prescrizione quinquennale dei crediti di lavoro era da individuarsi nella stessa data di insorgenza del diritto, potendo essere lo stesso esercitato senza tema di ritorsione da parte del datore di lavoro ove si fosse trattato di rapporto di lavoro assistito da stabilità, ovvero rientrando nell'ambito di applicazione della tutela reale avverso i licenziamenti illegittimi di cui all'art. 18, legge n. 30/1970 come originariamente formulato.

La Corte di Cassazione giunge a negare quel consolidato orientamento disconoscendo i caratteri di stabilità di qualsiasi rapporto per quanto assistito dal nuovo regime sanzionatorio così fissando la decorrenza del termine di prescrizione alla data di cessazione del rapporto.

La motivazione è *tranchant* ed è racchiusa nell'affermazione lapidaria per la quale la reintegrazione nel rinnovato quadro normativo non è più la forma ordinaria di tutela contro ogni forma illegittima di risoluzione del rapporto di lavoro con inevitabili effetti sulla caratteristica "resistenza" del rapporto³¹.

³⁰ La Corte Costituzionale è intervenuta per diverse volte sulla questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi. Infatti, prima aveva rilevato la non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi durante il rapporto essendo in questo periodo il lavoratore affetto da timore reverenziale nei confronti del datore (Corte Cost. n. 63/1966), poi ha affermato l'opposto per i rapporti di lavoro dotati di stabilità ai sensi dell'art. 18 St. lav. (Corte Cost. nn. 86/1971, 174/1972, 1151/1975, 40-44/1979, 13/1981).

³¹ Cass. n. 26246/2022 e, in senso conforme, Cass. n. 30957/2022 e Cass., ord. n.

La decisione assunta senza una approfondita valutazione dei rinnovati indirizzi interpretativi non può che indurre incertezza sulla correttezza della soluzione accolta.

Alla luce di quanto suesposto, appare di tutta evidenza la necessità di un intervento di riordino legislativo, del resto sollecitato dalla stessa Corte Costituzionale che ha inteso sottolineare “l’urgenza di una razionalizzazione normativa”³². E quindi, per ricordare le parole di Del Punta in uno dei suoi ultimi scritti³³, “la palla dovrebbe tornare, a questo punto, alla politica e al legislatore (...)”³⁴, il cui compito, peraltro, è stato reso più difficile proprio dagli orientamenti che si sono illustrati, nella misura in cui hanno accentuato la distanza tra le due normative delle quali occorrerebbe fare

12907/2023, ritengono che la tutela reintegratoria abbia un carattere “recessivo” e che il quadro normativo attuale non assicura “un’adeguata stabilità del rapporto” tale da far decorrere la prescrizione in corso di rapporto. Sul tema, *ex pluribus* cfr. A. VALLEBONA, *La prescrizione della retribuzione durante il rapporto*, in *Mass. giur. lav.*, n. 3, 2022, p. 639; M. DE LUCA, *Stabilità del rapporto di lavoro privato e decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di rapporto: dalla tutela reale statutaria alla sua riforma in peius per i lavoratori (finale di partita)*, in *Lav. dir. Europa*, 2023, n. 1, p. 2 ss.; F. SCARPELLI, *La (non) decorrenza della prescrizione dopo le riforme sui licenziamenti: una soluzione obbligata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 1, p. 41 ss.; A. MARESCA, *Reintegrazione “recessiva” e decorso della prescrizione dei crediti retributivi (si ritorna al 10 giugno 1966)*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4, 2022, p. 445; R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, pp. 155-156; O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, p. 141 ss.; P. PASSALACQUA, *La Cassazione supera il regime differenziato di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Lav. prev. Oggi*, 2022, n. 11-12; F.M. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c’era una volta la stabilità*, in *Lav. giur.*, 2022, p. 1160; E. BALLETTI, *Prescrizione dei diritti retributivi e stabilità del rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, n. 4, 2022, p. 763 ss.; A.M. BATTISTI, *Prescrizione dei crediti retributivi: novità*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, p. 832; M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 11; R. FABOZZI, *L’assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 18; E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2008, p. 4; A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti da lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 171.

³² R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto “vivente”*, cit., p. 1 ss., p. 7.

³³ R. DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma dell’art. 18*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2022, p. 15.

³⁴ “La Corte è poi tornata sulle disarmonie con la sentenza 183/2022 sulla adeguatezza della normativa applicabile alle piccole imprese. (...) (e) ha affermato che il protrarsi dell’inerzia legislativa in questa materia ‘non sarebbe tollerabile’ e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà di una simile scelta”, A. PERULLI, *ult. op. cit.*, pp. 6-7.

una sintesi. Per tacere delle ulteriori complicazioni che discenderebbero dal rimettere sul piatto anche il regime del licenziamento nelle piccole imprese, del resto già al vaglio della Corte relativamente al d.lgs. n. 23/2015. Sullo sfondo, il dilemma, e in buona sostanza lo stallo, di sempre: reintegrazione o risarcimento?”.

LA FUNZIONE RIABILITATIVO/RIEDUCATIVA DEL LAVORO E LA QUESTIONE DEL RICONOSCIMENTO DELLE CARATTERISTICHE ESSENZIALI DEL RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO NEL DIBATTITO INTERNAZIONALE

Andrea Sitzia *

1. Premessa: il lavoro dei detenuti e la funzione trattamentale

«Il lavoro dei detenuti [...] fa parte del trattamento rieducativo (art. 27, c. 3, Cost.), sicché non ha carattere afflittivo ed è remunerato»¹.

La rilevanza concettuale del riconoscimento, nel nostro ordinamento, della connotazione trattamentale del lavoro, intesa nella sua finalità di reinserimento nella società delle persone detenute è stata recentemente enfatizzata² nella prospettiva della verifica delle ricadute del profilo trattamentale in termini di specialità della regolazione del rapporto di lavoro, da un lato negando che si possa affermare una alterazione dello schema causale del rapporto, e, dall'altro, facendo perno sul principio della dignità, proponendo una lettura del sistema secondo la quale il fattore riabilitativo/rieducativo consentirebbe di assimilare il rapporto giuridico di lavoro tra detenuto e controparte (sia essa l'amministrazione penitenziaria o un soggetto privato) ad un rapporto di lavoro "ordinario", limitando gli spazi per una regolamentazione diversificata o speciale, o comun-

* Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Padova.

¹ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 13^a ed., 2023, p. 904 s. Sul tema si veda G. PELLACANI, *Il lavoro carcerario*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, p. 1486 ss.

² F. MALZANI, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 43 ss.

que per una deviazione o adattamento delle regole ordinarie.

Nella letteratura internazionale viene invece evidenziata una prospettiva ed un atteggiamento generale delle giurisdizioni, soprattutto di Common law, assai diverso.

Il tema relativo alle caratteristiche giuridiche ed alla stessa qualificazione del rapporto di lavoro intercorrente con un soggetto detenuto è focalizzato quale esemplare fattispecie nella quale, rispetto al dibattito relativo alla identificazione del campo di applicazione del “diritto del lavoro”, e, dunque, alla definizione del concetto di lavoratore destinatario delle protezioni e tutele giuridiche in contrapposizione al lavoratore indipendente o autonomo, le Corti tendono ad applicare un filtro preliminare che esclude a priori la categoria dallo status di lavoratore in ragione della sussistenza di una giustificazione altra (e, segnatamente, proprio la finalità rieducativo/riabilitativa) della prestazione.

2. Le “precondizioni” di accesso allo status di “lavoratore” nel dibattito internazionale

Nel dibattito internazionale l'attenzione viene focalizzata sull'analisi delle “precondizioni” di accesso allo status di “lavoratore” prendendo esplicitamente in considerazione il caso del lavoro delle persone detenute³.

Il problema dell'elaborazione di un test adeguato, capace di identificare le relazioni di lavoro che richiedono di essere attratte nel campo di applicazione del diritto del lavoro, in un tentativo di superamento della tradi-

³L'ampia letteratura in argomento non può essere richiamata in questa sede neppure per sintesi. Per un riferimento essenziale si vedano, tra i tanti, G. DAVIDOV-M. FREEDLAND-N. KOUNTOURIS, *The Subjects of Labour Law: 'Employees' and Other Workers*, in M. FINKIN-G. MUNDLAK (eds.), *Research Handbook in Comparative Labor Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, p. 115 ss.; A. PERULLI, *The Legal and Jurisprudential Evolution of the Notion of Employee*, in *European Labour Law Journal*, 2020, 11, p. 117 ss.; B. WAAS-G.H. VAN VOSS (eds.), *Restatement of Labour Law in Europe*, I, *The Concept of Employee*, Hart Publishing, Portland, 2017. Si vedano anche M. KULLMAN, 'Platformisation' of work: An EU perspective on Introducing a legal presumption, in *European Labour Law Journal*, 2022, 13(1), p. 66 ss.; W.B. GOULD IV-M. BIASI, *The rebuttable presumption of employment subordination in the US ABC-test and in the EU platform work directive proposal: A comparative overview*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 2022, Issue 1, Vol. 15. Per una panoramica completa e approfondita cfr. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Regulating the employment relationship in Europe: A guide to recommendation No. 198*, 2013, spec. p. 28 ss.

zionale dicotomia subordinazione/autonomia, è oggetto di profonda attenzione nella letteratura accademica, impegnata nello sforzo di contribuire all'elaborazione di una soluzione condivisa a livello internazionale, quantomeno avendo come parametro di riferimento la Raccomandazione OIL n. 198/2006 e il dibattito sulla proposta di direttiva europea relativa al lavoro su piattaforma, con il correlato problema della introduzione di una serie di indici presuntivi di "subordinazione", ora confluiti nel testo della *direttiva UE 2024/2831*, che reca, all'art. 5, una, debole, presunzione legale dell'esistenza di un "rapporto di lavoro" in presenza di "fatti che indicano un potere di controllo e direzione".

Il lavoro dei detenuti, in questo quadro concettuale, offre una prospettiva di analisi privilegiata, in quanto l'esame dell'approccio normativo e, soprattutto, giurisprudenziale dei sistemi di Common law permette di riconoscere l'emersione di una serie di precondizioni rispetto all'affermazione dello status di dipendente, che viene generalmente escluso con riferimento ad una serie di gruppi particolari di lavoratori, in relazione ai quali la "funzione primaria" della prestazione di lavoro risulta (o, comunque, viene postulata come) priva di una connotazione economica di mercato, in quanto caratterizzata da una funzione differente, attinente ad una sfera non economica o comunque istituzionale, rappresentata, volta per volta, da elementi socialmente rilevanti (e, dunque, meritevoli di riconoscimento giuridico) quali la riabilitazione, l'altruismo, l'educazione, le relazioni familiari, il legame funzionale con lo Stato (come nel caso della prestazione dei militari).

In queste ipotesi, riguardanti il lavoro di detenuti, tirocinanti, volontari e lavoratori con disabilità, in particolare, molte giurisdizioni giungono ad escluderne l'appartenenza alla sfera del lavoro regolamentato e assoggettato al diritto del lavoro in ragione dell'assenza di una connotazione prettamente mercantile ed economica nella relazione giuridica.

Emerge, invero, dalle ricerche internazionali, come ampia parte delle giurisdizioni di numerosi ordinamenti (e segnatamente quello statunitense, canadese, inglese e israeliano), una volta individuata la sussistenza di uno dei fattori preliminari capaci di escludere a priori lo status di lavoratore, neppure proceda all'applicazione delle diverse forme di "test" multifattoriale di subordinazione, variamente elaborate e sviluppate nei differenti ordinamenti giuridici⁴.

⁴Per un esame delle diverse tipologie di test multifattoriale elaborate dalle Corti USA, ed in particolare, sul c.d. ABC test adottato dalla Corte Suprema della California, consi-

Le precondizioni la cui sussistenza è richiesta per riconoscere l'esistenza dello status di "lavoratore/employee" sono generalmente tre: in primo luogo viene indagato quale sia il soggetto che beneficia della prestazione di lavoro; in secondo luogo le Corti tendono a verificare l'esistenza di un contratto o comunque di elementi contrattuali, quali la remunerazione, ed, infine, viene valorizzato se il lavoratore possa o no avvalersi di collaboratori (oppure se, invece, debba prestare l'attività richiesta personalmente).

Le prime due precondizioni, così catalogate, presentano ampi margini di incertezza.

Per quanto concerne la prima, infatti, pare evidente che non è sempre possibile individuare una sola parte come beneficiaria della prestazione, essendo, per contro, ben possibile che vi sia un interesse reciproco.

In questi casi parte della giurisprudenza USA tende a scendere ad un livello di dettaglio diverso, indagando quale sia il "beneficiario principale" della prestazione.

In alternativa, alcune Corti fanno ricorso ad una valutazione circa il carattere "produttivo" del lavoro, intendendo in questo senso il lavoro che attribuisca un qualche beneficio al "datore di lavoro".

Evidentemente, questa sotto-categoria è suscettibile di ammettere lo status di lavoratore dipendente ai detenuti lavoratori nel caso in cui la controparte tragga benefici economici dalla vendita dei prodotti o servizi realizzati con il lavoro degli stessi.

In ogni caso, questi "requisiti preliminari" emergono con chiarezza nelle pronunce relative ai detenuti lavoratori, nelle quali sembra emergere come paradigmatica l'idea di fondo secondo la quale la presenza di una fun-

stente, in sostanza, nel riconoscimento di una sorta di presunzione di subordinazione che il "datore di lavoro putativo" può vincere dimostrando la sussistenza delle tre condizioni, simili ad alcune di quelle utilizzate nel test multifattoriale, del difetto di controllo, del fatto che la prestazione si collochi al di fuori del normale contesto dell'attività imprenditoriale esercitata e della indipendenza economica, G. DAVIDOV-P. ALON-SHENKER, *The ABC Test: A New Model for Employment Status Determination?*, in *Industrial Law Journal*, 2022, n. 51, p. 235 ss.; più in generale P. ALON-SHENKER-G. DAVIDOV, *Employee Status Preconditions: A Critical Assessment*, in *LLRN6 Conference*, Warsaw, 2023, papers section. Si veda anche M. BIASI, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione: ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in *Lav. dir. Europa*, 2022, 2. In giurisprudenza, Corte Suprema della California 30 aprile 2018, caso *Dynamex Operations W. v. Superior Court and Charles Lee, Real Party in Interest*, 4 Cal.5th 903 (Cal. 2018); su questa pronuncia cfr. W.B. GOULD IV, *Dynamex is dynamite, but Epic Systems is its foil – chamber of commerce: the sleeper in the trilogy*, in *Missouri Law Review*, 2018, 83, 4, p. 989 ss.

zione riabilitativa escluderebbe (e si porrebbe in antitesi con) la caratteristica ritenuta essenziale, in termini giuridici, del rapporto di lavoro, ovvero la sua dimensione economica⁵.

In questo contesto la dottrina segnala la diffusa affermazione giurisprudenziale secondo la quale si tende a considerare “*non-market*” il lavoro caratterizzato da involontarietà, assenza di finalità economiche o di scambio, o assenza di relazione contrattuale.

Non è considerato “lavoratore”, in altri termini, chi presta la propria attività lavorativa, anche se integrato nell’organizzazione produttiva del datore di lavoro putativo, non possiede le attrezzature di lavoro, si trova in condizione di dipendenza economica, si trova ad operare sotto la supervisione e il controllo della controparte (e, dunque, non presenta alcuno dei requisiti tipici dell’indipendenza contrattuale che caratterizzano il “lavoro autonomo indipendente”), qualora, nonostante tutto questo, la ragione ultima della prestazione sia ravvisabile nella sua funzione “riabilitativa”.

Per quanto concerne il fattore del controllo, solitamente considerato tipico del rapporto di lavoro subordinato (o di “*employment*”), anche, e soprattutto, in ragione del fatto che controllo e dipendenza sono gli elementi che principalmente giustificano l’intervento correttivo del diritto del lavoro, dando evidenza di un deficit democratico e di una relazione di asimmetria e vulnerabilità⁶ nella relazione intersoggettiva tra le parti del rapporto, possono segnalarsi orientamenti che addirittura valorizzano la presenza di un livello addizionale di controllo e supervisione nel lavoro dei detenuti (che sono spesso soggetti, quando prestano la propria attività lavorativa in favore di imprese diverse dall’amministrazione penitenziaria, non solo al controllo di colui che riceve direttamente la prestazione, ma anche al potere di supervisione e ispezione del personale dell’amministrazione penitenziaria) come significativo di una deviazione particolare e ulteriore dal modello delle relazioni di lavoro ordinarie.

⁵ In argomento, su questo punto, si veda lo studio fondamentale di N.D. ZATZ, *Working at the Boundaries of Markets: Prison Labor and the Economic Dimension of Employment Relationships*, in *Vanderbilt Law Review*, 2008, n. 61, p. 857 ss.; dello stesso Autore si veda ID., *The impossibility of Work Law*, in G. DAVIDOV-B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 234 ss.

⁶ G. DAVIDOV, *Setting Labour Law’s Coverage: Between Universalism and Selectivity*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, Padova, 2018, p. 49 ss.; A. PERULLI-V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 59.

Ad esempio, in questo senso, in un caso deciso dalla Corte Regionale di Tel Aviv, il livello rafforzato del controllo esercitato sul detenuto lavoratore è stato espressamente valorizzato dalla Corte per escludere il vincolo di subordinazione.

Per quanto concerne il lavoro delle persone detenute, una delle affermazioni giurisprudenziali più note e germinali in relazione alla declinazione delle cennate precondizioni risale, secondo la letteratura più accreditata, a due sentenze USA del 1992 e 1995, nelle quali è stato esplicitamente concettualizzato il principio in virtù del quale il carattere essenzialmente “penologico” del lavoro prestato da un detenuto per uno stabilimento carcerario esclude l’elemento fondamentale della relazione giuridica di lavoro dipendente, come tale ritenuto necessario, e consistente nello scambio a valenza economica.

Secondo questo orientamento, l’incarcerazione rappresenta l’ingresso “nel mondo separato della prigione”, il che porta a ritenere che i detenuti siano essenzialmente esclusi dall’economia nazionale⁷.

Approccio del tutto simile si riscontra nella giurisprudenza canadese, israeliana e britannica. Quanto al Canada, una sentenza della Corte Federale d’Appello del 2019 ha affermato che i detenuti non possono essere considerati “employees” in ragione del fatto che la reale funzione del programma di lavoro loro offerto dal Servizio correzionale canadese è la riabilitazione e non l’impiego⁸.

In Israele, analogamente, la Corte Regionale di Tel Aviv, nel già citato caso *Nayef*, ha parimenti escluso che una prestazione resa da un lavoratore, carpentiere di professione, che aveva lavorato alle dipendenze di una piccola impresa privata nella produzione di mobili in legno, potesse superare la precondizione giuridica relativa alla consistenza economica della prestazione di lavoro in quanto il lavoro in questione rappresentava una parte del programma di riabilitazione individuale al quale il lavoratore stesso aveva partecipato.

Anche in questo caso la Corte ha ritenuto che lo scopo primario del lavoro doveva considerarsi riabilitativo e non economico.

⁷ Il riferimento va ai casi *Vanskike v. Peters*, 974 F.2d 806, 807 (7th Cir. 1992) e *George v. SC Data Ctr., Inc.*, 884 F. Supp. 329 (W.D. Wis. 1995), sui quali, approfonditamente, N.D. ZATZ, *Working at the Boundaries of Markets: Prison Labor and the Economic Dimension of Employment Relationships*, cit., p. 884 ss.

⁸ Si veda il caso *Guérin v. Canada*, 2019 FCA 272 (CanLII), citato da P. ALON-SHENKER-G. DAVIDOV, *Employee Status Preconditions: A Critical Assessment*, cit., p. 9, nota 29. Per un commento cfr. K. JACKSON-J.W. BARITEAU-B. CATES, *Guérin v. Canada: Exposing the Indentureship of Prison Labour*, in *Journal of Prisoners on Prisons*, 2022, 31(2), p. 16 ss.

L'approccio britannico è simile.

Una sentenza del 2007 sintetizza, sia pure con riferimento ad un caso relativo ad un rapporto con finalità formativa, il problema in questi termini: «the question is whether work was performed for the business»⁹.

La presa d'atto di questo approccio giurisprudenziale, così diffuso a livello globale, impone di tenerne in considerazione le criticità sistemiche dischiuse in relazione al problema della identificazione delle ragioni fondanti del diritto del lavoro.

Se, invero, può essere correttamente sottolineato che la «prospettiva assiologica che da sempre alimenta il diritto del lavoro» sia quella della tutela dei lavoratori, con una funzione protettiva rispetto allo sfruttamento¹⁰, l'approccio giurisprudenziale comparato in relazione alle “precondizioni di status” tende, diversamente, a rilevare come il caso del lavoro dei detenuti e, segnatamente, la questione relativa alla caratterizzazione fondamentalmente riabilitativa dello stesso, si giustifichi nel venir meno delle esigenze protettive tipiche del diritto del lavoro, in quanto il diritto (o, comunque, le norme destinate alla regolamentazione) del lavoro, è, quantomeno secondo la nota teoria di Polanyi¹¹, funzionale alla prevenzione dell'affermarsi di una società di mercato, nel senso che il diritto del lavoro, attraverso la sua attitudine protettiva, tende a promuovere l'integrazione e resiste all'asservimento dell'economia e del mercato ai limitati ed egoistici interessi del capitale.

Ora, l'assunto consequenziale è che qualora siano presenti principi, o giustificazioni sociali alternative, capaci di soppiantare i principi competitivi guidati dal mercato, la necessità di norme protettive può diventare superflua.

La logica di fondo può spiegarsi anche assumendo la prospettiva che intende il diritto del lavoro come «un più ampio e comprensivo diritto del mercato del lavoro inteso come ordine giuridico del mercato»¹²; colloca-

⁹ Si veda il caso *Her Majesty's Commissioners for Revenue & Customs v. Rinaldi-Tranter*, 2007, UKEAT 0486/06, par. 18, esaminato da P. ALON-SHENKER-G. DAVIDOV, *Employee Status Preconditions: A Critical Assessment*, cit., p. 13.

¹⁰ F. MALZANI, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, cit., pp. 44-45.

¹¹ Si veda, in particolare, K. POLANYI, *The Great Transformation*, Farrar & Rinehart, New York, 1944. Sui rapporti tra diritto del lavoro e concorrenza, nella letteratura internazionale, M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale? Essai sur un droit de la dignité de l'Homme au travail (re)mis en cause*, Bruylant, Bruxelles, 2009.

¹² M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University Press, Modena, 2019, p. 63.

do la prestazione di lavoro delle persone detenute nel quadro di una dinamica trattamentale e al di fuori del mercato, risulta piuttosto consequenziale postulare una estraneità della relazione tra i soggetti del rapporto rispetto alle regole ordinarie.

Ancora, l'esperienza comparata in esame sembra parimenti assumere che la funzione riabilitativa esoneri la prestazione di lavoro dal rischio di intendere il lavoro (con riferimento al gruppo specifico dei detenuti) come una merce, in un rapporto di mero scambio, che viene postulato assente.

La considerazione della prestazione di lavoro dei detenuti come una relazione non di mercato potrebbe lasciare intendere l'esistenza della convinzione che il conflitto tra i due peculiari gruppi sociali di interesse (le amministrazioni penitenziarie di correzione, e dunque, più latamente, la funzione punitiva dello Stato, e i detenuti lavoratori) non siano suscettibili di essere risolti facendo riferimento al punto di equilibrio rappresentato e cristallizzato dai principi del diritto del lavoro, con tutto il bagaglio concettuale che questo porta con sé, in termini di considerazione del lavoratore come contraente debole, di attribuzione al medesimo di un «*countervailing workers' power*», correzione delle asimmetrie, limitazione dei poteri unilaterali, e, in ultimo, «non meno complesse finalità legate allo sviluppo e al consolidamento di un sistema produttivo capitalistico, quali la pacificazione sociale, la regolamentazione della concorrenza tra le imprese, la mobilità della manodopera, la promozione della occupazione, la redistribuzione della ricchezza creata»¹³.

Detto in altri termini, quando la funzione fondamentale del lavoro risulta essenzialmente riabilitativa e non economica, l'esperienza comparata più sopra richiamata tende, implicitamente, a ritenere che diventino irrilevanti le esigenze di protezione proprie del diritto del lavoro, in quanto superflue a fronte dell'assenza di una preoccupazione legata al rischio di sfruttamento.

È quanto accade, nella prospettiva giurisprudenziale in discorso, nel caso della motivazione che caratterizza e governa il lavoro prestato in favore delle autorità penitenziarie.

Il (postulato) venir meno delle preoccupazioni per lo sfruttamento di questa categoria di lavoratori deriverebbe, sostanzialmente, dall'aspettativa che un quadro normativo alternativo regoli la natura del lavoro; e questo "quadro normativo alternativo" viene individuato nella funzione riabilita-

¹³ M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato*, cit., p. 62.

tiva, che in termini economico-sociali si presenta come alternativa rispetto alla caratterizzazione economica della relazione di lavoro ordinaria.

Il fatto, dunque, che la prestazione di lavoro risponda ad una dinamica regolativa caratterizzata da una funzione riabilitativo/risocializzante porta ad escludere la prestazione stessa dalle dinamiche del mercato del lavoro ordinario, attribuendo un carattere sociale differente al rapporto giuridico intercorrente tra lavoratore e amministrazione penitenziaria, privandolo di connotazione economica con conseguente venir meno dell'esigenza di garanzia propria del diritto del lavoro.

Uno degli aspetti di maggiore criticità di questa prospettiva risiede, a tacer d'altro, nel fatto che l'esistenza di una funzione di carattere riabilitativo non esclude, in termini fattuali, il perseguimento di un interesse di natura economica¹⁴, ed è per questa ragione che parte della dottrina suggerisce l'introduzione di un elemento di valutazione ulteriore, inerente la valorizzazione della prospettiva economica, operando una sotto-distinzione tra le diverse modalità e forme di riabilitazione (proponendo una distinzione tra riabilitazione-occupabilità e riabilitazione-trattamento).

3. Lavoro "produttivo" e funzione trattamentale: il problema della "presunzione industrialistica"

Rilevare l'esistenza di una differenziazione concettuale tra prestazioni lavorative di mercato e non, lascia emergere il diffuso affermarsi di una sorta di "presunzione industrialistica" delle ragioni di applicazione del diritto del lavoro, con la sua applicazione specifica nell'ambito del lavoro dei detenuti, caratterizzato dalla funzione "penologico"/riabilitativa, può trovare un suo immediato riscontro nelle giustificazioni concettuali dell'esclusione dal divieto di lavoro forzato o obbligatorio, introdotta espressamente dalla Convenzione OIL del 1930.

Il lavoro forzato, obbligatorio, o comunque non volontario, è ammesso nei confronti degli Stati membri dell'OIL ove sia richiesto (preteso) ai

¹⁴ È, anzi, diffusa la critica al sistema del lavoro penale come modello concorrenziale di mercato; si veda, al riguardo, tra gli altri, M. GIBSON-LIGHT, *The Prison as Market: How Penal Labor Systems Reproduce Inequality*, The University of Arizona, University Libraries, UA Campus Repository, 2019 (<https://repository.arizona.edu/handle/10150/633147>); J. LING, *Le travail des détenus*, CBA National, 16 Septembre 2019 (<https://nationalmagazine.ca/fr-ca/articles/law/in-depth/2019/all-work-and-low-pay>).

detenuti in virtù di una decisione giudiziaria.

La logica alla quale risponde l'esclusione convenzionale è quella dell'accettazione e valorizzazione della finalità "penologica" del lavoro, che si connota, come emerge dalla giurisprudenza sopra richiamata, di un essenziale requisito esterno e alternativo alle dinamiche di mercato.

È il carattere non concorrenziale del lavoro prestato dai detenuti che ne giustifica l'esclusione dall'ambito di applicazione del diritto del lavoro e, parallelamente, in termini del tutto coerenti a questa peculiare prospettiva assiologica, ne determina l'esclusione dal circuito dello scambio commerciale proprio delle importazioni.

Da questo punto di vista, del resto, è interessante leggere la giurisprudenza statunitense, resa molto esplicita nel principio affermato nel caso *Vanskike v. Peters*, a mente del quale «prisoners are essentially taken out of the national economy upon incarceration», in combinazione con il divieto di importazione di prodotti realizzati con il lavoro dei carcerati, ampiamente diffuso nella regolamentazione del commercio internazionale, formalizzato espressamente nell'art. XX del GATT e ora recepito all'interno dell'Unione europea nella prospettiva dell'implementazione del *Regolamento UE 2024/3015 sul divieto di vendita, importazione ed esportazione di beni realizzati con il lavoro forzato nel mercato dell'Unione*.

Analizzando la tematica in termini più ampi, si può individuare una logica circolare che riconduce al tema della funzione essenzialmente riabilitativa del rapporto la giustificazione dell'approccio di numerosi Paesi industrializzati al problema del lavoro forzato o obbligatorio dei detenuti.

Il ragionamento può dirsi circolare nel senso che l'obiezione relativa al carattere maggiormente riabilitativo del lavoro prestato in favore di soggetti privati poggia su quella medesima ottica che conduce le Corti dei paesi di Common law ad escludere il lavoro dei detenuti dall'ambito di applicazione del diritto del lavoro in ragione della rispondenza della dinamica di lavoro ad una *ratio* differente rispetto a quella del lavoro libero.

La circolarità di questa prospettiva ne mette in evidenza, tuttavia, la contraddittorietà.

La "finalità penologica", invero, giustifica l'esclusione del lavoro che trovi origine nel perseguimento di una tale funzione soltanto laddove, stando ai presupposti declinati dalle giurisdizioni sopra richiamate, questo fuoriesca dalle dinamiche di una relazione economica e di mercato.

L'elemento della "produttività" del lavoro introduce un fattore problematico soprattutto dal punto di vista del potenziale utilizzo concorrenziale della forza lavoro detenuta rispetto al mercato ordinario.

Emerge, da questo punto di vista, tutta la difficoltà e il paradosso permanente del lavoro penitenziario e delle politiche nazionali che mantengono ferma l'intenzione di continuare a fare del lavoro, dal punto di vista "penologico", il fulcro del trattamento, anche morale, dei detenuti, e quella di non mettere in concorrenza il lavoro penitenziario con quello libero¹⁵.

La finalità riabilitativo/rieducativa non esclude che il lavoro prestato dai detenuti possa avere un valore di mercato, ed in effetti la dottrina segnala opinioni dissenzienti nella giurisprudenza nordamericana, focalizzate sugli effetti del lavoro penale nei confronti del mercato, e sentenze che differenziano a seconda che il lavoro sia prestato in favore di imprese che operano all'interno dei locali del carcere (considerandolo come non-lavoro) rispetto ai casi di lavoro prestato a favore di imprese che operano fuori dal carcere (considerando questa tipologia di lavoro come rientrante nel concetto di lavoro giuridicamente rilevante e assoggettato alle regole del diritto del lavoro).

Il problema consiste nella individuazione del confine tra concorrenza lecita e illecita rispetto al lavoro prestato al di fuori del carcere e conduce giurisprudenza e dottrina ad indagare su chi benefici, in concreto, del lavoro prestato dai detenuti.

È abbastanza evidente che la prospettiva dei Governi che insistono perché sia riconosciuta la liceità, ai fini della Convenzione del 1930, del lavoro obbligatorio dei detenuti in favore di soggetti privati sulla base della caratterizzazione produttiva (e come tale "abilitante" in termini occupazionali, di acquisizione di capacità e di risocializzazione) tradisca, al fondo, un cortocircuito rispetto all'idea che la disciplina giuslavoristica non sia necessaria, e, dunque, vada esclusa, a fronte del perseguimento della funzione riabilitativa.

Se la prestazione di lavoro, invero, risulta immessa nel sistema delle dinamiche di mercato, cade la premessa razionale dell'esclusione della categoria dal campo di applicazione del diritto del lavoro.

Da qui, pare emergere una piena conferma della coerenza dell'approccio interpretativo saldamente difeso dal CEACR in ordine alla necessaria volontarietà del lavoro prestato dai detenuti in favore di soggetti privati,

¹⁵ Sul punto F. GUILBAUD, *Entre normalisation et différenciation, le travail des détenus au XIX^e siècle*, in R. ECKERT-J.-M. TUFFERY-ANDRIEU (dir.), *Le travail en prison. Mise en perspective d'une problématique contemporaine*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2015, p. 39 ss.; J.-C. GAVEN, *Le travail en prison dans la pensée pénitentiariste du XIX^e siècle*, *ivi*, p. 25 ss.

che, oltre ad essere più aderente alla lettera del testo della Convenzione, sembra più rispettoso della logica complessiva che caratterizza il criterio escludente imperniato sulla funzione riabilitativa del lavoro.

Tornando alla questione relativa alla regolazione ed alla precondizione per il riconoscimento dello status di lavoratore, ciò che può essere criticato dell'approccio delle giurisdizioni di Common law, è l'eccessiva rigidità.

La funzione riabilitante, come si è visto, viene considerata come elemento in presenza del quale il rapporto di lavoro deve essere escluso in radice dal sistema giuslavoristico di protezioni, regole e garanzie.

La criticità di questo approccio non sta tanto nell'enucleazione di una serie di precondizioni generali, idonee ad agevolare l'opera di qualificazione delle prestazioni di lavoro, quanto nella pretesa di esclusione assoluta di tutti i diritti e protezioni giuridiche.

Quando il lavoro fornisce benefici al lavoratore, che servono a scopi sociali più ampi come la riabilitazione o l'istruzione, potrebbe essere giustificato considerare alcune regole speciali per incentivare i datori di lavoro ad assumere le categorie di lavoratori ritenute più svantaggiate, o vulnerabili, o comunque meritevoli di una attenzione particolare da parte dell'ordinamento (come avviene, ad esempio, nell'ordinamento italiano attraverso i benefici riconosciuti dalla legge "Smuraglia", n. 193/2000), ma non sembra esservi una giustificazione generale per negare a questi lavoratori qualsiasi prerogativa o diritto, escludendoli in radice dallo status di lavoratori¹⁶.

L'operazione concettuale da compiere nella prospettiva di individuare una linea di demarcazione tra la sfera delle relazioni economiche di puro mercato e gli altri rapporti, rispondenti ad esigenze sociali differenti, considerato che i confini tra le stesse sono spesso difficilmente riconoscibili, potrebbe essere quella di andare alla ricerca di un criterio che attribuisca

¹⁶ In questo senso anche P. ALON-SHENKER-G. DAVIDOV, *Employee Status Preconditions: A Critical Assessment*, cit., p. 14.

In precedenza N.D. ZATZ, *Working at the Boundaries of Markets: Prison Labor and the Economic Dimension of Employment Relationships*, cit., p. 954 e, con riferimento all'analogo problema dei tirocini, J.J. BRUDNEY, *Square Pegs and Round Holes: Shrinking Protections for Unpaid Interns under the Fair Labour Standards Act*, in A. STEWART-R. OWENS-N. O'HIGGINS-A. HEWITT (eds.), *Internship, Employability and the Search for Decent Work Experience*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, in association with International Labour Office, 2021, p. 163 ss. (disponibile open access alla pagina https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_799773.pdf).

un bilanciamento più adeguato, ammettendo una regolamentazione differenziata e speciale nelle situazioni in cui le logiche di puro mercato, e le norme costruite in considerazione delle stesse, si pongano in contrasto con istanze o pratiche rispondenti a diverse esigenze sociali, e questo, come affermato in dottrina, andando alla «ricerca di ponti tra quello che è mercato e quello che mercato non è»¹⁷.

In questo senso, la funzione riabilitativa del lavoro dovrebbe fungere non tanto da criterio selettivo, capace di escludere l'applicazione delle regole giuslavoristiche, ma come criterio di giudizio per ammettere una disciplina speciale coerente e compatibile con il perseguimento della finalità riabilitativa.

¹⁷ M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato*, cit., p. 164.

LA TUTELA DELL'INTEGRITÀ PSICHICA NELLA GIURISPRUDENZA

Livia Tamburro *

La domanda di più specifica tutela dell'integrità psichica e della personalità morale del lavoratore in conseguenza dell'evoluzione delle modalità del lavoro, nella prospettiva tecnologica e digitale, è stata anticipata dall'iniziativa della giurisprudenza, rispetto all'evoluzione della normativa ordinamentale. A partire dagli anni '90, le sentenze hanno scrutinato le situazioni più evidenti di emarginazione dei lavoratori nell'ambiente di lavoro, fino a censurare la forma di deprivazione delle mansioni, valorizzando le garanzie apprestate dall'art. 2103 c.c., come novellato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970), che aveva valorizzato la nozione di "*professionalità acquisita*".

L'illecito ravvisato nel c.d. "*demansionamento*"¹, o nella "*dequalificazione professionale*", ha costituito, il presupposto per la giustiziabilità di

* Dottoranda di Ricerca in Teoria dei contratti, dei servizi e dei mercati – Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

¹ Il "*demansionamento*", come noto, è un cambiamento di mansioni in senso peggiorativo dal punto di vista qualitativo, sostanziandosi nell'assegnazione di compiti al di sotto delle proprie capacità professionali. Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c., così come modificato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, in analogia all'art. 52, d.lgs. n. 165/2001 già in vigore per il settore pubblico, il demansionamento rileva allorché le nuove mansioni rientrano in un livello e in una categoria legale di inquadramento inferiore rispetto a quella originariamente assegnata, considerando quanto stabilito dalle declaratorie CCNL applicabile. Il datore di lavoro può, dunque, il lavoratore ad una qualsiasi mansione compresa tra quelle indicate dalla declaratoria contrattuale per la quale egli è stato assunto «secondo le astratte previsioni del sistema di classificazione del contratto collettivo e senza che sia necessario un giudizio in ordine all'equivalenza c.d. sostanziale» (Trib. Roma, 30 settembre 2015). L'art. 2103 c.c., comma 2, è stato modificato prevedendo che «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella

condotte datoriali organizzative, non tipizzate, di contenuto ostile o vessatorio nei confronti dei lavoratori, in relazione alle quali è emersa l'esigenza di superare la tutela meramente ripristinatoria, limitata al reintegro nei confronti dell'originaria posizione lavorativa.

Tale approccio, però, si è configurato insufficiente a garantire un effettivo ristoro del pregiudizio psicofisico derivato dalla lesione di tali diritti, nei limiti della risarcibilità del solo danno patrimoniale, posto che la tutela dei pregiudizi non patrimoniali si riteneva riconoscibile nelle sole ipotesi previste dalla legge, segnatamente in pendenza di fatto reato, *ex art. 185 c.p.c.*

Di qui si è originata l'elaborazione che si incentrava sul ricorso alla pressoché impalpabile nozione dell'abuso del diritto, muovendo dalla previsione dell'art. 833 c.c., di difficile configurazione allegatoria, se non mediante la strettoia ancora una volta costituita dal riferimento a fatti e condotte sussumibili in ipotesi di reato, quali, ad esempio, quelli di lesioni colpose (art. 590 c.p.c.) o di maltrattamenti (art. 572 c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), ingiurie (art. 594 c.p.), diffamazione (art. 595 c.p.), ossia a riferimenti che consentivano di invocare il ristoro del danno morale soggettivo, psicologico o psichico, attraverso il combinato disposto dell'art. 185 c.p. con l'art. 2059 c.c.

Non a caso la giustiziabilità delle condotte lesive dell'integrità psichica del lavoratore si è evoluta in coerenza temporale con il riconoscimento del danno non patrimoniale, cui sono approdate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza del 24 marzo 2006, n. 6572² e le c.d. "sen-

medesima categoria legale». Affinché possa essere esercitato in maniera legittima «deve sussistere un nesso di causalità diretta tra il mutamento degli assetti organizzativi e l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori (con onere probatorio a carico del datore di lavoro che tale modifica pone in essere)» dovendosi altresì il datore «operare nel rispetto dei canoni di correttezza e buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, al fine di contemperare le esigenze organizzative dell'impresa con la salvaguardia della professionalità del dipendente» (Trib. Milano, 28 settembre, n. 1799, est. Dossi, in un caso di annullamento di demansionamento operato unilateralmente ai sensi dell'art. 2103 c.c., comma 2, c.c.).

²Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione intervengono a comporre il contrasto giurisprudenziale sorto in ordine al riparto dell'onere probatorio nella domanda di risarcimento dei danni sofferti dal lavoratore per effetto del c.d. "demansionamento professionale". Il Collegio affronta la questione se il diritto al lavoratore al risarcimento del danno, soprattutto di natura esistenziale, consegua *in re ipsa* al demansionamento o, al contrario, debba essere provato dal lavoratore ai sensi dell'art. 2697 c.c. Le Sezioni Unite mostrano di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale è onere del lavoratore provare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., il danno patito, il demansionamento ed il nesso di cau-

tenze gemelle" dell'11 novembre 2008, n. 26972 e n. 26975³, alle quali si è conformata la giurisprudenza successiva, giunta, di recente, agli arresti più

salità, i quali rappresentano il presupposto indispensabile per una valutazione equitativa del pregiudizio ad opera del giudice, ai sensi dell'art. 1226 c.c. (cfr. Cass. civ., 28 maggio 2024, n. 10361, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 337; Cass. civ., 8 novembre 2003, n. 16792, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 334; in *Mass. giur. lav.*, 2004, 253, in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 40; Cass. civ. n. 2561/1999, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 618; Cass. civ., 11 agosto 1998, n. 7905, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1693). Le Sezioni Unite censurano l'opposto orientamento giurisprudenziale secondo il quale, il lavoratore non sarebbe gravato dall'onere di provare l'esistenza del danno, giacché esso sarebbe "*in re ipsa*" e la liquidazione del suo ammontare potrebbe essere effettuata dal giudice anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., attraverso la valutazione di elementi presuntivi, attinenti alla natura, all'entità e alla durata del demansionamento (Cfr. Cass. civ., 26 maggio 2004, n. 10157, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 5; Cass. civ., 20 aprile 2004, n. 8271, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4; Cass. civ., 12 novembre 2002 n. 15868, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1962; Cass. civ., 2 novembre n. 13580, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1844; in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 233; Cass. civ., 9 febbraio 2000, n. 1443; in *Dir. e giur. agr.*, 2001, p. 109; Cass. civ., 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2131; in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1361; Cass. civ., 16 dicembre 1992, n. 13299, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 12).

³In tale direzione, le Sezioni Unite, dopo avere puntualizzato, a livello teorico, che non sono consentite interpretazioni abrogatrici dell'art. 2059 e che il danno non patrimoniale, risarcibile esclusivamente in virtù di tale disposizione di legge, può trovare ristoro solo in tre distinte ipotesi: a) allorché si verta in ipotesi di reato, pur accertato anche presuntivamente secondo le regole civilistiche; b) negli altri casi stabiliti dalla legge; c) qualora sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona garantito dalla Costituzione, hanno effettuato un deciso *revirement* nel senso dell'unificazione in un'unica categoria concettuale della nozione di danno non patrimoniale, confermando da un lato, la classificazione del danno nell'ambito della responsabilità aquiliana come bipolare, laddove si afferma: la rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059, come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia eccezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) indicando dall'altro l'opportunità di liquidare tale pregiudizio come categoria unitaria non suscettibile di suddivisioni in sottocategorie, e ritenendolo comprensivo sia dell'area del c.d. danno biologico sia di quella del c.d. del danno morale in senso lato, inteso come sofferenza psicologica non necessariamente transeunte, senza automatismi e valutando l'effettività del danno e del ristoro nella sua interezza (Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Il civilista*, 2009, 1, 29; in *Resp. civ. e prev.* 2009, 1, p. 38).

La natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale deve essere interpretata nel senso di attribuire al soggetto danneggiato una somma di denaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito. E per stabilire se vi siano state duplicazioni nel risarcimento o se, viceversa, questo sia stato erroneamente sottostimato, non si deve fare riferimento ai nomi attribuiti dal giudice al pregiudizio lamentato (biologico, morale, esistenziale), ma esclusivamente al concreto pregiudizio preso in esame. Pertanto, nel procedere all'accertamento ed alla quantificazione del danno risarcibile, dovranno essere di-

rigorosi del 2024⁴, a tutela dei pregiudizi derivanti da ambiente di lavoro “stessogeno”.

Tali decisioni hanno valorizzato la natura non patrimoniale del danno come autonomamente risarcibile in modo unitario, in conseguenza di fatti lesivi di diritti primari costituzionalmente tutelati, anche al di fuori ed oltre le ipotesi di reato e, quindi, anche di quei pregiudizi derivanti da sofferenza psicologica e psichica, inferente alla “*dignità morale della persona*”, quale “*diritto inviolabile*”, ancorché non degradata a malattia clinicamente accertabile, o riconducibile ad un danno biologico.

L’evoluzione è stata progressiva, venendo inizialmente in essa ad assumere rilievo le condotte datoriali, riscontrabili nella pratica della gestione delle risorse umane, che, pur non configurando illecito, isolatamente considerate, si connotano, però, nel loro complesso, segnatamente per la loro reciproca connessione teleologica, i connotati di una azione ostile, di marginalizzazione, o di espulsione delle vittime dal contesto lavorativo, con ogni relativa implicazione sul piano della lesione dei diritti fondamentali della persona.

Risalgono a tale fase storica le prime elaborazioni della giurisprudenza di merito volte a valorizzare la connotazione soggettiva teleologica unitaria dei fatti e delle azioni di indole lesiva, in un’ottica segnatamente risarcitoria, con l’individuazione sul piano ricostruttivi della fine degli anni ’90, della nozione di “*mobbing*”, secondo la definizione, nel contempo sancita dalla Corte Costituzionale, con la sentenza del 19 dicembre 2003, n. 359.

Secondo la Consulta «è noto che la sociologia ha mutuato il termine mobbing da una branca dell’etologia per designare un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da

stintamente valutati – per gli aspetti non rientranti nel danno biologico, in quanto non conseguenti a lesioni psico-fisiche – sia l’aspetto interiore del danno sofferto, che quello dinamico-relazionale, destinato ad incidere negativamente su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto (Cass. civ., 13 aprile 2018, n. 9196, in *Foro it.*, 2018, 6, I, c. 2038). Per approfondimenti, in dottrina P. CARBONE, *Ulteriori riflessioni sul danno esistenziale*, in *Danno e responsabilità*, 2008, n. 1, p. 210; L. VIOLA, *Il mancato guadagno esistenziale*, in *Studium Iuris*, n. 2, 2006, p. 131; G. FACCI, *Danno esistenziale*, in *Resp. civ.*, 2008, n. 2; G. CASSANO, *La giurisprudenza del danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2007.

⁴Cfr. Cass. civ., 19 gennaio 2024, n. 2084; Cass. civ., 31 gennaio 2024, n. 2870; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3791; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3822; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3856; Cass. civ., 16 febbraio 2024, n. 4279.

un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima del gruppo. Ciò implica l'esistenza di uno o più soggetti attivi cui i suindicati comportamenti siano ascrivibili e di un soggetto passivo che di tali comportamenti sia destinatario e vittima. Per quanto concerne i soggetti attivi vengono in evidenza le condotte – commissive o, in ipotesi, omissive – che possono estrinsecarsi sia in atti giuridici veri e propri sia in semplici comportamenti materiali aventi in ogni caso, gli uni e gli altri, la duplice peculiarità di poter essere, se esaminati singolarmente, anche *leciti, legittimi o irrilevanti dal punto di vista giuridico, e tuttavia di acquisire comunque* rilievo quali elementi della complessiva condotta caratterizzata nel suo insieme dall'effetto e talvolta, secondo alcuni, dallo scopo di persecuzione e di emarginazione.

Per quanto riguarda il soggetto passivo si pongono principalmente problemi di individuazione e valutazione delle conseguenze dei comportamenti medesimi. Tali conseguenze, secondo le attuali acquisizioni, possono essere di ordine diverso. Infatti le serie di condotte in cui dal lato attivo si concretizza il mobbing può determinare l'insorgenza nel destinatario di disturbi di vario tipo, e a volte, di patologie psicotiche, complessivamente indicati come sindrome da stress post traumatico; il compimento, da parte del soggetto passivo medesimo o nei suoi confronti, di atti che portano alla cessazione del rapporto di lavoro, anche indipendentemente dall'esistenza dei disturbi di tipo psicologico o medico di cui si è detto sopra; l'adozione da parte della vittima, di condotte giuridicamente rilevanti, ed eventualmente illecite, come reazione alla persecuzione ed emarginazione».

Tale nozione è stata, in effetti, successivamente recepita dalla giurisprudenza, sia di merito, che di legittimità, con approcci e sensibilità diversi, attraverso la valorizzazione della pluralità di azioni ostili, della loro unicità teleologica e dell'elemento psicologico soggettivo, fino al punto di richiederne la configurabilità attraverso il riscontro di un dolo specifico, in relazione alla volontà di determinare il risultato illecito perseguito nel voler cagionare un danno biologico⁵.

Il difetto del requisito della frequenza e della reiterazione di azioni ostili

⁵La giurisprudenza, infatti, ha definito il *mobbing* come «un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo». Cfr. Cass. civ., 10 novembre 2008, n. 142.

intenzionalmente vessatorie è valso, sotto diverso profilo, a configurare il limite della nozione del mobbing e della stessa ammissibilità di contrappugnabili forme di tutela specifiche dell'integrità psichica del lavoratore, riconducibili ad una condotta datoriale qualificabile come illecita, ascrivibile, secondo l'art. 2087 c.c., a responsabilità contrattuale del datore e fonte di danno risarcibile.

A suo tempo tale limite è stato superato, trovando sbocco la più ampia domanda di tutela contro la situazione vessatoria avanzata in sede giudiziaria, attraverso la sentenza resa dal Tribunale di Bergamo il 21 aprile 2005⁶, che ha dato rilievo alla diversa figura dello *straining*⁷, mutuata dagli studi compiuti nelle scienze mediche e psicosociali, concepita come ipotesi più ridotta di mobbing, connotata da «situazione di stress forzato sul posto di lavoro, in cui la vittima subisce almeno un'azione, che ha come conseguenza un effetto negativo nell'ambiente di lavoro, azione che oltre ad essere stressante è caratterizzata anche da una durata costante».

Si è, così, consolidata, in giurisprudenza, la nozione di una forma di illecito diversa dal mobbing nella quale le azioni vessatorie scientemente attuate nei confronti di un dipendente possono essere isolate e distanziate nel tempo, o anche limitate ad una sola condotta con effetti duraturi nel tempo⁸.

Tale ulteriore fattispecie è stata recepita anche in sede di legittimità, a distanza di tempo, con la sentenza 19 febbraio 2016, n. 3291⁹, secondo la quale l'accertata condotta lesiva realizzata con un'azione unica ed isolata o, comunque, attraverso più azioni, ed effetti perduranti nel tempo, viene qualificata "*straining*", «che è pur sempre un comportamento che può produrre una situazione stressante, la quale a sua volta può anche causare gra-

⁶G. BENINCASA, *Condizioni "stressogene" sul luogo di lavoro: elementi costitutivi della fattispecie di straining*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 929, fa riferimento a Trib. Bergamo, 21 aprile 2005, in *Foro it.*, I, p. 3356 ss.

⁷Sul tema si v., M.C. CIMAGLIA, voce *Straining*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Agg., Vol. IV, 2008, p. 900 ss.

⁸Negli stessi termini si esprimerà poi la Corte di Cassazione nelle decisioni 10 luglio 2018, n. 18164; Cass. civ., 4 giugno 2019, n. 15159.

⁹Cfr. Cass. civ., 19 febbraio 2016, n. 3291, in *Labor*, 2016, 3-4. Ad essa hanno poi fatto seguito numerose pronunzie conformi tra cui Cass. civ., 29 marzo 2018, n. 7844, in *Giur. civ.*, 2019, p. 1, Cass. civ., 10 luglio 2018, n. 18164; Cass. civ., 4 ottobre 2019, n. 24883; Cass. civ., 23 maggio 2022, n. 16580; D. TAMBASCO, *La nuova vita dello straining, dal "mobbing attenuato" allo "stress forzato"*, in *Labor, Il lavoro nel diritto*, 29 maggio 2022; Cass. civ., 11 novembre 2022, n. 33428.

vi disturbi psico-somatici o anche psico-fisici o psichici»¹⁰.

C'è, in tale decisione, un primo spostamento dei parametri di riscontro dell'illecito dall'elemento psicologico del dolo a quello della colpa, con valorizzazione del contesto oggettivo nel quale le condotte si radicano, muovendo, così, da una considerazione interpretativa destinata, in prosieguo, ad attribuire decisivo rilievo all'oggettività del contesto ambientale stressogeno, come fattore autosufficiente di responsabilità.

È palese il riconoscimento di tale fattispecie quale condotta illecita riconducibile anch'essa dell'art. 2087 c.c. sulla quale fondare la responsabilità del datore di lavoro e la risarcibilità del danno conseguente¹¹.

La Corte di Cassazione, muovendo da tali approdi, è andata oltre, rilevando che le nozioni di *mobbing e straining* sono sociologiche e non hanno autonoma rilevanza ai fini giuridici e valgono soltanto ad identificare comportamenti che si pongono in contrasto con l'art. 2087 c.c. e con la normativa in materia di tutela della salute negli ambienti di lavoro.

In sostanza, si supera il riferimento a quelle nozioni affermando che «ai fini giuridici, ciò che conta è l'accertata esistenza di una condotta intenzionale ingiuriosa (...) mossa da motivazione discriminante, da cui è nata una situazione di stress lavoro-correlato» ed aggiungendo, a specificazione dell'ampiezza della nozione di condotta in contrasto con l'art. 2087 c.c., come «*norma di chiusura*» del sistema antinfortunistico, che il datore è tenuto ad 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, burn out, molestie, stalking e così via».

Tale indirizzo interpretativo si è consolidato con le più recenti decisioni, a partire dall'ordinanza del 19 ottobre 2023, n. 29101, secondo la quale «al di là della qualificazione come mobbing e straining, quello che conta in questa materia è che il fatto commesso, anche isolatamente, sia un fatto il-

¹⁰ L'indirizzo si è venuto consolidando nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la cui evoluzione ha suscitato l'interesse della dottrina per la quale si veda V. FILÌ, *La nuova frontiera del danno risarcibile da condotta illecita del datore di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 796, S. RENZI, *Lo straining e la progressiva emersione giurisprudenziale dei suoi connotati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, p. 575.

¹¹ Si legge in motivazione «l'esclusione del mobbing e del demansionamento non equivalgono ad esenzione di responsabilità, in considerazione di un danno biologico in relazione ad un disturbo dell'adattamento con ansia e umore depresso poi cronicizzato, a causa della situazione disagiata nella quale la dipendente è stata mandata ad operare».

lecito *ex art.* 2087 c.c., da cui sia derivata la violazione di interessi protetti del lavoratore al più elevato livello dell'ordinamento (la sua integrità psico-fisica, la dignità, l'identità personale, la partecipazione alla vita sociale e politica)»¹².

Tra il potere organizzativo e l'obbligo di sicurezza si realizza un immediato collegamento funzionale: dal potere organizzativo derivano, infatti, i rischi che devono essere prevenuti per adempiere all'obbligo di sicurezza.

Pertanto, pur trattandosi di posizioni giuridiche distinte, esse rimangono strettamente connesse sul piano funzionale.

Ciò non pretermette il pensiero di quella dottrina che già da tempo individuava nell'organizzazione del lavoro il fattore di rischio per la salute e la sicurezza dei lavoratori¹³.

Le richiamate pronunce si pongono in ottica evolutiva rispetto al concetto di responsabilità datoriale, prescindendo dal profilo dell'elemento soggettivo del dolo, per individuare il presupposto di questa nell'omesso intervento, verosimilmente di natura colposa, concretizzato dal difetto di adozione di adeguate cautele preventive, volte ad impedire la verifica del fatto "stressogeno".

In questo senso si collocano le ultime decisioni della Sezione Lavoro della Suprema Corte di Cassazione del 2024, che valorizzano il tema della conflittività sul luogo di lavoro, quale "fenomeno stressogeno" e, quindi, vietato¹⁴.

Il mutamento di prospettiva è netto, essendo rivolto, com'è, all'analisi obiettiva dei fattori organizzativi e ambientali attraverso la "norma di chiu-

¹² Tale principio va correlato al corollario sempre della Suprema Corte, reso con l'ordinanza del 18 ottobre 2023, n. 28923, secondo la quale «in tema di responsabilità del datore di lavoro per danni alla salute del dipendente, anche ove non sia configurabile una condotta di 'mobbing', per l'insussistenza di un intento persecutorio idoneo ad unificare la pluralità continuata di comportamenti pregiudizievoli, è ravvisabile la violazione dell'art. 2087 c.c. nel caso in cui il datore di lavoro consenta, anche colposamente, il mantenersi di un ambiente stressogeno fonte di danno alla salute dei lavoratori ovvero ponga in essere comportamenti, anche in sé non illegittimi, ma tali da poter indurre disagi o stress, che si manifestino isolatamente o invece si connettano ad altri comportamenti inadempienti, contribuendo ad inasprirne gli effetti e la gravità del pregiudizio per la personalità e la salute latamente intesi».

¹³ Cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Collana Diritto del Lavoro nei sistemi nazionali, integrati e transnazionali, Franco Angeli, Milano, 1989.

¹⁴ Cfr. Cass. civ., 19 gennaio 2024, n. 2084; Cass. civ., 31 gennaio 2024, n. 2870; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3791; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3822; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3856; Cass. civ., 16 febbraio 2024, n. 4279.

sura" dell'art. 2087 c.c., che consente di sancire la responsabilità del datore di lavoro per le condotte lesive della personalità morale del prestatore ravvisandole nel mantenimento di condizioni di lavoro stressogene, anche laddove queste si limitassero a configurarsi solo come non rispettose dei principi ergonomici¹⁵.

La formula tralatizia, ormai quasi "stratificata" in molteplici pronunce di legittimità (tra cui le ordinanze richiamate) dichiara "illegittimo che il datore di lavoro consenta, anche colposamente, il mantenersi di un ambiente stressogeno fonte di danno alla salute dei lavoratori, lungo la falsariga della responsabilità colposa del datore di lavoro che indebitamente tolleri l'esistenza di una condizione di lavoro lesiva della salute, cioè nociva, ancora secondo il paradigma di cui all'art. 2087 c.c." (cfr. Cass. civ., 7 febbraio 2023, n. 3692).

Il che si traduce, con riguardo allo specifico ambito della conflittualità lavorativa, nel rilievo dell'"inadempimento datoriale ad obblighi di appropriatezza nella gestione del personale, già rilevante ai sensi dell'art. 2087 c.c.", fino a ricomprenservi "tutti i comportamenti, anche in sé non illegittimi, ma tali da poter indurre disagi o stress, che si manifestino isolatamente o, invece, si connettano ad altri comportamenti inadempienti, contribuendo ad inasprirne gli effetti e la gravità del pregiudizio per la personalità e la salute latamente intesi"¹⁶.

In sostanza, proprio alla luce del ben più ampio perimetro delineato dall'art. 2087 c.c. (che mira a proteggere ogni pregiudizio alla salute e alla personalità morale dei lavoratori e delle lavoratrici¹⁷), il Giudice di merito ha l'obbligo di "valutare e accertare l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per avere anche solo colposamente omesso di impedire che un ambiente di lavoro stressogeno provocasse un danno alla salute del ricorrente"¹⁸.

¹⁵Cfr. Cass. 19 gennaio 2024, n. 2084, cit., par. 6 e par. 7; di «contribuzione causale alla creazione di un ambiente logorante e determinativo di ansia» parla Cass. civ., 19 gennaio 2024, n. 2084, cit., par. 10, in *IUS Lavoro*, 20 maggio 2024.

¹⁶Cfr. Cass. civ., 31 gennaio 2024, n. 2870; cfr. Cass. civ., 7 febbraio 2023, n. 3692, con nota di L. TAMBURRO, in *Labor*, n. 5, 2023; D. TAMBASCO, *Lo SLC nella giurisprudenza di legittimità: nuovi sviluppi*, in *Igiene & sicurezza sul lavoro*, 2023, n. 5, p. 247 ss.

¹⁷Cfr. Cass. civ., 16 febbraio 2023, n. 4279; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3791, in *Foro it.*, 2024, 3, I, 707; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3856, cit.

¹⁸Cfr. Cass. civ., 5 agosto 2022, n. 24339, in *Labor*, 5 settembre 2022; conf. Cass. civ., 23 maggio 2022, n. 16580, in *Redazione Giuffrè*, 2022; Cass. civ., 29 marzo 2018, n. 7844, in *Guida dir.*, 2018, 17, 13; in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, II, p. 564; in *Dir. & Giust.*, 30 marzo 2018. Più di recente si v., Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3822, in *Guida dir.*, 2024, 8; in

Il mutamento di prospettiva è evidente.

Il richiamo alla norma di chiusura dell'art. 2087 c.c. ed alla nozione di prevenzione di cui all'art. 28, d.lgs. n. 81/2008 implica un'interpretazione più ampia del dovere di prevenzione posto a carico del datore di lavoro, anche per l'omessa rimozione della conflittualità delle relazioni personali all'interno dei luoghi di lavoro.

Queste, pertanto, trascinano dalla sfera di indifferenza in passato attribuita loro dalla giurisprudenza antecedente agli anni '90, per entrare a pieno titolo nel novero dei fatti costitutivi dell'obbligo datoriale contrattuale di rimuovere i fattori che ostacolano la piena tutela delle prerogative del lavoratore, non solo in relazione alla salute fisica, ma anche della sua "personalità morale", con quanto ne consegue circa l'assicurazione del diritto inteso come quale stato di "complessivo benessere", che sul luogo di lavoro, si traduce nella salvaguardia della serenità necessaria all'espletamento delle prestazioni lavorative.

Redazione Giuffrè, 2024; Cass. civ., 16 febbraio 2024, n. 4279, in *Dir. & Giust.*, 19 febbraio 2024; in *Guida dir.*, 2024, 9; Cass. civ., 12 febbraio 2024, n. 3791, in *Foro it.*, 2024, 3, I, c. 707; Cass. civ., 19 gennaio 2024, n. 2084, con nota di S. CAPONETTI, in *Mass. giur. lav.*, n. 2, 2024. Di recente in dottrina, si v. M. BIASI, *Dalla prevenzione del mobbing alla promozione del benessere sul luogo di lavoro? Ragionando attorno ai "nuovi" perimetri degli obblighi e delle responsabilità datoriali in materia di sicurezza*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 2.

C'ERANO UNA VOLTA LE FATTISPECIE E C'ERANO UNA VOLTA GLI «INDICI DELLA SUBORDINAZIONE» ...!

Paolo Tosi*

1. La questione della subordinazione oggi

La classica questione della subordinazione, vale a dire dell'art. 2094 c.c., tuttora la *Grundnorm* del diritto del lavoro, sta vivendo una rinnovata, vivace stagione nel dibattito dottrinale.

La moda del momento, cui la dottrina dominante soggiace, è lo “sfrangiamento” della fattispecie descritta nella norma codicistica finalizzato ad accogliere le nuove tipologie di lavori indotte dalla rivoluzione digitale e, al seguito di tale sfrangiamento, la (irrealistica) disarticolazione della disciplina tipica in funzione del suo adattamento ad esse. Pur se non manca chi, meno elegantemente, rispolvera la moda *d'antan* prospettando l'assorbimento *tout court* di quelle tipologie nella fattispecie dell'art. 2094 con conseguente applicazione dell'intera disciplina tipica.

Mi preme avvertire subito che, da giuslavorista eretico, e quindi *démodé*, dall'una e dall'altra moda mi terrò distante per procedere con ordine, seguendo diacronicamente l'evoluzione della questione dai primordi.

2. I primordi

Gli anni '50 e '60 dello scorso secolo furono caratterizzati, in giurisprudenza, dalla c.d. pan-subordinazione, alla stregua del principio guida del *favor laboratoris* e in forza del criterio della presunzione di subordinazione.

*Professore emerito – Università di Torino.

Sono tuttavia opportune due puntualizzazioni. Per un verso in quegli anni (della ricostruzione e del miracolo economico) lo “sport” nazionale praticato in prevalenza dai datori di lavoro era la fuga dal diritto del lavoro, mal contrastabile mediante l’ordinario processo civile, cosicché la rete di detta presunzione nei fatti raccoglieva scarsi frutti. Per altro verso, fino alla riforma processuale del 1973 con l’avvento della fattispecie delle co.co.co., l’ordinamento era polarizzato sul dualismo lavoro subordinato e lavoro autonomo (*id est*, contratto d’opera).

La dottrina, per parte sua, si impegnava, parallelamente a quella giurisprudenza, in speculazioni teoriche finalizzate a fornire alla fattispecie dell’art. 2094 più una identità (rispetto ad altre fattispecie codicistiche) che una capacità discretiva in funzione della qualificazione dei casi concreti, e quindi di una eventuale diversificazione della disciplina protettiva loro applicabile.

La mia analisi critica, con i relativi riferimenti, è rinvenibile nella monografia sul dirigente d’azienda del 1974¹. In essa, preso atto che alla fattispecie dell’art. 2094 venivano correntemente ricondotti casi concreti estremamente eterogenei, proposti, quindi, in certo senso, da precursore, di sperimentare, a partire dalla categoria dei dirigenti, la disarticolazione della disciplina tipica (nonché, in quell’ambito, di quella speciale ablativa).

Mi convinsi successivamente ad abbandonare tale prospettazione per l’acquisita consapevolezza che, specie al di là del lavoro dirigenziale, avrebbe comportato l’attribuzione all’interprete di una assoluta discrezionalità, inconciliabile con un ordinamento giuridico positivo e incompatibile con il valore, di sicuro rilievo costituzionale, della certezza del diritto (quantomeno nei limiti della sua ragionevole conseguibilità).

3. La stagione delle co.co.co.

Sul finire degli anni ’70 e nel corso degli anni ’80, malgrado la crisi che lo affliggeva, il sistema economico-produttivo conobbe una stagione di grandi trasformazioni, specie nei settori dei servizi e della logistica, e, in dipendenza di esse, vide l’emersione di variegate tipologie di lavori ascrivibili alla fisiologica, piaccia o non piaccia, zona grigia tra subordinazione e autonomia.

La giurisprudenza, preso atto che nell’ordinamento esisteva una fatti-

¹P. TOSI, *Il dirigente d’azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, cap. IV, Angeli, Milano, 1974.

specie deputata ad accogliere detti lavori ed altresì che nella ricostruzione della fattispecie dell'art. 2094 c.c., l'etero-direzione (priva di autonoma capacità qualificatoria, donde appunto il porsi stesso della questione della subordinazione) andava integrata con l'etero-organizzazione, intesa quale stabile ed organico inserimento del lavoratore all'interno dell'organizzazione produttiva, ha iniziato ad elaborare una serie di indici sulla base dei quali, negli specifici casi concreti, poter distinguere simile inserimento dal coinvolgimento funzionale del collaboratore nell'organizzazione produttiva coesistente alla fattispecie dell'art. 409, n. 3, c.p.c.

Mentre la dottrina prevalente perseverava nelle speculazioni teoriche finalizzate a distinguere in astratto le fattispecie previste dalle due norme ho preferito dedicarmi all'analisi delle operazioni giurisprudenziali incardinate sull'utilizzo degli indici (di inserimento stabile ed organico del lavoratore nell'organizzazione produttiva) per offrire, su quel terreno, un contributo critico che, almeno ai miei occhi, potesse apparire utile a chi detto utilizzo andava facendo. Anche su ciò tornerò più avanti.

D'altronde, la scelta rispondeva al mio risalente convincimento che la riconduzione degli specifici rapporti lavorativi alla fattispecie dell'art. 2094 c.c. vada necessariamente operata alla stregua della loro sussunzione in essa non per identificazione (con gli, insufficienti, elementi costitutivi offerti dalla norma) bensì per approssimazione (con il tipo sociale sotteso a tali elementi e coerente con la correlata disciplina tipica).

Come dicevo, dunque, sono andato analizzando l'utilizzo giurisprudenziale del metodo degli indici nella sua evoluzione (in una fase, è stata adottata, nei casi più incerti, la presunzione di conformità al *nomen iuris* attribuito dalle parti) e ne ho considerato gli esiti con riguardo alle tipologie di lavori coordinati senza subordinazione provvisti di una apprezzabile fisionomia sociale. Mi sono formato così l'opinione che detto utilizzo si fosse consolidato in un assetto applicativo equilibrato e dagli esiti (nei limiti della ragionevolezza) prevedibili.

Poiché il frutto della mia analisi non è condensabile in poche battute, confido che gli organizzatori del *Focus* mi perdoneranno se, tradendo forse l'intestazione stessa di esso, mi asterrò da una ricognizione degli indici giurisprudenziali rinviando agli scritti nei quali sono andato svolgendola *ex professo*².

²F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJÓ-P. TOSI-T. TREU, *Diritto del lavoro 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Cap. II, Utet, Torino, 1985; P. TOSI, *Il personale direttivo tra autonomia e subordinazione*, in *Jus*, n. 3, 1987, p. 328; P. TOSI, *Le nuove tendenze del diritto del lavoro nel terziario*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 1991, p. 613; P. TOSI-F. LUNARDON, voce

Ciò non toglie che sulla questione degli indici, in generale, tornerò più avanti.

4. *La stagione del contratto a progetto*

Agli inizi del primo decennio di questo secolo l'anzidetto assetto giurisprudenziale è stato investito da un interventismo legislativo che continuo a considerare improvvido e la cui ragione di fondo ho sempre ravvisato nella miopia dello stesso legislatore che, nei decenni precedenti, non si era dato carico di corredare la fattispecie dell'art. 409, n. 3, c.p.c. di una specifica disciplina protettiva più ampia di quella, elementare, concernente la copertura pensionistica, per malattie e per infortuni.

Tale miopia ha infatti favorito il maturare di una marcata ostilità nei riguardi delle co.co.co., considerate veicoli di fuga fraudolenta dalle tutele del lavoro. Ostilità che ha trovato la sua teorizzazione nel "Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia" del 21 ottobre 2001 e la sua prima traduzione legislativa nel d.lgs. n. 276/2003 (c.d. legge Biagi).

Nel contesto della riforma, prima preconizzata e poi attuata, lo sfavore nei riguardi di quella fattispecie aveva peraltro anche la funzione, sul piano ideologico, di contrappeso *pro labour* della c.d. flessibilizzazione/riduzione delle tutele; ciò, un po' come sarebbe accaduto con l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 nel contesto della nuova «Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni», c.d. *Jobs Act*.

Il decreto del 2003, negli artt. 61-68, ha operato infatti la sostanziale incorporazione, con conseguente marginalizzazione, delle co.co.co. nel c.d. lavoro a progetto [«devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici»; così dopo il 2012, per la soppressione delle originarie aggiunte «o programmi di lavoro o fasi di esso»], poi perfezionata (per così dire) dalla legge n. 92/2012 (c.d. legge Fornero) con la revisione di quegli articoli e con l'aggiunta degli artt. 69 e 69-bis.

L'innovazione legislativa, pur dovendo scontare, data anche la caoticità della regolamentazione offerta, il dispiegarsi di un ampio contenzioso giudiziario, ha inevitabilmente inciso, con il meccanismo delle presunzioni,

Subordinazione, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, Utet, Torino, 1998; P. TOSI, *La distinzione tra autonomia e subordinazione*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 21, 1998, p. 33. Da ult., tra i molti, P. TOSI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione*, in *Labor*, 2017, p. 245.

sull'esito delle operazioni giurisprudenziali anche quando ancora memori dell'antico metodo degli indici della subordinazione³.

Il menzionato decreto n. 81/2015 ha posto fine alla vicenda del lavoro a progetto abrogando tutti gli articoli che lo disciplinavano (art. 52, comma 1) e al tempo stesso ha esplicitamente consacrato la permanente vigenza dell'art. 409 c.p.c., *id est* delle co.co.co. (art. 52, comma 2).

Il legislatore del *Jobs Act* tuttavia, al pari di quello a suo tempo ispirato dal Libro Bianco, non si è dato carico di prevedere congrue tutele, aggiuntive a quelle già derivanti della copertura assistenziale e previdenziale derivante dall'iscrizione alla Gestione separata dell'Inps, per prestazioni lavorative non subordinate ma pur sempre economicamente dipendenti e funzionalmente collegate con l'organizzazione produttiva dell'impresa committente. Né lo ha fatto il d.lgs. n. 101/2019 che si è limitato a qualche ritocco di detta copertura (art. 2-*bis*).

5. La stagione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015

Il legislatore del 2015, invece, presumibilmente per soddisfare le esigenze del *politically correct* di un Governo guidato dal PD e senza un adeguato supporto tecnico-giuridico, ha ritenuto di poter creare una ulteriore fattispecie generale di lavoro (ora comunemente definito etero-organizzazione), intermedia tra quelle degli artt. 2094 c.c. e 409, n. 3, c.p.c., ricollegandole l'intera disciplina tipica del lavoro subordinato.

Questo, *tout court* e improvvidamente, sempre a mio avviso, giacché, come ammesso dalla celebrata sentenza n. 1663/2020 della Suprema Corte, nel dichiarato esercizio della funzione nomofilattica, e dalla dottrina dominante, non tutti i tratti di quella disciplina sono compatibili con le caratteristiche peculiari delle nuove tipologie di lavori indotte dalla rivoluzione digitale. Sul punto tornerò più avanti.

Il banco di prova per le esercitazioni ermeneutiche sulla nuova norma, prima in dottrina e subito dopo in giurisprudenza, è stato offerto dalla tipologia emergente dei c.d. *riders*, in un clima politico-mediatico acceso apparendo essi, per alcuni versi, assimilabili all'archetipo di lavoratore subordinato. Appartengono ad un ceto sociale debole, lavorano per strada in qualunque condizione atmosferica, sono prevalentemente immigrati, la piattaforma può localizzarli, non godono di alcuno statuto protettivo (a

³ Cfr., ad es., Cass. n. 4476/2012.

parte la primissima esperienza di Foodora, le imprese del *delivery* non stipulano con loro contratti di co.co.co.).

Di contro, però, la loro collaborazione presenta alcuni tratti caratterizzanti radicalmente incompatibili non solo con la fattispecie dell'art. 2094 c.c. ma anche con qualsiasi fattispecie di attività etero-organizzata. Infatti non hanno l'obbligo di lavorare, ed oltre al se, sono liberi di stabilire il quando, il quanto, il dove (potendo scegliere il luogo in cui posizionarsi per ricevere le chiamate della piattaforma), il come (con quale mezzo e secondo quale percorso) lavorare. Infine, non hanno neppure l'obbligo di fedeltà (potendo collegarsi liberamente a più piattaforme).

La persistente miopia del legislatore del 2015 poc'anzi denunciata ed altresì quella delle imprese del *delivery*, che hanno ritenuto troppo scomodo il ricorso alla fattispecie dell'art. 409, n. 3, c.p.c., hanno creato le migliori condizioni affinché negli interpreti dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, si formasse il retropensiero della sua ineluttabile applicabilità ai *riders*, a mo' (per usare le parole di Riccardo Del Punta) di "una sorta di scivolo che riconduce all'ambito effettuale della stessa [della fattispecie dell'art. 2094 c.c.] le forme contrattuali di confine"⁴.

Il risultato è stato conseguito a prezzo di forzature logiche, tecnico-giuridiche, financo grammaticali, che ho ritenuto di poter riscontrare nella già menzionata sentenza n. 1663/2020 della Suprema Corte⁵, alla quale si è conformata la prevalente giurisprudenza di merito. Forzature, a cominciare dalla fantasiosa configurazione dell'art. 2, comma 1, come "norma di mera disciplina", pur rinvenibile anche in dottrina⁶.

Né certo un credibile «puntello» a questo orientamento giurisprudenziale è venuto, al di là dell'ipotetica *intentio* del legislatore, dall'intervento operato nel 2017 sul versante delle co.co.co. con l'aggiunta, all'art. 409 c.p.c., n. 3, della precisazione per cui «La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di co-

⁴R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 371.

⁵P. TOSI, *La Corte di cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020*, in *Lav. dir. Europa*, n. 1, 2020.

⁶Un giovane e pur valente studioso, ad esempio, si è spinto, assai disinvoltamente, a prospettare, con riguardo al testo originario dell'art. 2, comma 1, la sostituzione dell'avverbio (aggiuntivo) «anche» con la locuzione (restrittiva) "quantomeno" al fine di dotare la norma "di contenuto minimo sufficiente" che ne consenta l'applicazione "senza necessità che si perfezioni la tradizionale qualificazione del rapporto": V. MAIO, *Il lavoro per le piattaforme digitali tra qualificazione del rapporto e tutele*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 582 ss., qui pp. 592-593.

mune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa».

Nella citata sentenza, la Suprema Corte stabilisce una equazione tra etero-organizzazione e imposizione delle modalità di coordinamento da parte del committente.

L'imposizione delle modalità di coordinamento non può però evincersi, contrariamente a quanto assunto dalla Corte, dalla loro determinazione da parte del committente giacché l'accordo richiesto dalla novellata norma codicistica può essere costituito dall'accettazione, pure per fatti concludenti, da parte del collaboratore delle modalità proposte (*rectius*, determinate) dal committente⁷. Senza che in ciò possa ravvisarsi nel nostro ordinamento, in mancanza di una diversa specifica previsione, la compromissione della volontà del collaboratore.

V'è solo da aggiungere, per completezza, che non sono mancate e non mancano tuttora sentenze di merito pervicacemente ostinate ad adottare la qualificazione del rapporto come subordinato pur se, francamente, ha dell'inverosimile la riconduzione alla fattispecie dell'art. 2094 c.c., imperniata su «chi si **obbliga** a collaborare nell'impresa [...] sotto la direzione dell'imprenditore», di chi, va ribadito, è libero di decidere se, quando, quanto e come lavorare.

A mio avviso, peraltro, il *punctum dolens* (che accomuna alla giurisprudenza la dottrina di cui mi occuperò tra breve) è la sottovalutazione, anzi, l'omessa considerazione, nel suo complesso, della riforma operata dal d.l. n. 101/2019 (conv. in legge n. 128/2019); il quale novellando, all'interno del Capo I, l'art 2, comma 1, ha contestualmente aggiunto il Capo V-*bis* contenente la "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali".

6. I sottotipi di co.co.co. e il nuovo sottotipo di lavoro subordinato

Orbene, l'art. 47-*bis*, comma 1, precisa che, «fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 1, le disposizioni del presente capo stabiliscono 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 [...] attraverso piattaforme anche digitali». Il comma 2 aggiunge che «**ai fini di cui al comma 1** si considerano piattaforme digitali i

⁷ Si vedano i puntuali rilievi di F. CARINCI, *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 961 ss.

programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione».

Dunque è (*rectius*, considerato il corrente panorama dottrinale e giurisprudenziale, dovrebbe essere) giocoforza prendere atto che la novella del 2019 ha creato per i ciclofattorini, date le innegabili peculiarità della loro attività, un sottotipo di co.co.co., individuando gli elementi fisionomici del coordinamento implicato dall'attività medesima e correlandogli una specifica disciplina protettiva. “Salvo”, appunto – ed è questa la ragione della premessa – che la piattaforma limiti l'autonomia del collaboratore al di là di quanto strettamente indispensabile per l'esecuzione dello specifico servizio di presa e consegna di un bene al cui espletamento ha accettato di impegnarsi.

Certa giurisprudenza di merito, non lo ignoro, ritiene che ciò si verifichi qualora la piattaforma, nell'affidare l'incarico, utilizzi il c.d. *ranking*, cioè orienti i propri algoritmi in modo che siano interpellati prioritariamente, anche solo in parte e in taluni *slots*, i ciclofattorini individuati dagli algoritmi medesimi come più assidui. Il meccanismo, in quanto penalizzante per i ciclofattorini pretermessi, è ritenuto assimilabile all'esercizio del potere disciplinare cui soggiace il lavoratore subordinato e conseguentemente rilevante ai fini della qualificazione del rapporto.

A parte l'evidente inconsistenza giuridica dell'assimilazione, va rilevato che tale meccanismo non attiene alle “modalità di esecuzione” della collaborazione né esplica ingerenza alcuna nella sfera di autonomia dei collaboratori bensì attiene esclusivamente alla libertà di scelta, da parte del committente, dei soggetti cui proporre l'incarico tra quelli che risultano, in un dato momento, per loro decisione, disponibili ad assumerlo. Anzi, più questa scelta è libera più ci si avvicina alla fattispecie limite del contratto d'opera⁸.

Il Capo V-*bis* correda il rapporto di lavoro dei ciclofattorini che presenta gli elementi di fattispecie descritti nei menzionati commi 1 e 2 dell'art. 47-*bis* di una specifica tutela. Sia essa da ritenersi adeguata o no è questione che riguarda esclusivamente il legislatore; comunque, va ad aggiungersi a quella sul piano assistenziale e previdenziale, di cui ho detto, derivante

⁸Non più di un cenno in nota merita l'argomento, rinvenibile in una recente sentenza del Tribunale di Palermo, secondo cui l'accordo sul servizio assegnato al ciclofattorino sarebbe privo del consenso dal lato del committente essendo l'attribuzione dell'incarico decisa da un algoritmo impersonale. Come se le decisioni della macchina non fossero imputabili al soggetto che ad essa le affida. A conferma che il ruolo della fantasia nell'interpretazione teleologicamente orientata non ha limiti.

dalla necessaria iscrizione alla Gestione separata dell'INPS ai sensi dell'art. 2, comma 26, legge n. 335/1995.

Questa norma, infatti, pur contenendo lo specifico riferimento alla fattispecie dell'art. 409, n. 3, c.p.c., detta una disciplina di carattere generale che riguarda tutti quanti esercitano “per professione abituale, ancorché non esclusiva, lavoro autonomo”, *id est* lavoro non subordinato, a prescindere dalla sua qualificazione.

Per contro i ciclofattorini neppure in forza dell'art. 2, comma 1, stando a coloro che lo considerano ad essi applicabile, potrebbero essere iscritti alla Gestione Ordinaria dell'INPS, che attiene esclusivamente al lavoro subordinato, quale quello di cui a tale articolo, per definizione, non è.

Mi si consenta allora di ripetere che tra lavoro autonomo e lavoro subordinato è ineluttabile la sussistenza di una, ed unica, fattispecie generale di lavoro coordinato senza subordinazione, quella di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. Fermo restando, ovviamente, che il legislatore può ritenere socialmente opportuno individuare, e corredare di specifica disciplina, fattispecie sotto-tipiche di lavoro non subordinato.

Così il legislatore ha proceduto con il Capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015 e parimenti con il d.lgs. n. 36/2021 nell'«area del dilettantismo», in cui il lavoro sportivo «si presume oggetto di contratto di lavoro autonomo, nella forma della collaborazione coordinata e continuativa» (art. 28, comma 2, d.lgs. n. 36/2021 come sostituito dall'art. 16 del d.lgs. n. 163/2022, nella ricorrenza dei «requisiti» indicati nelle lett. a) e b) dello stesso comma 2).

Invece «nei settori professionistici, il lavoro sportivo prestato dagli atleti come attività principale, ovvero prevalente, e continuativa si presume oggetto di contratto di lavoro subordinato» (art. 27, comma 2) salva la ricorrenza dei requisiti indicati nel comma 3.

È tuttavia importante sottolineare come si tratti di una fattispecie sotto-tipica di lavoro subordinato giacché ad essa si applica una disciplina resa appunto speciale dall'abbondanza e dall'incisività delle previsioni ablativo o adattative delle norme correlate alla fattispecie dell'art. 2094 c.c. (art. 26, commi da 1 a 7).

7. La relazione di Campobasso di Marina Brollo e la questione nell'ultima dottrina

Quanto appena rilevato è il miglior viatico per tornare al principio di queste riflessioni, cioè alla moda che ho definito dello sfrangiamento della

fattispecie tipica del lavoro subordinato e dell'articolazione della relativa disciplina.

Dico subito che, anche per ottuagenaria pigrizia, mi varrò largamente del contributo recato in materia dalla relazione di Marina Brollo alle recenti giornate di studio Aidlass di Campobasso.

Marina prende opportunamente le mosse, per le sue dense riflessioni, dall'avvertimento di Edoardo Ghera⁹, così da lei sintetizzato: occorre “tenere **distinta la subordinazione**, che resta *effetto* essenziale del contratto di lavoro, come assoggettamento del prestatore al potere direttivo e gerarchico dell'imprenditore, dalla **situazione o status di sottoprotezione sociale**, che è alla base (*ratio*) delle tutele inderogabili e ancor più dei diritti sociali del lavoratore non solo come contraente debole, ma anche come cittadino (**bivalenza della subordinazione**)”.

Marina richiama poi, ancora opportunamente, la “«prudenza»” raccomandata da Massimo D'Antona nel risalente ma sempre fondamentale saggio del 1995¹⁰, “al cospetto, osserva la Relatrice, dell'”avvento dei modelli organizzativi «deconcentrati e flessibili» della produzione [che] rende incerto non solo il significato classificatorio, ma anche quello assiologico della subordinazione, essendo in discussione il «*chi*» della tutela, il «*come*» e soprattutto il «*perché*»: quali lavoratori tutelare mediante la eterodeterminazione dei contenuti del contratto; in quali forme normative, in funzione di quale bilanciamento di valori nella sfera socio-economica”.

L'esplorazione prudente di Massimo D'Antona nella valutazione della Relatrice ha prodotto il risultato importante secondo cui “il corpo normativo del diritto del lavoro attualmente polarizzato attorno alla figura del lavoratore subordinato **va disaggregato e riorganizzato in tre livelli**, ma si potrebbe dire in tre cerchi concentrici in cui il più largo comprende il lavoro senza aggettivi, l'intermedio occupato dai contratti di lavoro, sia autonomo sia subordinato, che realizzano l'integrazione onerosa del lavoro nell'attività economica del datore/committente [in definitiva, io direi, l'integrazione tramite un coordinamento funzionale con l'organizzazione produttiva], il cerchio interno [o ultimo] raccoglie, infine, il lavoro subordinato in senso stretto”.

Dal prosieguo della relazione di Marina risulta però che la dottrina dei giorni nostri pare non avere più come consiglia la salutare prudenza.

⁹Tratto da E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁰M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 63ss.

Il colto ed elegante «lungo saggio» di Adalberto Perulli e Tiziano Treu¹¹ vuole darsi carico, con ampio respiro, delle esigenze di congrue tutele postulate dall'avvento di nuove e multiformi tipologie lavorative indotte dalle trasformazioni del sistema economico-produttivo e, correlativamente, del tessuto sociale nell'era della digitalizzazione.

All'uopo viene suggerita al legislatore l'adozione di una tecnica definita da Marina come “matriciale, ordinata in base ai valori e ai principi” e non più “secondo la logica fattispecie-effetti”. Una tecnica indubbiamente suggestiva, ma poco idonea ad offrire al legislatore indicazioni guida affinché possa, abbandonando le “categorie preconfezionate”, fornire al giudice parametri di riferimento per operare, nel concreto, una articolazione delle tutele ragionevolmente affidabile, non rimessa al suo soggettivo senso della giustizia.

Tanto che, non può non rilevare la Relatrice, dalla tecnica matriciale scaturisce, in definitiva, la proposta di sostituzione delle co.co.co. con il lavoro autonomo economicamente dipendente (L.A.E.D.); cioè, mi permetto di osservare, con una indistinta fattispecie-voragine.

Il contributo di Edoardo Ales, peraltro offerto in un saggio dedicato al lavoro agile¹², è considerato da Marina “un'analisi ampia ed articolata dell'approccio legislativo a fronte del dilagare di modalità «non tipicamente subordinate» di svolgimento della prestazione di lavoro e della necessità di apprestare per esse tutele adeguate”.

L'analisi conduce Ales a constatare come quell'approccio abbia generato uno scenario di «elevato grado di confusione» determinato dai diversi metodi di risposta a tale necessità, rispondenti a brillanti etichette: “rimediale estremo, per le co.co.org.; auto-contraddittorio per i *rider*, chiarificatore concettualizzante, per le co.co.co.; indifferente alla fattispecie nella normativa per la trasparenza; autodeterminazione controllata delle parti per il lavoro agile”.

Tale «confusione», così è sintetizzato da Marina il pensiero di Ales, “solo il *legislatore* è in grado di dissipare, seguendo la traccia segnata dalla normativa sulla trasparenza (D.L.vo. n. 104/2022), incentrata sul **nesso rischio-bisogno-tutele**, che rifiuta l'esclusione aprioristica di taluni effetti (tutele) rispetto a determinate fattispecie”.

¹¹ A. PERULLI-T. TREU, “In tutte le sue forme e applicazioni” – *Per un nuovo statuto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2022.

¹² E. ALES, *Ragionando su “fattispecie” ed “effetti” nel prisma del lavoro agile*, in R. SANTAGATA DE CASTO-P. MONDA, (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, in *Quad. Dir. merc. lav.*, n. 13, 2022, p. 37 ss., spec. p. 690.

Ma come a tal fine il legislatore dovrebbe concretamente operare resta misterioso. Tanto che Ales, non può non rilevare Marina, “dopo aver ribadito la perdurante capacità della subordinazione di soddisfare le esigenze di tutela vecchie e nuove, aggiunge «qualora costruita dal legislatore in maniera **puntuale ma flessibile** [«qui il neretto è mio»] a svolgere la sua funzione di tecnica di tutela”.

Il culmine, ma spererei piuttosto l'epilogo, della moda di destrutturazione delle fattispecie e di abbandono degli indici di subordinazione è segnato dall'ultimo saggio che la Relazione assume come rappresentativo della dottrina di questi giorni, quello di Giuseppe Ferraro¹³, della cui elegante facondia Marina pare, almeno in principio, subire il fascino. Osserva infatti che l'A. “parte dalla riforma (in tre fasi 2015-2017-2019) delle collaborazioni coordinate e continuative attribuendo ad essa il merito di aver dato all'elaborazione dottrinale sulla subordinazione una «scossa salutare», liberandola da «**dogmi inveterati**» e da «**incrostazioni polverose**», entrambi avallati da una giurisprudenza conservatrice e appiattita su una «definizione oleografica del lavoro dipendente», ogni giorno sempre più lontana dal mondo reale”.

Ma queste frasi icastiche rivelano il loro spessore solo affabulatorio da subito, allorché (sempre a p. 351) il processo regolativo che ha preso le mosse dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 181/2015 viene esaltato in quanto riferito ad «una figura social-tipica paradigmaticamente assunta quale modello di nuovi rapporti di produzione. Figura sociale e prototipo giuridico che è andato ad affiancarsi a quel prototipo impolverato che affiora dalla trama dell'art. 2094 c.c.». Tuttavia, una «figura sociale» che resta avvolta dal mistero fino al termine del saggio, quindi rimessa alla fantasia dell'interprete, cui competerebbe il compito di stabilire liberamente i confini della «dilatazione della fattispecie» finalizzata all'estensione della disciplina tipica (come propugnato a p. 354).

Già, perché per Ferraro è sufficiente l'obiettivo estensivo a determinare la produzione degli effetti senza la necessità dell'individuazione di una nuova fattispecie, bastando all'uopo l'adozione di «una concezione funzionale, e non statica della subordinazione». Anche perché, ammette l'A., una nuova fattispecie tra quella del lavoro subordinato e quella del lavoro solo coordinato non è immaginabile perché sarebbe inevitabilmente appiattita sulla seconda.

¹³ G. FERRARO, *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 369 ss.

Senza dire che Ferraro dedica considerazioni non proprio perspicue alla (distinzione ovvero) endiadi di etero-direzione ed etero-organizzazione da un lato e mero coordinamento dall'altro, riconoscendo peraltro la fragilità, quale spartiacque, dell'espedito del previo «consenso delle parti»¹⁴.

8. Merito e legittimità nei giudizi di qualificazione con il metodo degli indici di subordinazione

Penso risulti a questo punto evidente la mia convinzione che la qualificazione dei rapporti di lavoro, nel contesto dell'ordinamento positivo, debba necessariamente essere operata con il metodo della sussunzione per approssimazione, sulla base della variabile sussistenza e combinazione degli indici elaborati nell'esperienza giurisprudenziale.

Penso risulti altrettanto evidente la mia consapevolezza che questo metodo comporta inevitabilmente un'ampia discrezionalità in capo al giudice; una discrezionalità in cui è giocoforza ammettere che possa insinuarsi con particolare accentuazione la sua c.d. «precomprensione». Da qui la necessità che egli sia sensibile al monito, mirabilmente argomentato dal Maestro Luigi Mengoni¹⁵, circa il dovere del giudice, a tutti i livelli, di governare la propria «precomprensione». Da qui altresì l'utilità del controllo della dottrina, cui ho fatto prima cenno, circa l'attuazione, nelle sentenze, di quel monito.

Ho scritto volutamente «a tutti i livelli» perché non so resistere alla tentazione di tornare ancora sul tema dei limiti del sindacato della Corte di Cassazione nei giudizi comportanti l'anzidetta discrezionalità valutativa¹⁶.

¹⁴ Volendo, si può apprezzare anche la prospettazione (a p. 367) di «due nozioni di collaborazioni, una sul piano sostanziale e una sul piano previdenziale». Ciò, malgrado, come ho prima osservato, l'art. 2, comma 26, legge n. 335/1995 ascrive alla Gestione separata dell'INPS tutte le prestazioni di lavoro non subordinato.

¹⁵ Per i riferimenti rinvio a P. TOSI, *Il metodo nel diritto del lavoro. La lezione di Luigi Mengoni*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 875 ss.

¹⁶ Esempio paradigmatico della tenuità (qui, direi, della insussistenza del limite in arresti non certo isolati della Suprema Corte) è offerto dalla citata sentenza n. 1663/2020. Nel commento ad essa (citato in nota 6), dopo avere, specie nel par. 5 richiamato i termini generali della questione, ho ritenuto di poter concludere (nel par. 7) la mia documentata disamina rilevando che «l'incursione della Suprema Corte nel merito della vicenda contenziosa ... giunge a riscrivere la motivazione della sentenza impugnata [colmandone le lacune quanto alla descrizione del fatto e alle sue implicazioni di diritto] al fine di meglio ar-

Per di più sollecitato dal prezioso contributo, per così dire «dall'interno», recato in materia, dall'angolazione delle c.d. «clausole generali», da un Consigliere della Suprema Corte di cui apprezzo la lucidità e la robustezza metodologica¹⁷.

Il saggio cerca di tranquillizzare “qualche sospettoso lettore della giurisprudenza della Corte sul tema” (nel cui novero non nego certo di rientrare!) fugando il suo “dubbio che, oltre le ribadite affermazioni di principio, il confine del sindacato sia mobile nell'applicazione operata nelle controversie che giungono all'attenzione dei vari collegi, decisamente influenzato, volta per volta, dalle suggestioni del fatto che interpella le coscienze dei consiglieri e il loro sentimento di giustizia del caso concreto”.

All'uopo, analizzate attentamente le varie speculazioni teoriche che hanno recentemente segnato il percorso della Suprema Corte volto a preservare il *discrimen* tra merito e legittimità, l'A. deve infine prendere atto dell'esito di tale percorso: “il quadro complessivo che emerge dalle numerose pronunce di legittimità in materia restituisce l'impressione che, pur ribadendosi l'assunto che il giudizio applicativo di clausole generali rappresenta una *quaestio iuris*, si tende a preservare una sfera di intangibilità riservata al giudizio di merito”.

Ma allora l'A. torna a dover rassicurare “chi adombra l'insinuante sospetto secondo il quale la Corte dichiarerebbe il vizio di sussunzione solo laddove il criterio di valore, utilizzato dal giudice di merito nell'apprezzare le circostanze del caso concreto fondanti il licenziamento, non coincida con quello della maggioranza che compone il collegio decidente, animata da pur comprensibili impulsi equitativi” [o viceversa, aggiungerei, negherebbe il vizio qualora il criterio di valore coincidesse].

Lasciando allora da parte la *querelle* se il *discrimen* tra merito e legittimità sia o meno di carta velina, assimilabile ad una *fictio*, poiché si tratta di un *discrimen* comunque insito nell'ordinamento processuale, quel che conta è che la rassicurazione, quanto al rispetto del *discrimen* medesimo, sia affidata dall'A. a raccomandazioni del tutto ragionevoli, che condivido *in toto*, al Giudice della legalità, anche in vista di un minimo di certezza del diritto: “per liberare il campo da dubbi leciti, in presenza di sentenze che investano le giustificazioni di un licenziamento occorre porre la questione

gomentare la ricorrenza, nel caso concreto, della etero-organizzazione della «fase funzionale del rapporto»”.

¹⁷ F. AMENDOLA, *Il sindacato della Corte di cassazione sulla giustificazione del licenziamento*, in *Lav. dir. Europa*, n. 2, 2023.

del serrato controllo dell'argomentazione giuridica che le sorregge, che non può limitarsi alla salvifica invocazione di non meglio precisati dati extra sistemici corrispondenti ad una supposta comune civiltà del lavoro ovvero alla seriale enumerazione di norme costituzionali e sovranazionali che esprimerebbero principi asseritamente idonei a regolare il caso di specie”.

Ovviamente, i medesimi oneri di motivazione (e di radicazione dei valori nel sistema dell'ordinamento positivo) non possono non gravare anche sul soggetto «controllante». E occorre confidare che il loro assolvimento non sia ostacolato dalle esigenze di “speditezza” che paiono animare, con il viatico legislativo, i lavori anche della Sezione lavoro della Corte di Cassazione.

9. Non una conclusione ma un auspicio

Avendo ricostruito il contesto normativo sulla cui base, a mio avviso, i lavori vecchi e nuovi vanno ordinati e qualificati per ricondurre loro le tutele correlate alle diverse fattispecie offerte dall'ordinamento (perché è dalle fattispecie che si deve partire e non da questo o quel nucleo di disciplina ritagliato arbitrariamente dall'interprete alla ricerca, poi, di una fattispecie cui imputarla), più che con una conclusione ritengo di poter terminare con un auspicio.

L'auspicio che la dottrina giuslavorista cessi di fare teoresi mescolata a politica del diritto per tornare a fare ermeneutica giuridica. Forse la giurisprudenza, sempre più sedotta dalle operazioni valoriali teleologicamente orientate, potrebbe, ancora auspicabilmente, trarne giovamento nella prospettiva disegnata nel paragrafo precedente.

Ciò, per usare ancora le parole conclusive del saggio con cui mi sono confrontato, “in nome di un positivismo moderato che – alieno dalle fascinazioni creative della osannata comunità interpretante – fornisca al giudice strumenti volti ad eliminare o, quanto meno ridurre l'arbitrio soggettivo che attinga a non meglio definite coscienze comuni e rendano controllabile la decisione che sia adeguatamente motivata”.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2025
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana delle pubblicazioni di “FA.RI sul lavoro”

Le monografie della collana sono pubblicate a seguito di una procedura di revisione assicurata, oltre che da un membro del comitato di direzione, da componenti del comitato di valutazione con referaggio doppio cieco (*double blind peer review*).

Comitato di valutazione:

Alessandro Boscati, Marina Brollo, Guido Canavesi, Carlo Cester, Loredana Ferluga, Valeria Filì, Alessandro Garilli, Domenico Garofalo, Valerio Maio, Massimiliano Marinelli, Michel Martone, Michele Miscione, Marco Mocella, Severino Nappi, Antonella Occhino, Giuseppe Pellacani, Roberto Pessi, Carlo Pisani, Federico Putaturo, Giulio Quadri, Alessandro Riccobono, Francesco Santoni, Adriana Topo, Anna Trojsi.

Volumi pubblicati

1. *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, a cura di Giampiero Proia, 2020.
2. *I nuovi ammortizzatori sociali dopo la pandemia*, a cura di Emilio Ballelli, 2021.
3. *La dirigenza degli enti locali alla prova della contrattazione collettiva*, a cura di Rosario Santucci e Mario Cerbone, 2022.
4. *Appalti e lavoro: problemi attuali*, a cura di Giampiero Proia, 2022.
5. *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, a cura di Alessandro Bellavista e Rosario Santucci, 2022.
6. *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro. Opinioni a confronto*, a cura di Emilio Ballelli e Rosario Santucci, 2023.
7. *Considerazioni preliminari alla riforma del processo civile in materia di lavoro*, a cura di Enrico Gagnoli e Ilaria Bresciani, 2023.
8. MARCO GAMBACCIANI, *Diritti sindacali partecipativi e «dovere» di contrarre*, 2023.
9. *Current Issues of EU Collective Labour Law*, edited by Alberto Pizzoferrato and Matteo Turrin, 2024.
10. SILVIO BOLOGNA, *Le mansioni del lavoratore tra garantismo e liberalizzazione*, 2024.
11. LAURA FOGLIA, *La prestazione esigibile nel contratto di lavoro subordinato*, 2024.
12. *Organizzazione e lavoro nel settore dei trasporti tra generalità e specialità. Il contratto di logistica. Atti del Convegno Verona, 20-21 ottobre 2023*, a cura di Francesco Santoni e Chiara Tincani, 2024.
13. *La privatizzazione del pubblico impiego trent'anni dopo. Atti del Convegno in occasione della presentazione degli Studi in onore di Alessandro Garilli. Palermo, 10-11 febbraio 2023*, a cura di Alessandro Bellavista e Alessandro Riccobono, 2024.

14. *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale tra rischi e benefici*, a cura di Rosario Santucci e Anna Trojsi, 2025.
15. *Autonomia collettiva e realtà economica. L'omaggio dei giuslavoristi ad Antonio Vallebona*, a cura di Roberto Pessi e Giampiero Proia, 2025.

