

# indice

## editoriale

- 493 MARIA VITTORIA BALLESTRERO  
*Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura controversa*

## saggi

- 509 GIORGIO FONTANA  
*Riflessioni minime sulle tutele del lavoro in epoca di epidemia (e di “post-liberismo”)*
- 539 CHARLES F.X. SZYMANSKI  
*Gli Stati Uniti al passo con l’Unione europea: l’inclusione dell’orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio*
- 559 GIUSEPPE GENTILE  
*La tutela del reddito nella liquidazione giudiziale: l’incerto destino dei lavoratori sospesi*
- 577 PIETER-AUGUSTIJN VAN MALLEGHEM  
*Alcune considerazioni sulla sentenza EPSU nella prospettiva del diritto costituzionale dell’Unione europea*
- 603 MILENA ANNA IMPICCIATORE  
*La formazione per l’occupazione nel mercato del lavoro che cambia*

## giurisprudenza

- 623 RAFFAELLO SANTAGATA  
*Trasferimento collettivo e discriminazione su base sindacale: legittimazione ad agire e prova*  
(Commento a Cassazione 2 gennaio 2020 n. 1)

- 643 EMILIA D'AVINO  
*La tutela dei lavoratori irregolari nelle aziende sottoposte ad amministrazione giudiziaria a partire dal “decreto Uber”*  
(Commento a Tribunale di Milano 27 maggio 2020 n. 9)
- 665 CARLA PANSINI  
*I nuovi confini applicativi dell'amministrazione giudiziaria delle aziende*  
(Commento a Tribunale di Milano 27 maggio 2020 n. 9)

**osservatorio**

- 683 WANDA FALCO  
*Il contratto di prossimità: una panoramica a nove anni dalla l. 148/2011*
- 697 LUIGI CAVALLARO  
*Sulle conseguenze del licenziamento intimato “blocco durante”: una nota*

**lavoro e ... tv**

- 707 EMANUELE DAGNINO  
*Una sitcom come glossario del diritto del lavoro e delle relazioni industriali?*  
*Il caso Superstore*
- 713 *Notizie sugli autori*
- 715 *Abbreviazioni*
- 717 *Indice annata 2020*
- 725 *Indice autori 2020*

In quest'anno sono stati sottoposti a referaggio, con esito positivo, i contributi di:

Edoardo ALES, Valentina ANNIBALI, Arianna AVONDOLA, Lucia D'ARCAN-  
GELO, Emilia D'AVINO, Michele FAIOLI, Giorgio FONTANA, Oscar GENOVESI,  
Andrea GENTILE, Giuseppe GENTILE, Milena Anna IMPICCIATORE, Pasquale  
MONDA, Valeria NUZZO, Carla PANSINI, Mari Teresa SALIMBENI, Raffaello  
SANTAGATA, Charles F.X. SZYMANSKI, Pieter-Augustijn VAN MALLEGHEM,  
Carlo ZOLI

Il referaggio è stato effettuato da:

Crisitina ALESSI, Amedeo ARENA, Gian Guido BALANDI, Maria Vittoria BAL-  
LESTRERO, Stefano BELLOMO, Marco BIASI, Silvia CIUCCIOVINO, Vincenzo  
FERRANTE, Giorgio FONTANA, Stefano GIUBBONI, Donata GOTTARDI, Gian-  
franco IZZO, Andrea LASSANDARI, Vito LECCESE, Carlo LONGOBARDO, Giu-  
seppe LUDOVICO, Sandro MAINARDI, Giampiero PROIA, Roberto ROMEL,  
Maria Luisa VALLAURI



# table of contents

## editorial

- 493 MARIA VITTORIA BALLESTRERO  
*The Blocking of Dismissals. The Reasons, Times and Ways of a Controversial Measure*

## articles

- 509 GIORGIO FONTANA  
*Short Reflections on Labour Protection in an Era of Epidemics (and ‘Post-Liberalism’)*
- 539 CHARLES F.X. SZYMANSKI  
*USA Keep Pace with the European Union: The Inclusion of Sexual Orientation in Employment Discrimination Law*
- 559 GIUSEPPE GENTILE  
*The Protection of Income in Judicial Liquidation: The Uncertain Fate of Suspended Workers*
- 577 PIETER-AUGUSTIJN VAN MALLEGHEM  
*Some Thoughts on the EPSU Decision from the Perspective of EU Constitutional Law*
- 603 MILENA ANNA IMPICCIATORE  
*Training for Employment in the Changing Labour Market*

## case law

- 623 RAFFAELLO SANTAGATA  
*Collective Transfer and Trade Union Discrimination: Legitimacy to Act and Proof*  
(Comment to Cassazione’s judgement 2 January 2020 n° 1)

- 643 EMILIA D'AVINO  
*The Protection of Irregular Workers in Companies Subject to Judicial Administration Starting from the 'Uber Decree'*  
(Comment to Milan Tribunal's Judgement 27 May 2020 n° 9)
- 665 CARLA PANSINI  
*The New Application Boundaries of the Judicial Administration of Companies*  
(Comment to Milan Tribunal's Judgement 27 May 2020 n° 9)

**observatory**

- 683 WANDA FALCO  
*The Proximity Collective Agreement: An Overview Nine Years after Act 148/2011*
- 697 LUIGI CAVALLARO  
*On the Consequences of the Dismissal Ordered 'During the Blocking': A Note*

**labour and ... tv**

- 707 EMANUELE DAGNINO  
*A Sitcom as a Glossary of Labour Law and Industrial Relations? The Superstore Case*
- 713 *Authors' information*
- 715 *Abbreviations*
- 717 *Table of contents 2020*
- 725 *Authors of 2020*

In this year the contributions written by the following authors have been successfully subjected to peer review:

Edoardo ALES, Valentina ANNIBALI, Arianna AVONDOLA, Lucia D'ARCAN-  
GELO, Emilia D'AVINO, Michele FAIOLI, Giorgio FONTANA, Oscar GENOVESI,  
Andrea GENTILE, Giuseppe GENTILE, Milena Anna IMPICCIATORE, Pasquale  
MONDA, Valeria NUZZO, Carla PANSINI, Mari Teresa SALIMBENI, Raffaello  
SANTAGATA, Charles F.X. SZYMANSKI, Pieter-Augustijn VAN MALLEGHEM,  
Carlo ZOLI

The referees have been:

Crisitina ALESSI, Amedeo ARENA, Gian Guido BALANDI, Maria Vittoria BAL-  
LESTRERO, Stefano BELLOMO, Marco BIASI, Silvia CIUCCIOVINO, Vincenzo  
FERRANTE, Giorgio FONTANA, Stefano GIUBBONI, Donata GOTTARDI, Gian-  
franco IZZO, Andrea LASSANDARI, Vito LECCESE, Carlo LONGOBARDO, Giu-  
seppe LUDOVICO, Sandro MAINARDI, Giampiero PROIA, Roberto ROMEL,  
Maria Luisa VALLAURI



**Maria Vittoria Ballestrero**

## Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura controversa

**Sommario:** 1. Qualche considerazione preliminare. 2. Il blocco dei licenziamenti nella successione dei decreti. 3. Le opinioni contrarie al blocco. 4. Blocco sì, ma con *juicio*. 5. Una lettura ragionevole (anche alla luce del d.l. 137/2020). 6. E dopo?

### I. *Qualche considerazione preliminare*

1. Mentre scrivo queste note (tra la fine di ottobre e l'inizio di novembre di questo *annus horribilis*), la seconda ondata della pandemia, piombata con violenza su un Paese impreparato e disorganizzato, ha costretto il Governo ad emanare, con una sequenza ravvicinata di dpcm (l'ultimo al momento è il dpcm del 3 novembre), nuovi provvedimenti restrittivi della libertà delle persone, accompagnati dall'imposizione di chiusure totali o forti limitazioni di attività di interi settori e dal ritorno alla DAD per milioni di studenti. Il *lockdown*, anche se non totale, mentre colpisce duramente settori già messi a terra dalle misure adottate nella primavera scorsa, scatena proteste non sempre pacifiche che l'emanazione del d.l. 137 del 28 ottobre (c.d. decreto "ristori") non è riuscita a placare. Il Consiglio dei Ministri ha approvato un secondo d.l. "ristori" (detto "ristori bis") e a giorni ne arriverà un terzo.

Il fosco quadro sanitario, il più che preoccupante quadro economico, l'inquietante quadro sociale fanno sembrare per certi versi grottesche le baruffe tra giuristi che spaccano il capello in quattro nell'interpretazione di misure emergenziali con le quali – non senza affanno e spesso con scarsa precisione – chi governa tenta di dare risposte ai tanti bisogni, gravi e urgenti, creati o aggravati dalla pandemia. Un bell'esempio di questa attitudine dei

giuristi (mi riferisco qui ai giuslavoristi tra i quali mi annovero anche io da lunga pezza) potrebbe ritenersi la discussione innescata dal “blocco dei licenziamenti”: una misura così emergenziale da avere come unico precedente (in termini)<sup>1</sup> quello introdotto dal d.lgs.lgt. 21 agosto 1945 n. 523 (prorogato fino all’agosto del 1947)<sup>2</sup>, e così specificamente nostrana da trovare scarsi riscontri nelle misure con cui altrove in Europa i Governi stanno cercando di fronteggiare le gravi conseguenze sociali della pandemia<sup>3</sup>.

Potrebbe. Ma sarebbe un modo ingeneroso di rappresentare lo sforzo di confrontarsi con una misura, che anche a causa del progressivo slittamento del termine di scadenza (ora fissato dal d.l. 137 al 31 gennaio 2021, ma già è stata preannunciata la proroga al 31 marzo 2021)<sup>4</sup>, tocca il nervo scoperto di una prerogativa che gli imprenditori considerano sacra e inviolabile: la libertà di licenziare, o, detta meno brutalmente, la libertà di scegliere in ordine al *quantum* (oltre che all’*an* e al *quomodo*) dell’impresa, corollario della libertà di iniziativa economica garantita dall’art. 41, comma 1, Cost. Una misura, il blocco dei licenziamenti, che mette sul piatto della discussione i valori di fondo coinvolti nel gioco degli interessi in conflitto.

Cercherò di riepilogare le letture possibili del blocco dei licenziamenti collettivi e individuali alla ricerca di quella a mio giudizio più ragionevole<sup>5</sup>. A tal fine, è necessario tenere conto del succedersi delle discipline (a partire dal d.l. 18/2020, art. 46, fino alla – per ora – più recente: art. 12, commi 9, 10, 11, d.l. 137/2020): al mutamento delle discipline ha fatto seguito anche il mutamento delle interpretazioni circa l’estensione e lo stesso “significato” del blocco. Con una precisazione terminologica preliminare: uso riassuntivamente l’espressione “blocco dei licenziamenti”, per parlare di un divieto

<sup>1</sup> Ma occorre ricordare anche il blocco dei licenziamenti previsto dalla legge 675/1977.

<sup>2</sup> Su cui cfr. CAVALLARO, *Sulle conseguenze del licenziamento intimato “blocco durante”: una nota*, in questo numero della rivista.

<sup>3</sup> Diverse misure di salvaguardia del reddito dei lavoratori ma anche dei posti di lavoro sono state adottate in gran parte dell’Europa, Regno Unito compreso. Sui molti punti di contatto tra le misure italiane e quelle adottate in Spagna cfr. CARINCI M.T., *Covid-19 e “blocco” dei licenziamenti: ratio, limiti e opportunità di una misura in bilico tra il primo e il secondo comma dell’art. 41 Cost.*, in *DLRI*, 2020, pp. 571 ss.

<sup>4</sup> Il Governo ha mediato tra la pressione esercitata dai sindacati e la forte resistenza degli imprenditori rappresentati da Confindustria, compensando lo slittamento ulteriore della scadenza del blocco dei licenziamenti con l’intervento della Cassa integrazione Covid-19, senza contribuzione aggiuntiva in proporzione al fatturato.

<sup>5</sup> Accolgo così l’invito di SCARPELLI, *Proroga del blocco dei licenziamenti. Per favore diamone interpretazioni ragionevoli*, in *commat.it*, 20 agosto 2020.

che il legislatore non ha avuto, almeno all'inizio, il coraggio di chiamare con il suo nome.

## 2. Il blocco dei licenziamenti nella successione dei decreti

L'art. 46, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. con mod. in l. 27/2020, che introduceva per la prima volta il blocco dei licenziamenti, era intitolato "sospensione delle procedure di impugnazione dei licenziamenti" (l'inappropriata rubrica era stata poi opportunamente modificata nella legge di conversione)<sup>6</sup>. L'art. 46 precludeva per sessanta giorni l'avvio delle procedure di cui agli artt. 4, 5, 24, della legge 223/1991, e sospendeva nel medesimo periodo le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020<sup>7</sup>. Per gli stessi sessanta giorni era precluso (cioè vietato) al datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, recedere dal contratto per "giustificato motivo oggettivo" ai sensi dell'art. 3, l. 604/1966<sup>8</sup>.

Con il successivo d.l. 34 del 19 maggio 2020, c.d. "decreto rilancio", conv. con mod. in l. 77/2020, l'art. 46 del d.l. n.18 era stato modificato, portando a cinque mesi (quindi al 17 agosto 2020) la durata del blocco; era stata

<sup>6</sup> La legge di conversione (n. 27/2020) aveva modificato la rubrica dell'art. 46, nella seguente: "Disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo".

<sup>7</sup> La legge di conversione (n. 27/2020) ha introdotto un'eccezione (poi sempre confermata) al divieto di licenziamenti collettivi, facendo salve "le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto".

<sup>8</sup> Il richiamo all'art. 3, l. 604/1966 ha posto fin da subito la questione della estensione del divieto ai licenziamenti per ragioni attinenti alla sfera personale del lavoratore (come l'inidoneità sopravvenuta) che la giurisprudenza riconduce nell'area del g.m.o., alla quale pare ragionevole dare risposta positiva. Mi pare si possa concordare con l'opinione prevalente, secondo cui restano esclusi dal divieto, oltre ai licenziamenti disciplinari, i licenziamenti per ragioni tipiche proprie (come il superamento del periodo di comporta), il licenziamento *ad nutum* (nel caso del lavoro domestico, anche in considerazione della particolare situazione del datore di lavoro), il recesso per esito negativo della prova; i dirigenti sono inclusi nel divieto relativo ai licenziamenti collettivi. Per quanto riguarda il contratto a termine, essendo ammesso il recesso *ante tempus* solo per giusta causa, è fuori dal campo di applicazione del divieto (ma v. la diversa opinione di CARINCI M.T., *op. cit.*, che usa l'argomento della riconduzione dell'impossibilità sopravvenuta a giusta causa nel contratto a termine).

inoltre colmata una lacuna del testo precedente, includendo tra le procedure sospese anche quelle di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (g.m.o.) in corso ai sensi dell'articolo 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604<sup>9</sup>.

Sul blocco dei licenziamenti collettivi e di quelli individuali per ragioni tecnico-produttive (riassuntivamente, secondo l'uso corrente, "licenziamenti economici") è intervenuto nuovamente il d.l. 104/2020, c.d. "decreto Agosto", modificato dalla legge di conversione 126/2020. Non si è trattato in questo caso di una mera proroga della data di scadenza (malgrado la rubrica dell'art. 14), ma di una nuova disciplina. Intanto il termine – per le ragioni che richiamerò oltre – è diventato mobile, ferma restando la scadenza al 31 dicembre 2020, termine ultimo di fruizione della integrazione salariale o dell'esonero contributivo. Inoltre, ma per quello che qui interessa è la novità più importante, l'art. 14 ha segnato il passaggio da un divieto di carattere generale (così era nelle discipline precedenti, anche se non tutti i lavoratori a tempo indeterminato ne erano destinatari)<sup>10</sup>, ad un divieto (finalmente chiamato con il suo nome) soggetto a tre rilevanti eccezioni<sup>11</sup>. Se si tratti poi di

<sup>9</sup> Per brevità trascurò i problemi creati dalla "finestra" tra la cessazione degli effetti del blocco disposto dal d.l. 18/2020 e l'entrata in vigore del d.l. 34/2020. Nel d.l. n. 34, ma anche nel successivo d.l. n. 104, veniva inoltre introdotta una disciplina della revoca del licenziamento per g.m.o. in deroga alle previsioni di cui all'articolo 18, comma 10, della legge 20 maggio 1970 n. 300 (ma non dell'art. 5 d.lgs. 23/2015): una sorta di sanatoria per il licenziamento viziato (da nullità) intimato in costanza di divieto, che aveva suscitato molte perplessità tra i commentatori. Ma non vale più la pena di parlarne: la revoca del licenziamento è tornata alla sua disciplina ordinaria dopo la soppressione del comma 4, art. 14, d.l. 104/2020, ad opera della legge di conversione 126/2020. Era infine previsto, per quanto riguarda i trasferimenti d'azienda, che fino al 17 agosto 2020 la procedura di cui all'articolo 47, comma 2, della legge 29 dicembre 1990 n. 428, non potesse avere una durata inferiore a quarantacinque giorni nel caso in cui non fosse stato raggiunto un accordo.

<sup>10</sup> Cfr. GARGIULO, LUCIANI, *Emergenza Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti: commento all'art. 46 d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Consulta giuridica CGIL, Ediesse, 2020, p. 271 ss.

<sup>11</sup> Le eccezioni erano (e restano anche nella nuova disciplina di cui all'art. 12, comma 11, d.l. n. 137 del 28 ottobre 2020) le seguenti. I divieti non si applicano: a) nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società, nel caso in cui nel corso della liquidazione non si configuri un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'art. 2112 c.c.; b) nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, che preveda incentivi alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo (ai quali verrà in ogni caso riconosciuto il diritto di accedere alla Napi); c) ai licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione.

una versione del divieto flessibile nel *se* oltre che nel *quando* dipende da come si interpreta la non limpida formulazione dell'*incipit* dell'art. 14<sup>12</sup>, e se dunque le novità della nuova disciplina debbano essere lette nel segno della continuità o della discontinuità con la disciplina precedente, è questione controversa (*infra*, § 4).

Tornerò oltre sulle interpretazioni contrastanti cui ha dato luogo questa formulazione. Ma forse sarebbe più corretto usare il tempo imperfetto, perché l'art. 14 del d.l. 104 è stato sostituito dalla più recente (per ora) formulazione del divieto, contenuta nel c.d. "decreto ristori" (n. 137 del 28 ottobre 2020), ed è dubbio se le questioni interpretative suscitate dalla precedente disciplina siano riproponibili anche alla luce della disciplina più recente.

Affronterò l'argomento nella parte conclusiva di questo intervento. Ma è indispensabile ricordare sin d'ora che, a fronte del provvedimento di blocco dei licenziamenti "economici", già a partire dal d.l. 18/2020, il legislatore aveva disposto un sistema di sostegno del reddito dei lavoratori mediante intervento (all'origine per 9 settimane, successivamente 18, ora 24)<sup>13</sup> della Cassa integrazione ordinaria (Cigo), dell'assegno ordinario e della rediviva Cassa integrazione in deroga (Cigd) (per i datori di lavoro per i quali non trovano applicazione "le tutele previste dalle vigenti disposizioni in materia di sospensione o riduzione dell'attività"). Grazie all'introduzione di una apposita "causale" Covid-19, per i datori di lavoro che nell'anno 2020 "sospendono o riducono l'attività lavorativa per eventi riconducibili all'emergenza epidemiologica", venivano strutturati "istituti speciali di sostegno al reddito che, seppur inseriti nell'architettura più ampia del d.lgs. 148/2015, sono dotati di un proprio assetto procedimentale e causale (de-burocrattizzato), di una propria voce di finanziamento che è riferibile alla fiscalità generale (non più al rapporto contributivo), di un sistema di erogazione peculiare delle prestazioni"<sup>14</sup>. La disci-

<sup>12</sup> L'art. 14 destina (o destinava) il divieto di avviare le procedure di licenziamento collettivo, la sospensione di quelle avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020 (fatto salvo il caso dell'appalto), nonché il divieto di licenziamento per g.m.o. e la sospensione delle relative procedure in corso ai "datori di lavoro che non abbiano fruito integralmente dei trattamenti di integrazione salariale con causale 'Covid-19', ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali".

<sup>13</sup> In proposito segnalava LASSANDARI, *Rapporti sospesi e modelli crollati?*, in *LD*, 2020, p. 159, la difficile convivenza con il d.l. n. 9 del 2 marzo 2020, relativo alle imprese collocate nelle Regioni più coinvolte all'inizio dalla pandemia; il riassorbimento di quest'ultimo d.l. è avvenuto in seguito.

<sup>14</sup> Così FAIOLI, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno del reddito*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 167 ss.; cfr. anche le riflessioni critiche di DEL PUNTA, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi del Covid-19*, in *RIDL*, 2020, I, p. 251 ss.

plina di questi istituti (cui si è aggiunto l'esonero contributivo per un periodo massimo di 4 mesi in alternativa al ricorso all'integrazione salariale Covid-19) ha subito modificazioni in ragione della durata degli interventi e all'alternativa tra gratuità e contribuzione dei datori di lavoro. Non mi addentro nell'analisi, essendo sufficiente in questa sede fermarsi a riflettere sulla relazione (o bilanciamento, se si vuole) tra blocco dei licenziamenti e utilizzazione degli ammortizzatori sociali messi in campo come contrappeso all'imposizione di un vincolo giuridico di cui, almeno dai tempi dei "licenziamenti impossibili" (mi riferisco alla legge 675/1977), si era persa anche la memoria<sup>15</sup>.

### 3. *Le opinioni contrarie al blocco*

Si può dire con tutta tranquillità che la pandemia, se ha risvegliato la memoria, non ha certo fatto venire agli imprenditori, e più in generale ai datori di lavoro, la voglia di tornare a fare i conti con misure tanto fortemente limitative della loro libertà di decidere in ordine alla soppressione dei posti lavoro, dei quali, per le ragioni tecniche produttive e organizzative da loro insindacabilmente valutate, ritengono di dovere o potere fare a meno. La reazione negativa della parte datoriale era largamente prevedibile; la tolleranza *oborto collo* con cui è stato accolto e subito un blocco dei licenziamenti, che si avvia a toccare la durata di un anno, è stata condizionata alla garanzia di poter disporre di un massiccio intervento dello Stato, per finanziare gli ammortizzatori sociali che consentono di non sopportare il costo del mantenimento della stabilità nel posto di lavoro dei propri dipendenti assunti a tempo indeterminato (e neppure tutti)<sup>16</sup>: detto volgarmente, si tratta dello scambio tra divieto di licenziare e Cig gratuita<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> La legge 675/1977, parte rilevante del c.d. diritto del lavoro dell'emergenza, aveva introdotto il blocco dei licenziamenti conseguente all'intervento della Cassa integrazione straordinaria per causa di crisi aziendale di particolare rilevanza sociale o di dichiarazione di stato di crisi occupazionale.

<sup>16</sup> Se le misure che agevolano assunzioni, proroghe e riassunzioni a termine, nonché utilizzazioni in missioni a termine (introdotte dal d.l. n. 34 ed estese dal d.l. n. 104 derogando, fino al 31.12.2020, ai limiti imposti dal "Decreto dignità") non saranno sufficienti a garantire la conservazione del posto di lavoro, i lavoratori subordinati non protetti dal divieto di licenziamenti "economici", andranno ad ingrossare le fila dei disoccupati, destinatari di altre misure di sostegno del reddito. Quanto ai lavoratori autonomi che la pandemia ha messo sul lastrico, per loro non restano che i sussidi *una tantum*.

<sup>17</sup> Alle imponenti risorse messe in campo dallo Stato per finanziare gli ammortizzatori

Non sorprende che anche tra i giuslavoristi si siano fatte sentire le voci recisamente contrarie al blocco (specie nella versione dei d.l. 18 e 34): l'argomento, scontato, è la rivendicazione della libertà sancita dal primo comma dell'art. 41 Cost.; ma anche tra coloro che mostrano maggiore sensibilità alle istanze dei datori di lavoro, prevale un atteggiamento meno drastico: difficile negare, tenuto conto della giurisprudenza della Corte costituzionale, che una situazione di emergenza possa legittimare la compressione della libertà di iniziativa economica (purché però, si sottolinea, per un tempo limitato e con le necessarie compensazioni economiche).

Tornerò oltre sul punto. Per ora mi pare di dover segnalare la contrarietà al blocco dei licenziamenti espressa da coloro che, pur non mettendo in discussione la legittimità costituzionale di una misura temporanea di emergenza, la ritengono inutile, se non dannosa: a sostenerlo non è solo Pietro Ichino<sup>18</sup>, ma ci si può riferire alle sue argomentazioni, svolte con la consueta perentorietà, per comprendere il senso di questa critica *in apicibus* del blocco. Per il rilancio della nostra economia – scrive Ichino – “la ricetta non può essere quella di congelare la situazione occupazionale attuale, tenendo in letargo la forza-lavoro eccedentaria, nella speranza che nel giro di qualche anno essa venga riassorbita nelle stesse aziende in cui l'eccedenza si è verificata, bensì occorre attivare il più possibile il trasferimento delle persone dai settori colpiti dalla crisi a quelli che non ne sono colpiti o addirittura ne sono avvantaggiati. E comunque attivare i percorsi necessari per indirizzare subito efficacemente ciascuna persona in cerca di lavoro verso la situazione

sociali devono aggiungersi i massicci interventi a favore delle imprese (d.l. 23/2020, c.d. “decreto liquidità”, conv. in l. 40/2020. Come è noto, l'art. 1, d.l. 23/2020, subordina la concessione da parte di SACE s.p.a. della garanzia per finanziamenti all'assunzione in capo all'impresa beneficiaria dell'“impegno a gestire i livelli occupazionali attraverso accordi sindacali”. Sul significato e le scarse implicazioni pratiche di questa disposizione cfr. le riflessioni critiche di ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, pp. 439 ss., e CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, *WPCSDLE “Massimo D'Antona”.IT*, 427/2020.

<sup>18</sup> ICHINO, *Licenziamenti, un blocco che non fa bene a nessuno*, [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 20.10.2020; sviluppato nel contesto di un ragionamento ad ampio spettro l'approccio di CARUSO, *Pubbliche amministrazioni*, cit., p. 29 ss., che mette in evidenza lo scarto temporale del passaggio dalle misure di conservazione del lavoro a quelle di conversione e di agevolazione delle transizioni. Per quanto riguarda il blocco dei licenziamenti, l'A. elenca quattro diversi ordini di criticità, tra i quali la criticità di tipo giuridico costituzionale, essendo il blocco emergenziale compatibile con l'art. 41, co. 1, Cost. se temporaneo, mentre il protrarsi nel tempo ne determinerebbe l'in-costituzionalità sopravvenuta.

di *skill shortage* geograficamente e professionalmente più accessibile”. Insomma, è inutile congelare i lavoratori condannandoli “a un periodo lunghissimo di sostanziale disoccupazione, con deterioramento progressivo della loro *employability*”. Molto più utile investire l’enorme quantità di denaro che costa il blocco dei licenziamenti per dare finalmente avvio a quelle politiche attive del lavoro che in Italia non riescono a decollare<sup>19</sup>.

Non si può negare che la previsione di una seria difficoltà di reinserimento dei lavoratori “congelati” (*frozen workers?*) nelle aziende da cui sono stati mandati temporaneamente a casa abbia una sua ragionevole fondatezza: la pandemia lascerà sul campo molte imprese, che non avranno la capacità di ripartire, e con loro molti lavoratori, ai quali, senza la pronta ed efficiente attivazione di politiche attive del lavoro, che puntino specialmente sulla riqualificazione professionale, non potrà essere assicurato nessun futuro. Ciò tuttavia non toglie che alla critica distruttiva del blocco dei licenziamenti di cui sto parlando possano essere opposti contro-argomenti di buon senso, ben noti e richiamati da molti commentatori: la valenza politico sociale di una misura emergenziale adottata per garantire continuità dell’occupazione e del reddito ai lavoratori, e con essa stabilità al mercato del lavoro e al sistema economico nel suo complesso<sup>20</sup>; la non attualità dell’alternativa fra blocco dei licenziamenti e politiche attive del lavoro: per usare la metafora di Caruso, c’è un tempo per spegnere l’incendio, e un altro per ricostruire i ruderi che ha lasciato.

Alle spalle del “benaltrismo” di chi oppone al blocco la logica della *flexicurity*<sup>21</sup> sta tuttavia un argomento che di buon senso non è, e che rimanda invece alla scala di valori sulla quale poggia la considerazione fortemente critica riservata alle misure intese a salvaguardare la stabilità dei lavoratori nel posto di lavoro, oggetto di un dibattito che non da oggi ha largo corso

<sup>19</sup> E qui ICHINO, *op. cit.*, giustamente segnala i demeriti della gestione dell’ANPAL, affidata a un “presidente che risiede (e mantiene il suo precedente lavoro) nel Mississippi e che nei rari casi in cui governo e parlamento hanno potuto interloquire con lui ha mostrato di avere idee molto confuse sui problemi del mercato del lavoro italiano, in particolare su quelli dell’ente da lui stesso presieduto”.

<sup>20</sup> SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *RIDL*, 2020, I, p. 213 ss.

<sup>21</sup> Per una rilettura della *flexicurity* v. i saggi pubblicati in CARUSO, DEL PUNTA, TREU (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, Il Mulino, 2020, e in particolare l’analisi critica di BARBERA, *La “flexicurity” come politica e come narrazione*, *ivi*, p. 239 ss., di cui merita segnalare la parte dedicata alla “narrazione neo-individualista e neo-repubblicana”.

anche tra i giuslavoristi, a partire dalle polemiche sull'art. 18 St. lav., ma ri-proposto anche di recente<sup>22</sup>. Dibattito sul quale ho avuto già occasione di esprimere la mia opinione<sup>23</sup>, di cui risparmio ai lettori la ripetizione.

#### 4. *Blocco sì, ma con juicio*

Tra i giuslavoristi che si sono occupati in questi mesi del blocco dei licenziamenti sembra prevalere un approccio prudente, non contrario in linea di principio, ma favorevole a due condizioni: la temporaneità della compressione imposta alla libertà garantita dall'art. 41, comma 1, Cost.; la compensazione del sacrificio della libertà di ridurre il personale o licenziare i singoli lavoratori per g.m.o. con l'assunzione da parte dello Stato del costo della conservazione dei posti di lavoro in esubero.

A sostegno della condizione della temporaneità, invocata da pressoché tutti i commentatori, si richiamano le pronunce nelle quali la Corte costituzionale ha affermato la legittimità di alcune misure eccezionali che comportino la temporanea compressione dell'autonomia collettiva<sup>24</sup>, ritenendo l'argomento della salvaguardia di superiori interessi generali usato dalla Corte estensibile al blocco dei licenziamenti, benché la Corte medesima consideri, a partire dall'imponibile di manodopera in agricoltura, che il dimensionamento degli organici costituisca il nucleo essenziale della libertà d'impresa<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Mi riferisco alle proposte avanzate in ordine ai licenziamenti "economici", sia individuali che collettivi, da CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 20 maggio 2020, pp. 48 ss.

<sup>23</sup> Sono tornata sull'argomento nel saggio *Il lavoro tra diritto ed economia*, in *Labor*, 2019, p. 235 ss.

<sup>24</sup> Il riferimento è alla giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza sulla legge Vigorelli, per passare alle sentenze sulle misure emanate durante la crisi petrolifera, per arrivare alla sentenza 23 luglio 2015 n. 178, sul blocco della contrattazione collettiva nel settore pubblico. Sulla questione del dimensionamento dell'organico si può richiamare Corte cost. n. 121/2019, sulla legittimità delle disposizioni che prevedono la possibilità (in agricoltura) di addebitare contribuzione per lavoratori non preventivamente individuati nominalmente e personalmente. Più controvertibile il richiamo alla sentenza CGUE, 21.12.2016, causa C-201/15, *AGET Iraklis*, su cui cfr. le divergenti valutazioni di BIASI, *Liberty e Freedom nel blocco dei licenziamenti collettivi*, in *LDE*, n. 3/2020, e ORLANDINI, *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento "sbilanciato" tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, in *DLRI*, 2017, p. 203 ss.

<sup>25</sup> Cfr. Corte cost. 28 luglio 1993 n. 356, sulla illegittimità della legge delle Regione Sicilia che prevede l'obbligo di assunzione da parte dei privati di giovani utilizzati in progetti di utilità collettiva.

Resta tuttavia da capire cosa esattamente significhi blocco “temporaneo”. Abbiamo visto in questi mesi slittare via via in avanti la data di scadenza, il che sembra indicare che, negli atti se non nelle intenzioni del Governo (e del legislatore), questa misura emergenziale è destinata a durare quanto dura l'emergenza occupazionale che ne ha giustificato l'introduzione. Finite le illusioni dell'estate spensierata, siamo tornati in piena pandemia, fioccano *lockdown* sempre più stringenti che confinano in casa le persone e azzerano l'attività di interi settori: se si conviene che preminenti ragioni di ordine sociale rendono legittimo (e necessario se non indispensabile) il blocco dei licenziamenti, queste ragioni sono sempre lì a dirci che la temporaneità è una condizione incerta almeno nel quando.

Più complesso il ragionamento sulla condizione rappresentata dal c.d. bilanciamento tra sacrificio imposto ai datori di lavoro e compensazione dei costi. Il ragionamento è costruito sulla seguente premessa (largamente condivisa, il che non vuol dire che sia ineccepibile): sarebbe incostituzionale, per contrasto con l'art. 41 Cost. precludere al datore di lavoro “non solo di decidere (per un certo tempo) quale struttura organizzativa (personale) imprimere all'impresa, ma anche di sostenerne i costi senza alcuna considerazione per la loro sostenibilità economica”<sup>26</sup>.

Questa premessa può portare ad un rovesciamento prospettico nella lettura del blocco dei licenziamenti: come se la copertura, da parte dello Stato, dei costi sopportati dai datori di lavoro per garantire la continuità dell'occupazione dei propri dipendenti fosse costitutiva del divieto di licenziamenti collettivi e individuali per g.m.o., e non fosse, al contrario, il blocco dei licenziamenti costitutivo dell'assunzione da parte dello Stato della copertura dei costi. Potrebbe sembrare una questione di pura forma, ma non lo è, perché ha dato luogo a rilevanti implicazioni nell'interpretazione della disciplina del blocco dei licenziamenti di cui all'art. 14 d.l. 104/2020, che – come ho segnalato sopra – ha introdotto una disciplina più flessibile del divieto, rendendo mobile la data di scadenza, prevedendo tre rilevanti eccezioni, e soprattutto individuando come destinatari del blocco i datori di lavoro che “*non abbiano fruito integralmente* dei trattamenti di integrazione salariale con causale ‘Covid-19’, ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali”.

Senza entrare nei dettagli, in sintesi e tralasciando le opinioni “inter-

<sup>26</sup> CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 574; nello stesso senso ZOLI, *op. cit.*

medie”, il dibattito sull’art. 14 ha visto contrapporsi due opinioni, costruite su due contrastanti premesse: la discontinuità o la continuità della disciplina contenuta nel d.l. 104 rispetto alle precedenti.

Secondo una prima opinione<sup>27</sup>, che parte dalla premessa della discontinuità (nel senso che il divieto da rigido e generale è diventato flessibile e selettivo), il legislatore ha individuato la platea dei destinatari del blocco dei licenziamenti nei datori di lavoro che *non* abbiano *effettivamente* usufruito per intero dell’integrazione salariale con causale Covid-19 o in alternativa dell’esonero contributivo (al quale, merita sottolinearlo, è estranea l’anzidetta causale, essendo la fruibilità basata su altre condizioni). Di conseguenza, sia i datori di lavoro che abbiano integralmente usufruito degli ammortizzatori “speciali” (e questo pare pacifico a chi ritiene che divieto e compensazione economica si tengano inscindibilmente insieme), sia (e questo invece pacifico non è affatto)<sup>28</sup> i datori che non possano usufruire di essi (perché non ricorre nel loro caso la causale Covid-19), sia infine i datori di lavoro che scelgono di non usufruire di essi, non sono destinatari del blocco dei licenziamenti, e dunque sono liberi di dare corso, ricorrendone le ragioni giustificatrici e nel rispetto delle relative regole, alle riduzioni di personale e ai licenziamenti individuali per g.m.o., essendo liberi di procedere alle ristrutturazioni e riorganizzazioni della propria impresa secondo le proprie insindacabili valutazioni (eventualmente facendo ricorso alla Cassa integrazione straordinaria secondo il regime ordinario).

La contraria opinione<sup>29</sup>, con la quale per larga parte concordo, contesta un’interpretazione che, presentata come interpretazione letterale, in realtà forza la lettera della legge fino ad alterare le *rationes* che sorreggono il bilanciamento tra l’ulteriore slittamento del blocco e la disponibilità degli ammortizzatori sociali speciali.

Un primo punto sul quale merita soffermarsi è la premessa da cui parte il ragionamento: si tratta del pregiudizio sulla discontinuità dell’art. 14 rispetto alla normativa precedente. A me pare che abbia rilievo, per dare la giusta dimensione ad una discontinuità (che indubbiamente c’è ed è frutto

<sup>27</sup> La più approfondita trattazione è quella di MARESCA, *La flessibilità del divieto di licenziamenti per Covid (prime riflessioni sull’art. 14 D.L. n. 104/2020)*, in corso di pubblicazione in *Labor*, 2020.

<sup>28</sup> Non la pensa così l’INL, nota n. 713 del 16 settembre 2020.

<sup>29</sup> Specialmente SCARPELLI, *I licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: la proga del blocco nel D.L. n. 104/2020*, in corso di pubblicazione in *Labor* 2020.

di un compromesso politico), la circostanza che l'art. 14 sia contenuto nel d.l. n. 104, emanato in una fase nella quale ancora, prima della doccia gelata d'autunno, si immaginava la possibilità di un'uscita graduale dall'emergenza pandemica. Di questa gradualità fanno parte l'introduzione della flessibilità temporale del divieto, l'esclusione dal blocco dei datori di lavoro che hanno integralmente usufruito degli ammortizzatori disponibili (e dunque non possono più contare sulla copertura del costo della stabilità dei propri dipendenti), e la previsione delle eccezioni al divieto, tra le quali spicca la previsione degli accordi aziendali diretti ad incentivare la risoluzione dei rapporti di lavoro<sup>30</sup>, che indica una strada da seguire per risolvere in modo non traumatico "situazioni al margine e paradossali, dovute al perdurare del blocco, evitando il ricorso a *escamotage* creativi e inserendo la mediazione negoziale attiva del sindacato"<sup>31</sup>.

Ma sotto il profilo di maggior interesse in questa sede, giustamente si oppone alla tesi contraria che l'art. 14 contiene, in linea di continuità con le discipline precedenti, la previsione del divieto di licenziamenti collettivi e individuali per g.m.o.; e, se di divieto si tratta, l'applicabilità di una norma imperativa (la cui violazione comporta la nullità del licenziamento) non può essere lasciata alla libera scelta dei suoi destinatari. Modificando la disciplina precedente, il d.l. n. 104 ha accentuato l'interrelazione tra divieto di licenziamenti economici e disponibilità di ammortizzatori per compensare i costi determinati dal divieto, collegando la permanenza del divieto alla disponibilità degli ammortizzatori. In sostanza, il datore di lavoro può certamente scegliere se fare ricorso all'integrazione salariale con causale Covid-19, o in alternativa all'esonero contributivo; ma fino a quando tali ammortizzatori sono disponibili, la legge gli vieta di licenziare.

Un punto controverso attiene alla causale Covid-19: la questione è se

<sup>30</sup> Per ragioni di spazio non posso soffermarmi ad analizzare questa rilevante eccezione al blocco dei licenziamenti, per la quale si può rinviare all'attenta analisi di MARESCA, *Gli accordi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'art. 14, co. 3, D.L. n. 104/2020: l'alternativa realistica al divieto di licenziamento per Covid*, in *LDE*, n. 3/2020. Fra le tante questioni sollevate da una formulazione foriera di molti dubbi, *in primis* sui soggetti legittimati a stipulare gli accordi aziendali, va segnalata anche la questione se la disposizione faccia riferimento solo ad accordi sulla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro (soggetta al regime dell'art. 26 d.lgs. 151/2015), che possano essere adottati senza attivare alcuna specifica procedura, e segnatamente quella di cui alla l. 223/1991: cfr. le osservazioni in merito di SCARPELLI, *I licenziamenti economici*, cit.

<sup>31</sup> CARUSO, *op. cit.*, nota 100.

per le ristrutturazioni o riorganizzazioni per ragioni che non hanno a che fare con l'emergenza pandemica il datore di lavoro debba utilizzare tale causale, restando perciò stesso vincolato al rispetto del blocco dei licenziamenti. La questione è insidiosa, ma giustamente si sottolinea da un lato che un'interpretazione stretta della causale non incide sulla permanenza del divieto<sup>32</sup>; d'altro lato, si rileva che per quanto in astratto sarebbe possibile distinguere la causale Covid-19 dalle più articolate fattispecie di licenziamento economico, in pratica, vista la dimensione "olistica" della crisi pandemica, l'accertamento sarebbe assai difficile anche sotto il profilo degli oneri probatori a carico del datore di lavoro. Anche perché, nell'attuale situazione, "la riduzione di attività o di orario è comunemente riconducibile al Covid, e qualunque ipotesi di riorganizzazione e di ristrutturazione è comunque in qualche modo ad esso ricollegabile"<sup>33</sup>.

A margine: è evidente che queste due diverse letture nascono da due diversi approcci al blocco: subito malvolentieri in un caso, considerato conforme a valori costituzionali fondanti nell'altro.

##### 5. Una lettura ragionevole (anche alla luce del d.l. 137/2020)

Vengo finalmente alle conclusioni di questo intervento, riprendendo il filo dell'evoluzione della disciplina del blocco dei licenziamenti per ricapitolarne molto brevemente il punto a mio avviso essenziale.

Nel d.l. n. 137, il divieto di licenziamenti collettivi e individuali "economici" è preceduto dalla previsione di un allungamento (disponibile per i datori di lavoro che abbiano fruito integralmente del plafond di ore disponibili) di ulteriori 6 settimane (fra il 16.11.2020 e il 31.1.2021) dell'intervento della Cassa integrazione ordinaria e in deroga (non più gratuita per le imprese che abbiano subito una riduzione del fatturato al di sotto del 20%, con l'eccezione

<sup>32</sup> Come osserva SCARPELLI, *I licenziamenti economici*, cit., "se pure si dovesse leggere in maniera rigorosa il presupposto di accesso alla cassa ex art. 1, la sua traslazione nell'art. 14 è un'operazione additiva che non pare consentita dalla disposizione: essa infatti, comunque si individuino i datori di lavoro soggetti al divieto, è chiara nel "precludere" loro e senza eccezioni i licenziamenti collettivi e individuali, sulla base del (solo) presupposto della fruizione della cassa o dell'esonero contributivo".

<sup>33</sup> CARUSO, *op. cit.*, nota 100.

di quelle colpite dalle misure del dpcm del 24 ottobre 2020)<sup>34</sup> e dell'assegno ordinario con la causale Covid-19, oltre ad un allungamento di altre quattro settimane dell'esonero contributivo<sup>35</sup>. Il divieto di licenziamenti "economici" collettivi e individuali (art. 12, commi 9,10,11) è formulato in modo secco, e senza richiamo espresso al criterio contenuto nell'*incipit* dell'art. 14 d.l. 104, che ha dato luogo alle divergenze interpretative di cui ho detto sopra. Le eccezioni di cui al precedente decreto (n. 104) sono riconfermate.

Come ho accennato sopra, la mancata ripetizione del criterio di individuazione dei datori di lavoro destinatari del divieto (datori di lavoro "che *non* hanno usufruito integralmente") può avere due diversi significati: il criterio è implicitamente richiamato; o invece il criterio è volutamente omesso, al fine di limitare l'inapplicabilità del divieto alla sola ricorrenza di una delle tre eccezioni espressamente previste, riaffermando per questa via una (relativa) continuità rispetto alla formulazione originaria.

Questa seconda ipotesi mi pare più convincente della prima: la contestuale previsione per i datori di lavoro che hanno esaurito la disponibilità degli ammortizzatori "speciali" (integrazione salariale o esonero contributivo) della riapertura della loro fruibilità sembra indicare che l'applicabilità del divieto non è rimessa alla libera scelta del datore di lavoro, che certo può decidere se chiedere o meno l'integrazione salariale o l'esonero contributivo, ma che comunque resta vincolato dal divieto di licenziare fino a quando ha a sua disposizione la compensazione economica con la quale lo Stato si fa carico di bilanciare la compressione della libertà d'impresa. La ribadita interrelazione fra divieto e compensazione non altera la priorità del divieto rispetto alla compensazione: i licenziamenti economici sono vietati, ma il datore di lavoro che subisce il divieto ha diritto di accedere agli ammortizzatori specialmente preordinati a compensare il sacrificio imposto.

<sup>34</sup> Le sei settimane di trattamenti sono riconosciute sia ai datori di lavoro ai quali sia stata già interamente autorizzata la seconda *tranche* di 9 settimane di cui all'art. 1, comma 2, del d.l. 104/2020, decorso il periodo autorizzato, sia ai datori di lavoro appartenenti ai settori interessati dalle chiusure e limitazioni disposte dal dpcm del 24 ottobre 2020.

<sup>35</sup> L'esonero dal versamento dei contributi previdenziali è previsto per un ulteriore periodo di 4 settimane fruibili entro il 31 gennaio 2021, nei limiti delle ore di integrazione salariale già fruite nel mese di giugno 2020 e con esclusione dei premi e dei contributi dovuti all'INAIL. Il comma 15, infine, facoltizza i datori di lavoro che hanno presentato richiesta di esonero ai sensi dell'art. 3 del d.l. 104/2020 alla rinuncia della parte di esonero richiesto e non goduto presentando contestualmente domanda di integrazione salariale. Sulla nuova disciplina cfr. le scarse indicazioni della nota INL 963 del 5 novembre 2020.

Riprendo per questa via le osservazioni, in gran parte già svolte, sul problema della legittimità costituzionale del blocco dei licenziamenti. A me come ad altri pare che la complessità della disciplina del blocco dei licenziamenti non consenta di invocare la lesione della libertà dell'iniziativa economica fermandosi al primo comma dell'art. 41 Cost. Se non si vuole spingersi fino al terzo comma (come pure si è prospettato)<sup>36</sup>, almeno il secondo va richiamato: l'utilità sociale può essere declinata nei termini di una responsabilità sociale alla quale, anche in nome del dovere inderogabile di solidarietà (art. 2 Cost.), non possono sottrarsi coloro che liberamente esercitano un'attività economica<sup>37</sup>.

## 6. *E dopo?*

E dopo la pandemia? Non dubito che il divieto dei licenziamenti "economici" sarà rimosso, e la rimozione porterà con sé anche la fine degli ammortizzatori "speciali" messi in campo per fronteggiare la crisi occupazionale. Per quel tempo mi auguro che sia finalmente varata una seria riforma degli ammortizzatori sociali, di cui proprio la crisi pandemica ha messo in evidenza i gravi difetti, le farraginosità e le storture. Quanto alle prospettive di un'eredità virtuosa della pandemia, vale a dire un nuovo modello di sviluppo nel quale al lavoro, e alla sua salvaguardia, sia restituito il valore che gli assegna la Costituzione, non mi sento di essere particolarmente ottimista.

<sup>36</sup> Così BIASI, *op. cit.*

<sup>37</sup> Come bene dice SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti*, cit., la considerazione di interessi generali sovraordinati impone di uscire dal terreno del rapporto contrattuale di lavoro, per guardare al complesso della disciplina emergenziale, di cui il divieto dei licenziamenti costituisce un tassello.



**Giorgio Fontana**

Riflessioni minime sulle tutele del lavoro  
in epoca di epidemia (e di “post-liberismo”)

**Sommario:** **1.** Il contesto è la crisi globale: la “*polycrise*”. **2.** Nuove tendenze nel diritto del lavoro? **3.** I contratti a termine. La ritrovata stabilità e la liberalizzazione (temporanea?) nella legislazione d'emergenza. **4.** Il lavoro autonomo “post-liberista”. Le norme di parificazione. **5.** Le provvidenze per i lavoratori autonomi nella legislazione per l'emergenza Covid. **6.** Reddito di cittadinanza e sostegno al reddito prima e dopo il Covid-19. **7.** Conclusioni.

**1. Il contesto è la crisi globale: la “*polycrise*”**

Capire dove sta andando il diritto del lavoro era un *rebus* prima, all'indomani della crisi economica e sociale del 2007-2008, e a maggior ragione lo è oggi, dopo il grande evento inatteso dell'epidemia globale che mette a rischio la sicurezza collettiva e costringe le comunità a misurarsi con problemi inediti, probabilmente a darsi una nuova scala di bisogni e di priorità. Niente è già dato: a riflessioni che inducono una profonda (e forse giusta) rimeditazione dei “fondamentali” della nostra costruzione sociale, si contrappongono punti di vista meno radicali e più attenti alle compatibilità del sistema. Lo stesso avviene nell'ambito della dottrina giuslavorista. La “schizofrenia” del dibattito è lo specchio di una più generale divaricazione culturale fra i fautori della continuità e coloro che invece ritengono ineludibile un aggiornamento radicale, da cui discendono anche diverse proposte regolative<sup>1</sup>. Ed anche nella

<sup>1</sup> Sono oramai innumerevoli gli studi e gli approfondimenti sull'epidemia Covid. La stessa origine della pandemia è stata messa in relazione a fenomeni sociali ed economici di cui si discute da tempo, come l'inquinamento e lo sfruttamento selvaggio della natura in nome di uno sviluppo senza controlli e limiti (v. ad esempio SCILLITANI, *Aids, Herdra, Nipra, Ebola, Lyme, Sars, Mers, Covid...*, in *www.scienzaimrete.it*, 18/3/2020). Un volume divenuto in poco tempo un cult è quello di QUAM-

sfera politica e legislativa, a ben vedere, si alternano linee di continuità e di discontinuità che non è sempre facile decifrare<sup>2</sup>.

Si tratta di temi “incandescenti”, che si collocano, quale che sia l’opinione al riguardo, sul crinale di una revisione radicale del paradigma della crescita che ha caratterizzato le società industriali dell’Occidente, a cui si è piegata la stessa legislazione del lavoro. Non si può negare infatti che queste vicende – la crisi sanitaria e la sua scaturigine – offrono argomenti importanti alla critica sui limiti dello sviluppo, rendendo molto attuali le opere di autori dimenticati come Ivan Illich, che sembrano oggi quasi profetiche, e ci inducono a riflettere sulla “mortale inversione dei mezzi in fini” che caratterizza la nostra economia<sup>3</sup>. D’altra parte, non sono intellettuali suggestionabili ma personalità istituzionali autorevoli ad affermare che il drammatico passaggio di questi mesi rappresenta “una crisi senza precedenti nella storia recente, che mette a dura prova l’organizzazione dell’economia e della società”, amplificando, fra l’altro, le disuguaglianze sociali<sup>4</sup>. Parlare di svolta “epocale”,

MEN, *Spillover*, tradotto in italiano da Adelphi, che pone l’accento sugli habitat degradati, esposti a nuove malattie e a calamità naturali: come scrivono PENDERGRASS e VETTESE, *The Climate Crisis and Covid-19 are inseparable* (v. *Jacobin*, in data 31/5/2020). Fra i contributi più interessanti, secondo il punto di vista dell’autore, quanto meno nella pubblicistica italiana, v. DI CESARE, *Virus sovrano?*, Bollati Boringhieri, 2020 e MAFFETTONE, *Il quarto shock. Come un virus ha cambiato il mondo*, Luiss University Press, 2020. Di recente un volume collettaneo che raccoglie scritti molto qualificati di diversa provenienza e orientamento è pubblicato da Laterza ed. Roma-Bari, 2020, con il titolo evocativo *Il mondo dopo la fine del mondo* con i contributi, fra gli altri, di AZZARITI, BARCA, CROUCH, CASSESE, DASSÙ, FRANZINI, LUCIANI, PIANTA, PRODI, RODRIK, SARACENO, VIESTI, ZAGREBELSKY.

<sup>2</sup> Su questi temi si veda il recente lavoro-proposta di CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, aprile 2020.

<sup>3</sup> ILLICH, *La convivialité*, Seuil, 1973, forse la più nota fra le sue opere, tradotta in Italia nel 1974 da Mondadori, pubblicata più recentemente da Rededizioni, ultima ristampa 2014, qui p. 71. La riflessione di ILLICH sull’industrialismo e sul capitalismo contemporaneo, la sua critica radicale al produttivismo e al consumismo (che, sosteneva in epoca così lontana, “produce crisi economiche”) fa di questo autore uno dei teorici più importanti dell’ecologismo e della “nuova sinistra”. Un altro autore che appartiene a questo stesso filone di pensiero, come Alain CAILLÉ, esponente di punta del pensiero “antiutilitarista”, ha proposto una lettura della crisi pandemica come crisi della *hybris* – “...de notre désir de toute-puissance et de la démesure propres à notre civilisation” – ossia della nostra presunzione, come civiltà, di possedere gli “attributi del dio” e di poter dominare e disporre dell’ambiente naturale e della vita stessa (v. l’intervista a *Liberation* il 22 maggio 2020). Di CAILLÉ si veda, fra l’altro, *Critica della ragione utilitaria*, pubblicato da Bollati Boringhieri, Torino, 2005. I fatti sembrano dargli ragione, purtroppo. Il crollo delle certezze avviene giorno dopo giorno sotto i nostri occhi, mentre si chiude e va alle stampe il numero di questa rivista.

<sup>4</sup> Sono le affermazioni del Governatore della Banca d’Italia nelle Considerazioni conclusive del 28 maggio 2020 dell’Assemblea dei soci di Banca Italia.

che mette in discussione il nostro rapporto con il mondo, non pare dunque azzardato: come osserva Natalino Irti il “dopo” non potrà essere “un banale ritorno al “prima”, considerando “lo schianto del circolo economico produzione-consumo”<sup>5</sup>.

Tutto sembra evocare un cambiamento fondamentale nel rapporto fra economia e società, una nuova “economia politica” che potremmo chiamare “sostenibile”, oppure, per usare una definizione meno ambigua, “post-liberista”; che certo non potrà liberarci da quella che Hoogendijk ha definito la “compulsione alla crescita”<sup>6</sup> (produrre sempre più di quanto si è ricevuto) ma almeno aiutarci a governarla razionalmente e più equamente<sup>7</sup>.

Del resto la riflessione sulla crisi globale non nasce oggi e da parte di molti studiosi si discute in modo concreto della “difesa della società” in termini di doveri e di responsabilità individuali e collettive<sup>8</sup>.

Naturalmente, l’idea o l’impressione di un cambiamento culturale così importante può destare certamente perplessità e legittimamente si può pensare che sia più giusto rimanere fedeli alla vecchia logica “produttivista”, che ha rappresentato l’ancoraggio del diritto del lavoro degli ultimi decenni<sup>9</sup>. Non sarebbe una sorpresa, del resto, scoprire che il cordone ombelicale del

<sup>5</sup> Si veda l’intervista a Natalino IRTI pubblicata dal *Corriere della Sera* il 29 maggio 2020.

<sup>6</sup> HOOGENDIJK, *L’Indispensable révolution économique*, Libre et solidaire, 2016.

<sup>7</sup> L’orientamento critico verso la società dei consumi e il paradigma della crescita è oramai ricco e articolato, così come il punto di vista “antiutilitarista”, a cui si è accennato in precedenza, annovera autori importanti come MARCEL MAUSS, ALAIN CAILLÉ, SERGE LATOUCHE, oltre al già citato IVAN ILLICH, e nel nostro paese studiosi come SALSANO e ZAMAGNI, riannodandosi al filone dell’economia civile, che ha radici antichissime, fin dal GENOVESI. Il pontificato di FRANCESCO BERGOGLIO ha rilanciato a livello planetario la critica al capitalismo contemporaneo saldandola a questo filone di pensiero. Di BERGOGLIO si veda almeno, nella sua ricca riflessione, la recente enciclica *Fratelli tutti*, in cui, contro il “decostruzionismo” storico, prende posizione ancora una volta nei confronti della “perdita di senso della storia”, contro “la libertà umana [che] pretende di costruire tutto a partire da zero” dissolvendo in tal modo “la coscienza storica, il pensiero critico, l’impegno per la giustizia e i percorsi di integrazione” (v. punti 13 e 14). La critica di BERGOGLIO all’economia di mercato come è concepita oggi, è veramente corrosiva quando afferma che “certe parti dell’umanità sembrano sacrificabili a vantaggio di una selezione che favorisce un settore umano degno di vivere senza limiti”, creando le vite “da scarto”, e quando ricorda che “ci sono regole economiche che sono risultate efficaci per la crescita, ma non altrettanto per lo sviluppo umano integrale” (punto 21).

<sup>8</sup> In questa prospettiva si veda il volume a cura di SUPIOT e DELMAS-MARTY, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, 2015.

<sup>9</sup> Mi sembra che questo sia ad esempio il presupposto da cui muovono gli autori del *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, citato nella nota n. 2.

diritto del lavoro con l'industrialismo e con il mondo della produzione è ancora pulsante e che “il lavoro come ideologia” esercita un potere di attrazione tuttora vivo e presente. Tuttavia, la poliedricità della crisi e il suo carattere sistemico quasi ci costringe ad una postura critica, scettica, verso la riproposizione del sistema di capitalismo “globalista” fondato sulla così aggressiva accelerazione del processo di accumulazione e verso, naturalmente, la sua infrastruttura giuridica<sup>10</sup>. Come ha osservato Edgar Morin, quella odierna è una “polycrise” ed ignorare le cause e le conseguenze (le prime svelano le seconde) sarebbe un errore gravissimo: “*elle nous révèle la face infirme et vulnérable de la formidable puissance humaine, elle nous révèle que l'unification technoéconomique du globe a créé en même temps qu'une interdépendance généralisée, une communauté de destins sans solidarité*”<sup>11</sup>.

Un tema così complesso impone il rinvio ad altri momenti e ad altre sedi, ma si può puntualizzare almeno che dell'emergenza pandemica si intravede la genesi insieme biologica e sociale, mettendo in discussione strutture sociali, modelli comportamentali, il cosmopolitismo insito nella società consumerista, il rapporto con l'ambiente naturale, per non parlare di ciò che ci è più vicino, come il mondo del lavoro e, ancora, di ciò che sembrava veramente sacro e intoccabile, come i fondamenti dello stato di diritto e della

<sup>10</sup> Anche per evitare facili ma inconsistenti obiezioni, si precisa che quando parliamo di “limiti dello sviluppo”, di problemi relativi alla crescita economica e, come si usa dire secondo una vulgata molto diffusa, di “decrescita”, non si intende dire che il nostro mondo deve precipitare in un nuovo medioevo, né che deve subire una dequotazione del livello di sviluppo raggiunto, né ancora che si debba arrestare l'apparato produttivo ed industriale, ma, al contrario, che va incoraggiata una linea di ricerca che si apre ad un modello di sviluppo dal “volto umano”, per assicurare il mantenimento, con le minori risorse disponibili, del livello di benessere raggiunto e per dar corso ad un processo economico e produttivo sostenibile ed equo. Non si tratta di un tema per “sognatori”, ma di questioni che hanno oramai un rilievo politico-programmatico concreto, che solo chi non vuol vedere non vede (ancora) (v. *infra*).

<sup>11</sup> Le parole di MORIN ci descrivono il passaggio, il crinale dinanzi al quale si trova ora la civiltà europea e occidentale: “*La phagocytation du politique par l'économie, la phagocytation de l'économie par l'idéologie néolibérale, la phagocytation de l'intelligence réflexive par celle du calcul, tout cela empêche de concevoir les impératifs complexes qui s'imposent: ainsi combiner mondialisation (pour tout ce qui est coopératif) et démondialisation (pour sauver les territoires désertifiés, les autonomies vivrières et sanitaires des nations); combiner développement (qui comporte celui, positif, de l'individualisme) et en-développement (qui est solidarité et communauté) ; combiner croissance et décroissance (en déterminant ce qui doit croître et ce qui doit décroître). La croissance porte en elle la vitalité économique, la décroissance porte en elle le salut écologique et la dépollution généralisée. L'association de ce qui semble contradictoire est ici logiquement nécessaire*”. Le citazioni tratte dall'intervista rilasciata da Edgar MORIN a *Liberation* il 28 marzo 2020.

democrazia stessa<sup>12</sup>. Azzariti ha ricordato l'ammonimento di Hanna Arendt, quando scriveva, in relazione all'incubazione dei regimi autoritari, che "coloro che scelgono il male minore si dimenticano troppo in fretta che stanno comunque scegliendo il male", come per sottolineare la necessità di difendere, anche nel mare in tempesta, i principi di fondo della Costituzione ed evitare che "l'emergenza si faccia regola"<sup>13</sup>. Il problema dello "stato d'eccezione" non tocca però solo le libertà civili, tanto che si è parlato, addirittura, di "un'altra era costituzionale" inaugurata dopo l'avvento della pandemia<sup>14</sup>. Perché se è vero che la Costituzione prevede opportuni bilanciamenti e contrappesi<sup>15</sup>, resta la questione dei limiti, non solo da un punto di vista giuridico-formale e procedurale, ma anche – se non soprattutto – sul piano sostanziale. Non solo la malattia ma anche la cura sembra fare, paradossalmente, tanti danni ai nostri rapporti sociali, alla vita delle comunità e al nostro "tessuto" costituzionale. L'elenco dei diritti fondamentali incisi negativamente da parte di diversi centri di comando, non solo centrali ma anche locali, a diverso titolo competenti, è veramente lungo: dalla libertà di circolazione alla libertà di iniziativa economica privata, dal diritto di riunione alla libertà di culto e al diritto all'istruzione, finanche il diritto alle cure e all'assistenza sanitaria, ed altro ancora, compreso, naturalmente, il diritto al lavoro. Per il quale la questione della sicurezza presenta contrastanti sfaccettature, visto che, se da un lato c'è il problema delle limitazioni al diritto al lavoro – un diritto che dà sicurezza – dall'altro il lavoro è esso stesso fattore di rischio e quindi di insicurezza<sup>16</sup>. Forse proprio per questo, per l'intrinseca complessità del problema dal punto di vista lavoristico, la stagione dell'emergenza non ha portato al diritto del lavoro soltanto restrizioni dei diritti, per quanto innegabili e di grossa portata sul piano individuale e collettivo, ma,

<sup>12</sup> Fra gli autori che hanno commentato criticamente la limitazione dei diritti fondamentali, v. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum QC*, 2020, 1, e AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1. Nell'ambito giuslavorista si veda BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020.

<sup>13</sup> AZZARITI, *op. cit.*

<sup>14</sup> V. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, 1, p. 78 ss.

<sup>15</sup> TRIPODINA, *op. cit.*

<sup>16</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni di CINELLI, *Il welfare al tempo della pandemia. Note a margine pensando al «dopo»*, in *RDSS*, 2020, p. 301 ss.

come per rispondere all'altro nodo problematico, anche tutele significative dei diritti sociali e misure di carattere solidaristico, che in parte rappresentano una prosecuzione di linee di tendenza già presenti e in parte sono delle novità, configurando un fenomeno "additivo" che non può non suscitare l'interesse di ogni giuslavorista<sup>17</sup>.

## 2. *La crisi e le nuove tendenze del diritto del lavoro*

Il diritto del lavoro, di fronte a questa straordinaria e nuova realtà, non può dirsi esonerato da una riflessione profonda sul rapporto che lo lega attraverso mille fili al resto della società, filtrata dalla consapevolezza della trasformazione epocale<sup>18</sup>. La crisi globale dà al problema della regolamentazione dei rapporti di lavoro una colorazione inedita, perché, come per tutte le scienze sociali, si è dinanzi al problema non soltanto di assecondare un semplice adattamento, ma a quello, ben più impegnativo, di ridefinirsi in funzione di una nuova visione del rapporto fra economia e società. Del resto anche la progettazione degli interventi futuri è proiettata già su prospettive di portata globale, mettendo al centro la crisi dell'ecosistema, da cui tutto dipende, come proprio l'epidemia da Covid-19 dimostra, non potendo essere disgiunta, come si è già accennato, dalla questione della sostenibilità del modello economico-produttivo vigente.

Prendiamo l'aspetto cruciale relativo alla questione ambientale. La Commissione europea<sup>19</sup> indica l'obiettivo della trasformazione dell'economia e della società europea in direzione della sostenibilità: sono obiettivi ambiziosi, ma richiedono trasformazioni importanti e una poderosa riconversione produttiva<sup>20</sup>. A voler dare ascolto alla Commissione – e salvo scoprire che si

<sup>17</sup> GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di sicurezza, tutele previdenziali, profili riparatori*, in *LP*, 2020, p. 283 ss. ove si nota come in queste misure si può rintracciare "il fondamento saldo e affidante dei principi che sorreggono classicamente l'intero impianto del diritto alla salute e della sicurezza del lavoro". Dello stesso autore si veda pure, in termini analoghi, *Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un'agenda progressista*, in *QG*, 2020, 2.

<sup>18</sup> Per un contributo in tal senso v. BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*

<sup>19</sup> COM (2019) 640 Final del 11/12/2019.

<sup>20</sup> Non bisogna dimenticare che per conseguire gli obiettivi di un'economia circolare a impatto climatico zero bisognerebbe trasformare l'intero settore industriale e tutte le catene di valore dell'economia europea, fermando le attività che hanno un impatto negativo.

tratta solo di “un libro dei sogni” – il piano per l’economia circolare nei prossimi anni dovrà guidare la transizione di tutti i settori. L’obiettivo principale è conseguire la neutralità climatica entro il 2050 e la Commissione si è impegnata a proporre a breve la prima legge europea sul clima per stabilire i termini di una transizione “equa ed efficace”, affrontando temi come la “de-carbonizzazione del sistema energetico”, le nuove “infrastrutture intelligenti”, il tema della “povertà energetica”<sup>21</sup>.

Se percorriamo questa strada, i problemi della transizione, ossia come coniugare la necessaria de-industrializzazione di alcuni settori produttivi e la (altrettanto necessaria) tutela dei territori e dei lavoratori coinvolti, non potranno essere affidati solo alle misure di sostegno al reddito, senza contemplare il diritto al lavoro. Si tratta di una questione sociale enorme, all’orizzonte, che chiama in causa evidentemente anche il diritto del lavoro e la sua capacità di regolazione di fenomeni inediti che forse si affacceranno nel prossimo futuro.

Ma anche se restiamo nel campo propriamente “lavorista”, la revisione critica di alcuni postulati della società industriale e del lavoro (come, ad esempio, il collegamento fra lavoro salariato e riproduzione sociale) non pare essere una prospettiva molto lontana. L’iniziativa europea, per quanto ancora non concretizzata, del Sure (acronimo di *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*, il fondo europeo per garantire il mantenimento dell’occupazione, per finanziare la riduzione dell’orario lavorativo e contenente analoghe misure per i lavoratori autonomi) attesta chiaramente la rottura di questo legame, ed evoca la necessità (e l’urgenza) di ripensare non solo il *welfare* in quanto tale, ma la stessa relazione fra lavoro e cittadinanza, tema su cui da tempo insiste uno studioso come Romagnoli, in modo da realizzare diversamente l’integrazione del singolo nella comunità solidale.

Il Sure (del quale l’Italia è fra i primi paesi a disporre l’attivazione: v. art. 36 d.l. n. 34/2020) dovrebbe intervenire, in particolare, per sostenere i regimi di riduzione dell’orario per le aziende in difficoltà, mediante un sostegno al

<sup>21</sup> Nel contesto del *Green New Deal*, la Commissione ha adottato la Strategia dell’Unione Europea sulla biodiversità per il 2030 con la Comunicazione [COM (2020) 380 Final, del 20/5/2020]. La perdita di biodiversità e il collasso degli ecosistemi sono ritenuti tra le minacce principali, anche per la nostra economia e per il lavoro stesso, che l’umanità dovrà affrontare nel prossimo decennio. La Commissione ha proposto al Consiglio e al Parlamento europeo l’istituzione di un piano europeo di investimenti (*European Green Deal Investment Plain*, EGDIP) e di un *Just Transition Mechanism* (JTM) per intervenire in questa direzione.

reddito dei lavoratori, subordinati ed autonomi, così da rispondere alle conseguenze socio-economiche della pandemia da Coronavirus. Si tratta di uno strumento che dovrebbe affiancare il regime di riassicurazione contro la disoccupazione involontaria, approvato dal Consiglio europeo del 19 giugno 2020<sup>22</sup>. È dunque un intervento sul mercato del lavoro europeo che rinvia ad un quadrante teorico molto distante dall'economia politica finora dominante e potrebbe dirsi, anzi, tipicamente neo-keynesiano<sup>23</sup>. Da un lato il Sure supera la tradizionale dicotomia delle tutele e dall'altro si inserisce in un punto cruciale dei problemi attuali del lavoro, che tocca la questione della redistribuzione del lavoro socialmente necessario. Come dire: assicurare il diritto al lavoro, il ruolo sociale e la condizione di protezione che ne deriva, anche se la crisi restringe la base occupazionale, rendendo ancora più limitate le occasioni lavorative, già ridotte a causa dell'effetto sostitutivo delle nuove tecnologie.

La consapevolezza del carattere sistemico della crisi e le sue connessioni con il declino della società del lavoro paiono uscire dunque dalla riflessione intellettuale e farsi indirizzo molto concreto di governo della complessità, su cui si misura la prospettiva futura. Come riproporre, rinnovare o riformulare in questo contesto le categorie di riferimento del diritto del lavoro è aspetto fondamentale della riflessione giuslavorista già nel presente. Certo si potrebbe dubitare, anche con argomenti solidi, che il diritto del lavoro debba misurarsi con questi problemi e prendere posizione su argomenti così delicati e difficili, in cui si confrontano tesi ed opinioni estranee al bagaglio culturale del giurista positivo. La neutralità nei confronti dei “conflitti” nella sfera in senso lato “politica” è un vecchio dilemma, ma forse mai come ora da superare in positivo, tenendo conto della lezione della storia, visto che in passato proprio la presunta autonomia del diritto rispetto alle “questioni” assiologiche è stata considerata, in alcuni passaggi, responsabile dei ritardi culturali del nostro ordinamento giuridico<sup>24</sup>.

Potrebbe quindi aprirsi una nuova stagione anche di riflessione giuridica per favorire un'apertura ai processi di cambiamento, riguardante allo stesso modo la sfera pubblica e quella privata, l'intervento dello stato sul mercato

<sup>22</sup> V. COM (2020)139 Final, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the Covid-19 outbreak*.

<sup>23</sup> GIUBBONI, *Il diritto del*, cit.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, 1999.

come l'ambito del rapporto di lavoro: "stato" e "mercato" non possono che essere collegati da un filo coerente ed è impensabile una divaricazione dei modelli regolativi, come se la tutela forte sul mercato possa coesistere (e anzi giustificare) la regolazione minima del rapporto. Keynes e Smith insieme non vanno d'accordo. Proprio la tendenza alla deresponsabilizzazione dei poteri privati rispetto ai "costi" sociali del processo economico ha rappresentato d'altra parte uno dei punti critici del modello di capitalismo affermatosi negli ultimi anni, che un grande intellettuale come Christopher Lasch ha definito come sintomatica della frattura fra le élite e le comunità di appartenenza<sup>25</sup>. Non è quindi una strada da ripercorrere.

Anche se non è dato comprendere fin da ora con sufficiente lucidità il nuovo habitat che si sta creando per le relazioni giuridiche nel mondo del lavoro dopo la narrazione un po' fantastica che è stata alla base del culto per il cosiddetto post-fordismo<sup>26</sup>, tutto lascia credere che si tratterà di un contesto e un clima molto diverso da quello dato dalla vecchia regolazione lavoristica del mercato. Questo lascia pensare la tendenza a ridurre l'impatto della flessibilità sul mondo del lavoro, a offrire una più ampia rete di protezione e di sostegno alle classi meno abbienti, ad allargare l'area del lavoro protetto, a esprimere una diversa considerazione del ruolo del contratto collettivo; sintomi, forse, del declino dell'*imprinting* "neo-liberale" del diritto del lavoro, a cui si va sostituendo la ricerca di nuovi schemi, ispirati ad una visione meno unilaterale del rapporto fra economia e società. Scrive Paolo Perulli in un suo recente contributo che la "crisi permanente...annunciata nel 2008, ricomparsa nel 2020 mostra l'incapacità di evitare la catastrofe da parte delle attuali élite"<sup>27</sup>, ed uno dei suoi punti più evidenti sono, secondo questo autore, le filiere opache di produzione di valore in cui si realizzano "precarizzazione, insicurezza, scarsa qualità... *offshoring* e moltiplicazione delle occasioni di contagio epidemico"<sup>28</sup>. Sono le filiere che hanno rappresentato

<sup>25</sup> LASCH, *La ribellione delle élite. Il tradimento della democrazia*, Feltrinelli, 2001.

<sup>26</sup> BARBERA, *Noi siamo quello che facciamo. Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, in *DLRI*, 2014, p. 631 ss. Sul "ritorno del realismo" si veda il dibattito ospitato nel volume DE CARO, FERRARIS (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, 2012, ma anche, in una prospettiva più radicale, il volume di BADIOU, *Il risveglio della storia*, Ponte alle Grazie-Salani, 2012.

<sup>27</sup> PERULLI P., *Internalizzare, localizzare*, in *Il Mulino*, 2020, p. 434.

<sup>28</sup> Su questi temi v. il recente ed interessante volume di BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Giappichelli, 2020.

il motore “competitivo” anche del nostro paese e dei distretti della cosiddetta “terza Italia”, dove si addensano non solo luci ma anche tanta opacità<sup>29</sup>. Uscire da questo circolo perverso, per salvare il “capitalismo democratico”, sembra essere una delle sfide che ci attendono, ri-centrando i nostri modelli normativi non più, ossessivamente, sulla competitività e la crescita, ma sul benessere delle persone coinvolte, a vario titolo e in diverse forme, nella produzione di valore; benessere inteso in modo ampio e non solo, riduttivamente, in relazione al nuovo *welfare*, ma collegato alle relazioni concrete fra i protagonisti della produzione e del mercato, come diritto al *decent work*<sup>30</sup>.

Questo contributo, destinato ad un ulteriore approfondimento, presuppone una fase di transizione che l'autore ritiene essere aperta e al tempo stesso ineludibile. In questa prospettiva, si cercherà di individuare e descrivere alcune linee di cambiamento e di discontinuità, viste sullo sfondo della crisi delle strutture giuridiche tradizionali, che si stagliano insieme a contrastanti tendenze, pure presenti. Sia per ragioni di sintesi che di razionalizzazione della ricerca, questa prima analisi si soffermerà su due o tre macro-fattori di rinnovamento del diritto del lavoro italiano, partendo dal lavoro temporaneo, in relazione al valore della sicurezza nel mondo del lavoro (paragrafo 3); per proseguire con il lavoro autonomo di “terza generazione” e con la tendenza all'allargamento dell'area sottratta all'autonomia privata, in relazione al valore dell'uguaglianza (paragrafo 4 e 5); infine, con riferimento al diritto sociale della garanzia del reddito come condizione di tutela universalistica nella crisi del lavoro, inasprita dall'emergenza Covid, che riguarda la dignità umana (paragrafo 6). La scelta di toccare questi tre argomenti è giustificata dalla convinzione dell'autore che il lavoro precario, con le sue disastrose conseguenze sociali, sia oggi terreno privilegiato della riflessione giuslavorista e che questi temi rappresentino bene, al tempo stesso, i meta-valori con cui il diritto del lavoro deve fare i conti, con la sua logica di mediazione dei conflitti, in ogni epoca: sicurezza, uguaglianza, dignità. Infine, una breve conclusione tirerà le fila del discorso.

<sup>29</sup> Per una raccolta di contributi critici che affrontano la questione in modo realistico già alcuni decenni fa v. BRUSCO, *Piccole imprese e distretti industriali*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1989, e qui soprattutto il saggio di BRUSCO e SABEL, *Produzione artigianale e sviluppo economico*, p. 293 ss.

<sup>30</sup> In tal senso ALES, *Quale welfare ai tempi della pandemia?*, in *RDSS*, 2020, p. 429 ss., ma senza precisare in che modo si dovrebbe perseguire il cosiddetto *well-being* nel contesto dell'impresa post-fordista. Si veda su questi temi il contributo critico di FRACCAROLI, BARBIERI L., *Le ricadute del “lavoro povero” sul benessere della persona e delle organizzazioni*, in *LD*, 2019, p. 29 ss.

3. *I contratti a termine. La ritrovata stabilità e la liberalizzazione (temporanea?) nella legislazione d'emergenza*

Sui contratti temporanei, l'alternarsi di tendenze contrastanti è diventato quasi uno dei tratti caratterizzanti della materia, come se la legislazione – e la relativa regolamentazione del contratto di lavoro – non fosse altro che una sorta di strumento anticiclico di governo del mercato del lavoro, in funzione delle diverse esigenze che si ritengono di volta in volta preminenti nelle diverse fasi congiunturali dell'economia nazionale. Dopo la bulimica fame di flessibilità delle imprese, assecondata dal legislatore prima con il d.l. Poletti, poi con il d.lgs. 81/2015, il “decreto dignità” (d.l. 87/2018 conv. in legge con l. 96/2018) aveva restituito al contratto a tempo determinato una funzione sostanzialmente compatibile con una gestione più regolata dei flussi di lavoro temporaneo, non lasciata completamente nella sfera della discrezionalità datoriale, quanto meno tale da non rendere la precarietà una gabbia eterna (o comunque da cui è difficile evadere). I giudizi sul “decreto dignità” sono contrastanti, molti hanno giudicato l'intervento legislativo come in antitesi alle esigenze delle imprese e, inoltre, disincentivante dal punto di vista occupazionale. Ma, quanto meno, la *ratio legis* era in questo caso piuttosto chiara, nel senso di ridurre l'impatto della precarietà, essendo il lavoro a tempo determinato sicuramente il contratto che produce maggiore instabilità dell'impiego.

Il contratto a termine può considerarsi uno degli indicatori più attendibili dell'orientamento generale e delle politiche del lavoro<sup>31</sup>. Se la regolamentazione più incisiva risale al contesto dell'economia politica keynesiana, ossia al vecchio compromesso fordista, la sua liberalizzazione è andata in parallelo con l'affermazione della dottrina che Milton Friedman, esponente di punta della Scuola di Chicago, ha definito *the Golden Straitjacket*, la “camicia di forza d'oro”<sup>32</sup>. Non è un caso, forse, che insieme ad essa si sia diffuso il precariato “globale”, che rappresenta, a quanto pare, una delle cause principali di squilibrio sociale e di instabilità dei sistemi economici<sup>33</sup>. La regolazione

<sup>31</sup> Su questi temi v. FONTANA, *Il lavoro precario e il suo diritto*, Editoriale Scientifica, 2019.

<sup>32</sup> V. FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalization*, Farrar, Straus and Giroux, 1999.

<sup>33</sup> V. STANDING, *The Precariat. The New Dangerous Class*, Bloomsbury Academic, 2011 tradotto in Italia con il titolo *Precari. La nuova classe esplosiva*, il Mulino, 2012, p. 13 ss. Per una recente riflessione in tal senso si veda BARCA, MORELLI, MORNIROLI, *Disuguaglianze: non basta*

giuridica è stata, bisogna ammettere, nel senso di assecondare questi fenomeni, con un progressivo *decalage* del livello di tutela e di controllo nell'impiego della forza lavoro.

Nel periodo più recente, tuttavia, sono prevalsi nuovi orientamenti. Sono passaggi oramai noti su cui è inutile soffermarsi. La crisi del capitalismo globalista nasconde un lato oscuro, registrando un nuovo dualismo fra i settori protetti e quelli marginali (ma anche l'involuzione in senso autoritario e "sicuritario" dello stato) e si è accompagnata ad un mutamento in senso protezionistico delle politiche sul mercato del lavoro<sup>34</sup>.

La regolazione maggiormente restrittiva delle condizioni di utilizzo del contratto a termine avvenuta con il decreto dignità può considerarsi come un parto secondario di questi cambiamenti, esprimendo l'esigenza di una maggior tutela della forza lavoro "nativa" sul mercato nazionale. In questo contesto si è affermata una diversa linea programmatica che supera l'ambigua liberalizzazione del periodo precedente, ma a causa di fattori contingenti essa è stata "sospesa" nella fase dell'emergenza. Dopo le modifiche del d.l. 87/18, gli interventi introdotti dall'art. 93 d.l. 34/2020 e dal d.l. 104/2020 hanno infatti modificato il quadro di riferimento. In particolare, l'art. 93 del d.l. n. 34 (così come modificato dall'art. 8 comma 1 lettera a) del d.l. 104/20), ha previsto, ferma la durata massima di 24 mesi del contratto di lavoro a termine, la temporanea possibilità di "...prorogare per un periodo massimo di dodici mesi e per una sola volta i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81" (fino al 31 dicembre 2020, per ora). Inoltre, il medesimo decreto legge n. 104 ha contestualmente abrogato l'art. 1-bis dell'art. 93, in cui si stabiliva la proroga *ex lege* dei contratti per un periodo pari alla durata della sospensione del rapporto di lavoro a causa dell'emergenza Covid-19.

Prescindendo dagli aspetti tecnici, la disposizione legislativa sposta indietro le lancette dell'orologio e le riporta al tempo del tanto criticato "decreto Poletti" del 2014, ripristinando, con la "sospensione" delle causali, la libertà contrattuale più ampia che caratterizzava quella soluzione legislativa

parlarne, in *La sfida della democrazia. Uguaglianza, partecipazione, lotta alla povertà, Rapporto ActionAid 2018*, Donzelli, 2018.

<sup>34</sup> Su questi temi v. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, 2005; per un commento recente v. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, Laterza, 2018.

(fermo il limite temporale massimo e i limiti quantitativi, questi ultimi non assistiti però da adeguate sanzioni). La decisione è chiaramente ispirata dall'esigenza di salvaguardare la posizione occupazionale dei lavoratori precari, che nelle condizioni date può essere pienamente comprensibile<sup>35</sup>. Semmai il problema è se questo obiettivo poteva essere assicurato, forse più razionalmente, in altro modo<sup>36</sup>.

In definitiva, bisogna ammettere che le misure di tutela dell'occupazione temporanea restano ancora deficitarie, diversamente dal lavoro stabile, per il quale vigono le disposizioni sul blocco dei licenziamenti, oltre a quelle ancora più importanti di sostegno al reddito attraverso la Cig ordinaria e in deroga, sancendo anche nella crisi sanitaria del 2020, purtroppo, il dualismo fra lavoratori garantiti e non garantiti che pare essere oramai una costante del mercato del lavoro italiano<sup>37</sup>. L'unica misura incisiva, consistente nella già richiamata proroga *ex lege* del rapporto, è stata immediatamente abolita dal successivo d.l. 104/2020, rimanendo quindi in vita meno di un mese. Si è così passati ad una sorta di "raccomandazione" che dà alle parti la possibilità di optare per la prosecuzione del rapporto, in luogo dell'intervento esterno sul contratto<sup>38</sup>: esempio emblematico dell'eterno conflitto fra autonomia ed eteronomia nel rapporto di lavoro, fra libertà contrattuale e ingerenza dello stato nelle relazioni interpretate<sup>39</sup>. Torna così a riproporsi, sia pure in un momento eccezionale, anche quello scambio – un po' ricattatorio, in verità – fra l'accettazione delle condizioni di precarietà dell'impiego e la prospettiva

<sup>35</sup> Bisogna tener presente, a tal riguardo, che secondo i dati Istat aggiornati al mese di agosto 2020, sono ben 425.000 i contratti a tempo determinato che non sono né rinnovati né trasformati in contratti a tempo indeterminato.

<sup>36</sup> Si ricorda a tal riguardo che l'unico provvedimento assunto dal d.l. 18/2020 (decreto "cura Italia") a tutela dei lavoratori precari è stato quello, previsto dall'art. 18, di eliminare l'incompatibilità fra la Cig e la proroga o i rinnovi dei contratti a tempo determinato in essere.

<sup>37</sup> Analogamente v. MARESCA, *Il diritto del lavoro all'epoca del Covid-19*, in *federalismi.it*; GIUBBONI, *Il diritto del*, cit.; v. pure PILEGGI, *Una riflessione sul diritto al lavoro alla prova dell'emergenza epidemiologica*, in ID. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020, p. 1 ss.

<sup>38</sup> Su questa nuova "tecnica" legislativa, volta ad inserire nel tessuto normativo auspici e raccomandazioni, si vedano le caustiche considerazioni di CASSESE nell'intervista pubblicata dal Corriere della Sera del 14 novembre 2020.

<sup>39</sup> Il succedersi di queste diverse disposizioni, con logiche completamente diverse, è destinato a creare conflitti anche sul piano applicativo, come segnala giustamente BRUSA, in *La materia del contratto a termine nella legislazione emergenziale: tutela dei lavoratori a termine o "pasticcio" normativo?*, in *Bollettino Adapt*, 19 ottobre 2020, n. 38.

di un lavoro possibile, che è l'argomento a lungo utilizzato per giustificare la deregolamentazione dei rapporti di lavoro.

Il contratto a termine sembra dunque avvinto dal destino ineluttabile di essere strumento congiunturale privilegiato nelle fasi di crisi, provocando aggiustamenti del regime di disciplina a ritmo continuo che danno luogo anche a seri problemi interpretativi<sup>40</sup>, su cui non è utile soffermarsi in questa sede<sup>41</sup>. La liberalizzazione provvisoria del lavoro temporaneo (compresa la somministrazione di lavoro) può d'altra parte essere considerata anche come una sorta di contrappeso ai nuovi indirizzi legislativi sul lavoro autonomo e parasubordinato, per garantire alle imprese in una fase così difficile un *quantum* di flessibilità necessaria, senza tradursi nel declassamento del regime di disciplina che è pur sempre protetto e collocato nell'ambito della subordinazione *ex art.* 2094 c.c., con i relativi conseguenziali dispositivi di tutela. Il che non assolve il lavoro precario, che non di meno crea insicurezza nel diritto al lavoro, nelle prospettive di impiego e nei progetti di vita individuali, alimentando i "rischi" collegati al mondo del lavoro<sup>42</sup>. La "sicurezza", come valore e come bisogno sociale, è quindi ancora minacciata da una precarietà che tende a riproporsi, come dimostra la liberalizzazione del contratto a termine in questa fase di emergenza, che potrebbe essere stabilizzata come misura congiunturale post-Covid per indiscusse esigenze legate alla ripresa economica, vista la inerziale riproposizione della teorica neo-liberale che fa dell'intervento sulle regole la chiave della competizione sui mercati globali. Quando dunque diciamo che l'esperienza nuova e traumatizzante del Covid-19 rimette ai primi posti nella scala dei valori la "sicurezza", va chiarito che dal punto di vista normativo ciò è vero come "dover essere", ma il rapporto fra diritto ed economia è talmente complesso da creare raccordi, in modo talvolta condizionante, con corposi interessi "particolari" ed esigenze colla-

<sup>40</sup> Come osserva SUPIOT, una delle ragioni "de l'inflation des lois en droit du travail est l'asservissement de ce dernières au calcul économique. Réduite à l'état d'outil de politique économique, la loi dégénère en bavardage normatif abscons et inconstant" (v. la prefazione alla ristampa del 2016 al volume *Id., Au-delà de l'emploi*, Flammarion, 2016).

<sup>41</sup> Come nel caso della disposizione contenuta nel già richiamato "decreto rilancio (art. 93 d.l. 34/2020), in cui non viene chiarito se il termine previsto (ora 31 dicembre 2020) sia da considerarsi come termine ultimo degli eventuali periodi di proroga o rinnovo oppure termine fissato per la stipulazione in deroga, con possibilità di proseguire il rapporto oltre tale data. Ovviamente, per dare un senso adeguato alla norma, è forse preferibile quest'ultima interpretazione, ma il legislatore avrebbe dovuto affermarlo con chiarezza. Sulla questione v. BRUSA, *op. cit.*

<sup>42</sup> BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, 2000.

terali. “Sicurezza” è un obiettivo, una meta futura, un orizzonte in funzione del quale possono declinarsi nuovi modelli normativi e nuove linee di politica del diritto, che fanno i conti però con una realtà poliedrica e complessa, di cui non bisogna mai dimenticare l'immanenza.

#### 4. *Il lavoro autonomo “post-liberista”. Le norme di parificazione*

Anche la questione del lavoro autonomo è ben lungi dall'essere stata risolta, nonostante le recenti riforme legislative. Recuperare la dimensione autentica del lavoro autonomo è certo oggi molto difficile, dopo che per tanto tempo il lavoro parasubordinato è servito, nella sue varie forme, ad allargarne i confini, annettendo rapporti lavorativi che sotto l'aspetto della continuità, della personalità della prestazione, della “dipendenza economica”, sono limitrofi al lavoro salariato normalmente attratto nell'orbita della subordinazione *ex art.* 2094 c.c. Una storia tutta da scrivere è forse proprio quella della *vis* espansiva (ed attrattiva) del lavoro autonomo, che andrebbe riconsiderata come processo e fenomeno forse più significativo di quell'allargamento dei confini della subordinazione che ha tanto impegnato in passato il dibattito giuslavorista. È il fenomeno che ha visto estendere il lavoro autonomo al di là dei suoi ambiti tradizionali, attraverso, soprattutto, la finzione giuridica della “parasubordinazione”, un concetto sfuggente e vago, polisenso ed ambiguo, la cui esistenza come fattispecie si basa sul rinvio ad altri concetti eterei, come quello incentrato sulla “coordinazione”, oppure su elementi fattuali inafferrabili come il “progetto”, dando luogo ad infinite discussioni e altrettanto infinite incertezze interpretative. Sta di fatto che l'espansione di questo bacino di lavoro flessibile nella società post-fordista è divenuta nel tempo talmente vasta ed incontrollabile da imporre scelte drastiche. Così, dopo anni di colpevole immobilismo e indifferenza, il legislatore ha finalmente iniziato a interrogarsi criticamente sulla scelta di lasciare i contenuti del rapporto di lavoro nella disponibilità dell'autonomia privata, anche quando la prestazione lavorativa si caratterizza per essere vicina o vicinissima (o finanche sovrapponibile) allo schema del lavoro subordinato. Tale scelta, va detto, non era stata se non in minima parte contraddetta dal d.lgs. 276/2003, che, seppure aveva garantito un controllo sulla genuinità del contratto a progetto, aveva però sul piano contenutistico rinvio completamente alle autonome determinazioni contrattuali delle parti. Il primo passo di una

certa importanza è stato fatto con la legge 92/2012 (“legge Fornero”) ma l’intervento più incisivo è avvenuto con l’art. 2 del d.lgs. 81/15, con le modifiche apportate dalla l. 128/2019, ricco di implicazioni anche di carattere sistematico e teorico, e poi con il d.l. 101/2019, convertito in legge anch’esso dalla l. 128/2019.

Da un certo punto di vista, questi nuovi dispositivi funzionano come *norme di parificazione*, stabilendo l’uguaglianza del regime di disciplina applicabile in presenza dei presupposti fattuali indicati dalla legge. Nel passaggio dal testo originario dell’art. 2 a quello risultante dalle modifiche introdotte con la l. n. 128, anzi, ampliando il raggio di azione della regola di parità a tutti i rapporti di lavoro etero-organizzato, l’intervento legislativo risulta essere ancora più incisivo nella direzione della parità di trattamento fra fenotipi simili quali sono i lavoratori subordinati e gli autonomi che potremmo definire “sociologicamente” non più tali.

Per quanto la norma non dica in cosa i lavoratori devono essere uguali, appare chiaro (ancor più dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020) che l’uguaglianza è estesa al regime di disciplina integralmente e complessivamente inteso e non tollera distinzioni di trattamento, non essendo esse previste dalla già citata regola di parificazione<sup>43</sup>. In effetti proprio la mancanza di criteri orientativi tali da ritagliare un cerchio più ristretto di tutele applicabili alle collaborazioni etero-organizzate, impone di considerare la parità di trattamento come estesa all’intero regime regolamentare, di derivazione quindi sia legale che pattizia. Tant’è che solo in via residuale la Cassazione ammette la distinzione di trattamento, quando rileva l’incompatibilità ontologica del rapporto con la disciplina di tipo subordinato (concetto, questo, che i giudici di legittimità avrebbero dovuto precisare meglio, ma che comunque configura un’eccezione che impone uno *strict scrutiny*).

Se si esamina la controversa disposizione dell’art. 2 da questa angolazione, anche la questione del contratto collettivo “derogatorio” viene più facilmente risolta, trattandosi di valutazione discrezionale del legislatore di alcune “classi” che ritiene vadano escluse dall’applicazione del dispositivo di tutela, in presenza di una differente situazione sottostante che lo giustifica<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Per un commento critico della sentenza della cassazione v. PERULLI A., *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come “orientarsi nel pensiero”*, in *DRI*, 2020, p. 276 ss.

<sup>44</sup> MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *DRI*, 2020, p. 146.

C'è in altri termini una causa di giustificazione che esclude la parità di trattamento. A ragione, del resto, considerando che la regolamentazione disposta dal contratto collettivo sottoscritto dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative, garantisce comunque l'obiettivo di sicurezza e tutela oggetto della norma di legge. Misura di parificazione, dunque, più che "norma di disciplina" in senso proprio<sup>45</sup>, rivolta a una cerchia più ristretta di collaboratori non subordinati, senza che si possa far transitare, attraverso tale dispositivo, un aggravamento dell'area dell'obbligo del lavoratore o, ancora, un assoggettamento del collaboratore a poteri dell'imprenditore che attengono e riguardano esclusivamente i contratti rientranti nella nozione della subordinazione *ex art. 2094 c.c.* In tal senso è condivisibile la qualificazione operata dai giudici di legittimità come norma "anti-elusiva" e rimediale<sup>46</sup>. Da qui l'applicazione del medesimo trattamento economico e normativo del rapporto di lavoro, ricomprensivo anche il relativo obbligo contributivo, che il legislatore ritiene ingiustificatamente disapplicato in presenza di caratteri specifici della collaborazione, ossia degli "indici fattuali ritenuti significativi" indicati dalla norma. Sul presupposto, cioè, "che determinate modalità organizzative delle prestazioni lavorative non differiscono granché sul piano sostanziale da quelle tipiche del lavoro dipendente"<sup>47</sup>.

L'attrazione del pianeta del lavoro autonomo nell'orbita della disciplina protettiva non avviene, dunque, creando una nuova fattispecie, o una disciplina specifica, ma piuttosto mediante una regola di parificazione che realizza "l'aspirazione universalistica del diritto del lavoro unitamente alla garanzia di selettività sociale dell'intervento protettivo"<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> V. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, II, p. 358 ss.; sui problemi sollevati dalla normativa introdotta dal legislatore e dalla giurisprudenza si vedano di recente MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclo fattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, p. 3 ss.; PERULLI A., *op. cit.*; BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, in *LLI*, 2019, 2, p. I ss.

<sup>46</sup> Come ha chiarito FERRARO in un suo recente contributo critico, la disposizione in questione "... da una parte risponde ad una logica di normalizzazione/legalizzazione dei rapporti in questione, portando a compimento un lungo percorso evolutivo di contenimento delle collaborazioni coordinate e continuative, da un'altra parte si proietta a recepire i mutamenti che si registrano nella realtà sociale per effetto di nuove norme di produzione e di inusitate modalità di organizzazione del lavoro" (v. FERRARO, *Nuove subordinazioni e vecchie categorie giuridiche*, in *RIDL*, 2020, 3, II, p. 353, corsivo dell'autore).

<sup>47</sup> FERRARO, *op. cit.*, p. 353.

<sup>48</sup> PERULLI A., *op. cit.*, p. 310, che probabilmente dissentirebbe da questa tesi.

Nel contesto di una revisione critica della vecchia e oramai anacronistica separazione fra i due grandi bacini del mercato del lavoro quanto alla regolamentazione del rapporto e alle tutele applicabili, il d.l. n. 101 del 2019 (che ha introdotto nel d.lgs. n. 81 il Capo V-bis contenente gli artt. da 47-bis a 47-octies) rappresenta un altro significativo passo in avanti. Il rinvio alla contrattazione è finalizzato qui all'individuazione del trattamento economico (i "minimi") applicabile al rapporto di lavoro inerente ad un settore specifico come quello dei *riders*, senza alcuna parificazione al rapporto subordinato né estensione del regime di disciplina agli aspetti ulteriori del rapporto, fatte salve, da un lato, la normativa antidiscriminatoria e dall'altro la disciplina di legge a tutela della libertà e dignità del lavoratore (anche qui si apre un problema interpretativo, delegandosi all'interprete la definizione del perimetro in cui opera la norma di parificazione).

In entrambe le disposizioni legislative, tuttavia, si stabilisce che l'esercizio del potere giuridico di regolamentare in via pattizia il contenuto del rapporto vale ad escludere l'applicazione del principio paritario. Quest'ultimo, nel caso in cui diviene operante, esige di individuare il *tertium comparationis*, il che è quanto avviene nel caso dei *riders* con l'indicazione *ex lege* del regime di disciplina dei lavoratori comparabili occupati in settori "affini o equivalenti" (come previsto dall'art. 47-*quater*) mentre, nell'ambito dell'art. 2 d.lgs. n. 81, il rinvio alla "disciplina del rapporto di lavoro subordinato" esige indubbiamente un'integrazione in via interpretativa di maggior rilievo ermeneutico, per l'individuazione del complessivo trattamento economico e normativo applicabile. Problema che viene risolto facilmente nel caso in cui il *tertium comparationis* è rilevabile nella stessa azienda, ma può diventare più problematico in caso contrario, qualora vada individuato *aliunde*, potendosi verificare la "concorrenza" fra diversi contratti collettivi.

Un problema diverso è invece quello di recente sollevato dalla sottoscrizione di un contratto collettivo per i *riders* da parte dell'associazione datoriale con un'organizzazione sindacale minoritaria, quasi assente nel settore specifico<sup>49</sup>, in assenza di criteri di rappresentatività sufficienti dettati dalla disposizione legislativa. Tuttavia, proprio la finalizzazione della norma consente di escludere che il contratto collettivo "al ribasso" rispetto al tratta-

<sup>49</sup> Definito da alcuni alla stregua di un "contratto pirata" (v. MARTELLONI, *CCNL Asso-delivery-UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *QG*, 2020, 2), ha sollevato contestazioni anche da parte dei lavoratori interessati.

mento applicabile al lavoratore comparabile (nella fattispecie, il lavoratore addetto a settori “affini o equivalenti”) possa essere validamente sussunto nell’ambito della disposizione legislativa, essendo altrimenti elusa e violata la sua stessa *ratio*<sup>50</sup>. La clausola del contratto individuale che recepisce la previsione del contratto collettivo difforme rispetto al trattamento applicabile al lavoratore comparabile (contratto collettivo in sé e per sé legittimo) potrebbe conseguentemente ritenersi affetta da nullità, consentendo al giudice l’integrazione del contratto.

5. *Le provvidenze per i lavoratori autonomi nella legislazione per l'emergenza Covid*

Gli interventi legislativi successivi introdotti nell’ambito delle misure per contrastare l’emergenza sanitaria, non hanno contraddetto questa scelta di fondo, che tende, indubbiamente, a creare una maggiore uguaglianza nell’ambito del mercato del lavoro, superando la tradizionale dicotomia tipologica ai fini dell’applicazione del regime del lavoro protetto. Questa tendenza è come abbiamo visto anche della Commissione europea, nella proposta del Sure, e c’è da credere che essa avrà ulteriori sviluppi nell’ottica di una rinnovata attenzione per i diritti sociali che pare essere un tratto caratterizzante del “post-liberismo”.

Una rapida carrellata mostra, a dimostrazione di quanto si è appena detto, l’estensione delle provvidenze e delle misure previste a seguito dell’epidemia da Covid-19 nel senso dell’inclusione dei lavoratori autonomi e in specie dei collaboratori non subordinati, nell’ambito di provvedimenti solitamente riservati ai lavoratori subordinati<sup>51</sup>.

Sia il decreto legge 17 marzo 2020 n. 18 (decreto “cura Italia”) che il decreto legge 19 maggio 2020 n. 34 (decreto “rilancio”) hanno previsto un

<sup>50</sup> Non condivido quindi l’impostazione permissiva e sostanzialmente favorevole di alcuni autori come CARUSO, di cui si veda la nota *Contratto dei rider, un primo passo*, in *lavoce.info*, del 24.9.2020, senza tener conto della *ratio legis* che è quella di garantire la parità di trattamento fra i *rider* e i lavoratori comparabili, che può essere validamente esclusa ma solo in presenza di un contratto collettivo che non contravvenga alla finalizzazione della norma in questione.

<sup>51</sup> Su tali questioni si veda l’analisi molto precisa di SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno, (poche) tutele, regole del contratto*, in BONARDI, CARABELLI, D’ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 234 ss.

inedito intervento di garanzia del reddito, per quanto parziale, a favore di queste categorie, equiparati, quanto al diritto di accedere al suddetto beneficio, ai lavoratori subordinati<sup>52</sup>.

In particolare, l'art. 44-*bis* del d.l. “cura Italia” ha esteso sia ai lavoratori dipendenti che autonomi il c.d. reddito di ultima istanza in caso di cessazione, riduzione o sospensione dell'attività o del rapporto di lavoro, mentre l'art. 45, nei territori più colpiti dall'epidemia, ha previsto per i lavoratori autonomi e per i collaboratori una specifica indennità aggiuntiva mensile di sostegno reddituale, fino ad un massimo di tre mesi.

A queste categorie autonome si applicano le misure di sostegno al reddito assicurate dalle disposizioni introdotte durante i periodi di emergenza, che hanno previsto il pagamento a carico dell'INPS di indennità di importo variabile per i mesi di crisi dell'attività lavorativa da essi svolta.

Con l'articolo 23, comma 3, del già citato d.l. 18/2020 è stato poi esteso ai lavoratori iscritti alla Gestione separata INPS, e quindi ai lavoratori non subordinati, il diritto ad un congedo assistito da un'indennità economica per i figli di età non superiore ad anni 12, per un periodo continuativo o frazionato non inferiore ai trenta giorni; il tutto come previsto per i lavoratori del settore privato. Mentre, ai sensi del comma 8° del medesimo art. 23, è riconosciuto ai lavoratori non subordinati il “bonus *baby sitting*” previsto pure per i lavoratori dipendenti<sup>53</sup>. L'art. 23 disegna una sorta di cerchi concentrici di tutela, poiché ai soli lavoratori dipendenti viene concessa una più ampia tutela, con il congedo per l'intero periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole, seppure senza indennità, ma con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Sempre con riferimento alla tutela dei lavoratori autonomi o parasubordinati, bisogna poi aggiungere che il medesimo d.l. 18/2020 ha sospeso anche per essi il decorso dei termini di decadenza (v. art. 42) ed ha parificato i lavoratori subordinati e quelli iscritti alla Gestione separata ai fini della sospensione dei termini di prescrizione dei contributi di previdenza e assistenza sociale obbligatoria (v. art. 38)<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> CRUDELI, *Misure di sostegno al reddito dei lavoratori autonomi e atipici*, in PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, p. 97 ss.

<sup>53</sup> DONINI, *Permessi e congedi*, in RDSS, 2020, p. 394 ss.; BATTISTI, *La specialità dei congedi e la ordinarietà de bisogni*, in PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, p. 59 ss.

<sup>54</sup> MESITI, *La tutela previdenziale temporanea speciale dei lavoratori nell'emergenza Covid-19*, in PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, p. 115.

Senza entrare nel merito delle diverse disposizioni di legge, certamente non sembra azzardato sostenere che la tendenza dell'ordinamento è nel senso dell'assimilazione, più che della divaricazione, fra i due grandi settori del mercato del lavoro, fino ad epoca recentissima completamente separati, quanto al proprio destino in termini di tutela e di disciplina applicabile al rapporto contrattuale con il committente/datore di lavoro.

Indubbiamente si può dubitare che questa sia la via più giusta per assicurare alla molteplice e variegata famiglia dei lavoratori autonomi un livello adeguato di garanzie sociali e di tutele contrattuali, e si potrebbe sostenere, con opportuna argomentazione, che il legislatore dovrebbe piuttosto puntare su regimi differenziati, in funzione delle diversità ontologiche esistenti fra lavoro autonomo e subordinato. Ma non si può negare che questa tendenza invero in una certa misura l'obiettivo costituzionale posto dall'art. 35 della Costituzione della tutela del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", principio trascurato dal legislatore nonostante gli auspici della migliore dottrina lavoristica. Il riferimento, neanche troppo velato, è alla teorizzazione del lavoro *sans phrase* di D'Antona ma anche, in certa misura, alla proposta di Supiot nel suo notissimo rapporto pubblicato col titolo *Au-delà de l'emploi* nel 1999<sup>55</sup>. E che questa sia una linea di tendenza non isolata, lo dice lo stesso Supiot nella sua prefazione del 2016 al volume citato, affermando, a proposito delle ragioni della complessità crescente del diritto del lavoro nei paesi europei, che "*la première, évoquée dans notre rapport, est que le droit du travail régit aujourd'hui la plus grande partie de la population active; non plus une classe ouvrière homogène mais un monde du travail hétérogène et complexe*"<sup>56</sup>.

##### 5. *Le misure di sostegno al reddito prima e dopo il Covid-19*

Dopo le aspre polemiche avvenute nel momento della sua istituzione, ci si è dimenticati in fretta del reddito di cittadinanza, dimenticando per strada pure il problema della povertà nel nostro paese, rispetto al quale il reddito, piaccia o no, ha rappresentato (e rappresenta) una reale misura di contrasto<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Il rapporto per la Commissione europea preparato da un gruppo di esperti sotto la direzione di SUPIOT è stato tradotto in Italia da Carocci nel 2003 con il titolo in verità fuorviante *Il futuro del lavoro* e pubblicato in ristampa in Francia nel 2016 da Flammarion, Roubaix.

<sup>56</sup> V. p. XXII della prefazione all'edizione francese del 2016, sopra citata.

<sup>57</sup> In base alle informazioni fornite dall'Osservatorio sul Reddito e la Pensione di citta-

Il reddito di cittadinanza nacque, com'è noto, con il d.l. 28 gennaio 2019 n. 4 in modo abbastanza burrascoso, invisibile sia all'interno della maggioranza di governo (allora giallo-verde) che all'esterno. Ma, pur nato con un parto così problematico, è difficile trovare una misura che rappresenti meglio, nel bene o nel male, il tramonto della dottrina neo-liberale. Se è vero che il postfordismo segna il passaggio da una società ben strutturata in classi "ad una società frammentata, differenziata, individualizzata, in cui gli individui sono più lasciati a se stessi"<sup>58</sup>, il tema del reddito "universale" può essere considerato una risposta proprio a questa realtà sociale, privata della garanzia della stabilità del lavoro e della prospettiva (oramai utopica) del pieno impiego<sup>59</sup>. Esso si pone in una duplice prospettiva: come elemento di contrasto alle disuguaglianze ma anche come risposta alla crisi del lavoro nella società basata sulla cosiddetta *gig economy*, che sembra essere una delle radicali contromisure del *platform capitalism* alla caduta verticale della produzione di valore<sup>60</sup>. L'analisi di Von Parijs e Vanderborght, i quali vedono come incombente, a causa della mutazione genetica di cui si diceva, la duplice e concomitante prospettiva della drastica riduzione dei posti di lavoro e della precarizzazione anche nei settori centrali del sistema economico, è condivisa da molti analisti<sup>61</sup>. Forse non si può parlare di "fine del lavoro", ma certamente attuale è la crisi della "società del lavoro"<sup>62</sup>.

dinanza dell'Inps, aggiornati al 6 ottobre 2020, i nuclei che hanno presentato domanda sono pari a 2.174.613, con un costante aumento dal momento della sua istituzione e con una maggiore concentrazione nel Sud.

<sup>58</sup> V. PACI, *Aggregazioni di classe e società degli individui*, in *SM*, 2010, 88, p. 60.

<sup>59</sup> Sul reddito di base e sulle sue diverse declinazioni, si veda BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'era dell'innovazione*, Edizioni Gruppo Abele, 2017.

<sup>60</sup> La bibliografia in argomento è vastissima, si veda almeno CROUCH, *Se il lavoro si fa gig*, il Mulino, 2019, e dal versante lavoristico, il volume di PERULLI A. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018 e più recentemente quello di ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019.

<sup>61</sup> VAN PARIJS, VANDERBORGH, *Basic Income. A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy*, Harvard University Press, 2017, tradotto in Italia da il Mulino nello stesso anno con il titolo *Il reddito di base. Una proposta radicale*. Il reddito di base come strumento di lotta alla precarietà è invocato da tempo: v. ad es. BRONZINI, *Come evitare la segmentazione del mercato del lavoro: la filosofia europea della flexicurity e i contratti a termine*, in *D&L*, 2008, 4, p. 118 e GIUBBONI, *Un certo grado di solidarietà: libera circolazione e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in *RDSS*, 2008, 1.

<sup>62</sup> Collegata anch'essa, almeno in parte, alla finanziarizzazione dell'economia, perché, come osserva LATOUCHE, "per rimborsare i debiti...bisogna tagliare sempre più teste" (LATOUCHE, *Come reincantare il mondo*, Bollati Boringhieri, 2020, p. 21).

Questa è naturalmente la versione più “futurista” e radicale – lontana dal venire – del reddito, inteso come *basic income*, come diritto primario per tutti coloro che vivono in un determinato territorio, quale remunerazione della cooperazione sociale e dell’inserimento degli individui in una rete di produzione di valore dematerializzata e destrutturata, distinguendolo sia dalla logica tipica del *workfare* (selettivo) che dal *welfare* pubblico keynesiano (universale).

Da questo punto di vista, il decreto legge n. 4/19 è un compromesso in cui sono presenti sia influenze di tipo assistenzialistico che spunti in direzione di un reddito di base propriamente detto. Ma resta soprattutto strumento di contrasto alla povertà, con ricadute però anche sulla sotto-protezione dei lavoratori, se non altro perché in grado di costituire un forte disincentivo ad accettare proposte lavorative in cui non siano rispettati i minimi salariali dei contratti collettivi. In tal senso il reddito di base si confronta concretamente con il tema della responsabilità dell’impresa, stimolando comportamenti corretti nel rapporto con i lavoratori, da assumere però come doveri<sup>63</sup>, e inoltre, se non può dirsi misura attuativa dell’art. 36 della Costituzione, può quanto meno ritenersi collegato con il principio costituzionale di sufficienza, sotto un duplice profilo: da un lato come “retribuzione” del lavoro sociale, come corrispettivo dell’inserimento nella catena di produzione anche al di fuori dello schema “canonico” del lavoro salariato; dall’altro, come promozione del *decent work*, vale a dire come indiretto condizionamento del mercato per promuovere l’equità salariale, a garanzia dei “minimi”, come si è già accennato.

In altra sede chi scrive ha svolto un’analisi critica dell’attuale disciplina del reddito di cittadinanza e delle sue condizioni applicative, in qualche caso rispondenti ad uno spirito “sicuritario”, come nelle sue misure sanzionatorie o nel ruolo della famiglia, che diventa, in certo senso, una sorta di ente di controllo del comportamento dei singoli e in particolare dei giovani<sup>64</sup>. Altro

<sup>63</sup> Su questi temi si veda l’importante volume di SUPIOT, DELMAS-MARTY (a cura di), *op. cit.*, e qui, oltre all’introduzione di SUPIOT, *Face à l’insoutenable: les ressources du droit de la responsabilité*, l’interessante contributo di DAUGAREILH, *La responsabilité sociale des entreprises en quiete d’opposabilité*, p. 183 ss.

<sup>64</sup> V. FONTANA, *Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*, in *La cittadinanza europea*, 2019, I, p. 31, ma anche in *W.P. CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT, 2019. Recentemente sul tema v. PASCUCCL, *Note critiche sparse a margine del reddito di cittadinanza*, in *RDSS*, 2020, p. 273 ss. Sul reddito si veda poi il forum della *RDSS*, con l’introduzione di TULLINI, *Opinioni a confronto sul reddito di cittadinanza. Un dialogo aperto*, 2018, p. 687

punto critico potrebbe essere individuato negli obblighi dell'avente diritto (comma VIII dell'art. 4) che esigono adempimenti burocratici e “percorsi” non meglio precisati imposti al soggetto beneficiario senza che gli stessi siano concordati e valutati congiuntamente, per adattarli alle specifiche esigenze soggettive<sup>65</sup>. Si potrebbe desumere da questa disposizione la non chiarissima finalità del progetto legislativo, che sembrerebbe mirare, oltre che al contrasto alla povertà, alla mobilitazione della forza lavoro e all'attivazione dei soggetti, rendendoli disponibili alla mobilità territoriale<sup>66</sup>. Da questo punto di vista, il dispositivo in questione potrebbe produrre risultati contro-intuitivi, soprattutto per i territori periferici, tenendo conto che stimolare ulteriormente la mobilità dei giovani potrebbe voler dire provocare in queste aree (pensiamo al Sud o alle isole) un ulteriore “svuotamento” del capitale sociale (che è dato dalle risorse umane)<sup>67</sup>.

Ma al di là di questi problemi (e di altri che non sembra qui utile trattare, come, ad esempio, la selezione degli aventi diritto, la questione dei lavoratori irregolari, ecc.) non c'è dubbio che il reddito di cittadinanza, con tutte le sue anomalie ed ambiguità, si inquadra in una politica sociale che si differenzia dal passato, staccandosi dalla corrente post-keynesiana che ha dominato la scena negli ultimi decenni.

Soffermandoci ora sugli strumenti successivi nel periodo Covid di contrasto alla povertà e al disagio sociale<sup>68</sup>, una misura di sostegno economico di carattere provvisorio ed emergenziale istituita nella fase più dura dell'epidemia è, com'è noto, il REM (Reddito di emergenza) introdotto con i limiti di reddito indicati dal 5° comma, dall'art. 82 del d.l. 19 maggio 2020 n. 34; incompatibile, bisogna dire, con le altre misure di sostegno al reddito previste dal d.l. 18/2020, con il trattamento pensionistico e con lo stesso reddito di cittadinanza. Diversamente dal reddito, esso è corrisposto non individual-

ss. e CASILLO, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019 n. 4: precedenti, luci e ombre*, in *RDSS*, 2019, p. 557 ss.

<sup>65</sup> Anche le proposte di lavoro, che rappresentano il fulcro del sistema di orientamento e di inserimento al lavoro e che il soggetto è tenuto ad accettare pena la decadenza del beneficio, sono tre solo nella prima fase, visto che l'art. 4 comma VIII lettera b, punto 5), prevede che in caso di rinnovo del reddito esse si riducano ad una; concetto ripreso e rafforzato dal comma IX, lettera c), in cui si prevede che “in caso di rinnovo del beneficio...è congrua un'offerta ovunque sia collocata nel territorio italiano anche nel caso si tratti di prima offerta”.

<sup>66</sup> V. PASCUCCI, *op. cit.*, p. 279.

<sup>67</sup> V. PUGLIESE, *Quelli che se ne vanno*, il Mulino, 2017, e la ricca bibliografia che lo corredda.

<sup>68</sup> Su cui si veda GIUBBONI, *Covid-19: obblighi di*, cit., pp. 283 ss.

mente ma all'intero nucleo familiare che versa nelle condizioni di difficoltà indicate dalla norma appena citata, per garantire un minimo vitale, anche se soltanto temporaneamente.

Da questo punto di vista, una certa importanza ha poi il provvedimento previsto dall'art. 40 del d.l. 18/2020, con il quale sono stati sospesi gli obblighi e le condizionalità previsti dall'attuale disciplina in materia di reddito di cittadinanza. La tendenza "universalistica", e comunque la tendenza ad espandere l'area della tutela sociale in senso universalistico, ne viene confermata e, del resto, non è oramai una novità.

Lo stesso Fondo di integrazione salariale (FIS) – introdotto dagli artt. 26 e ss. del d.lgs. 148/2015 – non è altro che un'estensione dell'integrazione salariale per i settori storicamente esclusi dal beneficio della Cig (ordinaria e straordinaria) ed eroga, com'è noto, l'assegno di solidarietà a tutti i lavoratori (subordinati) dipendenti da datori di lavoro che occupano almeno cinque dipendenti, e l'assegno ordinario per le imprese con più di quindici dipendenti per le medesime causali per le quali è previsto l'intervento della Cig<sup>69</sup>.

Sempre in un'ottica espansiva, il riferimento è ora alle disposizioni previste dall'art. 18 d.l. 18/2020 e poi successivamente prorogate, e, soprattutto, la Cig "in deroga" (disposta dall'art. 22 del d.l. 18/2020) che, reiterando una prassi già in strada in passato, consente a tutti i lavoratori di accedere al sostegno al reddito, ancorché resti fermo il limite costituito dall'applicabilità al solo lavoro subordinato<sup>70</sup>. In questo caso il beneficio è esteso a tutti i lavoratori del settore privato, per i quali non trovino applicazione le tutele "ordinarie", anche a favore di lavoratori dipendenti da datori di lavoro con meno di cinque dipendenti. A tal riguardo, si precisa che con l'art. 87 del d.l. 34/2020 è stata introdotta una modifica a quanto disposto dall'art. 1 comma 251 della l. 145/2018, in cui si è previsto che, alla cessazione del trattamento in deroga, subentra per un periodo massimo di mesi 12 e fino al 31/12/2020, in continuità, un'indennità in favore dei lavoratori pari al trattamento della mobilità in deroga, con la contribuzione figurativa.

Ancora, è animato da una logica universalistica sia l'art. 44 del d.l.

<sup>69</sup> Sulle misure di sostegno al reddito qui esposte si veda l'analisi molto attenta e approfondita di FAIOLI, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 167 ss.

<sup>70</sup> V. DE MARCO, *La cassa integrazione guadagni in deroga alla prova del Covid-19*, in PILEGGI (a cura di), *op. cit.*, p. 141 ss.

18/2020, che il successivo art. 78 del d.l. 34/2020, che hanno previsto a favore di tutti i lavoratori dipendenti ed autonomi il “reddito di ultima istanza”, disponendo, a tutela della dignità umana, l'erogazione di un'indennità per tutti coloro che hanno ridotto o sospeso o finanche cessato l'attività o il loro rapporto di lavoro a seguito dell'epidemia Covid, provvidenza questa applicabile anche ai professionisti iscritti agli enti di diritto privato di previdenza obbligatoria.

In conclusione. In un piccolo recente volume edito in Francia dal titolo “*Pour ou contre le revenu universel*” a cura di Guillaume Allègre e Philippe Van Parijs, Van Parijs ha sostenuto che la proposta di un reddito di base universale ed incondizionato “*avait l'ambition de fournir une alternative radicale au capitalisme existant qui soit autre chose que l'utopie néolibérale de la soumission au marché et que l'utopie paléo-socialiste de la soumission à l'Etat*”<sup>71</sup>. Il reddito in versione italiana non è questo, né possono esserlo, neppure allo stato nascente, i provvedimenti successivi: l'utopia di una società che si sia liberata dalla “schiavitù” del lavoro salariato non è all'ordine del giorno, ma essi rappresentano comunque un momento di evoluzione significativa del *welfare*, un suo cambiamento di prospettiva, sganciata dalla condizione di lavoratore e finalizzata ad assicurare a tutti una condizione di dignità, quale che sia la collocazione specifica nell'organizzazione sociale e produttiva. Con i provvedimenti assunti nella stagione dell'emergenza, in particolare, la visione universalistica del reddito pare non essere smentita, ma anzi confermata. Si può ritenere, a tal riguardo, che si tratti di un fenomeno espansivo della tutela sociale che potrà produrre effetti duraturi, non necessariamente legati temporalmente all'emergenza, contribuendo alla trasformazione in senso maggiormente inclusivo della protezione dei lavoratori, riducendo di molto l'area della non protezione<sup>72</sup>. Il contrasto al lavoro povero e all'emarginazione sociale di fasce molto ampie della popolazione sembra darsi rispettando l'impostazione che vede al centro del sistema di tutela sociale la persona in quanto tale e la sua dignità, con i poliedrici profili lavorativi e sociali, con i nuovi bisogni e la sua mutevole identità.

<sup>71</sup> ALLÈGRE, VAN PARIJS, *Pour ou contre le revenu universel?*, PUF, 2018.

<sup>72</sup> CINELLI, *op. cit.*, p. 307

## 6. Conclusioni

Questa analisi molto parziale delle novità e di alcune linee di fondo della legislazione, a cavallo fra crisi del liberismo ed emergenza pandemica, fa pensare, come detto in precedenza, ad una discontinuità rispetto agli orientamenti presenti nelle politiche legislative quanto meno a partire dagli anni Ottanta del '900. Proprio la velocità del cambiamento impone però molta prudenza sul piano valutativo e prognostico, non essendo ben chiaro, nonostante la diffusa opinione critica, quanto sia profonda la crisi del “capitalismo globale” che si è imposto dopo la grande crisi del 1989. Viva è certamente la delusione per le “promesse mancate”<sup>73</sup>, come quella relativa alla scomparsa delle disuguaglianze e alla maggiore importanza dei diritti individuali, o anche, stando alla questione lavoristica, all’attesa trasformazione in senso partecipativo dell’azienda post-fordista, ma sulla delusione non si costruisce automaticamente una diversa infrastruttura giuridica dei rapporti sociali. È vero che sembrerebbero riemergere dalla nebbia degli ultimi anni concetti molto trascurati – come la sicurezza, la stabilità, l’uguaglianza e la dignità dei lavoratori – ma è opinione dell’autore che il condizionamento degli ordinamenti nazionali da parte di quel tribunale immaginifico chiamato mercato continuerà a produrre le proprie mirate direttive implicite<sup>74</sup>. Del resto proprio la manovra in “controtendenza” sul contratto a termine dimostra quanto sia problematico dedurre già una linea univoca. Ma indubbiamente si sarebbe reticenti se non si ammettesse che fra le molte novità di questa indimenticabile stagione c’è l’emergere di una diversa sensibilità e di orientamenti che erano considerati fino a non molto tempo fa indesiderabili e inconciliabili con l’economia politica dominante, le cui direttrici possono riassumersi, come osserva Stiglitz, nella doppia combinazione di politiche orientate sul lato dell’offerta e di *deregulation*. Nelle scelte legislative più recenti, nelle difficili e spesso turbolenti vicende di quest’ultima legislatura, vengono (almeno in parte) smentiti entrambi questi postulati della visione neo-liberista. Sul piano economico-finanziario, l’intervento dello stato in chiave redistributiva, per rafforzare la domanda privilegiando il sostegno al reddito delle fasce più

<sup>73</sup> È il titolo del libro di MARIA ROSARIA FERRARESE edito da Il Mulino nel 2017.

<sup>74</sup> La definizione del mercato come “luogo di veridizione” è di FOUCAULT, *Nascita della bipolitica. Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, 2005; come scrive ironicamente DUFOUR “*le marché est sage, il est tout-puissant*” (DUFOUR, *Le Divin Marché. La Révolution culturelle libérale*, Denoel, 2007).

deboli, non è più un tabù, come dimostrano sia la riforma, pur imperfetta, del reddito di cittadinanza che i successivi provvedimenti di aiuto economico alle famiglie e ai lavoratori. Si può essere contro questo tipo di intervento come punto qualificante del *welfare*, ma non c'è dubbio che si tratta di un cambiamento radicale, sganciando il diritto al reddito e alla soddisfazione dei bisogni fondamentali, dal lavoro, disegnando un orizzonte nuovo di protezione della dignità della persona indipendentemente dal ruolo nella produzione; tema ancora più attuale oggi che l'avanzamento tecnologico assume ritmi così serrati e incide in modo così sorprendente sulla società del lavoro, spezzando il nesso fra riproduzione sociale e lavoro salariato.

Dal punto di vista della politica legislativa, si può affermare, poi, che la stagione della “deregolamentazione” pare essere veramente finita, o comunque in declino, visto che le riforme nel senso del rafforzamento delle tutele nell'ambito del rapporto di lavoro non sembrano più illuminate da un pregiudizio critico e si può finalmente ammettere, senza infingimenti, che la protezione del “contraente debole” non è in antitesi con le “buone pratiche”, senza insistere ancora, come un vecchio disco rotto, sul tasto della flessibilizzazione e della “dequotazione” del diritto del lavoro.

Anche in questo caso, sembra potersi dire che la tendenza all'estensione dei confini dell'area del lavoro protetto, con le politiche inclusive praticate nei confronti del lavoro autonomo e parasubordinato, la riforma del contratto di lavoro a tempo determinato e della somministrazione di lavoro, la rivalutazione della rappresentanza sindacale e la funzione della contrattazione collettiva in senso acquisitivo e non ablativo, la protezione finalmente dei settori marginali del mercato del lavoro come i *riders*, attestano che la discontinuità non è un'invenzione scarsamente attendibile ma è presente nella legislazione, esprimendo una nuova “razionalità” politica e programmatica. E bisogna dire, a tal riguardo, che questa discontinuità si era già manifestata in un contesto tutt'altro che univoco, quando, nell'ambito del decreto legislativo n. 81/2015, si era definita una rete di protezione dei collaboratori non subordinati di indubbia efficacia.

Se poi si considera l'approccio del legislatore nella sfortunata fase dell'emergenza Covid, queste impressioni sono certamente rafforzate, visto che l'“anima sociale” della legislazione è distinguibile con molta chiarezza all'interno del coacervo di norme e di dispositivi legali che sono stati introdotti per modificare l'assetto dell'organizzazione sociale e produttiva in funzione del nuovo contesto epidemico e/o per definire il necessario sostegno mate-

riale a favore delle classi subalterne, coinvolgendo una larga fetta della popolazione attiva nel mercato del lavoro.

Non si può non citare, evidentemente, il sostegno al reddito, la distribuzione di sussidi e di *benefits* di vario tipo, superando la tradizionale dicotomia in termini di protezione sociale che ha caratterizzato per tanto tempo il mercato del lavoro, e fra le altre iniziative legislative, ovviamente, quella del blocco dei licenziamenti, che ha dato luogo ad un rilevante dibattito nella dottrina giuslavorista e su cui anche per ragioni di spazio non ci si può soffermare.

Ciò non significa sopprimere l'altro polo dialettico, vale a dire l'anima "economicista" e produttivistica del diritto del lavoro, la sua funzionalizzazione alle mutevoli esigenze del mercato, in contrasto con il bisogno di tutela e di uguaglianza, ma comprendere e sottolineare il diverso equilibrio sistemico che si sta formando, e forse stabilizzando, fra queste due inesauribili fonti di conflitti nell'orbita giuslavorista.

Il quadro è molto complesso e non si può dire certamente statico, così come le incertezze e gli interrogativi di questa difficile fase di cambiamento, i nuovi rischi per la collettività, sono anch'essi numerosi. Niente sarà come prima, ha scritto Irti, e forse più di questo è oggi veramente difficile dire.

### **Abstract**

L'autore esamina nel suo contributo alcuni cambiamenti nella regolamentazione dei rapporti di lavoro avvenuti nell'ultima fase storica della legislazione del lavoro, da cui si intravede un nuovo orientamento generale, che sembra mettere in primo piano la questione della sicurezza e della tutela del lavoro. Questo percorso critico è collegato ad un nuovo clima culturale, che l'autore mette in evidenza nella prima parte del suo lavoro, coi un diverso rapporto fra economia e società. In tale contesto l'autore inserisce i nuovi interventi legislativi nella fase attuale dell'emergenza epidemica, di cui discute criticamente nella seconda parte del saggio. Le conclusioni non sono però assertive e l'autore considera questi cambiamenti soltanto come indicatori di nuovi scenari possibili, senza poter prevedere in nessun modo l'assetto futuro delle relazioni giuridiche.

The author examines in his contribution some changes in the regulation of employment relationships that occurred in the last historical phase of labor legislation, from which a new general orientation can be glimpsed, which seems to put the issue of safety and protection of work in the foreground. This critical path is connected to a new cultural climate, which the author highlights in the first part of his work, with a different relationship between economy and society. In this context, the author places the new legislative interventions in the current phase of the epidemic emergency, which he critically discusses in the second part of the essay. The conclusions are not, however, assertive and the author considers these changes only as indicators of new possible scenarios, without being able to predict in any way the future structure of legal relations.

### **Key words**

Epidemia Covid, legislazione di emergenza, nuove tutele, sicurezza, post-liberismo.

Covid epidemic, emergency legislation, new safeguards, security, post-liberalism.

**Charles Szymanski**

## **Gli Stati Uniti al passo con l'Unione europea: l'inclusione dell'orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio\***

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Il contesto: la legge sulle discriminazioni sessuali nell'ambito della disciplina lavoristica americana. **3.** *Segue.* La decisione della Corte suprema *Bostock v. Clayton*. **4.** L'impatto di *Bostock* sul diritto del lavoro degli Stati Uniti. Cosa accade se l'impiego di lavoratori LGBT viola la libertà religiosa del datore di lavoro? **5.** *Segue.* L'effetto di un approccio testuale all'interpretazione delle leggi sul lavoro e sui sindacati. **6.** Conclusioni.

### *1. Introduzione*

Esistono molte similitudini tra il diritto antidiscriminatorio in materia di lavoro previsto dall'Unione europea e quello vigente negli Stati Uniti. Sebbene la nomenclatura sia abbastanza differente, sia l'UE che gli Stati Uniti riconoscono tutele contro le discriminazioni dirette e quelle indirette e qualificano le molestie come forme proibite di discriminazione sul lavoro<sup>1</sup>.

Allo stesso modo, anche le categorie oggetto della normativa antidiscriminatoria sono sostanzialmente simili – razza, sesso, età, religione e disabilità<sup>2</sup>

\* La traduzione dall'inglese è di Costantino Cordella.

<sup>1</sup> Confronta l'art. 2 della direttiva del Consiglio 2000/78/Ce del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento sul lavoro, con il titolo VII della legge sui diritti civili, 42 U.S.C. Sezione 2000e-2(a) e (k), così come interpretato nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Cassa di Risparmio Meritor, FSB v. Vinson*, 477 U.S. 57, 106 S.Ct. 2399, 91 L.Ed.2d 49 (1986).

<sup>2</sup> Cfr. l'art. 1 della direttiva 2000/78/Ce (con riferimento alle discriminazioni in materia di religione, disabilità, età e orientamento sessuale) e la direttiva 2006/54/Ce del 5 luglio 2006, sull'attuazione del principio di parità di opportunità e di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione, con il titolo VII, 42 U.S.C. Sezione 2000e-2 (a), l'Age Discrimination

–, sebbene da molti anni esista un’eccezione importante. Mentre il diritto del lavoro dell’UE vieta espressamente le discriminazioni sulla base dell’orientamento sessuale<sup>3</sup>, la disciplina antidiscriminatoria negli Stati Uniti, dal 1964 fino al 2020, non ha incluso questa categoria. Tale anomalia è stata finalmente corretta dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella decisione *Bostock v. Clayton County*<sup>4</sup> del giugno 2020.

Dal punto di vista regolativo, tra gli studiosi di diritto del lavoro, sia europei che americani, e anche nella società in generale, questo risultato è poco significativo. La maggior parte delle persone sarebbe d’accordo con l’affermazione che i lavoratori non devono essere discriminati per il loro orientamento sessuale. Tuttavia, dal punto di vista interpretativo, la decisione *Bostock* ha sollevato diverse importanti questioni. Ai sensi del diritto del lavoro statunitense, il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, modificato nel 1991, vieta espressamente ai datori di lavoro di discriminare gli individui in base al loro sesso (insieme alla razza, all’origine nazionale e alla religione)<sup>5</sup>. Il testo del Titolo VII, tuttavia, non elenca l’orientamento sessuale o l’identità di genere fra le categorie protette. Benché dall’entrata in vigore della legge vi siano state numerose domande giudiziali tese a evidenziare che il termine “sesso” comprende le discriminazioni relative all’orientamento sessuale, tale interpretazione è stata regolarmente respinta dalle corti fino al 2017<sup>6</sup>. Il Congresso degli Stati Uniti ha fatto diversi tentativi di modifica per via legislativa del Titolo VII, al fine di includervi il divieto di discriminazioni basate sull’orientamento sessuale, ma fino al 2020 questi sforzi non hanno avuto successo<sup>7</sup>.

In questo contesto si inserisce il caso *Bostock*, che ha avuto a oggetto la legittimità del licenziamento per ragioni legate all’orientamento sessuale o

in Employment Act, 29 U.S.C. Sezione 623 (a) (ADEA) e l’Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. Sezione 12112(a) (ADA).

<sup>3</sup> V. art. 1, dir. 2000/78/Ce.

<sup>4</sup> V. Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza del 15 giugno 2020, n. 590 U.S., *Bostock v. Clayton county, Georgia*.

<sup>5</sup> L’ADEA e l’ADA hanno aggiunto protezioni antidiscriminatorie a favore dei dipendenti anziani e dei disabili, rispettivamente, nel 1967 e nel 1992.

<sup>6</sup> V. CARTER, *Questioning the Definition of “Sex” in Title VII: Bostock v. Clayton County, GA*, in *DJCLPP*, 2020, p. 63, la quale nota che, fino al 2017, tutte le Corti d’Appello federali avevano escluso la possibilità che le tutele del titolo VII si estendessero alle discriminazioni relative all’orientamento sessuale.

<sup>7</sup> CARTER, *op. cit.*, p. 64; v. anche *Bostock*, cit., 140 S.Ct., 1755 (nella parte in cui è riportata l’opinione del Giudice Kavanaugh, J., dissenziente).

all'identità sessuale di tre lavoratori, due dei quali omosessuali e uno transgender<sup>8</sup>. Come in precedenza avevano fatto altri ricorrenti (quasi tutti sconfitti in giudizio), i lavoratori avevano sostenuto che il divieto di cui al titolo VII sulla discriminazione sessuale includesse le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e lo status di transgender. Quando il caso è stato depositato presso la Corte Suprema degli Stati Uniti, le possibilità di successo dei ricorrenti sembravano, dunque, piuttosto limitate. Tra l'altro, il giudice della Corte Suprema Anthony Kennedy, che aveva deciso alcune cause importanti in senso favorevole ai diritti degli omosessuali, era andato di recente in pensione ed era stato sostituito dal giudice conservatore Brett Kavanaugh. Di conseguenza, al momento in cui è stato deciso il caso, la Corte aveva una maggioranza conservatrice di 5 a 4, che non lasciava ipotizzare alcun tipo di espansione dei diritti degli omosessuali<sup>9</sup>.

Sorprendentemente, tuttavia, la Corte si è pronunciata a favore dei ricorrenti, affermando che il concetto di sesso del titolo VII include l'orientamento sessuale e la condizione di transgender. Forse ancora più sorprendentemente, c'è da rilevare che la decisione è stata redatta da un giudice conservatore, Neal Gorsuch, recentemente nominato per sostituire l'ultraconservatore Antony Scalia, morto prematuramente.

In sostanza, seguendo l'opinione della maggioranza della Corte, Gorsuch ha effettuato una rigorosa analisi testuale della legge, in base alla quale è stato chiarito che il termine sesso include anche l'orientamento sessuale e lo status di transgender. Tale rigorosa interpretazione, altresì nota come "originalismo" (*originalism*), è in realtà un segno distintivo della posizione conservatrice adottata dallo stesso Scalia, secondo il quale la legislazione deve essere interpretata in base al significato letterale delle parole. Naturalmente, i tre giudici conservatori dissenzienti (insieme agli studiosi conservatori che in seguito hanno commentato la decisione) si sono opposti a tale interpretazione, sostenendo che tale posizione non fosse suffragata dal testo del titolo VII e, inoltre, evidenziando che in tale maniera sarebbero stato riconosciuto un potere legislativo ai giudici.

Questo contributo darà conto della decisione e degli effetti che da essa derivano sul diritto del lavoro degli Stati Uniti. Sarà affrontata, inoltre, la

<sup>8</sup> *Bostock*, cit., 140 S.Ct., 1738; HAINSWORTH, *Contea di Bostock contro Clayton, GA*, in *BBJ*, 17 agosto 2020.

<sup>9</sup> V. KOPPELMAN, *Bostock, LGBT Discrimination and the Subtractive Moves*, in *MLRH*, 2020, 20-16, pp. 4-6.

questione relativa alla possibilità che la Corte abbia correttamente svolto il suo ruolo effettuando una rigorosa analisi testuale ovvero abbia travalicato i suoi compiti sostituendosi al legislatore, così come hanno sostenuto i critici. Si tratta di una questione significativa, dal momento che la Corte Suprema si accinge ad avere una composizione più conservatrice<sup>10</sup>. Se essa aderisce a un metodo “originalista” di interpretazione della legge e della Costituzione è importante capire in cosa questo consista in generale e, più specificamente, quale sia il suo impatto sul futuro contenzioso in materia di lavoro.

## 2. *Il contesto: la legge sulle discriminazioni sessuali nell'ambito della disciplina lavoristica americana*

Prima di analizzare nel dettaglio la decisione *Bostock*, è utile fare una breve premessa sull'applicazione della legge in materia di discriminazioni sessuali nel diritto del lavoro americano. Il principio di *common law* del recesso libero dal rapporto di lavoro costituisce la base del sistema di diritto del lavoro degli Stati Uniti<sup>11</sup>. In base a esso, i datori di lavoro possono licenziare i loro dipendenti per qualsiasi motivo, e, per parte loro, i lavoratori hanno anche la libertà di lasciare il loro lavoro ogni volta che lo desiderano<sup>12</sup> e per qualsiasi motivo<sup>13</sup>. È possibile evitare le conseguenze potenzialmente rigide di questo principio mediante un contratto di lavoro individuale o un contratto collettivo stipulato tra il datore di lavoro e un sindacato<sup>14</sup>. In entrambi i casi, il datore di lavoro dovrà dare una giusta causa per licenziare i suoi dipendenti.

<sup>10</sup> Durante la stesura di questo testo, il presidente Donald Trump ha nominato Amy Coney Barrett (giudice conservatore che aveva lavorato per il giudice Scalia), quale sostituta del deceduto giudice liberale Ruth Bader Ginsburg. V., tra gli altri, LUCEY, PETERSON, *Trump Nominates Amy Coney Barrett to Supreme Court*, Wall Street Journal, 26 settembre 2020: <https://www.wsj.com/articles/trump-set-to-announce-nomination-of-amy-coney-barrett-for-supreme-court-11601128552>. Il 26 ottobre 2020 la nomina del giudice Barrett è stata confermata dal Senato con una maggioranza di 52 a 48. SPRUNT, *Senate Confirms Amy Coney Barrett to the Supreme Court*, National Public Radio, 26 ottobre 2020: <https://www.npr.org/2020/10/26/927640619/senate-confirms-amy-coney-barrett-to-the-supreme-court>.

<sup>11</sup> V., tra gli altri, BODIE, *The Best Way Out is Always Through: Changing the Employment At-Will Default Rule to Protect Personal Autonomy*, in *UILR*, 2017, p. 223.

<sup>12</sup> V., ad esempio, CORBETT, *Finding a Better Way Around Employment At Will: Protecting Employees' Autonomy Interests Through Tort Law*, in *BLR*, 2018, p. 1074.

<sup>13</sup> BODIE, *op. cit.*, p. 228.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

Detto questo, tradizionalmente, questo genere di contratti di lavoro individuali sono rari nel mercato del lavoro americano, e sono generalmente limitati ai lavoratori altamente qualificati e remunerati. I sindacati e i contratti collettivi sono relativamente più comuni, anche se in costante declino, soprattutto nel settore privato. Il tasso di adesione sindacale nel settore privato, nel 2019, è stato solo del 6,2%<sup>15</sup>.

Senza la protezione di un contratto, il principio del recesso libero consentirebbe a un datore di lavoro di licenziare un dipendente anche sulla base della razza o del sesso<sup>16</sup>. Tuttavia, poiché il recesso libero è un istituto di *common law*, può essere integrato-derogato dal legislatore, che può approvare una legge per modificare una disposizione obsoleta o particolarmente ingiusta. A livello federale, il Congresso degli Stati Uniti ha fatto uso di una deroga del genere quando ha approvato il titolo VII della legge sui diritti civili nel 1964 (“Titolo VII”)<sup>17</sup>. Il titolo VII ha infatti reso illegittimo per i datori di lavoro discriminare in base alla razza, all’origine nazionale, al sesso e alla religione<sup>18</sup>.

L’impulso che ha spinto ad approvare il titolo VII è stato, in realtà, quello di eliminare le discriminazioni razziali sui luoghi di lavoro. L’inserimento di una disposizione che vieta la discriminazione sessuale ha invece rappresentato una “pillola velenosa” introdotta dai membri del Congresso degli Stati del Sud, con il fine di sabotare la procedura di approvazione dell’intera legge. Questi parlamentari pensavano che il Congresso avrebbe potuto approvare una legge contro le discriminazioni razziali sul lavoro, ma non un disegno di legge che vietasse sia la discriminazione razziale sia quella sessuale<sup>19</sup>. Inaspettatamente, tuttavia, il Congresso ha approvato l’intero disegno di legge

<sup>15</sup> V. U.S. Bureau of Labor Statistics, Economic News Release Union Members del 23 gennaio 2020, <https://www.bls.gov/news.release/union2.nro.htm#:~:text=Industry%20and%20Occupation%20of%20Union,percentage%20point%20to%206.2%20percent>.

<sup>16</sup> V. Corte Suprema della Pennsylvania, 20 luglio 2009, *Weaver v. Harpster*, 975 A.2d 555, in cui è stato applicato il principio del recesso libero, al caso di una piccola impresa che aveva licenziato un dipendente per ragioni legate al sesso, e alla quale non si applicavano le leggi federali e statali sulle discriminazioni.

<sup>17</sup> *Weaver v. Harpster*, cit., p. 569, in cui si afferma che “il legislatore può creare eccezioni legali al principio del recesso libero”.

<sup>18</sup> V. 42 U.S.C. Sezione 2000e-2(a).

<sup>19</sup> V., ad esempio, DAVIS, *What is “Sex”? Heterosexual-Male-On-Heterosexual-Male Sexual Harassment Actions after Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, in SCLR, 1998, p. 1346; *Bostock*, cit., 140 S.Ct., 1752.

come modificato. Pertanto, le disposizioni sulla discriminazione sessuale del titolo VII devono intendersi come del tutto accidentali, e su di esse, non a caso, esistono pochi dettagli circa il significato che il Congresso intendeva riconoscere alla parola “sesso”.

Il titolo VII vieta sia il trattamento discriminatorio diretto sia quello indiretto perpetrato sui luoghi di lavoro<sup>20</sup>. In base alla prima tipologia, un datore di lavoro non può tenere un comportamento (licenziamento, sospensione, mancata promozione, ecc.) contro un dipendente a causa della sua razza, sesso, origine nazionale o religione<sup>21</sup>. La prova di un siffatto comportamento molto spesso può essere data dimostrando che il datore di lavoro ha adottato un provvedimento nei confronti del dipendente diverso da quello che in precedenza aveva preso per un altro dipendente estraneo alla categoria protetta (ad esempio, una donna licenziata per essere stata in ritardo, quando invece un dipendente di sesso maschile, in ritardo, non era stato sanzionato allo stesso modo)<sup>22</sup>.

La discriminazione indiretta, invece, coinvolge il datore di lavoro che ha una regola di per sé neutra, ma la cui applicazione genera un danno sproporzionato per una categoria tutelata. Pertanto, la regola secondo cui i dipendenti devono risiedere entro cinque miglia dal posto di lavoro può danneggiare in modo discriminatorio i lavoratori neri, se l'impresa si trova in un quartiere prevalentemente bianco. La Corte Suprema degli Stati Uniti ha successivamente interpretato il titolo VII per vietare anche le molestie sessuali sul lavoro<sup>23</sup>. Modifiche significative sono state aggiunte dalla legge sui diritti civili del 1991, che ha consentito ai lavoratori di ottenere il risarcimento dei danni compensativi e punitivi come rimedio per le discriminazioni illecite. In precedenza, i rimedi erano infatti solo di natura equitativa, e includevano principalmente il pagamento delle retribuzioni arretrate<sup>24</sup>.

Il titolo VII ha previsto anche una nuova agenzia amministrativa federale, la Commissione per le pari opportunità di lavoro (“EEOC”)<sup>25</sup>, alla quale de-

<sup>20</sup> V. Corte suprema degli Stati Uniti, 29 giugno 2009, *Ricci v. DeStafano*, 557 U.S. 557 (2009), p. 577.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 577-578.

<sup>23</sup> V. *Cassa di Risparmio Meritor, FSB v. Vinson*, cit.

<sup>24</sup> FENTONMILLER, *Damages, Jury Trials and the Class Action under the Civil Rights Act of 1991*, in *TLL*, 1997, p. 421 ss.

<sup>25</sup> 42 U.S.C. Sezione 2000e-4.

vono essere indirizzate le accuse di discriminazione<sup>26</sup>. Tale organo amministrativo contribuisce spesso a risolvere le liti riguardanti le discriminazioni; quando invece non si riesce a comporre bonariamente tali vertenze, il lavoratore è libero di procedere innanzi al tribunale federale<sup>27</sup>. L'EEOC ha regolamentato sia la procedura amministrativa sia l'interpretazione del titolo VII<sup>28</sup>.

È importante sottolineare che il titolo VII è una legge federale e quindi, in base alla struttura costituzionale degli Stati Uniti, è applicato uniformemente in tutti gli Stati. Tuttavia, gli Stati (e persino le autorità locali, comprese le città) possono approvare previsioni di maggior tutela in materia di discriminazione sul lavoro, andando oltre le disposizioni di base del titolo VII. La dottrina della *preemption*, attraverso la clausola di supremazia della Costituzione, vieta solo di offrire una tutela in tema di discriminazione inferiore rispetto a quella prevista dal titolo VII<sup>29</sup>.

Sebbene sia stato proposto un certo numero di ricorsi ai sensi del titolo VII, sostenendo che il divieto di discriminazione sessuale presente nella legge comprende anche l'orientamento sessuale e/o le discriminazioni transgender, queste rivendicazioni sono state quasi sempre respinte dai tribunali federali e dal' EEOC<sup>30</sup>.

La Corte Suprema ha tuttavia affermato che le denunce di molestie sessuali potrebbero includere anche quelle riguardanti lo stesso sesso. Così, quando i lavoratori maschi di una piattaforma petrolifera offshore hanno preso di mira un altro uomo a causa del suo orientamento sessuale, l'azione giudiziale proposta dalla vittima in base al titolo VII è stata giudicata fondata<sup>31</sup>.

Ciononostante, per molti anni questa sentenza non è stata valorizzata come precedente favorevole alle ragioni di protezione contro le discriminazioni sull'orientamento sessuale. Sono stati gli Stati e i governi locali ad ap-

<sup>26</sup> 42 U.S.C. Sezione 2000e-5.

<sup>27</sup> 42 U.S.C. Sezione 2000e-5(f).

<sup>28</sup> 42 U.S.C. Sezione 2000-12; 29 CFR Sezione 1600 ss.

<sup>29</sup> In altre parole: "Il titolo VII funge da limite minimo rispetto al livello di protezione previsto dalla legge federale o statale contro le discriminazioni", cfr. HOUH, *Critical Interventions: Toward an Expansive Equality Approach to the Doctrine of Good Faith in Contract Law*, in *CLR*, 2003, p. 1077.

<sup>30</sup> CARTER, *op. cit.*, pp. 63-64, con le Corti federali d'appello che detengono uniformemente tale posizione fino al 2017, e l'EEOC fino al 2015.

<sup>31</sup> *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 Stati Uniti 75 (2008).

provare legislazioni che hanno aggiunto l'omosessualità e il transgenderismo come categorie giuridiche oggetto di tutela contro le discriminazioni. In particolare, fino al 2020, sono stati circa 21 gli Stati che hanno introdotto tali categorie nella loro legislazione<sup>32</sup>. Sono stati effettuati inoltre diversi tentativi per modificare il Titolo VII a livello federale, in modo da proteggere i lavoratori LGBT, ma, fino ad ora, tali sforzi non hanno avuto successo<sup>33</sup>.

### 3. Segue. *La decisione della Corte suprema Bostock v. Clayton*

Nonostante decenni di casi giurisprudenziali avessero respinto l'idea che le discriminazioni sessuali vietate ai sensi del titolo VII includessero l'orientamento sessuale, nel biennio 2017-18 ci sono stati primi segnali da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, dai quali è emerso che la questione poteva essere risolta diversamente. La Corte ha ribaltato una precedente decisione degli anni '80, che permetteva agli Stati di criminalizzare il comportamento omosessuale<sup>34</sup>. Successivamente, in un'altra decisione storica, ha deciso che la legislazione che vieta il matrimonio gay e lesbico viola la Costituzione degli Stati Uniti. Dopo queste decisioni, nel 2018, il giudice Anthony Kennedy ha terminato il suo mandato ed è stato sostituito da un conservatore, Brett Kavanaugh, cosicché la Corte ha avuto una maggioranza conservatrice di 5 a 4, priva di una figura come il giudice Kennedy che facesse da "pendolo" e si rivelasse favorevole all'espansione dei diritti LGBT.

In questo nuovo contesto giuridico, nel caso *Bostock* tre dipendenti hanno presentato ricorsi contro i loro rispettivi datori di lavoro, sostenendo di essere stati discriminati a causa del loro orientamento sessuale o transgender in violazione del titolo VII<sup>35</sup>.

I fatti di questi ricorsi erano abbastanza chiari. In un caso, un uomo era

<sup>32</sup> CARTER, *op. cit.*, p. 59.

<sup>33</sup> CARTER, *op. cit.*, p. 74; *Bostock*, 140 S. Ct., 1755 (nella parte relativa all'opinione del Giudice Kavanaugh, J., dissenziente).

<sup>34</sup> V. Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza del 26 giugno 2003, *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza 26 giugno 2015, *Obergefell v. Hodges* 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>35</sup> V., KOPPELMAN, *op. cit.*, pp. 4-5; v. anche LUND, *Unleashed and Unbound: Living Textualism in Bostock v. Clayton County*, in *FSR*, 6 agosto 2020. I casi sono stati: *Altitude Express, Inc., et al. v. Zarda*, n. 17-1623; *R.g. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, n. 18-107; *Contea di Bostock contro Clayton*, n. 17-1618.

stato licenziato poco dopo che il suo datore di lavoro si era reso conto che aveva iniziato a partecipare a una lega di softball gay<sup>36</sup>. In un altro, un dipendente maschio era stato licenziato pochi giorni dopo aver detto che era gay<sup>37</sup>. Nel terzo caso, un dipendente, dichiarato maschio alla nascita, era stato licenziato dopo aver informato il suo datore di lavoro che voleva tornare al lavoro identificandosi come una donna<sup>38</sup>.

In tutti e tre i casi, i datori di lavoro avevano licenziato i lavoratori esclusivamente a causa della loro omosessualità o transgenderismo, e non per il loro rendimento lavorativo. La prima delle tre Corti federali d'appello ha respinto il ricorso del lavoratore ritenendo che il titolo VII non vieta le discriminazioni legate all'orientamento sessuale; le altre due Corti d'Appello federali, invece, hanno ritenuto vietate le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e sul transgenderismo. Queste decisioni sono state poi impugnate innanzi alla Corte Suprema, che ha riuniti i procedimenti per deciderli con un'unica sentenza<sup>39</sup>.

Con la maggioranza di 6 giudici a 3 (di cui 2 conservatori e 4 liberali), la Corte si è pronunciata a favore dei dipendenti e ha stabilito che il divieto del titolo VII sulla discriminazione sessuale copre anche le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere. Nella decisione – scritta dal giudice conservatore Gorsuch – la Corte ha fondato il suo ragionamento sull'analisi testuale del titolo VII, in cui sono espressamente vietate le discriminazioni sul lavoro basate sul sesso.

Nel momento in cui è stato approvato il titolo VII<sup>40</sup>, il termine “sesso” è stato inteso come la differenza biologica tra uomini e donne. In tal senso, discriminare qualcuno ha significato trattare una persona in maniera diversa da un'altra e, in virtù di ciò, la Corte ha proceduto a spiegare che le discriminazioni sessuali includono anche quelle nei confronti dei lavoratori LGBT<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> *Bostock*, cit., 140 S.Ct., 1737-1738.

<sup>37</sup> *Ivi*, 1738.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ibidem*, nel giungere alla sua decisione la Corte ha fatto uso di un'interpretazione letterale delle disposizioni del titolo VII; cfr. KOPPELMAN, *op. cit.*, p. 2, il quale precisa che il redattore della sentenza, il giudice Gorsuch, aderisce al “testualismo” e tale approccio è utilizzato anche nella decisione; NELSON, *op. cit.*, pp. 158-159, il quale ha sostenuto che, nella sentenza, il metodo “testualista” è stato applicato in modo errato.

<sup>41</sup> *Bostock*, cit., 140 S.Ct., 1739-1740.

Un datore di lavoro che licenzia un dipendente perché omosessuale o transgender compie una discriminazione basata sul sesso. Un uomo gay, che è sessualmente attratto da altri uomini, se licenziato a causa di questa attrazione subisce una discriminazione rispetto a una dipendente donna che, allo stesso modo, è sessualmente attratta dagli uomini. Malgrado sia il lavoratore che la lavoratrice siano entrambi attratti da altri uomini – mostrando così la stessa condotta – solo il maschio viene licenziato per questo comportamento. Per tale ragione, si realizza una discriminazione sessuale, tale per cui uomini e donne vengono trattati in modo diverso per la stessa condotta.

Allo stesso modo, per quanto riguarda l'identità di genere, una persona nata biologicamente maschio si presume si comporti in modo maschile; quando tale persona cambia la propria identità di genere, in questo caso da maschio a femmina, e il datore di lavoro lo licenzia a causa di tale cambiamento d'identità, il datore di lavoro realizza una discriminazione basata sul sesso. Un'impiegata nata biologicamente donna si comporta infatti in modo femminile, e non viene licenziata, mentre, un dipendente nato maschio, che si comporta, allo stesso modo, in modo femminile – cioè assumendo la stessa condotta –, è licenziato semplicemente in ragione del suo sesso alla nascita<sup>42</sup>.

Fondamentale per l'analisi della Corte è stata l'affermazione secondo cui il titolo VII vieta le discriminazioni basate sugli stereotipi di genere. Lo stereotipo tradizionale è infatti che gli uomini si comportano in modo “maschile” e le donne in modo “femminile”. Se una lavoratrice rompe questo stereotipo e si comporta da “maschio”, ed è licenziata a causa di questo comportamento, riceverà la tutela antidiscriminatoria basata sull'orientamento sessuale del titolo VII. Più specificamente, nel caso trattato, il datore di lavoro si aspettava che la donna si presentasse “in modo femminile” e l'ha licenziata perché, invece, si comportava come un maschio. Si è trattato pertanto di una discriminazione giacché, se il datore di lavoro può *licenziare* una donna per essersi comportata come un maschio, per lo stesso esatto comportamento non potrebbe essere licenziato un impiegato maschio. In questo senso, le azioni del datore di lavoro costituivano un chiaro esempio di discriminazione sessuale.

Benché questa analisi testuale e la conseguente conclusione siano di agevole comprensione – sembra chiaro infatti che le discriminazioni relative all'orientamento sessuale e all'identità di genere possano entrare a far parte

<sup>42</sup> *Ivi*, 1741-1742.

delle discriminazioni sessuali – vi sono state sul punto forti argomentazioni critiche da parte dei datori di lavoro (supportate dai giudici conservatori, dissenzienti).

In primo luogo, è stato ritenuto più appropriato esaminare il modo in cui un datore di lavoro tratta uomini e donne nell'insieme della sua forza lavoro, per determinare se esiste una discriminazione sessuale. È stato ipotizzato, ad esempio, che in presenza di due dipendenti donne e di altri due uomini, di cui una donna lesbica e un uomo gay, fosse legittimo il licenziamento basato sull'orientamento sessuale di questi ultimi due dipendenti, dal momento che sia i lavoratori di sesso femminile che quelli di sesso maschile erano stati licenziati per il loro orientamento sessuale.

La Corte ha respinto tale tesi alla luce del dettato della legge e ha stabilito che il giudizio sull'esistenza di una discriminazione sessuale, ai sensi del test di trattamento previsto nel titolo VII, deve concentrarsi sul *singolo* dipendente. La questione rilevante è, insomma, se il singolo lavoratore sia vittima di una discriminazione, e non riguarda, invece, il modo con cui il datore di lavoro tratta generalmente uomini e donne. Anche in base all'esempio proposto, in cui ad essere licenziati sono una donna lesbica e un uomo gay, deve ritenersi che entrambi i lavoratori siano stati discriminati per il proprio sesso: la lesbica perché un uomo attratto dalle donne non sarebbe stato allo stesso modo licenziato e l'uomo gay perché, invece, non sarebbe stata licenziata anche una donna attratta dagli uomini<sup>43</sup>.

Questo ragionamento è stato sostenuto in due precedenti decisioni della Corte Suprema che si sono concentrate sul fatto che un lavoratore fosse stato discriminato come individuo ai sensi del titolo VII. In *City of Los Angeles Department of Water & Power v. Manhart*, un datore di lavoro aveva richiesto alle sue dipendenti di versare contributi pensionistici maggiori rispetto a quelli versati dagli uomini poiché le donne vivono statisticamente più a lungo<sup>44</sup>. Guardando alla forza lavoro nel suo complesso, questa misura poteva essere giudicata come una politica fiscalmente adeguata e persino equa. Tuttavia, quando tale modo di operare è stato sottoposto al test antidiscriminatorio nei confronti di una singola dipendente donna è stato giudicato illegittimo. Mentre le donne come gruppo possono vivere più a lungo degli uomini, è

<sup>43</sup> *Ivi*, 1742-1743.

<sup>44</sup> V. Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza del 25 aprile 1978, *City of Los Angeles Department of Water and Power v. Manhart*, 435 U.S. 702 (1978).

impossibile dire se una specifica donna vivrà più a lungo di un collega maschio. In tale situazione, la richiesta di versare contributi pensionistici più elevati rispetto ai lavoratori di sesso maschile è stata considerata una discriminazione sessuale diretta – essendovi un trattamento differente a causa del sesso.

Allo stesso modo, in *Phillips v. Martin Marietta Corp.*<sup>45</sup>, mentre un datore di lavoro aveva come politica assunzionale quella di rifiutare donne con bambini piccoli, nel complesso, in realtà, dimostrava una preferenza per l'assunzione di donne rispetto agli uomini. Nonostante questa preferenza generale per le donne, le scelte datoriali sono state comunque giudicate discriminatorie nei confronti delle donne con figli. Il giudizio sull'esistenza di un trattamento discriminatorio ai sensi del titolo VII si era basato, infatti, sulla categoria delle donne con figli, e non sul modo con cui le donne, nel loro complesso, venivano trattate sul luogo di lavoro<sup>46</sup>.

Un secondo argomento posto dai datori di lavoro era che, anche se il licenziamento dei lavoratori omosessuali e transgender era tecnicamente una discriminazione sessuale, di fatto, per configurarlo, c'era bisogno che la volontà di discriminare i dipendenti, a causa del loro orientamento sessuale o dell'identità di genere, fosse stata il *principale* motivo di licenziamento del datore di lavoro. Un ulteriore motivo di critica era stato, inoltre, che gli stessi lavoratori consideravano la condotta del datore di lavoro una discriminazione LGBT, piuttosto che una generica discriminazione sessuale.

In proposito, la Corte ha tuttavia sottolineato la necessità che per l'accertamento delle discriminazioni sessuali ai sensi del titolo VII si tenga conto del test “but for”. Ai sensi di questo test, un datore di lavoro è colpevole di discriminazione se, in assenza della ragione legata al sesso del dipendente, non avrebbe adottato il medesimo provvedimento (licenziamento, sospensione, ecc.)<sup>47</sup>. Non importa dunque se il sesso sia stato o meno il motivo principale dell'azione. Qui, come descritto in precedenza, il datore di lavoro non licenzierebbe normalmente un dipendente per la sua attrazione verso

<sup>45</sup> V. Corte Suprema degli Stati Uniti, sentenza del 25 gennaio 1971, *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (1971).

<sup>46</sup> *Bostock*, cit., 140 S.Ct. 1743, 1745-1746.

<sup>47</sup> *Ivi*, 1739-1740. Il “but for” test non è più la prova esclusiva per l'accertamento della responsabilità del titolo VII; gli emendamenti del 1991 alla legge sui diritti civili hanno ampliato il campo applicativo della norma, includendovi le situazioni in cui il sesso è un fattore motivante della decisione discriminatoria del datore di lavoro.

gli uomini, ma per il fatto che questi ultimi sono maschi, e quindi, perché si genera una discriminazione sessuale illegittima, a prescindere dall'esistenza di un'altra ragione di licenziamento. La Corte ha così nuovamente citato *Phillips* a sostegno della sua conclusione. In tale caso, la motivazione principale del datore di lavoro per non assumere donne con bambini piccoli poteva essere legata alla necessità che queste prendendosi cura dei bambini non si sarebbero concentrate sul lavoro, e non al fatto in sé che erano donne: ma questa motivazione era irrilevante dal punto di vista del “but for” test<sup>48</sup>.

L'ultimo gruppo di argomentazioni critiche proposte dai datori di lavoro (e amplificate dai giudici dissenzienti) era incentrato sul corretto uso del “testualismo” e dell’“originalismo” nell'interpretazione del termine discriminazione sessuale nel titolo VII. Secondo la scuola di pensiero di Scalia, la Corte doveva interpretare la legge in base al significato letterale delle parole. Un tribunale dovrebbe in pratica comprendere quale era l'intenzione del legislatore espressa dalle parole usate nella legge, senza focalizzarsi su fattori esterni. Inoltre, il significato delle parole dovrebbe essere accertato tenendo conto del momento in cui esse furono scritte.

La logica dell'interpretazione letterale aveva un suo fondamento democratico: era il legislatore a dover correggere o cambiare il significato di una determinata legge per soddisfare circostanze nuove o modificate, e non i giudici, che non sono eletti dal popolo. Così, per il Titolo VII della legge sui diritti civili del 1964, era essenziale determinare ciò che le parole “discriminazione sessuale” avevano significato per il Congresso nel 1964, e non nel 2020<sup>49</sup>.

Applicando questa teoria dell'interpretazione, i datori di lavoro hanno sottolineato che nessuno nel 1964, neppure i componenti del Congresso, avrebbe incluso nel termine “discriminazione sessuale” l'orientamento sessuale o la discriminazione transgender<sup>50</sup>. Pertanto, non era nelle intenzioni di chi aveva approvato la legge rendere illegale tale discriminazione<sup>51</sup>. Non a caso, i legislatori statali e locali negli Stati Uniti hanno successivamente emanato leggi antidiscriminatorie che includevano espressamente forme di protezione per i lavoratori LGBT, e, inoltre, v'erano stati numerosi tentativi, falliti, da parte del Congresso, di modifica del titolo VII per offrire protezioni

<sup>48</sup> *Ivi*, 1745, 1748-1749.

<sup>49</sup> *Ivi*, 1754-57 (nella parte in cui è riportata l'opinione dissenziente del giudice Alito).

<sup>50</sup> *Ivi*, 1746.

<sup>51</sup> *Ivi*, 1749.

simili. Tali circostanze erano, dunque, ulteriori prove che il termine discriminazione sessuale non includesse già nel 1964 la discriminazione LGBT<sup>52</sup>.

La Corte ha riconosciuto di basare la sua decisione, in primo luogo, sul testo del titolo VII, e non su questioni politiche extra-legislative. Inoltre, ha ammesso che le definizioni di sesso e di discriminazione di cui tener conto sono quelle adottate nei primi anni '60, come precisato in precedenza. Proprio utilizzando tali definizioni, però, i giudici hanno rilevato che il licenziamento di un lavoratore per l'orientamento sessuale o l'identità di genere è da ritenersi una discriminazione sessuale vietata. Il fatto che l'uso di queste parole possa avere oggi delle conseguenze non prevedibili nel 1964 non significa che, ammettendo tali conseguenze, la Corte si è allontanata dal significato che tali parole avevano nei dizionari degli anni '60<sup>53</sup>. Usando il titolo VII come esempio, i giudici hanno evidenziato come sia molto probabile che il Congresso negli anni '60 non avesse nemmeno immaginato che la "discriminazione sessuale" sarebbe stata applicata anche alle discriminazioni nei confronti degli uomini. Eppure, quando i tribunali hanno iniziato ad affrontare casi di discriminazione degli uomini sul posto di lavoro, non hanno esitato a fare uso del concetto di discriminazione sessuale.

In maniera ancora più pertinente, la Corte ha rilevato che nella sua precedente decisione *Oncale*, all'unanimità, erano state incluse tra le molestie sessuali vietate dal titolo VII quelle tra persone dello stesso sesso: anche tale conclusione non era prevedibile da chi aveva approvato il titolo VII, ma essa è stata considerata una conseguenza necessaria delle parole usate in tale legge<sup>54</sup>.

Infine, nei primi anni successivi all'approvazione del titolo VII furono presentati alcuni ricorsi, in cui si sosteneva proprio che la discriminazione sessuale includesse anche le discriminazioni relative all'orientamento sessuale. Malgrado tali posizioni siano state respinte dai tribunali inferiori, il fatto che siano state sostenute ha dimostrato, secondo la Corte, come l'inclusione di tale significato nell'idea di discriminazione sessuale non sia emersa per la prima volta nell'ultimo decennio. Poiché il significato del Titolo VII è chiaro su questo punto, il fatto che il Congresso abbia tentato (e non sia riuscito) ad approvare una legislazione più specifica per proteggere i dipendenti LGBT

<sup>52</sup> *Ivi*, 1747.

<sup>53</sup> *Ivi*, 1750.

<sup>54</sup> *Ivi*, 1751-1752.

non è troppo da enfatizzare secondo la Corte. Forse non si è riusciti ad approvare nuove regole proprio perché il Congresso già ritiene che il Titolo VII offra tale protezione<sup>55</sup>.

In sintesi, la Corte ha concluso che, data la formulazione del titolo VII, “[un] datore di lavoro che licenzia un individuo perché gay o transgender viola la legge”<sup>56</sup>.

4. *L'impatto di Bostock sul diritto del lavoro degli Stati Uniti. Cosa accade se l'impiego di lavoratori LGBT viola la libertà religiosa del datore di lavoro?*

La conseguenza più immediata che deriva dalla sentenza *Bostock* è quella di riuscire a proteggere i lavoratori omosessuali e transgender dalle discriminazioni. Nonostante i governi statali e locali abbiano già adottato protezioni alternative per gli individui LGBT, sino a questo momento c'è stato un grande divario tra la legge statunitense sulle discriminazioni sul lavoro e la disciplina antidiscriminatoria dell'UE.

Occorre comunque considerare che ci potrebbe essere un motivo per derogare al riconoscimento di tali diritti. Nella sua decisione, la Corte ha osservato che uno dei datori di lavoro aveva originariamente sollevato un'eccezione fondata sul fatto che la continuazione del rapporto con un dipendente gay avrebbe violato la sua libertà religiosa, protetta dal *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA)<sup>57</sup>.

Ai sensi della RFRA al governo è vietato “compromettere o rendere più gravoso l'esercizio della religione da parte dei cittadini, a meno che non dimostri che la misura adottata protegge un rilevante interesse pubblico ed è il mezzo meno restrittivo per promuovere tale interesse”<sup>58</sup>. La Corte ha poi aggiunto che “siccome la RFRA opera come una sorta di super statuto, derogando al normale funzionamento di altre leggi federali, potrebbe prevalere sui precetti del titolo VII”<sup>59</sup>.

Malgrado il datore di lavoro abbia scelto di non ripresentare tale domanda in appello, e dunque la Corte non abbia considerato il contenuto di

<sup>55</sup> *Ivi*, 1747.

<sup>56</sup> *Ivi*, 1754.

<sup>57</sup> 42 U.S.C. Section 2000bb e ss.

<sup>58</sup> *Bostock*, cit., 140 S.Ct., 1754, ove si cita 42 U.S.C. Section 2000bb-1.

<sup>59</sup> *Ibidem*, ove si cita 42 U.S.C. Section 2000bb-3.

tale argomentazione, essa apre una finestra per la Corte da prendere in considerazione in futuro<sup>60</sup>.

Un commentatore ha infatti già sostenuto che, sulla base della precedente decisione della Corte che ha interpretato la RFRA, *Burwell v. Hobby Lobby Stores*<sup>61</sup>, questa eccezione potrebbe finire per essere piuttosto ampia<sup>62</sup>. In *Hobby Lobby*, in particolare, la Corte ha ritenuto illegittima una misura introdotta dalla nuova legge federale sull'assistenza sanitaria, "Obama care", in base alla quale una società privata deve fornire ai propri dipendenti strumenti di contraccezione come parte della copertura assicurativa sanitaria, ove ciò sia contrario alle credenze religiose del datore di lavoro<sup>63</sup>. I datori di lavoro potrebbero dunque sostenere, in futuro, che il Titolo VII non può costringerli a trattenere in servizio i dipendenti LGBT, ove le loro credenze religiose li spingano a non accettare l'omosessualità<sup>64</sup>.

##### 5. Segue. *L'effetto di un approccio testuale all'interpretazione delle leggi sul lavoro e sui sindacati*

Con la nomina di Amy Coney Barrett alla Corte Suprema degli Stati Uniti, in sostituzione del giudice liberale Ruth Bader Ginsburg, la Corte ora ha una maggioranza conservatrice di 6 a 3. Poiché i giudici liberali, in genere, sono quelli che nei casi portati dinanzi alla Corte si schierano per le organizzazioni dei lavoratori, la nuova composizione dell'organo può avere sviluppi inquietanti dal punto di vista dei sindacati. A questo proposito, qualsiasi approccio non ideologico che la corte conservatrice possa applicare ai futuri casi di lavoro sarebbe il benvenuto.

La decisione di *Bostock* si basava sul "testualismo" per determinare il significato delle parole "discriminazione sessuale" del titolo VII. Nella misura in cui ha escluso considerazioni ideologiche nell'interpretazione della legge,

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> V. Corte Suprema degli Stati Uniti, 30 giugno 2014, *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682 (2014).

<sup>62</sup> CAMPBELL, JOHNSON, *Bostock v. Clayton County, Georgia: A Landmark Win for the LGBTQ+ Community or a Mask for Private Religious Discrimination?*, in *OCL*, 2020, p. 24 ss.

<sup>63</sup> *Hobby Lobby*, cit., 573 U.S. 682.

<sup>64</sup> CAMPBELL, JOHNSON, *op. cit.*, p. 26.

semplicemente analizzando il significato del testo legislativo, rappresenta un precedente positivo per i sindacati. Il movimento sindacale ha espresso analoghe speranze nel defunto giudice Scalia, basandosi sulla sua attenzione al testo della legge, piuttosto che sulla volontà politica di promuovere a priori l'attività economica delle imprese, quale metodo per giungere alle decisioni.

Tra i giudici conservatori che hanno deciso la sentenza *Bostock* c'era ovviamente una netta divisione su quale fosse esattamente il modo corretto di applicare il "testualismo" e su cosa con esso dovesse intendersi. Il "testualismo vivente"<sup>65</sup> consentirebbe il risultato raggiunto in *Bostock*; sebbene alle parole utilizzate in una legge debba essere riconosciuto il significato di quando la legge stessa è stata scritta, esse non restano "congelate" nel tempo. Dovrebbero infatti essere applicabili a situazioni future che non necessariamente sono state previste da chi ha approvato la legge.

Un rigoroso approccio testualista, così come espresso dai giudici dissenzienti del caso *Bostock*, avrebbe respinto l'idea che la discriminazione sessuale includa l'orientamento sessuale e le rivendicazioni legate all'identità di genere, giacché ciò non rappresenta il significato di "discriminazione sessuale" voluto dal legislatore nel 1964. È difficile dire quale versione di questo approccio sia maggiormente favorevole ai sindacati e ai lavoratori. Ovviamente, in *Bostock*, l'approccio più flessibile ha portato a un risultato più favorevole per i lavoratori LGBT.

L'esito della decisione potrebbe comunque essere stato influenzato anche dal più favorevole clima sociale che, oggi, esiste negli Stati Uniti sul tema dell'espansione dei diritti LGBT: se così fosse, vi sarebbe da considerare che tale clima "sociale" non ha caratterizzato, invece, l'operato dei sindacati negli ultimi 20 anni.

Più in generale, l'applicazione di un approccio testualistico potrebbe portare teoricamente a un'interpretazione meno espansiva delle leggi in materia di lavoro, e il pericolo che le precedenti posizioni, fondate su ragioni meramente politiche, si invertano. Un commentatore ha sostenuto infatti che alcune decisioni che consentivano preferenze razziali in materia di occupazione ai sensi del Titolo VII dovrebbero essere ora superate, sulla scia di *Bostock*, considerato che, in base al solo significato del testo, la legge proibisce ogni discriminazione, includendovi anche le discriminazioni inverse (o positive)<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> V., LUND, *op. cit.*, il quale utilizza tale termine, malgrado critichi aspramente il suo utilizzo da parte della Corte nella sentenza *Bostock*.

<sup>66</sup> LUND, *op. cit.*, pp. 163-167.

Il tema richiederebbe comunque un approccio più attivo da parte del Congresso, volto ad approvare una nuova legislazione sul diritto del lavoro, che affronti queste questioni e quelle future che potrebbero sorgere.

## 6. Conclusioni

La decisione *Bostock* ha portato la disciplina statunitense sulle discriminazioni nei luoghi di lavoro nel XXI secolo, ponendola allo stesso livello di quella prevista per i lavoratori LGBT nell'UE. Ciò non è avvenuto senza polemiche, considerato che dal 1964 il titolo VII era stato interpretato dalla Corte Suprema e dalla maggior parte dei tribunali inferiori escludendovi forme di protezione per l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Tuttavia, secondo la Corte, il chiaro significato del concetto di discriminazione sessuale comprende anche le discriminazioni nei confronti dei lavoratori LGBT.

In proposito, c'è ancora da confrontarsi con l'eccezione dei datori di lavoro che si rifiutano di assumere individui LGBT sulla base del fatto che ciò è in conflitto con le loro credenze religiose. A un livello più ampio, *Bostock* e la nuova maggioranza conservatrice della Corte Suprema possono inaugurare un aumento nell'uso del "testualismo" quale metodo interpretativo delle leggi, comprese quelle in materia di lavoro. Come è emerso in tale decisione, c'è qualche disaccordo circa l'esatta portata e il tipo di interpretazione di cui occorre servirsi. In ogni caso, qualunque sia l'interpretazione del testo da utilizzare, sindacati e lavoratori, con l'avvento di una Corte Suprema degli Stati Uniti più conservatrice, potrebbero preferire un approccio interpretativo meno politico.

## Abstract

Nel caso *Bostock vs Clayton County*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che il divieto di discriminazioni sessuali previsto nella disciplina federale protegge anche i gay, le lesbiche e i transgender, nel corso del loro rapporto di lavoro o quando sono in cerca di occupazione. Si è trattato di un cambiamento piuttosto drammatico, poiché la legge in questione – il Titolo VII del Civil Rights Act, come modificato – non elencava specificamente lo status LGBT come categoria protetta, e la stragrande maggioranza dei tribunali federali inferiori aveva, fino a poco tempo prima, concluso che il Titolo VII non vietasse la discriminazione LGBT sul posto di lavoro. Questo articolo colloca la decisione *Bostock* nel contesto del mercato e del diritto del lavoro degli Stati Uniti (in particolare, rispetto alla dottrina del recesso libero), ne analizza il quadro teorico e l'uso che in essa si fa del “testualismo”, esaminando le implicazioni future di questo metodo interpretativo. .

In *Bostock v. Clayton County*, the United States Supreme Court ruled that the prohibition of sex discrimination in federal employment discrimination law also protected gay, lesbian and transgender employees and job applicants. This was rather a dramatic change, as the relevant law – Title VII of the Civil Rights Act, as amended – did not specifically list LGBT status as a protected category, and the vast majority of lower federal courts had until recently concluded that Title VII did not prohibit LGBT discrimination in the workplace. This article places the *Bostock* decision in the context of U.S. labor and employment law (particularly the employment at will doctrine), analyzes the theoretical framework of the decision and its use of textualism, and looks at its future implications.

## Key words

Discriminazione sessuale, testualismo, originalismo, interpretazione statutaria, diritti LGBT, stereotipi sessuali, diritti LGBT.

Sex discrimination, textualism, originalism, statutory interpretation, LGBT rights, sex stereotypes.



## Giuseppe Gentile

### La tutela del reddito nella liquidazione giudiziale: l'incerto destino dei lavoratori sospesi

**Sommario:** **1.** Premessa: le finalità della riforma delle procedure concorsuali, tra rinvio (con correttivo) e ricadute sui rapporti di lavoro. **2.** Il quadro normativo di riferimento: dalla legge fallimentare agli ultimi interventi transitori ed emergenziali. **3.** La *ratio* disattesa ed il vuoto di tutela. **4.** Conclusioni.

#### *1. Premessa: le finalità della riforma delle procedure concorsuali, tra rinvio (con correttivo) e ricadute sui rapporti di lavoro*

La nuova disciplina delle procedure concorsuali contenuta nel d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (c.d. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza) ha riservato una attenzione peculiare alla regolazione dei rapporti di lavoro, nel dichiarato intento di assegnare una maggiore rilevanza alle finalità di salvaguardia dell'occupazione e del reddito dei lavoratori, perseguite dalla disciplina del diritto del lavoro, e ridurre, così, il divario con i fini del diritto fallimentare, tradizionalmente orientato alla tutela degli interessi della massa dei creditori, all'interno della quale vengono ricompresi anche i singoli lavoratori.

Tra i principi che hanno ispirato la riforma delle procedure concorsuali, infatti, vi sono stati anche la ricerca di una più efficace armonizzazione delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le "forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori" (art. 2, co. 1, lett. p), nonché il coordinamento della disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato "con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo" (art. 7, co. 7).

Obiettivi, la cui enunciazione nella legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 era stata subito salutata con grande favore dai primi commentatori, i quali rimarcavano l'esigenza avvertita da tempo di approdare ad una normativa sugli effetti del fallimento nei rapporti di lavoro<sup>1</sup>, in chiave di tutela *ad hoc*, vista la storica mancanza di un dialogo tra le due discipline (del diritto del lavoro e del diritto fallimentare) soltanto in parte attenuata dalla elaborazione giurisprudenziale e dalla attitudine dell'ordinamento del lavoro a garantire tutele sociali nelle ipotesi di crisi aziendale e di sospensione del rapporto di lavoro<sup>2</sup>.

Nel quadro regolativo della legge fallimentare<sup>3</sup>, infatti, resta(va)no ancora irrisolte alcune questioni relative alla sorte dei rapporti di lavoro all'apertura del fallimento, alle tutele applicabili ai lavoratori e alle ricadute delle disposizioni contenute nell'art. 72 di quel testo, concepite allora per la generalità dei rapporti giuridici pendenti.

Per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, invece, i principi generali di delega promuovevano una chiara convergenza tra il sistema concorsuale e la disciplina del lavoro, ben apprezzabile con la predisposizione di un impianto normativo differenziato per i rapporti di lavoro subordinato (art. 189) rispetto alla generalità dei rapporti pendenti (art. 172) e dei rapporti di carattere personale (art. 175).

Cionondimeno, le aspettative di una armonizzazione sostanziale dei contrapposti interessi perseguiti dalle due discipline giuridiche sono apparse attenuate ad una più attenta lettura delle disposizioni della nuova procedura di liquidazione giudiziale (art. 189), su cui convergono le perplessità in merito ad uno sbilanciamento in favore degli interessi della procedura a scapito dei rapporti di lavoro, la cui sorte – anche nel contesto della nuova procedura liquidatoria – non sembra smentire il “nucleo centrale” della disciplina contenuta nella legge fallimentare<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Parla di una “indifferibile riforma organica” MAGNANI, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *ADL*, 2017, 6, p. 1361.

<sup>2</sup> CORRADO, *Il diritto del lavoro nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *ilfallimentarista.it*, 2019; LO CASCIO, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il Fallimento*, 2019, 3, p. 274; PATTI, *Rapporti di lavoro e impresa in crisi*, in *QG*, 2019, 2, p. 303.

<sup>3</sup> In d.l. 16 marzo 1942 n. 267, recante “Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa”.

<sup>4</sup> Cauta in ordine alla portata innovativa del Codice della crisi d'impresa, TULLINI, *Tutela dei lavoratori e garanzia dell'occupazione nella liquidazione giudiziale dell'impresa* in *RGL*, 2019, 4, p. 589 per la quale “Sicuramente apprezzabile è il fatto che emerga – finalmente – la specificità

E dunque, al di là della pur apprezzabile diversificazione regolativa degli effetti sui rapporti di lavoro subordinato della nuova procedura di liquidazione giudiziale, il nuovo impianto normativo – sin dal primo comma – ratifica la centralità della sospensione *ex lege* dei rapporti di lavoro, a partire dalla pronuncia dichiarativa di avvio della liquidazione, escludendo ogni forma di garanzia, economica e previdenziale, per i lavoratori coinvolti nel fallimento.

Ed anzi, il coordinamento tra regole concorsuali e regole del lavoro nel Codice della crisi vede consolidarsi il criterio della sospensione dei rapporti di lavoro in essere attraverso il riconoscimento, in capo al curatore, del potere di scelta alternativa tra l'*intimazione del recesso*, con efficacia dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, ed il *subentro* negli stessi rapporti sospesi con effetto dalla comunicazione del medesimo curatore ai lavoratori<sup>5</sup>.

Peraltro, ancora prima che il nuovo Codice della crisi d'impresa entri in vigore – per effetto di un nuovo differimento al 1° settembre 2021 determinato da ragioni di opportunità, orientate anche dalla grave crisi pandemica da Covid-19<sup>6</sup> – il legislatore si è mosso nella direzione di elaborare alcuni correttivi al testo approvato e ciò anche nelle norme di diretto interesse per la disciplina dei rapporti di lavoro<sup>7</sup>. Tali modifiche, di cui si dirà, inducono a ritenere che il processo di definizione della nuova disciplina sia ben lungi

dei rapporti di lavoro subordinati rispetto all'indifferenziata e generica categoria dei 'rapporti giuridici pendenti' sinora prevista dall'art. 72, l. fall.", ma che evidenzia come "il nucleo centrale della disciplina del fallimento resta fermo" con la permanenza della "sospensione *ex lege* dei rapporti di lavoro a partire dalla sentenza dichiarativa che avvia la liquidazione, senza alcuna garanzia economica né previdenziale per i lavoratori".

<sup>5</sup> Cfr. TULLINI, *ibidem*, p. 590.

<sup>6</sup> Il d.l. 8 aprile 2020 n. 23 (conv. dalla legge 5 giugno 2020 n. 40) recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali" ha disposto – all'art. 5 – l'entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 in data 1° settembre 2021, di fatto assorbendo il già stabilito differimento (al 15 febbraio 2021) delle nuove procedure. Sulle implicazioni del rinvio, in ragione anche della pandemia, si veda la relazione tematica della Corte di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020, su "Novità normative sostanziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale".

<sup>7</sup> Con la l. 8 marzo 2020 n. 20 il Parlamento ha stabilito che "Il Governo, con la procedura indicata al comma 3 dell'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017 n. 155, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima legge n. 155 del 2017 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi".

dall'essersi definito e che le perplessità sull'effettività delle tutele (non) approntate nei confronti dei lavoratori potranno essere, almeno in parte, risolte con le norme di correzione<sup>8</sup>.

Alla luce di queste premesse, nel presente contributo del coordinamento tra regole concorsuali e regole del lavoro si prenderanno in considerazione le ricadute della sospensione dei rapporti di lavoro interessati dall'apertura della liquidazione giudiziale (fino alla scelta del curatore di subentravi o di recedere da essi) rispetto alle prerogative dell'ordinamento del diritto del lavoro che, per le ipotesi di sospensione unilaterale del contratto di lavoro per fatti non inerenti al lavoratore, ha elaborato un nucleo speciale di disposizioni normative che hanno garantito l'accesso a trattamenti previdenziali di integrazione salariale<sup>9</sup>.

## 2. *Il quadro normativo di riferimento: dalla legge fallimentare agli ultimi interventi transitori ed emergenziali*

Il principio regolatore che ha determinato la nuova disciplina legale concernente gli effetti delle procedure concorsuali sui rapporti di lavoro subordinato è espresso, come già anticipato, in sole due previsioni della legge delega. Queste ultime hanno imposto al Governo di predisporre la regolamentazione della materia con l'obiettivo di una generale armonizzazione della disciplina delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del

<sup>8</sup> Nel momento in cui si licenzia questo scritto è stato pubblicato il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 che introduce disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

<sup>9</sup> Volutamente si ignorano, nell'economia di questo breve contributo, le ricadute della nuova liquidazione giudiziale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza su altri istituti del rapporto di lavoro, tra cui il licenziamento (si v. LUNARDON, *I licenziamenti nella liquidazione giudiziale*, in *ADL*, 2020, p. 331; NUZZO, *Il recesso del curatore nella liquidazione giudiziale*, in questa rivista, 2020, p. 142; NICOLOSI, *I licenziamenti nel contesto della liquidazione giudiziale*, in *RGL*, 2019, I, p. 604; IMBERTI, *Liquidazione giudiziale e rapporti di lavoro subordinato nel codice della crisi d'impresa: una disciplina (molto) speciale per sospensione, subentro del curatore, recesso, risoluzione di diritto*, in *RIDL*, 2019, I, p. 457) ed il trasferimento d'azienda (TOSI, *Luci e ombre dell'inedito coordinamento tra diritto del lavoro e diritto fallimentare (ora diritto della liquidazione giudiziale)*, in *ADL*, 2020, I, p. 1; ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, 2019, I, p. 431; GRAGNOLI, *La nuova disciplina del concordato preventivo*, in *RGL*, 2019, I, p. 622). Ma più in generale anche CAIAFA, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa*, *NEU*, 2020.

datore di lavoro, per un verso, con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori d'ispirazione sovranazionale<sup>10</sup>, per l'altro, con la legislazione interna vigente in materia di diritto del lavoro<sup>11</sup>.

A distanza di più di un anno dall'approvazione del testo definitivo del decreto, alle voci più entusiaste si sono ben presto sostituite, con sempre maggiore insistenza, quelle che rilevano alcuni dubbi in ordine all'effettivo rispetto di tali principi ed al correlato raggiungimento degli obiettivi ad essi sottesi nella predisposizione del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza<sup>12</sup>.

Tale circostanza non deve destare stupore dal momento che in ragione dei principi espressi dalla legge delega, la comunità giuslavorista si attendeva l'approvazione di un insieme di regole che consentisse una gestione dei rapporti di lavoro nella pendenza di una procedura concorsuale maggiormente aderente alle regole "comuni" del diritto del lavoro, e che desse vita ad una disciplina *ad hoc* per situazioni che sorgono nell'intreccio tra i due "diritti", fino ad oggi regolamentate solo in via giurisprudenziale<sup>13</sup>.

Le esigenze di armonizzazione e coordinamento erano tanto più sentite

<sup>10</sup> L'art. 2, co. 1, lett. p), l. n. 155 del 2017 stabilisce che il Governo riformerà in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali seguendo il principio di "armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata ai sensi della legge 9 febbraio 1999, n. 30, e nella direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, nonché nella direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, come interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea".

<sup>11</sup> L'art. 7, comma 7, l. n. 155 del 2017 stabilisce che il Governo nell'esercizio della delega si atterrà al principio direttivo per il quale "La disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di diritto del lavoro, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo".

<sup>12</sup> Tra i commentatori più critici VALLAURI, *La tutela dei lavoratori nella riforma delle procedure concorsuali*, in *DLRI*, 2020, 2, p. 268 per la quale "ad essere stata tradita, principalmente, è stata proprio l'aspettativa di vedere realizzato quel coordinamento fra le regole concorsuali e le regole del lavoro, annunciato nella legge delega, che avrebbe restituito un'adeguata considerazione alle ragioni dei lavoratori"; cfr. anche NUZZO, *La disciplina dei contratti pendenti di lavoro nella liquidazione giudiziale*, in *NLCC*, 2019, 5, p. 1456, che definisce la nuova normativa come una resa delle esigenze lavoristiche innanzi a quelle di salvaguardia degli interessi creditori. Esprime un giudizio solo in parte negativo anche TOSI, *op. cit.*, 13, evidenziando che la scelta di sterilizzare il periodo di sospensione dei rapporti di lavoro, seguito all'apertura della liquidazione giudiziale, in riferimento a qualunque tipologia di copertura assicurativa "stende [sul nuovo codice] l'ombra probabilmente più densa".

<sup>13</sup> TOSI, *op. cit.*, 2020, p. 1.

in considerazione del sostanziale disinteresse nella previgente (*rectius* ancora vigente) disciplina, regolamentata dalla sola legge fallimentare, per i contratti di lavoro, i quali erano considerati alla stregua di tutti gli altri contratti pendenti per la società sottoposta alla procedura concorsuale<sup>14</sup>.

A mente dell'art. 72 l. fall., infatti, per i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti al momento della dichiarazione di fallimento, l'esecuzione restava sospesa fino a quando il curatore non dichiarasse di subentrarvi in luogo del fallito ovvero di sciogliersi dagli stessi.

Una disposizione di legge così concepita per una serie indistinta di contratti, tra i quali certamente con difficoltà si inseriscono i rapporti di lavoro, in ragione della loro intrinseca peculiarità, confermata anche dall'esistenza di un *corpus* normativo speciale, non poteva che condurre ad un proliferare di orientamenti interpretativi.

Per alcuni la regola generale dell'art. 72 andava ad applicarsi integralmente ai rapporti di lavoro<sup>15</sup>; per altri essa rappresentava solo una norma residuale destinata a cedere di fronte a norme speciali della disciplina lavoristica; per altri ancora la legge fallimentare non poteva trovare applicazione in quanto inconciliabile con l'architettura complessiva della disciplina lavoristica<sup>16</sup>.

In ogni caso, attesa la mancanza di una disciplina specificamente orientata alla considerazione dei rapporti di lavoro, ciò che ne risulta(va) è la nebulosa collocazione degli stessi tra le due “fazioni” contrapposte della procedura concorsuale: creditori e società.

I primi interessati al soddisfacimento dei propri crediti, da raggiungere auspicabilmente con la liquidazione patrimoniale della società che, per tale

<sup>14</sup> Con una scarsa considerazione dei lavoratori nella loro veste di soggetti portatori di un interesse del tutto autonomo e volto alla conservazione del complesso produttivo quale premessa indispensabile per una garanzia occupazionale, sul punto FERRARO, *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e tutela dei lavoratori*, in *RIDL*, 1985, II, p. 144.

<sup>15</sup> Di questo avviso anche la giurisprudenza che è oramai favorevole alla completa applicazione dell'art. 72 l. Fall. anche ai contratti di lavoro con la conseguenza che, una volta dichiarato il fallimento, il rapporto entra in una fase di sospensione dalla quale uscirà solo quando il curatore dichiarerà di subentrare nel contratto o di sciogliersi da esso, v. da ultimo Cass. 11 gennaio 2018, n. 522, in *RIDL*, 2018, 3, p. 529 con nota di MARZACHÌ. Sul punto CORRADO, *Rapporti di lavoro pendenti nel CCI, in ilfallimentarista.it*, 2020.

<sup>16</sup> Per una ricapitolazione sistematica dei diversi orientamenti interpretativi emersi in ordine all'applicabilità (ed ai suoi limiti) dell'art. 72 l. Fall., si rinvia da ultimo a VALLAURI, *op. cit.*, in *DLRI*, 2020, 2, p. 271 ed alla bibliografia ivi menzionata.

ragione, non deve essere “appesantita” con l’ulteriore aggravio di costi determinati dal mantenimento delle obbligazioni retributive e contributive legate ai rapporti di lavoro; la seconda intesa come valore economico da tutelare attraverso il tentativo di porre in essere una continuità aziendale, lasciando campo libero ai procedimenti di liquidazione solo ove non sussistano prospettive concrete di risanamento<sup>17</sup>.

E’ proprio al crocevia di queste esigenze contrapposte che si collocano i rapporti di lavoro, i quali, se da una parte rappresentano un costo ingente per la società, andando a compromettere il patrimonio della stessa, dall’altra sono parte fondamentale del complesso aziendale, essendo gli stessi lavoratori – peraltro anch’essi creditori in ragione delle retribuzioni maturate e non ricevute e del TFR – gli artefici della possibile continuità aziendale e soggetti la cui presenza può garantire la possibilità di permanenza e di circolazione dell’impresa sul mercato.

In tale contesto, uno degli aspetti di più difficile conciliazione tra i due rami del diritto coinvolti (diritto fallimentare e del lavoro)<sup>18</sup> è rappresentato dalla sospensione del rapporto lavorativo al momento della dichiarazione del fallimento, con il conseguente *venir meno dell’obbligazione retributiva e contributiva* in danno del lavoratore coinvolto. Situazione, quest’ultima, che ha occasionato un intervento del legislatore (nell’ambito di un testo normativo di matrice lavoristica) volto proprio a coprire il periodo di vacanza retributiva, istituendo un *trattamento straordinario di integrazione salariale* concesso ai lavoratori alle dipendenze di imprese interessate dalla dichiarazione di fallimento, dal provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero sottoposte all’amministrazione straordinaria<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Conservazione dell’impresa e continuità aziendale cui mira l’intera normativa di nuova introduzione, cfr. D’ANGELO, *Introduzione alla riforma delle procedure concorsuali: la nuova liquidazione giudiziale e le novità in tema di concordato preventivo*, in *RGL*, 2019, p. 562. Principi presenti nel diritto positivo a partire dall’approvazione del d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, frutto della legge delega 14 maggio 2005 n. 80, la quale mirava all’adozione di una disciplina che, per il superamento della crisi aziendale, si ispirasse ad una prospettiva di recupero della capacità produttiva dell’impresa, cfr. NUZZO, *op. cit.*, 2019, p. 1461.

<sup>18</sup> Parla di “compartimenti stagni (...) fenomeni totalmente separati” FERRARO, *op. cit.*, 1985, p. 142; e di “mondi ad oggi separati” MAGNANI, *op. cit.*, 2017, p. 1362.

<sup>19</sup> Così prevedeva l’art. 3, legge 23 luglio 1991 n. 223 prima dell’abrogazione intervenuta ad opera della legge 28 giugno 2012 n. 92 con decorrenza dal 1° gennaio 2016. Si trattava dello strumento della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria che veniva concessa per un periodo massimo di dodici mesi cui seguiva, una volta intervenuto il licenziamento, un’indennità di mobilità di durata variabile e fino ad un massimo di quarantotto mesi. Sul-

La successiva scelta di politica del diritto, maturata nel segno dell'*austerity* con la legge 28 giugno 2012 n. 92 – il cui art. 2, comma 70, aveva disposto l'abrogazione, a decorrere dal 1° gennaio 2016, dell'art. 3, l. 223/1991 – si è mossa nel senso di superare l'automatico accesso alla cassa integrazione guadagni straordinaria nelle procedure concorsuali, con la conseguente determinazione di un vuoto di tutele che viene a crearsi con la sospensione unilaterale dei rapporti di lavoro interessati dalla dichiarazione della liquidazione giudiziale<sup>20</sup>.

Gli interventi susseguiti nel corso degli anni, nonostante i giudizi critici maturati nel dibattito dottrinale<sup>21</sup>, hanno ridimensionato soltanto in parte, ed in modo non strutturale, quel vuoto di tutele.

Già con il correttivo dello stesso anno, veniva riproposto l'accesso alla Cigs, subordinandone tuttavia la concessione alla sussistenza di “prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione da valutare in base a parametri oggettivi” (art. 46-bis, comma 1, lett. h, d.l. 83/2012, conv. in l. 134/2012), e dunque alle scelte adottate dall'organo della procedura.

Con il Jobs Act, poi, pur confermandosi la scelta di abolire la specifica

l'art. 3, l. n. 223/1991 e la sua funzione vedi ALLEVA, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *DFSC*, 2001, I, p. 685; CHIECO, *La disciplina delle eccedenze di personale nelle procedure concorsuali*, in *RGL*, 2001, I, p. 183; MARAZZA, ANIBALLI, *Contratto e rapporto di lavoro nell'impresa dichiarata insolvente*, in MARAZZA (a cura di) *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, tomo 2, del *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da PERSIANI e CARINCI, Cedam, 2012, p. 2251.

<sup>20</sup> Cfr. LISO, *L'assetto degli ammortizzatori sociali. Le linee generali*, in FERRARO (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Giappichelli, 2014, p. 50; secondo l'A. l'abrogazione dell'art. 3, l. 223/1991 è stata una “decisione discutibile perché si è assurdamente programmata l'estinzione di una norma nel momento stesso in cui si è opportunamente avvertita la necessità di modificarla per renderla più coerente con l'obiettivo per il quale era stata creata, quello di consentire il mantenimento in vita dell'organizzazione aziendale quando vi siano prospettive di salvataggio, obiettivo sulla cui bontà non dovrebbero nutrirsi dubbi, in linea di principio”.

<sup>21</sup> Cfr. FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 143/2012, p. 6; VALLAURI, *Il lavoro nella crisi dell'impresa. Garanzia dei diritti e salvaguardia dell'occupazione nel fallimento e nel concordato preventivo*, FrancoAngeli, 2013, p. 72; RENGA, *Vecchi ammortizzatori sociali a prova di riforma, in Il nuovo mercato del lavoro*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 549; TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *RIDL*, 2014, I, p. 209; GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela previdenziale dei lavoratori*, in MARAZZA, GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, 2015, p. 233. E, più di recente, MAGNANI, *op. cit.*, 2017, p. 1372; LAS-SANDARI, *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in *VTDL*, 2018.

causale della Cigs nelle procedure concorsuali<sup>22</sup> – con la previsione di escluderne l’accesso per “crisi aziendale (...nei) casi di cessazione dell’attività produttiva dell’azienda o di un ramo di essa” (art. 21, comma 1, lett. b, d.lgs. 148/2015) – veniva tipizzata l’ipotesi in cui, all’esito del programma di crisi aziendale, nonostante la cessazione dell’attività, vi fossero “concrete prospettive di rapida cessione dell’azienda e di un conseguente riassorbimento occupazionale”, consentendo così la possibilità di un ulteriore intervento della Cigs, come proroga al precedente trattamento, sino ad un limite massimo rispettivamente di dodici, nove e sei mesi negli anni 2016, 2017 e 2018 (art. 21, co 4, d.lgs. 148/2015)<sup>23</sup>.

Con il c.d. decreto Genova<sup>24</sup>, infine, viene prevista, limitatamente agli anni 2019 e 2020, la concessione della Cigs per crisi aziendale, fino ad un massimo di dodici mesi, e “qualora l’azienda abbia cessato o cessi l’attività produttiva e sussistano concrete prospettive di cessione dell’attività con conseguente riassorbimento occupazionale (...) oppure laddove sia possibile realizzare interventi di reindustrializzazione del sito produttivo, nonché in alternativa attraverso specifici percorsi di politica attiva del lavoro posti in essere dalla Regione interessata” (art. 44, d.l. 109/2018, conv. in l. 130/2018)<sup>25</sup>.

Questo intervento, esplicitamente definito in deroga ai precedenti, concretizza la reintroduzione nell’ordinamento del lavoro della causale Cigs per crisi aziendale applicata anche alle procedure concorsuali<sup>26</sup>, estendendo nondimeno il raggio d’azione nella misura in cui: elimina la condizione della

<sup>22</sup> In merito, evidenzia la continuità con i precedenti interventi del legislatore, BARBIERI, *Prime osservazioni sui principi e criteri direttivi della legge delega con particolare riferimento all’integrazione salariale*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” - Collective Volumes*, 3/2014, p. 48.

<sup>23</sup> Per un commento organico alla disciplina generale delle integrazioni salariali contenuta nel d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, adottato in attuazione della l. delega 10 dicembre 2014 n. 183, si rinvia, per tutti, a PANDOLFO, *La cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale*, in PESSI, SIGILLÒ MASSARA (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da FIORILLO, PERULLI, Giappichelli, 2017, p. 45; e NICOLINI, *La cassa integrazione guadagni*, in *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, a cura di ZILIO GRANDI, BIASI, Cedam, 2015, p. 381.

<sup>24</sup> Trattasi del d.l. 28 settembre 2018 n. 109 (conv. in l. 16 novembre 2018 n. 130) recante “Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze”.

<sup>25</sup> L’intervento adottato dal legislatore in via d’emergenza ha “restaurato (almeno per un biennio) la versione originaria della Cigs concorsuale”, così TULLINI, *op. cit.*, 2019, p. 597.

<sup>26</sup> Cfr. Circ. Min. lavoro 4 ottobre 2018, n. 15.

precedente fruizione della Cigs; amplia la composizione delle causali giustificative, non più obbligate alla concreta prospettiva di una “rapida cessione” ma ampliata alle ipotesi della reindustrializzazione del sito produttivo e della partecipazione dei lavoratori ai specifici percorsi regionali di politica attiva<sup>27</sup>.

Un intervento, ad ogni modo, non strutturale, destinato com'è a produrre effetti fino a tutto il 2020 salvo eventuali differimenti, pure ipotizzabili in ragione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19.

La legislazione emergenziale, invero, ha fin qui agito lungo due versanti, entrambi proiettati al contenimento degli effetti negativi della pandemia sul tessuto sociale e produttivo del paese: prevedendo una peculiare, ancorché temporanea, misura di sostegno al reddito – un ammortizzatore sociale da Covid-19, sotto forma di cig ordinaria, assegno ordinario o cig in deroga – riconosciuta in via generalizzata ai lavoratori dipendenti di tutti i datori di lavoro, per slot temporali via via ampliati con il protrarsi del periodo emergenziale<sup>28</sup>; e poi introducendo un contestuale e temporaneo divieto dei licenziamenti motivati da ragioni economiche ed organizzative (per giustificato motivo oggettivo e collettivi) che, inizialmente limitato a due e poi a cinque mesi, è stato ulteriormente prorogato fino al 31 dicembre 2020, quantunque flessibilmente modulato con la previsione che consente di anticipare il recesso datoriale in caso di preventiva ed integrale fruizione degli ammortizzatori Covid-19 o dell'esonero contributivo sostitutivo, oltre che con la tipizzazione di alcune ipotesi di deroga al divieto di licenziamento<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Così LUDOVICO, *Il credito contributivo e la tutela previdenziale del lavoratore nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, 2019, p. 495, secondo cui il d.l. 109/2018 segna il ritorno alle passate logiche discrezionali di gestione assistenziale della Cigs che emergono in modo inequivocabile anche dalle coperture finanziarie previste, con la avvertenza che raggiunti i limiti di spesa non saranno autorizzati altri trattamenti di integrazione salariale.

<sup>28</sup> Per un primo commento alle misure straordinarie delle integrazioni salariali Covid-19, si rinvia a: MESITI, *La tutela previdenziale temporanea speciale dei lavoratori nell'emergenza Covid-19*, FIACCAVENTO, *Integrazioni salariali speciali: un primo tentativo di universalizzazione delle tutele*, DE MARCO, *La cassa integrazione guadagni in deroga alla prova del Covid-19*, tutti in PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020; FAIOLI, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L., Instant Book Consulta Giuridica CGIL, 1/2020; DEL PUNTA, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi del Covid-19*, in *RIDL*, 2020, p. 251; e più di recente DEL PUNTA, *CIG per sempre? Sui dispositivi di sostegno al reddito nella pandemia da coronavirus*, in *Labor*, 4/2020; CANAVESI, *La specialità degli ammortizzatori sociali “emergenza Covid-19”: intervento emergenziale o nuovo modello di tutela?*, in *DRI*, 2020, p. 749.

<sup>29</sup> Ai sensi dell'art. 14, co. 3, d.l. 14 agosto 2020 n. 104 (c.d. Decreto d'agosto, conv. in l. 13 ot-

### 3. *La ratio disattesa ed il vuoto di tutela*

L'obiettivo del coordinamento tra le due discipline aveva assegnato al legislatore delegato il non facile compito di ridisegnare, rispetto al quadro regolativo della legge fallimentare, un più giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco. In particolare, per ciò che concerne il meccanismo sospensivo dell'esecuzione dei rapporti di lavoro subordinato interessati dall'apertura della procedura di fallimento, ci si attendeva un intervento sistematico in chiave di bilanciamento delle tutele in favore delle ragioni dei lavoratori, per i quali l'effetto principale era (ed è tuttora) rappresentato, nella maggioranza dei casi, dalla perdita di ogni copertura economica (anche previdenziale), rimanendo impossibilitati ad accedere alla Naspi e fortemente condizionati nell'accesso alla cassa integrazione guadagni.

Proprio in tale ambito, la sostanziale assenza di dialogo tra diritto fallimentare e diritto del lavoro è stata per lungo tempo rimediata da quest'ultimo con la predisposizione di un nucleo speciale di norme che hanno garantito – fino alla sua abrogazione<sup>30</sup> – l'accesso al trattamento di integrazione salariale per i rapporti di lavoro sospesi a seguito di dichiarazione di fallimento<sup>31</sup>, qualora non fosse stata disposta la continuazione ovvero la cessazione dell'attività aziendale (art. 3, l. 223/1991).

tobre 2020 n. 126), confermato dall'art. 12, d.l. 28 ottobre 2020 n. 137 (c.d. Decreto Ristori), il divieto non opera: nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla *cessazione definitiva dell'attività dell'impresa*, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività (sempreché nel corso della liquidazione non si configuri un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'art. 2112 c.c.); nelle ipotesi di *accordo collettivo aziendale*, stipulato con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo, con riconoscimento dell'accesso alla Naspi; nelle ipotesi di licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Per un commento a caldo sulla proroga al divieto di licenziamento nella decretazione emergenziale, si v. MARESCA, *Gli accordi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'art. 14, co. 3, DL n. 104/2020: l'alternativa realistica al divieto di licenziamento per Covid*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2020; GARGIULO, LUCIANI, *Emergenza Covid-19 e «blocco» dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L., *Instant Book Consulta Giuridica CGIL*, 1/2020; SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *RIDL*, 2020, p. 313; ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica fra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 4/2020.

<sup>30</sup> Su cui cfr. *supra*.

<sup>31</sup> Oltre che nei casi di omologazione del concordato preventivo, consistente nella cessione dei beni, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria.

La riforma del d.lgs. 14/2019 era, dunque, attesa – per quel che qui interessa – alla prova del coordinamento tra la disciplina fallimentare e quella lavoristica nel tentativo di “impiantare”<sup>32</sup> gli istituti propri di quest’ultima nelle vicende concorsuali, al fine di realizzare gli obiettivi della procedura fallimentare ma con la necessaria attenzione alla sicurezza dei lavoratori<sup>33</sup>.

La necessità di colmare un sostanziale vuoto di tutele, unitamente alle intenzioni (ben intuibili nei principi di delega) di colmare tali lacune, lasciavano presagire che la protezione dei lavoratori nelle procedure liquidatorie potesse finalmente trovare un suo naturale assestamento ordinamentale.

Tale spinta riformatrice è invece mancata del tutto.

I principi espressi nella legge delega si sono sostanziati, innanzitutto, nell’art. 189 del nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, rubricato “Rapporti di lavoro subordinato”, ove vengono indicate le regole inerenti alla gestione dei contratti di lavoro in essere al momento dell’apertura della liquidazione giudiziale.

La formula di apertura della norma citata, che altro non è se non la ri-proposizione di quanto stabilito dall’art. 2119, co. 2, c.c. (conseguentemente modificato dallo stesso d.lgs. 14/2019)<sup>34</sup>, dispone che l’apertura della procedura di liquidazione giudiziale non è motivo di licenziamento. A seguire, il medesimo art. 189 cit. stabilisce – in analogia con l’interpretazione maggioritaria che la dottrina giuslavorista ha elaborato in riferimento all’art. 72 l. Fall. – che i rapporti di lavoro restino sospesi fino a quando non intervenga una comunicazione del curatore – dietro autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori – nel senso di subentrarvi ovvero di recedere dagli stessi e comunque per un periodo massimo di quattro mesi al termine del quale i rapporti si risolvono di diritto con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> LAMBERTUCCI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento dell’impresa sottoposta a procedure concorsuali: prime note sul codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza del 2019*, in RIDL, 2019, II, p. 150.

<sup>33</sup> Esigenza avvertita con ancora maggior urgenza a seguito dell’intervenuta abrogazione della norma che prevedeva l’intervento della Cig straordinaria per le imprese ammesse alle procedure concorsuali e che ha privato l’ordinamento dell’unica forma di tutela per i lavoratori destinata ad “attuire” l’impatto della procedura sui rapporti di lavoro. Cfr. NUZZO, *op. cit.*, 2019, p. 1457.

<sup>34</sup> L’art. 376, d.lgs. 14/2019 prevede che: “All’articolo 2119 del codice civile, il secondo comma è sostituito dal seguente: ‘Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto la liquidazione coatta amministrativa dell’impresa. Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono regolati dal codice della crisi e dell’insolvenza’”.

<sup>35</sup> Ai sensi del comma 4 dell’art. 189 cit., il curatore, il direttore dell’Ispettorato territoriale

Nello schema originario di decreto, per vero, era stata prevista una forma specifica di sostegno al reddito dei lavoratori nel periodo di sospensione del rapporto per inerzia del curatore in seguito alla apertura della liquidazione giudiziale, la NASpILG. Quest'ultima indennità speciale è stata, poi, espunta dal testo approvato e ad oggi – fatte salve alcune norme transitorie di cui si è detto – non è stata sostituita da alcun altro ammortizzatore sociale espressamente e stabilmente individuato per tale categoria di lavoratori<sup>36</sup>.

In coerenza con l'obiettivo fondante della riforma del Codice della crisi, ovverosia la ricerca di favorire l'emersione anticipata della crisi e, comunque, la circolazione delle imprese prima che diventino insolventi, il comma 5 dell'art. 189 tenta di sfavorire la “fuga” del patrimonio umano dell'azienda<sup>37</sup>. L'appena citata disposizione, infatti, stabilisce che solo le dimissioni presentate allo spirare del quarto mese successivo all'apertura della liquidazione giudiziale, senza che sia intervenuta alcuna decisione da parte del curatore in ordine alla prosecuzione del rapporto, siano da considerarsi per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. e diano, pertanto, accesso al trattamento della Naspi. Qualora il lavoratore decida, invece, di dimettersi prima di tale periodo non avrà diritto al citato trattamento, rimanendo di fatto senza alcuna prospettiva di reddito nell'immediato.

Il testo dell'art. 189, come si è visto, sfugge accuratamente dall'obiettivo di assegnare, ai lavoratori subordinati coinvolti, una protezione economica e

del lavoro ovvero i singoli lavoratori interessati “qualora ritengano sussistenti possibilità di ripresa o trasferimento a terzi dell'azienda o di un suo ramo” possono presentare istanza di prolungamento del periodo di sospensione. Il Giudice delegato, sulla base delle prospettive di ripresa e/o cessione dell'attività può disporre che il termine di sospensione di quattro mesi sia prorogato per ulteriori otto mesi. Nel periodo di sospensione così prolungato, ai lavoratori (solo a quelli nei cui confronti è stata disposta la proroga) è corrisposta un'indennità di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio prestato e comunque tra un minimo di due ed un massimo di otto mensilità.

<sup>36</sup> Decisione questa criticata da PROIA, *La disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 2019, p. 4 che aveva definito la proposta della NASpILG come decisamente “innovativa” ed opportuna per rispondere al “problema socialmente più avvertito, che è costituito dalla mancanza per quei lavoratori di qualsiasi forma di sostegno del reddito durante il periodo di sospensione”. Si vedano anche i rilievi critici di LUDOVICO, *op. cit.*, p. 498.

<sup>37</sup> Sul punto D'ARCANGELO, *Prime riflessioni sulla tutela del lavoratore nella riforma della crisi d'impresa*, in *LDE*, 2019, p. 2, che ritiene come la risoluzione anticipata della crisi, puntando a salvare l'impresa, possa sortire una “reale efficacia per la conservazione dei posti dei lavoratori, dovendo ritenersi implicito nel concetto di ‘beni organizzati’ di cui all'art. 2555 c.c. che definisce l'azienda ‘il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa’ anche la forza lavoro impiegata”.

previdenziale appropriata durante il periodo di sospensione del rapporto: la disciplina dei rapporti di lavoro nella crisi d'impresa resta ancorata alle previsioni dell'ordinamento lavoristico, con rinvio all'assetto normativo generale degli ammortizzatori sociali ad oggi circoscritto alle disposizioni transitorie e provvisorie contenute nel c.d. decreto "Genova" e a quelle più recenti della normativa emergenziale Covid-19 su cui si è già detto.

Sul punto ci si attendeva una diversa attenzione e sensibilità da parte del legislatore, soprattutto in considerazione del fatto che ora – rispetto all'impianto normativo precedente – viene meno il soccorso automatico e generalizzato della disciplina speciale delle integrazioni salariali. Ed invece, il Codice della crisi non risolve quello che è stato definito, a ragione, il "cortocircuito tra il principio di continuità dei rapporti di lavoro sancito dall'incipit dell'art. 189, c. 1 (che riscrive l'art. 2119, c. 2, c.c.), la loro sospensione automatica e l'esercizio del potere di recesso del curatore"<sup>38</sup>.

Una, almeno, parziale variazione dell'assetto complessivamente emerso risulta ora dal d.lgs. 147/2020, correttivo del Codice della crisi, che interviene sull'art 189, riformulandone i commi 5 e 9<sup>39</sup>. Il comma 5 "modificato" qualifica come rassegnate per giusta causa le dimissioni del lavoratore in tutti i casi in cui vi sia sospensione del rapporto (anche durante i quattro mesi concessi al curatore per assumere le proprie determinazioni) senza accesso ad ammortizzatori sociali che compensino la perdita della retribuzione. Il correttivo mira, così, a sopprimere il riferimento temporale dei quattro mesi, consentendo al lavoratore di rassegnare le dimissioni durante il periodo di sospensione del rapporto lavorativo che decorre dall'apertura della liquidazione giudiziale.

La modifica si giustifica in ragione della peculiarità del rapporto di la-

<sup>38</sup> Così TULLINI, *op. cit.*, 2019, p. 595.

<sup>39</sup> Le modifiche al comma 9 dell'art. 189 adattano la procedura liquidatoria alla concreta consistenza morfologica degli istituti dell'ordinamento del lavoro: più in particolare si sostituisce il termine "recesso" con "licenziamento", stabilendo che è facoltà del curatore scegliere, nell'esercizio dell'impresa, se proseguire i rapporti di lavoro subordinato, sospenderli ovvero procedere al licenziamento. Si tratta, come precisato nella Relazione illustrativa, di una sostituzione non meramente terminologica, ma che invece riflette la diversità delle fasi in cui può trovarsi l'impresa dopo la sentenza dichiarativa della liquidazione giudiziale: si può parlare di recesso fino a che il curatore si trova nella fase in cui non ha ancora deciso se proseguire l'attività d'impresa, mentre una volta effettuata tale scelta si dovrà parlare più propriamente di licenziamento e fare riferimento alla normativa lavoristica, anziché alla normativa prevista dall'art. 189, che si applica invece, laddove compatibile, nel caso della sospensione.

voro rispetto agli altri rapporti giuridici pendenti, di cui all'art. 172, per i quali resta non consentito lo scioglimento da parte del contraente *in bonis*<sup>40</sup>.

Invero, l'elemento più innovativo è rappresentato, almeno ad avviso di chi scrive, dall'inciso a tale disposto correttivo che prevede anche per le imprese in liquidazione giudiziale “casi di ammissione ai trattamenti di cui al titolo I del decreto legislativo 14 settembre 2015 n. 148, ovvero di accesso alle prestazioni di cui al titolo II del medesimo decreto legislativo o ad altre prestazioni di sostegno al reddito”. Un'apertura al sistema delle tutele degli ammortizzatori sociali certamente significativa, in quanto sembrerebbe voler consentire al curatore – qualora non intenda procedere al recesso dai rapporti di lavoro sospesi per effetto della dichiarazione di liquidazione giudiziale, ne tantomeno subentrare ad essi riattivandone le prerogative sinallagmatiche – di ricorrere, in deroga alle regole generali, ai trattamenti di integrazione salariale della cassa integrazione e dei fondi di solidarietà.

Un'apertura, ben vero, frutto di una generica formulazione di rinvio che andrebbe letta, secondo i primissimi commenti, nel senso che il ricorso alle integrazioni salariali sarà possibile sempreché sussistano prospettive di rapida cessione o continuazione, dovendo altrimenti il curatore procedere senza indugio al recesso<sup>41</sup>.

Ad ogni modo, letto così l'inciso ne deriverebbe, sul piano sistematico, che le dimissioni per giusta causa ricorrono tutte le volte che esse siano rassegnate dopo l'apertura della liquidazione giudiziale da parte di un lavoratore che non sia stato ammesso al trattamento di integrazione salariale.

<sup>40</sup> La *Relazione illustrativa* del d.lgs. 147/2020 definisce “iniqua e di dubbia legittimità” l'attuale formulazione dell'art. 189 cit. che non consente al lavoratore che, a causa della procedura di liquidazione, non percepisce lo stipendio né ha accesso a misure compensative di sostegno al reddito, di potersi dimettere per trovare un'altra occupazione. Il *Consiglio di Stato* ha suggerito di rendere il testo del comma 5 maggiormente aderente a quello del comma 1, e quindi di sostituire la generica locuzione che fa riferimento al periodo di sospensione del rapporto di lavoro subordinato con un'indicazione più precisa del termine a partire dal quale tale sospensione ha inizio, ovvero la data della sentenza con la quale viene dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, e che si conclude con la comunicazione attraverso la quale il curatore rende nota la sua decisione di subentrare nell'esercizio dell'impresa o di recedere dai rapporti.

<sup>41</sup> Così VALLAURI, *op. cit.*, in *DLRI*, 2020, 2, p. 275. Di tal che, secondo l'A., aderendo a questa impostazione il curatore che non proceda “senza indugio” in nessuna delle strade sopra descritte “potrà essere chiamato a risarcire il danno patrimoniale patito dal lavoratore, che sarà credito prededucibile in quanto sorto in occasione della procedura, senza che a ciò osti la mancata riproposizione della previsione del procedimento di messa in mora del curatore di cui al c. 2 art. 72 l. fall”.

#### 4. Conclusioni

La mancata previsione di una forma di sostegno al reddito di “sistema”, nel periodo di sospensione dei rapporti di lavoro avviato con la dichiarazione di liquidazione giudiziale, pone indubbiamente delle criticità che travalicano la questione, di per sé rilevante, della sottoprotezione dei lavoratori coinvolti, implicando invero le finalità più convenzionali della riforma delle procedure concorsuali, protese a favorire l'emersione anticipata della crisi, e così la sopravvivenza e la circolazione stessa dell'impresa.

In questo campo, anche la riforma del Codice della crisi d'impresa paga evidentemente un tributo a quelle stesse convinzioni che hanno ispirato le riforme del mercato del lavoro di questi ultimi anni, e cioè di una cassa integrazione guadagni che, applicata in favore dei dipendenti delle imprese assoggettate a procedure concorsuali, assolve ad una funzione prevalentemente sostitutiva dell'indennità di disoccupazione<sup>42</sup>.

Una funzione “assistenziale” che però non osta ad una peculiare funzione anche tipicamente “produttiva”, di strumento di politica industriale, allorquando permette – oltre alla continuità del reddito dei dipendenti in una fase cruciale della vita aziendale – parimenti la conservazione dell'assetto produttivo, impedendo processi disgregativi della struttura aziendale<sup>43</sup>.

E allora non convince del tutto la prospettazione contenuta nel d.lgs. 147/2020 correttivo al comma 5 dell'art. 189, volta garantire una forma di tutela indiretta attraverso la qualificazione “per giusta causa” delle eventuali dimissioni rassegnate dal lavoratore nel periodo di sospensione (e prima della comunicazione da parte del curatore di recesso o di subentro), con tutto ciò che ne deriva in termini di accesso alla NASPI e di riconoscimento dell'indennità di mancato preavviso.

Se da un lato, cioè, porre i lavoratori nelle condizioni di potersi sciogliere dal vincolo contrattuale con dimissioni qualificate per giusta causa *ex lege* potrebbe anche favorire, anticipandone i tempi, processi di reinserimento virtuoso nel sistema delle politiche attive, da un altro lato, proprio questa garanzia ri-

<sup>42</sup> Così FERRARO, 2012, p. 8; e più di recente LUDOVICO, *op. cit.*, p. 493.

<sup>43</sup> Cfr. qui ancora FERRARO, 2012, p. 8, che considera discutibile l'impostazione, astrattamente moralistica, di legiferare avendo presente in via preminente la patologia di certi istituti e non piuttosto la loro funzionalità complessiva anche a livello macro-economico. V. anche BARBIERI, *op. cit.*, p. 55 che critica l'impostazione neoclassica che intenderebbe la Cig come un fattore di ostacolo alla nuova circolazione sul mercato dei fattori della produzione.

schierebbe di pregiudicare l'obiettivo di agevolare la ripresa e la circolazione dell'impresa in crisi, vanificando così la finalità che più simbolicamente contraddistingue questa riforma nel comune sentire della dottrina giuslavorista e fallimentarista. Si tratterebbe, cioè, di uno scenario ostativo rispetto all'obiettivo del mantenimento del complesso delle risorse umane aziendali, le sole che possono effettivamente consentire all'azienda in crisi di permanere sul mercato.

Né tantomeno convince, del correttivo al comma 5 cit., un rinvio – per quanto auspicato – così generalizzato alla disciplina delle integrazioni salariali (cig e fondi di solidarietà) contenuta nel d.lgs. 148/2015<sup>44</sup>, che non risolve la questione della protezione economica e previdenziale dei lavoratori durante il periodo di sospensione concorsuale ma più semplicemente rinvia ogni soluzione all'ordinamento del diritto del lavoro, con il rischio che tutto debba dipendere da decisioni maturate dal legislatore di volta in volta, anche in virtù di esigenze congiunturali, e dunque in chiave sempre transitoria ed emergenziale.

La previsione introdotta a correzione del testo dell'art. 189 sembra, dunque, proporre soluzioni piuttosto edulcorate rispetto alla imprescindibile necessità di approdare ad “un ammortizzatore sociale *ad hoc*, analogo nella funzione, anche se non nella struttura, a quello che era disciplinato dall'abrogato art. 3, l. 223/1991”<sup>45</sup>; una nuova ed esclusiva forma di sostegno al reddito, riservata alle procedure liquidatorie, che contemperi le istanze di tutela dei lavoratori sospesi – che il legislatore del CCI non ha inteso fin qui accogliere, come pure avrebbe dovuto nel rispetto dei principi di delega (v. art. 7, co. 7, l. 155/2017 legge delega) – con le finalità, pure sostenute nel Codice della crisi, di privilegiare l'adozione di strumenti di superamento della crisi e di sopravvivenza dell'impresa, rispetto alla sua liquidazione.

<sup>44</sup> Su questa lettura può aver influito anche l'opportunità di agganciare le procedure concorsuali con le misure straordinarie di cassa integrazione Covid-19 di matrice emergenziale.

<sup>45</sup> Così VALLAURI, *op. cit.*, in *LD*, 2020, 2, pp. 327-328, secondo cui il rinvio al d.lgs. 148/2015 è generale, con la conseguenza che la possibilità di accedere ai suddetti trattamenti sarà subordinata al ricorrere dei requisiti ivi previsti e comporterà il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali, che vedono aprirsi un nuovo spazio di partecipazione (benché debole) all'andamento della procedura concorsuale.

### **Abstract**

La mancata previsione, nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di una forma di sostegno al reddito di "sistema" nel periodo di sospensione dei rapporti di lavoro avviato con la dichiarazione di liquidazione giudiziale, pone delle criticità che riguardano non soltanto la questione, di per sé rilevante, della sottoprotezione dei lavoratori coinvolti, ma anche delle finalità stesse della riforma delle procedure concorsuali, protese a favorire l'emersione anticipata della crisi e, così, la sopravvivenza e la circolazione dell'impresa. La questione è solo parzialmente affrontata dal d.lgs. n. 147 del 26 ottobre 2020, correttivo del Codice della crisi, attraverso la qualificazione "per giusta causa" delle eventuali dimissioni rassegnate dal lavoratore nel periodo di sospensione.

The lack, in the "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", of an income support in the period of suspension of employment relationships caused by the declaration of judicial liquidation, raises issues that concern not only the matter of the under-protection of the workers involved, but also the goals of the reform of procedures "di insolvenza", aimed at facilitating the early emergence of the business crisis and the survival and circulation of the company. The issue is only partially considered by Legislative Decree no. 147 of October 26, 2020, corrective of the Crisis Code, through the qualification "per giusta causa" of any resignation given by the worker during the period of suspension.

### **Key words**

Crisi d'impresa, liquidazione giudiziale, sospensione rapporti di lavoro, tutela del reddito, integrazioni salariali.

Business crisis, judicial liquidation, suspension of employment relationships, income protection, wage supplements.

**Pieter-Augustijn Van Malleghem\***  
Alcune considerazioni sulla sentenza *EPSU*  
nella prospettiva del diritto costituzionale  
dell'Unione europea\*\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Un accordo delle parti sociali a livello dell'Unione: un atto legislativo? **3.** Il diritto di iniziativa della Commissione. **4.** L'obbligo di motivazione della Commissione. **5.** In luogo della conclusione: i margini per l'annullamento della decisione *EPSU* del Tribunale. **6.** *Post scriptum*: alcune considerazioni strategiche.

**1. Introduzione**

Agli inizi del 2015, la Commissione ha invitato le parti sociali a pronunciarsi sulla possibilità di consolidare l'*acquis* dell'Unione in tema di diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione. Sulla base di tale invito, le parti sociali hanno raggiunto un accordo avente ad oggetto il diritto all'informazione e alla consultazione dei funzionari e dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni negli Stati membri. Nel giugno del 2015, le parti sociali hanno espresso il desiderio di trasformare l'accordo da loro negoziato in diritto vincolante dell'Unione europea, in linea con quanto sancito dall'art. 155, par. 2, TFUE. Alla loro richiesta di sottoporre una proposta di decisione all'attenzione del Consiglio, la Commissione ha risposto con un rifiuto – discostandosi dalla prassi consolidata – sulla base del fatto che le

\* La traduzione è di Giorgia de Stefano.

\*\* Ringrazio Silvia Borelli e Filip Dorsemont, organizzatori del seminario *Amicus Curiae sul caso EPSU*, svoltosi a Bruxelles il 16 settembre 2020, nonché tutti i partecipanti, per i loro commenti. Un ringraziamento speciale a Massimiliano Delfino e alla redazione di *Diritti Lavori Mercati* e ai due revisori anonimi per i loro *feedback*. Tutti gli errori presenti nel contributo sono attribuibili a me.

amministrazioni del governo centrale “erano soggette all’ autorità dei governi degli Stati membri”, e che talune disposizioni che garantiscono un certo grado di informazione e di consultazione per i funzionari e i dipendenti di suddette amministrazioni erano già regolamentate in molti Stati membri. Inoltre, la Commissione ha constatato che il livello di tutela dei funzionari e dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sarebbe variato in modo significativo anche in presenza di una misura europea vincolante, e ciò a causa dei diversi gradi di decentramento delle amministrazioni degli Stati membri<sup>1</sup>. La posta in gioco in questa decisione è molto alta, in quanto avviene in un contesto di considerevole ostilità della Commissione nei confronti del metodo del dialogo tra le parti sociali a livello dell’Unione<sup>2</sup>. Portando la questione in Tribunale, le parti sociali speravano (e continuano a farlo) che esso potesse intervenire per salvaguardare la prospettiva di una contrattazione sociale a livello europeo, nonostante l’atteggiamento ostile della Commissione.

Nel caso EPSU (d’ora in poi la “sentenza”) dell’ottobre 2019, il Tribunale dell’Unione europea ha infranto tali speranze, respingendo l’argomentazione in base alla quale la Commissione sarebbe obbligata a presentare una proposta di decisione al Consiglio, a meno che non ritenga che le parti firmatarie dell’accordo non siano sufficientemente rappresentative o che le clausole del contratto siano illegittime<sup>3</sup>. Al contrario, il Tribunale ha accolto una visione piuttosto ampia del potere di iniziativa della Commissione, in base alla quale la stessa deve verificare non solo la “stretta legittimità” dell’accordo così negoziato, “ma altresì valutare l’opportunità, anche alla luce di considerazioni di ordine politico, economico e sociale, dell’eventuale attuazione di tale accordo a livello dell’Unione”<sup>4</sup>. Si è ritenuto che l’autonomia delle parti sociali implicasse meramente che esse “possono dialogare e agire liberamente”, mentre le istituzioni “devono astenersi da qualsiasi comportamento volto ad influenzare direttamente lo svolgimento delle trattative e ad imporre alle parti sociali il principio o il contenuto di un accordo”<sup>5</sup>, piuttosto che comportare una restrizione della discrezionalità della Commissione

<sup>1</sup> GC 24 ottobre 2019, *EPSU*, EU:T:2019:757, par. 6.

<sup>2</sup> Tricart, *Legislative implementation of European social partner agreements: challenges and debates*, in *ETUI Working Paper*, 2019.09 (disponibile in <https://www.etui.org>).

<sup>3</sup> GC 24 ottobre 2019, *EPSU*, EU:T:2019:757, par. 60.

<sup>4</sup> *Ibid.*, par. 79.

<sup>5</sup> *Ibid.*, par. 86.

nell'esame di tale proposta. Infatti, una volta concluso un accordo, "la Commissione nuovamente... riacquista il controllo della procedura"<sup>6</sup>. Nel caso *UEAPME*, un precedente di cruciale importanza per il riconoscimento dello *status* costituzionale del dialogo sociale nell'Unione, il Tribunale di primo grado delle Comunità europee sembrava invocare il ruolo costituzionale di tale dialogo come elemento di grande rilievo per la democrazia europea. I ricorrenti invocavano con sicurezza i *dicta* elaborati in *UEAPME*. Tuttavia in *EPSU*, il Tribunale ha fatto ricorso alla concorrenza tra i metodi legislativi dell'art. 153, par. 2, TFUE (che fa riferimento alla procedura legislativa ordinaria) e dell'art. 155, par. 2, TFUE (che autorizza il Consiglio, su proposta della Commissione e dopo aver informato il Parlamento, a trasformare un accordo negoziato in diritto vincolante dell'Unione), per sostenere che l'art. 155, par. 2, TFUE, limita la democrazia europea, in quanto attribuisce un ruolo limitato al Parlamento europeo. Inoltre, il Tribunale ha ritenuto che il principio di sussidiarietà orizzontale, secondo il quale "le parti sociali si trovano nella posizione migliore per valutare se un accordo debba essere attuato a livello delle parti sociali nazionali e degli Stati membri oppure a livello dell'Unione" semplicemente non esiste nel diritto dell'Unione<sup>7</sup>. Né i diritti fondamentali che tutelano la sindacalizzazione e la contrattazione, né le numerose comunicazioni della Commissione sul dialogo sociale sono state in grado di modificare il punto di vista del Tribunale<sup>8</sup>.

Questo contributo propone alcune osservazioni su questioni specifiche relative al suddetto caso dal punto di vista del diritto costituzionale dell'Unione. Le mie osservazioni saranno strutturate come segue. Le prime pagine affrontano una serie di profili tecnici costituzionali: la questione se un accordo concluso a livello dell'Unione ed attuato ai sensi dell'art. 155, par. 2, TFUE, debba o meno essere considerato come un atto legislativo; la questione della portata del diritto di iniziativa della Commissione, nel contesto particolare dell'art. 155, par. 2, TFUE; la portata del dovere della Commissione di motivare un eventuale rifiuto di sottoporre un accordo all'esame del Consiglio ai fini dell'attuazione dello stesso. Invece di una conclusione, affronterò le possibili argomentazioni per riformare la sentenza *EPSU*. Il presente con-

<sup>6</sup> *Ibid.*, par. 87.

<sup>7</sup> *Ibid.*, par. 97. V. in generale DELFINO, *The reinterpretation of the principle of horizontal subsidiarity in European social law*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - INT*, 152/2020.

<sup>8</sup> *Ibid.*, parr. 99-102.

tributo si chiude con alcune osservazioni sulla posizione strategica delle parti sociali in tale contesto. L'essenza della mia argomentazione sarà la seguente: attualmente il diritto costituzionale dell'Unione sembra giocare a sfavore della EPSU e, quindi, delle parti sociali quando tentano di convertire i loro accordi negoziati in diritto europeo vincolante. Tuttavia, e sebbene ritengo improbabile che il Tribunale seguirà questa strada, esiste un percorso diverso, basato su ben noti precedenti costituzionali del passato, che potrebbe indurre la Corte di giustizia a riaffermare l'importanza di principio del dialogo sociale per la procedura legislativa dell'Unione.

## 2. *Un accordo delle parti sociali a livello dell'Unione: un atto legislativo?*

Nel ricorso contro la decisione EPSU della GC, i ricorrenti hanno sostenuto che alle direttive adottate mediante l'art. 155, par. 2, TFUE, dovrebbe essere riconosciuta natura legislativa, almeno in parte, per sottolineare la questione di principio che il "Trattato di Lisbona non riduce il ruolo delle parti sociali né altera la natura dei provvedimenti adottati tramite la seconda procedura"<sup>9</sup>. A prima vista, un precedente sembra indicare che gli accordi raggiunti tra le parti sociali a livello dell'Unione dovrebbero essere riconosciuti come "misure legislative". Nella sentenza UEAPME degli anni Novanta, il Tribunale di primo grado ha ritenuto che la direttiva 96/34 concernente l'accordo quadro sul congedo parentale dovesse essere considerata come un "atto normativo" piuttosto che come una "decisione presa sotto forma di direttiva"<sup>10</sup>. Inoltre, gli *obiter dicta* di tale sentenza sembrano indicare che il Tribunale di primo grado ha riconosciuto l'importanza delle parti sociali per il funzionamento della democrazia europea. Il Tribunale infatti ha dichiarato che, nonostante la mancanza di partecipazione del Parlamento europeo, "il rispetto del principio della democrazia, sul quale l'Unione è fondata, richiede... che la partecipazione dei popoli a tale processo sia garantita in modo alternativo, nella fattispecie per il tramite delle parti sociali che hanno concluso l'Accordo al quale il Consiglio, statuendo a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione, conferisce un fondamento legislativo a livello comunitario"<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Applicazione nel Caso C-928/19 P, *EPSU v. Commissione*.

<sup>10</sup> Trib. Primo Grado 17 giugno 1998, *UEAPME v. Consiglio dell'Unione europea*, T-135/96, EU:T:1998:128, par. 64.

<sup>11</sup> *Ibid.*, par. 89.

Ovviamente, il valore dei *dicta* nella sentenza *UEAPME* potrebbe essere messo in dubbio sulla base del fatto che queste precisazioni furono fatte non tanto nel contesto di un ponderato impegno verso il dialogo sociale nell'ambito della trama costituzionale dell'UE, ma piuttosto con riguardo alla più comune questione procedurale della legittimazione dei singoli ricorrenti nell'ambito del ricorso di annullamento.

Soprattutto, bisogna chiedersi se i *dicta* nella pronuncia *UEAPME* siano ancora da considerarsi validi nel 2020. In effetti, le modifiche al Trattato che si sono verificate da allora sembrano aver alterato il significato della nozione di atti normativi nel diritto dell'Unione. Infatti, la categoria degli atti normativi non è stata formalmente riconosciuta dai Trattati fino all'adozione del Trattato di Lisbona. Tale questione è di notevole rilievo costituzionale. Durante il processo di negoziazione del *Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, fu istituito un Gruppo di lavoro sulla "semplificazione degli strumenti e delle procedure dell'Unione", poiché si riteneva che tale questione avesse "implicazioni considerevoli, direttamente connessa con il livello di democrazia delle nostre istituzioni"<sup>12</sup>. È stato senza dubbio un cattivo presagio che la *ratio* su cui il Gruppo di lavoro fondò le sue conclusioni fosse quella della legittimità democratica, che ometteva ogni riferimento all'importanza del dialogo sociale. Infatti, il Gruppo di lavoro affermò nella sua Relazione Finale che "la legittimità democratica dell'Unione è fondata sugli Stati e sui popoli, per cui un atto legislativo deve sempre emanare dagli organi che rappresentano gli Stati e i popoli, ossia il Consiglio e il Parlamento"<sup>13</sup>. In quella relazione non si fece alcuna menzione al dialogo sociale.

È noto che il Trattato costituzionale non entrò mai in vigore. Il Trattato di Lisbona, era destinato ad abbandonare la "concezione costituzionale" e i Trattati non avrebbero più avuto "un carattere costituzionale", e ciò si manifestava ad esempio nel ritorno alle denominazioni di "regolamento" e "direttiva" piuttosto che di "legge" e "legge-quadro" previste dal Trattato costituzionale. Eppure alcune innovazioni, in particolare "la distinzione tra atti legislativi e non legislativi" erano destinate a sopravvivere anche nel Trattato di Lisbona<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Segretariato della Convenzione Europea, Relazione finale del Gruppo IX sulla "Semplificazione" del 29 novembre 2002 (Documento CONV 424/02), p. 1.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>14</sup> Mandato della CIG del 2007 conferenza intergovernativa (Documento 11218/07), par.

L'introduzione di questa nuova categoria non è priva di importanza. La qualificazione di un atto giuridico dell'Unione come atto legislativo innesca determinate conseguenze procedurali, come il ruolo dei Parlamenti nazionali alla luce del principio di sussidiarietà (Protocolli n. 1 e 2 dei Trattati), ma anche il requisito del Consiglio e del Parlamento europeo di riunirsi in seduta pubblica quando deliberano su atti legislativi (art. 16, par. 8, TUE e 15, par. 2, TFUE).

Il Trattato di Lisbona ha introdotto tale concetto nell'art. 289, par. 3, TFUE: "Gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi".

Gli studiosi ritengono che questa previsione contenga una definizione prevalentemente formale di atti legislativi<sup>15</sup>. Coloro che militerebbero in favore del riconoscimento di tali accordi come atti legislativi potrebbero considerare questa disposizione non necessariamente discutibile: sebbene essa indichi che gli atti adottati alla luce di una procedura legislativa sono in effetti atti legislativi, non definisce espressamente la nozione di procedure legislative – nonostante la vicinanza degli articoli 289, paragrafi 1 e 2, che definiscono rispettivamente le procedure legislative ordinarie e speciali. Soprattutto, non esclude la possibilità che altri atti possano essere considerati legislativi, nonostante il fatto che essi non siano stati adottati sulla base di una procedura legislativa (sebbene l'art. 289, par. 4, TFUE, che descrive altri scenari senza menzionare il dialogo sociale, suggerisca la natura esaustiva dell'art. 289 TFUE).

Tuttavia, l'interpretazione fornita alla luce di quello che nel frattempo è diventato il caso principale sul tema complica notevolmente la questione per i ricorrenti nella causa EPSU. In una sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del settembre 2017, la Corte ha interpretato l'art. 289, par. 3, TFUE come segue: "un atto giuridico può essere qualificato come atto legislativo dell'Unione *soltanto se* è stato adottato sul fondamento di una disposizione dei Trattati che fa espresso riferimento o alla procedura legislativa ordinaria o alla procedura legislativa speciale"<sup>16</sup>.

Un'ulteriore argomentazione a favore del riconoscimento di tali accordi

<sup>15</sup> RITLÉNG, *Les catégories des actes de l'Union - Réflexions à partir de la catégorie de l'acte législatif*, in BERTRAND (ed.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2016, p. 159.

<sup>16</sup> CGUE 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria v Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-643/15 e C-647/17, EU:C:2017:631, par. 62 (mio il corsivo).

come aventi natura legislativa potrebbe risiedere nell'importanza di un assunto politico: la certezza del diritto. Facendo da eco al suo Avvocato Generale, la Corte ha ritenuto in quella circostanza che una regola così trasparente “fornisce la certezza del diritto richiesta nelle procedure di adozione degli atti dell'UE, in quanto consente di identificare con certezza le basi giuridiche che autorizzano le istituzioni dell'Unione europea a adottare atti legislativi e distinguere quelle basi che possono servire solo come fondamento per l'adozione di atti non legislativi”<sup>17</sup>. L'Avvocato Generale ha aggiunto (anche se la Corte non ha accolto quest'argomentazione) che il suggerimento di qualificare un atto come legislativo sulla base del suo contenuto è “irrilevante”<sup>18</sup>. In tal caso, si potrebbe ritenere che la notevole legittimità di un accordo negoziato dalle parti sociali, o il linguaggio di principio in UEAPME, sia una considerazione altrettanto irrilevante.

Ciò offre una prospettiva importante per il caso EPSU: l'art. 155, par. 2, afferma semplicemente che un accordo “deve essere attuato ... in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione”, omettendo qualsiasi menzione di una procedura legislativa<sup>19</sup>. Alla luce della motivazione fondata sulla certezza del diritto data dalla Corte di giustizia, sembra improbabile che la Corte possa tornare sui suoi passi.

Esiste tuttavia un diverso percorso che potrebbe allontanare la Corte di giustizia da questa serie di argomenti apparentemente decisive. È infatti ben noto che la Corte talvolta si prenda delle libertà con il testo dei Trattati, o riformi (esplicitamente o implicitamente) i precedenti esistenti. La Corte potrebbe discostarsi dai precedenti per riaffermare l'importanza della democrazia europea e per rafforzare la posizione costituzionale del dialogo sociale. In una serie di sentenze storiche<sup>20</sup>, la Corte apparentemente ha riaffermato l'importanza della democrazia. In alcune pronunce audaci con una base spesso dubbia nel testo dei Trattati, la Corte ha ampliato i diritti e i doveri procedurali del Parlamento europeo<sup>21</sup> e ha assicurato un rilievo al requisito

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 63. Vedi anche Opinione dell'Avvocato Generale Bot nello stesso caso, EU:C:2017:618, par. 66-70.

<sup>18</sup> Opinione dell'Avvocato Generale Bot nello stesso caso, EU:C:2017:618, par. 64.

<sup>19</sup> Il Tribunale sottolinea giustamente ciò in EPSU, par. 69.

<sup>20</sup> Cfr. riferimenti nella nota 21.

<sup>21</sup> Sentenza della Corte del 22 maggio 1990, *Parlamento europeo v Consiglio dell'Unione europea*, C-70/88, EU:C:1990:217. CG, sentenza del 23 aprile 1986, *Les Verts*, 294/83, EU:C:1986:166.

della consultazione del Parlamento da parte del Consiglio<sup>22</sup>. Niente ostacola la Corte dal continuare ad agire in tal modo. Al contrario, il Trattato di Lisbona ha sottolineato l'importanza dei "principi democratici" (ad esempio, artt. 2 e 10 TUE). Sebbene queste norme non si riferiscano esplicitamente all'importanza delle parti sociali, l'art. 3 TFUE invita alla creazione di un'economia sociale di mercato e l'art. 9 garantisce la cosiddetta integrazione degli obiettivi sociali in tutti i settori politici. Il Trattato di Lisbona riafferma anche l'autonomia del dialogo sociale (art. 152 TFUE) e riconosce un diritto fondamentale alla contrattazione collettiva (art. 28 della Carta). Alla luce di tale interpretazione, la Corte potrebbe concludere che gli accordi negoziati dalle parti sociali meritino di essere classificati come atti legislativi.

Tuttavia, molti studiosi sono rimasti delusi dalle posizioni assunte dalla Corte di giustizia negli ultimi anni. Un autore osserva che se il caso UE-APME ha affermato l'importanza delle parti sociali per la democrazia europea, "né il Tribunale né la Corte hanno ribadito o confermato" l'importanza di questo profilo nelle sentenze successive<sup>23</sup>. Sembra che i gloriosi giorni dell'eroica giurisprudenza pro-democrazia della Corte di giustizia siano ormai lontani.

Questo stato di cose è a dir poco ironico. Se il Trattato di Lisbona ha introdotto il concetto di atto legislativo, lo ha fatto per rafforzare il ruolo della democrazia europea – per essere precisi, al fine di riversare nella serie degli strumenti giuridici dell'Unione la "parlamentarizzazione progressiva dell'Unione"<sup>24</sup>. È il prodotto del "difficile processo di rielaborazione dell'assetto costituzionale dell'Unione in vista di un Parlamento europeo forte e della richiesta di tradurre questa nuova realtà politica nel funzionamento dell'ordinamento giuridico"<sup>25</sup>. Eppure, durante i quattro decenni trascorsi dalle prime elezioni dirette del Parlamento europeo nel 1979, l'Unione ha tentato di porre rimedio al suo ben noto *deficit* democratico con mezzi diversi da quello della parlamentarizzazione. Il Trattato di Lisbona, ad esempio,

<sup>22</sup> Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980, *Roquette Frères*, 138/79, EU:c:1980:249; vedi anche sentenza della Corte del 16 luglio 1992, *Parlamento europeo v Consiglio dell'Unione europea*, C-65/90, EU:C:1992:325.

<sup>23</sup> BLANC, *L'Europe démocratique: récit des récits ou matrice d'îlots narratifs?*, in BAILLEUX, BERNARD, JACQUOT, *Les récits judiciaires de l'Europe*, Bruylant, 2019, p. 138.

<sup>24</sup> BAST, *New Categories of Acts after the Lisbon Reform: dynamics of parliamentarisation in EU Law*, in *CMLR*, 2012, p. 885.

<sup>25</sup> *Ibid.*

ha introdotto una forma di democrazia partecipativa, che non è priva di rilevanza per il dibattito in corso<sup>26</sup>. Soprattutto per i nostri scopi, ovviamente, i decenni successivi hanno visto il progressivo sviluppo della contrattazione sociale come mezzo per rafforzare le “credenziali” democratiche dell’Unione. Il tentativo di tradurre la parlamentarizzazione dell’Unione in diritto sembra ora trasformarsi in un ostacolo per queste concezioni alternative e più forti della democrazia europea.

### 3. *Il diritto di iniziativa della Commissione*

È dubbio se lo *status* di un accordo raggiunto dalle parti sociali come atto legislativo o anche non legislativo, abbia effettivamente un impatto sulla portata del diritto di iniziativa della Commissione. Sebbene l’art. 17, par. 2, TUE preveda espressamente che “un atto legislativo dell’Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione”, il Trattato afferma che la Commissione ha il monopolio solo sulla proposta di atti legislativi dell’Unione “salvo che i trattati non dispongano diversamente”.

Il cuore del problema sollevato nel caso EPSU è dunque l’interpretazione dell’art. 155, par. 2, TFUE. Concordo con coloro che hanno sostenuto che esiste un caso testuale relativamente forte secondo cui l’art. 155, par. 2, può essere inteso come un’eccezione al quasi monopolio della Commissione. Se l’art. 155, par. 2, del TFUE stabilisce che “gli accordi conclusi a livello dell’Unione sono attuati ... nell’ambito dei settori contemplati dall’art. 153, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione”, il termine *sono (shall)* può essere inteso nel senso di imporre alla Commissione l’obbligo di presentare un accordo al Consiglio. Il problema con questo ragionamento è che forse si presta ad essere vulnerabile ad una *reductio ad absurdum*: se la Commissione è costretta a presentare una proposta del genere, perché non dovrebbe essere costretto anche il Consiglio ad adottarla<sup>27</sup>? Per quanto l’interpretazione del Tribunale sia dubbia, vi è almeno una certa plausibilità testuale nell’affermazione secondo cui la parola “sono” (“*shall*”) si riferisce al carattere obbligatorio di una delle due procedure menzionate dall’art. 155, par. 2, TFUE per

<sup>26</sup> V. art. 11(4) TUE.

<sup>27</sup> GC 24 ottobre 2019, EPSU, EU:T:2019:757, par. 62.

attuare l'accordo che è stato raggiunto<sup>28</sup>. Mentre la parola *sono* (*shall*) può fornire alla Corte di giustizia una base ragionevole per annullare la decisione del Tribunale in EPSU, anche il Tribunale ha una giustificazione plausibile a sua disposizione per confermare questa presa di posizione. Non è quindi inverosimile dopotutto che la Corte giustifichi, almeno in parte, la sua decisione su questo punto con riferimento ad altri argomenti.

Purtroppo, il diritto costituzionale sembra ancora una volta giocare contro le parti sociali. Prima di tutto, è significativo notare che un importante commento, il cui co-autore è nientemeno che l'attuale presidente della Corte di giustizia, afferma semplicemente che “la Commissione e il Consiglio non sono *in nessun caso* obbligati ad attuare accordi su richiesta delle parti firmatarie”<sup>29</sup>. Questa posizione non è giustificata con riferimento ad argomenti derivati dalla giurisprudenza o da altri lavori accademici.

In secondo luogo, l'ipotesi più importante in cui il diritto di iniziativa della Commissione potrebbe essere messo al vaglio è quella della concorrenza con altri attori istituzionali importanti dell'Unione europea per l'esercizio di tale diritto. Sia il Parlamento (225 TFUE) sia il Consiglio (241 TFUE) possono “chiedere” alla Commissione di presentare una proposta. Sembra però che né il Parlamento né il Consiglio siano entrati in conflitto con la Commissione per contestare il suo quasi monopolio sul diritto di iniziativa. Di conseguenza, poco si può dire al riguardo dal punto di vista costituzionale. Ma c'è un altro elemento. Poiché il Consiglio europeo adotta spesso una visione programmatica e a lungo termine delle misure politiche che l'Unione dovrebbe adottare, esso è forse il principale concorrente della Commissione al riguardo. La Corte ha tutelato il diritto di iniziativa della Commissione anche contro la formulazione esplicita delle Conclusioni del Consiglio europeo. Quando si è confrontata con il problema, la Corte ha sottolineato che il potere di iniziativa legislativa attribuito alla Commissione “si iscrive nel principio dell'attribuzione dei poteri sancito all'art. 13, par. 2, TUE e, in modo più ampio, nel principio dell'equilibrio istituzionale, caratteristico della struttura istituzionale dell'Unione”<sup>30</sup>. Anche l'ipotesi di un consenso politico riflesso nella prassi istituzionale di alterare le norme dei Trattati è esclusa dalla

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 59.

<sup>29</sup> LENAERTS, VAN NUFFEL, *European Union Law*, Thomson Reuters, 2011, p. 682 (mio il corsivo).

<sup>30</sup> CGUE 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria v Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-643/15 e C-647/17, EU:C:2017:631, par. 146.

Corte: “le norme relative alla formazione della volontà delle istituzioni dell’Unione trovano la loro fonte nei Trattati e che esse non sono derogabili né dagli Stati membri né dalle stesse istituzioni, solamente i Trattati possono, in casi specifici, autorizzare un’istituzione a modificare una procedura decisionale da essi prevista”<sup>31</sup>.

In terzo luogo, la giurisprudenza in un profilo contiguo, quello relativo alle iniziative dei cittadini europei – un’altra innovazione del Trattato di Lisbona – non promette nulla di buono. Inizialmente, l’avvento delle iniziative dei cittadini è stato accolto come un possibile rimedio al persistente deficit democratico dell’Unione. L’approccio del Tribunale, almeno all’inizio, è stato apprezzabile. Nel caso *Efler*, ha dichiarato che “la proposta dell’ICE costituisce un’espressione di partecipazione effettiva dei cittadini dell’Unione alla vita democratica di quest’ultima, senza compromettere l’equilibrio istituzionale voluto dai trattati”<sup>32</sup>.

Su questa base, il rifiuto della Commissione di registrare un’iniziativa dei cittadini secondo cui la stessa avrebbe dovuto presentare una proposta al Consiglio per revocare il suo mandato alla negoziazione dell’accordo TTIP, è stato respinto. Alla fine, quindi, l’iniziativa è stata ritirata dai proponenti.

Dai tempi del caso *Efler*, la posizione politica della Corte appare notevolmente meno favorevole alla democrazia partecipativa. In appello, nella causa *Puppinck*, relativa a un’iniziativa dei cittadini sull’eliminazione di embrioni umani, la Grande Camera della Corte di giustizia ha ritenuto che il principio dell’equilibrio istituzionale implicasse una piena libertà della Commissione nella scelta se presentare o meno una proposta di adozione di un atto alle istituzioni europee. Essa ha ribadito che “sia l’art. 17, par. 2, TUE, sia l’art. 289 TFUE conferiscono alla Commissione il potere di iniziativa legislativa, il quale implica che spetta a tale istituzione decidere di presentare, oppure no, una proposta di atto legislativo” (non si può negare che qualifichi immediatamente questa dichiarazione di principio con l’osservazione che esiste un’eccezione “salva l’ipotesi in cui essa sia tenuta, in forza del diritto dell’Unione, a presentare una proposta siffatta”)<sup>33</sup>.

La Corte ha affermato che “l’ICE intende conferire ai cittadini dell’Unione un diritto paragonabile a quello di cui dispongono, ai sensi, rispet-

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 149, con riferimento alla sentenza della CGUE 10 settembre 2015, *Parlamento europeo v. Consiglio dell’Unione europea*, C-363/14, EU:C:2015:579, par. 43.

<sup>32</sup> GC 10 maggio 2017, *Efler*, Caso T-754/14, EU:T:2017:323, par. 47.

<sup>33</sup> CGUE 19 dicembre 2019, *Puppinck*, C-418/18 P, EU:C:2019:1113, par. 59.

tivamente, degli articoli 225 e 241 TFUE, il Parlamento e il Consiglio di chiedere alla Commissione di presentare qualsiasi proposta appropriata ai fini dell'attuazione dei Trattati. Orbene, risulta da questi due articoli che il diritto così riconosciuto al Parlamento e al Consiglio non pregiudica il potere di iniziativa legislativa della Commissione, la quale resta libera di non presentare alcuna proposta, a condizione che ne indichi le ragioni all'istituzione interessata. Pertanto, neppure un'ICE presentata a norma dell'art. 11, par. 4, TUE e del regolamento n. 211/2011 può pregiudicare il potere suddetto<sup>34</sup>.

La Corte ha proseguito osservando che, sebbene il “sistema di democrazia rappresentativa è stato completato, ad opera del Trattato di Lisbona, mediante strumenti di democrazia partecipativa, ... tale obiettivo si iscrive nell'equilibrio istituzionale preesistente e si esercita nei limiti delle attribuzioni che sono conferite a ciascuna istituzione dell'Unione dai Trattati, dovendosi considerare che gli autori di questi ultimi non hanno inteso, con l'instaurazione di tale meccanismo, privare la Commissione del potere di iniziativa legislativa che le è riconosciuto dall'art. 17 TUE”<sup>35</sup>.

Si può ovviamente dubitare della rilevanza di queste conclusioni per l'argomento che qui interessa. Infatti, le generalizzazioni sulla base di casi particolari rilevano solo limitatamente. È abbastanza facile distinguere la giurisprudenza sul fondamento dell'iniziativa dei cittadini in base al fatto che la legittimità democratica di tali iniziative è relativamente debole rispetto agli accordi negoziati dalle parti sociali a livello europeo. Se un impulso volto a rivedere tale orientamento effettivamente esiste, senza dubbio farebbe ricorso al caso UEAPME in base al quale, in conformità con il principio di democrazia come riconosciuto nel diritto dell'UE, “la partecipazione del popolo” può essere assicurata “attraverso i partiti rappresentativi di amministrazione e lavoro” che concludono un accordo paneuropeo e tale meccanismo democratico dovrebbe essere rafforzato dalla giurisprudenza della Corte. Il riconoscimento da parte del Trattato dell'autonomia del dialogo tra le parti sociali (art. 152 TFUE) e il riconoscimento della contrattazione collettiva come diritto fondamentale (art. 28 della Carta) non fanno che rafforzare questa affermazione<sup>36</sup>. Lo stesso vale per l'enfasi sulla democrazia (ad esempio

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 61.

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 65.

<sup>36</sup> V. in generale DORSSEMONT, LORCHER, SCHMITT, *On the Duty to Implement European Framework Agreements: Lessons to be Learned from the Hairdressers Case*, in *ILJ*, 2019, p. 571; DELFINO, *op. cit.*

articoli 2 e 10 TUE), la creazione di un'economia sociale di mercato (art. 3 TFUE) e l'integrazione degli obiettivi sociali in tutti i settori politici (art. 9 TFUE). Questa sarebbe la linea di principio per riformare la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. Tuttavia, non si può escludere la possibilità che queste sentenze indichino una posizione politica sistematica della Corte, che tendenzialmente esprime un disfavore nei confronti di un qualsiasi elemento diverso dalla democrazia rappresentativa.

Un argomento che potrebbe fornire una qualche consolazione riguarda le comunicazioni della Commissione sul tema delle negoziazioni delle parti sociali. Il suggerimento del Tribunale secondo cui queste comunicazioni “sono prive di valore giuridico vincolante” sembra a dir poco affrettato. Sebbene le comunicazioni possano non avere forza vincolante in quanto tali, i singoli individui possono fare affidamento sulle legittime aspettative che esse creano<sup>37</sup>. Tutto ciò in molteplici contesti del diritto dell'Unione, ad esempio quando gli operatori del mercato fanno affidamento sulle legittime aspettative create dalle istituzioni dell'Unione come la Commissione europea. Sebbene il contesto della politica sociale sia completamente diverso, il principio del legittimo affidamento è un principio generale e si applica a tutti i settori della politica dell'Unione. *A fortiori*, le parti sociali – che non sono semplici individui, ma attori critici nel processo democratico europeo – dovrebbero poter fare affidamento sulle aspettative create dalle istituzioni europee come la Commissione. Il principio del legittimo affidamento potrebbe quindi essere sufficiente affinché la Corte ritenga – sebbene la Commissione disponga in linea di principio di un ampio margine di discrezionalità nell'esercizio del suo diritto di iniziativa – di aver limitato tale margine di discrezionalità con le sue stesse azioni. Questa soluzione potrebbe essere più pragmatica per la Corte di giustizia, ma presenta il notevole svantaggio per le parti sociali di fare affidamento sulle comunicazioni della Commissione che potrebbero essere modificate in futuro.

#### 4. *L'obbligo di motivazione della Commissione*

Un'altra domanda da porsi riguarda se il Tribunale abbia adeguatamente giustificato la sua decisione di non dare esecuzione all'accordo. In base ad

<sup>37</sup> V. in generale LENAERTS, VAN NUFFEL, *op. cit.*, p. 855.

una giurisprudenza consolidata del Tribunale sull'obbligo di motivazione, la motivazione prescritta dall'art. 296 TFUE deve essere adeguata alla natura dell'atto di cui trattasi. La necessità di motivazione deve essere valutata in funzione delle circostanze del caso di specie, in particolare tenendo conto del contenuto dell'atto e della natura dei motivi esposti. La motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto la questione se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti dettati dall'art. 296 TFUE dev'essere risolta alla luce non solo del tenore letterale dell'atto stesso, ma anche del suo contesto<sup>38</sup>.

Il punto di partenza del Tribunale nel caso *EPSU* fa dunque eco alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia. Forse l'osservazione più dubbia fatta dal Tribunale in questo contesto è che, poiché la Commissione deve valutare "se l'attuazione dell'accordo a livello dell'UE sia appropriata, anche tenendo conto di considerazioni politiche, economiche e sociali", essa ha "ampia discrezionalità" e di conseguenza il potere di controllo del Tribunale deve essere "limitato"<sup>39</sup>. In effetti, tra le diverse questioni giuridiche sollevate in questo contributo, è forse meno plausibile pensare che la Corte possa criticare l'approccio del Tribunale di giustificare la Commissione.

È in questo contesto che il riferimento all'enfasi del caso *UEAPME* sul ruolo del dialogo sociale per la democrazia europea potrebbe avere maggior successo<sup>40</sup>. Lo stesso potrebbe dirsi dell'importanza dell'autonomia del dialogo sociale e del riconoscimento della contrattazione sociale come diritto fondamentale<sup>41</sup>. In effetti, si possono riconoscere i contorni di una scala di intensità di revisione della sentenza in funzione dell'importanza dei suddetti valori per il processo democratico nel suo complesso. Per un procedimento decisionale standard, il test ordinario potrebbe essere sufficiente. Tuttavia, per le decisioni che riguardano atti giuridici attuali o futuri con una legittimità democratica accresciuta, come gli atti derivanti da iniziative dei cittadini o quelli che attuano accordi negoziati, il processo decisionale dovrebbe essere soggetto a un controllo più accurato. L'argomentazione della scala di revisione si basa essenzialmente sulla nota argomentazione politica secondo la quale la legittimità democratica dovrebbe svolgere un ruolo

<sup>38</sup> GC 30 settembre 2015, T-450/12, *Anagnostakis*, EU:T:2015:739, par. 24.

<sup>39</sup> GC 24 ottobre 2019, *EPSU*, EU:T:2019:757, par. 79, 109, 111 e 112.

<sup>40</sup> Trib. Primo Grado 17 giugno 1998, *UEAPME v. Consiglio dell'Unione europea*, T-135/96, EU:T:1998:128, par. 89.

<sup>41</sup> V. in generale DORSEMONT, LORCHER, SCHMITT, *op. cit.*; DELFINO, *op. cit.*

nell'analisi giuridica, approccio che ha un notevole *pedigree* nel diritto dell'UE<sup>42</sup>. Quest'orientamento dottrinale non è stato né pienamente confermato, né completamente smentito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tuttavia, vi sono validi argomenti politici che militano a favore del riconoscimento di questa soluzione. Se tale scala di revisione fosse ritenuta importante per la valutazione dei motivi adottati dalla Commissione, la sentenza del Tribunale potrebbe essere ribaltata su questo profilo. Si potrebbe immaginare che l'insistenza sul ruolo cruciale delle parti sociali nel processo democratico dell'Unione europea sia decisiva per riconoscere una tale forma di revisione.

Il concreto impulso per il riconoscimento di tale scala di revisione degli atti giuridici è un'osservazione fatta dal Tribunale nella causa *Anagnostakis*, collegata ancora una volta al contesto delle iniziative dei cittadini. Con riferimento a quest'ultimo, la Corte ha ribadito il suo tradizionale orientamento riguardo al dovere di motivazione della Commissione. Tuttavia, ha aggiunto che, in considerazione dell'importanza democratica delle iniziative dei cittadini, la decisione della Commissione era soggetta a un obbligo di motivazione più rigoroso e, di conseguenza, a uno standard di revisione più esigente quando la questione è portata dinanzi alla Corte di giustizia. "Occorre rilevare al riguardo che, nel caso di specie, il fatto che la proposta di ICE non sia stata registrata è idoneo a pregiudicare l'effettività stessa del diritto dei cittadini di presentare una loro iniziativa, sancito dall'art. 24, primo comma, TFUE. Di conseguenza, una decisione del genere deve far risultare chiaramente i motivi che giustificano detto rifiuto. Infatti, il cittadino che abbia presentato una proposta di iniziativa dei cittadini deve essere posto in grado di capire le ragioni per le quali quest'ultima non viene registrata dalla Commissione. Spetta alla Commissione, investita di una proposta di iniziativa dei cittadini, valutarla, ma anche motivare la propria decisione di rifiuto tenendo conto della sua incidenza sull'esercizio effettivo del diritto sancito dal Trattato. Ciò deriva dalla natura stessa di tale diritto, il quale, come viene chiarito al considerando 1 del regolamento n. 211/2011, è inteso a rafforzare la cittadinanza europea e a potenziare il funzionamento democratico dell'Unione

<sup>42</sup> V. le note 19-20 che accompagnano il testo *supra*. Il ricorso a una particolare legittimazione democratica è stato rilevato anche in altri contesti: l'Avvocato Generale Kokott vi ha fatto riferimento in relazione alla legittimazione dei ricorrenti privati nell'ambito del ricorso di annullamento. Cfr. il parere dell'Avvocato Generale Kokott in C-583/11 P, *Inuit*, par. 38.

attraverso una partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell'Unione stessa (...)”<sup>43</sup>.

L'avvocato generale, sebbene non fosse disposto ad accettare la configurazione di un obbligo della Commissione di specificare tutti i punti di diritto rilevanti, ha fatto riferimento all'idea secondo la quale il “sostegno che il meccanismo dell'ICE è chiamato a dare al funzionamento democratico dell'Unione mal si concilierebbe, infatti, con un esercizio discrezionale del potere decisionale riconosciuto alla Commissione in materia”, e ha rilevato che era fondamentale che “tale istituzione dimostrasse grandi doti pedagogiche” nel giustificare le decisioni di registrare (o meno) le iniziative dei cittadini<sup>44</sup>. La Corte di giustizia ha fatto ricorso a tale orientamento, anche se non esplicitamente, nel confermare la posizione del Tribunale<sup>45</sup>.

Tale argomentazione è ulteriormente ripresa dalla giurisprudenza della Corte nel contesto della procedura legislativa ordinaria. Se le decisioni amministrative standard si trovassero ad un'estremità dello spettro, all'estremità opposta vi sarebbero le decisioni che hanno un impatto sulla procedura legislativa ordinaria, al vertice del processo legislativo democraticamente legittimo nell'Unione europea. A questo proposito, la Corte ha ritenuto che una decisione della Commissione di ritirare una proposta, dovesse essere giustificata da ragioni particolarmente importanti, nel caso di specie, da motivi “suffragati da elementi convincenti”<sup>46</sup>.

Se si seguisse una tale linea argomentativa, la Commissione sarebbe soggetta a un obbligo di motivazione più rigoroso quando respinge una richiesta delle parti sociali di attuare un accordo. Come corollario, la Corte di giustizia sottoporrebbe tali decisioni a un tipo di controllo più esigente. Si potrebbe dunque costruire un caso pilota nel quale le attuali motivazioni fornite dalla Commissione sono insufficienti, cosicché tale caso avrebbe maggiori possibilità di successo dinanzi alla Corte. Ancora una volta, si deve osservare che una soluzione del genere costituirebbe un risultato pragmatico per la Corte di giustizia, ma sarebbe una vittoria di Pirro per le parti sociali, che potrebbero quindi dover impegnarsi in una lunga guerra di trincea contro le mo-

<sup>43</sup> GC 30 settembre 2015, T-450/12, *Anagnostakis*, EU:T:2015:739, par. 25 e 26.

<sup>44</sup> Opinione dell'Avvocato Generale Mengozzi del 7 marzo 2017, C-589/15 P *Anagnostakis*, EU:C:2017:175, par. 22 e 24.

<sup>45</sup> CGUE 12 settembre 2017, C-589/15 P, *Anagnostakis*, EU:C:2017:663, par. 34.

<sup>46</sup> CGUE 14 aprile 2015, C-409/13, *Consiglio dell'Unione europea v. Commissione europea*, EU:C:2015:217, par. 76.

tivazioni non solo nel caso di specie, ma anche in relazione a futuri accordi negoziati.

5. *In luogo della conclusione: i margini per l'annullamento della decisione EPSU del Tribunale*

Le osservazioni di cui sopra sono state formulate prevalentemente in base alla prospettiva che un'indagine giuridica dovrebbe produrre una serie di "profezie su ciò che di fatto faranno i tribunali"<sup>47</sup>. Nel complesso, mi sembra che il diritto costituzionale giochi contro *EPSU* e che le possibilità della contrattazione collettiva a livello europeo siano ridotte. Sebbene non sia testualmente impossibile, lo stato attuale della giurisprudenza rende altamente improbabile che la Corte riconosca l'accordo delle parti sociali come atto legislativo. In generale, sembra piuttosto improbabile che la Corte limiti il diritto di iniziativa della Commissione alla luce dell'art. 155, par. 2, TFUE, soprattutto in vista dell'attuale atteggiamento della Corte nei confronti del caso – certamente diverso – delle iniziative dei cittadini europei. Anche se la Corte dovesse ritenere vincolanti le comunicazioni della Commissione nel caso *de qua* potrebbe semplicemente modificare le sue comunicazioni relative alla politica sociale. È forse meno improbabile che la Corte riscontri una carenza nella motivazione della Commissione nella sua decisione di non presentare una proposta di decisione al Consiglio, ma ciò implicherebbe che le parti sociali otterrebbero semplicemente una vittoria simbolica e dovrebbero probabilmente combattere una guerra di trincea continua con la Commissione, sia dentro che fuori i tribunali. Con l'aumentare delle probabilità di vittoria per *EPSU*, l'utilità della stessa per le parti sociali diminuisce.

Ciò non toglie nulla al fatto che potrebbe costruirsi un caso-pilota fondato sul diritto esistente, che consentirebbe alla Corte di giustizia di ridurre il peso del precedente in modo tale da prevalere sul Tribunale. In fin dei conti, dato il margine di manovra disponibile, la Corte si trova ad affrontare una scelta strategica con notevoli implicazioni politiche.

In effetti, la posta in gioco non potrebbe essere più alta. *EPSU* deve essere collocata sullo sfondo di un "voltafaccia" politico della Commissione che

<sup>47</sup> HOLMES, *The Path of the Law*, in KENNEDY, FISHER III (a cura di), *The Canon of American Legal Thought*, Princeton University Press, 2006, p. 31.

ha accolto favorevolmente il dialogo sociale durante gli anni '90 e i primi anni del primo decennio del ventunesimo secolo, ma che ora è arrivata a “sforzarsi di controllare, limitare e addirittura *de facto scoraggiare*” il contributo delle parti sociali alla democrazia europea<sup>48</sup>. Gli accordi collettivi si svolgono letteralmente all'ombra della legge, cioè all'ombra dell'art. 155, par. 2, TFUE, su cui si basa la capacità delle parti sociali di trasformare tali accordi in direttive vincolanti *erga omnes*. Ciò è di particolare importanza negli Stati membri le cui rispettive tradizioni di diritto del lavoro potrebbero rendere improbabile una simile trasposizione a livello nazionale. Nel caso in cui la Commissione riesca nella sua strategia politica di sabotare il dialogo sociale europeo, i risultati che potranno essere ottenuti dopo un processo di contrattazione sociale si ridurranno drasticamente ed è improbabile che superino i costi sostenuti. Gli osservatori hanno notato che, a meno che la sentenza non venga completamente ribaltata, è probabile che segnerà la fine della contrattazione sociale a livello dell'UE. Mi sembra che un tale risultato sarebbe drammatico per l'Unione europea.

In effetti, è molto diffuso descrivere l'Unione come in preda a una crisi. Gli studiosi fanno spesso riferimento a una moltitudine di deficit di legittimità che colpiscono l'Unione, il cui archetipo è senza dubbio il leggendario deficit democratico<sup>49</sup>. Da allora, si sono sviluppati lentamente i diversi deficit di legittimità dell'Unione europea.

Per fare solo un esempio: per molto tempo un tema dominante tra i giuristi europei di centrosinistra è stato quello della disarticolazione dell'equilibrio tra il mercato e il sociale<sup>50</sup>. Si è ritenuto che ciò fosse dovuto principalmente alle sentenze della Corte di giustizia in altri settori, in primo luogo quello del mercato interno, dove la sua interpretazione delle disposizioni sulla libera circolazione in *Viking*, *Rüffert* e *Laval* sembrava confinare il profilo sociale in una posizione marginale<sup>51</sup>. Tali decisioni sono state ampia-

<sup>48</sup> TRICART, *op. cit.*, p. 7.

<sup>49</sup> V. in generale FOLLESDAL, HIX, *Why There Is A Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik*, in *JCMS*, 2006, p. 533.

<sup>50</sup> Tra gli innumerevoli contributi relativi a questo tema, si veda ad esempio SYRPIS, *The EU and national systems of labour law*, in ARNULL, CHALMERS (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, 2015, p. 943; GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social'*, in *ECLR*, 2017, p. 23.

<sup>51</sup> Per alcuni esempi da una ricca gamma di letteratura critica, vedere ad esempio JOERGES, RÖDL, *Informal Politics, Formalized Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *ELJ*, 2009, p. 1; DAVIES, *Un passo avanti, due*

mente considerate il riflesso di una preferenza della Corte di giustizia per disposizioni neo o ordo-liberali sulla libera circolazione rispetto a previsioni sociali. A peggiorare le cose, tali pronunce sembravano delegittimare gli scioperi come mezzo di protesta, disarmando un'arma cruciale dei sindacati nel processo di contrattazione collettiva ed applicazione degli accordi sociali esistenti.

La crisi dell'euro ha solo rafforzato questa percezione perché la produzione giuridica volta a combattere la crisi economica è riuscita a minare gran parte del diritto sociale negli Stati membri. Alcuni hanno osservato come la politica sociale sembrava essere stata assorbita nella *governance* macroeconomica<sup>52</sup> e come ciò a sua volta implicasse un approfondimento della crisi di legittimità dell'Unione<sup>53</sup>. Altri hanno descritto la questione come un "colpo di stato di competenza" attraverso la *governance* economica europea<sup>54</sup>.

È ironico, per non dire altro, che uno studioso di spicco abbia potuto sostenere per alcuni anni che se questa "nube" ha avuto un qualche risvolto positivo, probabilmente è da individuare nel fatto che l'*acquis* sociale dell'UE era il prodotto di "procedure democratiche, trasparenti, inclusive e responsabili" ed ha realizzato nel complesso un "giusto equilibrio" tra la dimensione sociale ed economica dell'integrazione europea<sup>55</sup>. Se si può riscontrare uno squilibrio tra l'economia e il sociale nel diritto dell'Unione, esso proviene da altri settori del diritto europeo. Se la strategia della Commissione per contrastare il radicamento degli accordi delle parti sociali dovesse avere successo, senza alcuna opposizione della Corte, l'*acquis* sociale non potrebbe continuare a prosperare. Se la sentenza *EPSU* non fosse riformata, sarebbe in pericolo anche questo modesto ma importante risultato dell'Europa sociale.

*passi indietro? I casi Viking e Laval nella Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *ILJ*, 2008, p. 126; SCIARRA, *Viking and Laval: Collective Labour Rights and Market Freedoms in the Enlarged EU*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2007, p. 563.

<sup>52</sup> TSOUKALA, *Euro Zone Crisis Management and the New Social Europe*, in *CJEL*, 2013, p. 66 2013.

<sup>53</sup> DAWSON, DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *MLR*, 2013, p. 817.

<sup>54</sup> GARBEN, *op. cit.*, p. 51.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 31.

6. Post scriptum: *alcune considerazioni strategiche*

Nonostante il peso considerevole a favore della revisione della decisione *EPSU* del Tribunale dell'Unione europea, ritengo sia utile formulare alcune osservazioni strategiche sulla funzione e sul ruolo del dialogo sociale nel diritto dell'Unione, nella prospettiva di un approccio sociologico dell'UE piuttosto che di un'analisi dottrinale *stricto sensu*. Infatti, qualunque sia il risultato raggiunto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, c'è una posta in gioco più importante connessa all'attuazione degli accordi tra le parti sociali.

Da un lato, sembra che la giudiziariaizzazione del processo di attuazione sia inevitabile dato l'atteggiamento politico della Commissione nei confronti di questi accordi. Le ricerche esistenti mostrano come la Commissione abbia tentato, con mezzi politici, di scoraggiare e ostacolare il processo di trasformazione degli accordi sociali in fonti vincolanti<sup>56</sup>. Con il caso *EPSU*, le parti sociali sono state *de facto* costrette a tentare la fortuna con la Corte di giustizia per limitare la portata della discrezionalità politica della Commissione. Una volta che il "genio" della magistratura è uscito dalla lampada, è notoriamente difficile rimetterlo dentro. Il processo di contrattazione tripartito tra Commissione e parti sociali si trasforma, nel lungo periodo, in un processo quadripartito: la contrattazione collettiva, si potrebbe dire, avverrà d'ora in avanti all'ombra della Corte. Mi sembra che la Commissione stia costringendo le parti sociali a impegnarsi in una battaglia giuridico-politica su un terreno sfavorevole, dato l'attuale panorama costituzionale europeo. Anche se *EPSU* (e quindi le parti sociali) "vincesse" la causa, si potrebbe dubitare della tenuta di tale vittoria. La Commissione è un attore ricorrente dinanzi alla Corte, il che la rende un avversario formidabile. Le parti sociali non lo sono. In passato, la Commissione è riuscita ad ottenere il sostegno della Corte per una visione assertiva del proprio diritto di iniziativa, come attestano una serie di precedenti giurisprudenziali. La Commissione ha i mezzi e l'opportunità – oltre che, sembrerebbe, la motivazione – per prendere parte a un gioco strategico sul lungo periodo, per costruire una rete di precedenti volta a minare la posizione delle parti sociali o addirittura a ribaltare un precedente a loro favorevole. Se *EPSU* fosse sconfitta in giudizio – o se si consolidasse un precedente giudiziario in favore della Commissione – potrebbe iniziare a considerare il suo ruolo alla luce dell'art. 155, par. 2, TFUE, come una questione

<sup>56</sup> V. in generale TRICART, *op. cit.*

di principio costituzionale piuttosto che di scelta politica, rendendo meno probabile che un cambio di direzione politico possa avere un impatto immediato sull'apertura della Commissione agli accordi conclusi dalle parti sociali.

D'altra parte, alla luce dell'analisi dottrinale di cui sopra, sembra che il caso delle parti sociali possa – per necessità – essere più che squisitamente difensivo. Questa è la variante più ambiziosa della strategia giudiziaria. In effetti, un problema ulteriore riguarda se l'attuale testo costituzionale giochi a favore dei sostenitori del dialogo sociale. Il Trattato costituzionale, da tempo abbandonato, avrebbe conferito un posto di rilievo alla contrattazione collettiva mediante il suo art. I-48, in un Titolo dedicato alla questione della “vita democratica dell'Unione”. Il dialogo sociale sarebbe stato quindi riconosciuto come un importante pilastro della democrazia europea, accanto ai principi della democrazia rappresentativa e partecipativa. Nel Trattato di Lisbona, tuttavia, non si fa menzione del dialogo sociale e della contrattazione collettiva tra le “Disposizioni sui principi democratici” che si trovano all'inizio del Trattato sull'Unione europea. È difficile interpretarlo come qualcosa di diverso da un declassamento del dialogo sociale all'interno della trama costituzionale del Trattato di Lisbona. Si potrebbe ovviamente interpretare quest'argomentazione in modo diverso, sostenendo che la posizione strategica dell'art. 152 TFUE implichi che la politica sociale debba essere considerata come un capitolo isolato nei trattati, soggetto a norme costituzionali *sui generis*<sup>57</sup>. Si potrebbe anche fare affidamento al diritto alla contrattazione collettiva sancito dall'art. 28 CDFUE per rafforzare l'autonomia della contrattazione collettiva<sup>58</sup>. Oppure si potrebbe procedere, in accordo con l'analisi costituzionale di cui sopra, in linea con un'interpretazione espansiva prevalentemente del principio di democrazia. Lo scopo finale di una simile costruzione sarebbe quello di ingaggiare la Corte di giustizia nel tentativo di aggiornare il ruolo della contrattazione collettiva non solo rispetto alla pratica politica corrente ma anche rispetto al suo testo costituzionale.

Nella sua variante modesta o in quella più ambiziosa, la strategia della giudiziarietà deve basarsi su un tentativo di costruire un'alleanza strategica tra le parti sociali e la Corte di giustizia al fine di consolidare una concezione della democrazia europea a lungo termine. Ma una simile strategia avrà successo?

<sup>57</sup> Sono grato a Klaus Lörcher per aver portato questo punto alla mia attenzione.

<sup>58</sup> Ad esempio DORSSEMONT, LORCHER, SCHMITT, *op. cit.*; DELFINO, *op. cit.*

Ci sono ragioni per dubitare dell'affidabilità di un'alleanza di tal genere. In effetti, l'atteggiamento politico della Corte può essere a tratti volubile. Non dobbiamo guardare oltre le prospettive di un processo decisionale giudiziario pro-democratico presso la Corte. È noto che la stessa abbia adottato una visione ampia del principio di democrazia al fine di rafforzare la funzione costituzionale del Parlamento europeo durante gli anni '80 e l'inizio degli anni '90. Ha salvaguardato la procedura di "consultazione" con il Parlamento rispetto agli abusi del Consiglio<sup>59</sup>. Ha inoltre creato la possibilità per il Parlamento europeo di intentare un'azione di annullamento al fine di tutelare le proprie prerogative costituzionali<sup>60</sup>, nonché la possibilità di essere citato in giudizio ai sensi del ricorso di annullamento<sup>61</sup> – nonostante una dato testuale assente nei Trattati, nel senso che la Corte ha assunto queste decisioni contro le intenzioni degli estensori dei Trattati. Tuttavia, dall'inizio degli anni '90, questa serie di casi "eroici" ha cominciato a venir meno. Non c'è stata un'ulteriore espansione dei diritti del Parlamento sotto le spoglie dell'interpretazione giudiziaria. Naturalmente, si potrebbe ritenere che il Tribunale di primo grado abbia esteso questa linea giurisprudenziale nella sua sentenza *UEAPME*, quando ha ritenuto che un accordo raggiunto "attraverso le parti rappresentative della direzione e del lavoro" fosse sufficientemente rappresentativo alla luce del principio di democrazia. Uno studioso ha recentemente osservato, tuttavia, che questa serie di casi "non ha avuto successo"<sup>62</sup> e non ha fornito un contributo duraturo allo sviluppo di una giurisprudenza pro-democratica. Ugualmente può dirsi dell'atteggiamento della Corte nei confronti della democrazia partecipativa.

La giurisprudenza sulla cittadinanza è un altro esempio di questa tendenza. Negli anni '90, la Corte ha preso atto del radicamento della nozione di cittadinanza nei Trattati e ha propugnato una visione espansiva della cittadinanza, sostenendo che essa era "destinata a essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri" e consentendo alla Corte di applicare il principio di non discriminazione in settori in cui fino a quel momento non

<sup>59</sup> Sentenza della Corte del 29 ottobre 1980, *Roquette Frères*, 138/79, EU: c: 1980: 249; si veda anche CJ 16 luglio 1992, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, C-65/90, EU: C: 1992: 325.

<sup>60</sup> Sentenza della Corte del 22 maggio 1990, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, C-70/88, EU: C: 1990: 217.

<sup>61</sup> Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, *Les Verts*, 294/83, EU: C: 1986: 166.

<sup>62</sup> BLANC, *op. cit.*, p. 139.

poteva essere applicato<sup>63</sup>. Tale giurisprudenza ha avuto importanti conseguenze distributive nella misura in cui ha imposto agli Stati membri un “certo grado di solidarietà finanziaria” con i cittadini di altri Stati membri in tema di prestazioni sociali<sup>64</sup>. Più di recente, nel caso *Zambrano*, la Corte ha fornito una lettura ampia delle disposizioni sulla cittadinanza al fine di impedire agli Stati membri di espellere cittadini di paesi terzi genitori di un cittadino dell’Unione<sup>65</sup>. La Corte è stata tuttavia pronta a limitare le implicazioni di tale precedente restringendolo a una serie ridotta di circostanze di fatto<sup>66</sup>. Ancora più importante, mentre la campagna Brexit si svolgeva progressivamente nel Regno Unito, la Corte ha invertito la sua rotta e ha iniziato a limitare le condizioni alle quali gli Stati membri erano obbligati a mostrare un certo grado di solidarietà finanziaria con i cittadini di altri Stati membri<sup>67</sup>.

Fondamentalmente, la giudiziariaizzazione del processo di attuazione degli accordi collettivi europei solleva una questione strategica di fondamentale importanza: le parti sociali ritengono che “a conti fatti e su un periodo abbastanza lungo, è probabile che i giudici siano più in sintonia con un preciso progetto ideologico rispetto al potere esecutivo o a quello legislativo”<sup>68</sup> (nel nostro caso precisamente la Commissione Europea)? Alla luce dell’esperienza della saga di *Viking*, *Laval* e *Rüffert*, un certo scetticismo sembra a dir poco giustificato<sup>69</sup>. Uno studioso ha recentemente affermato che la Corte di giustizia “aveva poca intenzione di favorire un’interpretazione sociale dei Trattati” e che “non era favorevole alla difesa degli interessi dei sindacati, tutelando invece le istituzioni dell’Unione, e in particolare il Commissione europea”<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Ad esempio CJ 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU: C: 2001: 458, punto 31.

<sup>64</sup> *Ibid.*, Par. 44. Cfr. in generale Thym, *The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens*, CMLR, 2015, p. 17.

<sup>65</sup> CGUE 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU: C: 2011: 214.

<sup>66</sup> Ad esempio CGUE 15 novembre 2011, *Dereci e altri*, C-256/11, EU: C: 2011: 734.

<sup>67</sup> V. ad esempio Carlier, *La Libre Circulation des Personnes dans l’Union européenne*, in *JDE*, 2016, p. 153.

<sup>68</sup> KENNEDY, *The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought*, in *LC*, 2014, p. 113.

<sup>69</sup> GARBEN, *op. cit.*, p. 41 in merito al ruolo eccessivo del potere giudiziario.

<sup>70</sup> LOUIS, *La Confédération européenne des Syndicats à l’épreuve du droit et de la giustizia. Genèse, usages et limites d’un mode d’action syndicale en faveur de l’Europe sociale*, p. 709 (Tesi di dottorato inedita).

Qualunque sarà l'interpretazione finale, mi sembra che un più evidente radicamento della contrattazione collettiva tra le disposizioni programmatiche dell'Unione dovrebbe essere abbastanza in alto nelle liste dei desideri degli studiosi del diritto del lavoro europeo per il prossimo ciclo di revisioni del trattato. L'appello della Confederazione europea dei sindacati è in quella direzione in considerazione di quanto avvenuto con *Viking* e *Laval*<sup>71</sup>. Un tale intervento rafforzerebbe il ruolo delle parti sociali e in ogni caso fornirebbe una rinnovata opportunità per le medesime di adire la Corte di giustizia. Ovviamente nulla può garantire che ciò modificherà l'atteggiamento nei confronti della Corte. Eppure forse questo potrebbe rappresentare un'opportunità di mobilitazione intorno al tema dell'Europa sociale – perché a lungo termine le speranze delle parti sociali, e dei sindacati in particolare, non possono essere riposte né sui tribunali né sui giuristi.

<sup>71</sup> Cfr. CES, *risposta della CES alle sentenze della CGE Viking e Laval. Risoluzione adottata dal Comitato esecutivo della CES nella riunione del 4 marzo a Bruxelles*, disponibile online su <https://www.etuc.org>.

## Abstract

Nella sua recente sentenza *EPSU*, il Tribunale ha infranto le speranze delle parti sociali che la Commissione europea potesse essere obbligata a rendere vincolante un accordo negoziato attraverso la procedura prevista dall'art. 155, par. 2, TFUE. La posta in gioco di questa decisione è particolarmente alta alla luce dell'atteggiamento sempre più ostile della Commissione nei confronti della contrattazione collettiva. Questo contributo esamina criticamente diversi punti cruciali della decisione del Tribunale dal punto di vista del diritto costituzionale dell'Unione, poco prima che la Corte di giustizia si pronunci in materia. In primo luogo, un accordo negoziato dalle parti sociali può essere considerato un atto legislativo? In secondo luogo, quali sono i contorni del diritto di iniziativa della Commissione? In terzo luogo, qual è la portata del dovere di motivazione della Commissione quando decide di non trasformare un accordo negoziato in direttiva? L'argomentazione centrale di questo contributo è che le "carte" che il diritto costituzionale europeo può giocare sembrano essere sfavorevoli alle parti sociali. L'articolo si conclude con alcune considerazioni strategiche sulla posizione della contrattazione collettiva nel diritto dell'Unione.

In its recent *EPSU* ruling, the General Court dashed the hopes of the social partners that the European Commission could be required to transform a negotiated agreement into binding law through the process provided by Article 155(2) TFEU. The stakes of this decision are particularly high in light of the Commission's increasingly hostile attitude towards collective bargaining. This contribution critically examines several crucial points of the General Court's decision from the perspective of EU constitutional law shortly before the Court of Justice will hear the appeal in this case. First, can an agreement negotiated by the social partners be considered a legislative act? Second, what are the contours of the Commission's right of initiative? Third, what is the extent of the Commission's duty to state reasons when it takes the decision not to transform a negotiated agreement into binding law? The overall argument of this contribution is that the constitutional deck of cards appears stacked against the social partners. The article concludes with some strategic considerations about the position of collective bargaining in EU law.

## Key words

Contrattazione collettiva, atti legislativi e non legislativi, diritto di iniziativa, obbligo di motivazione, democrazia europea.

Collective bargaining, legislative and non-legislative acts, right to initiative, duty of motivation, European democracy.



## Milena Anna Impicciatore

### La formazione per l'occupazione nel mercato del lavoro che cambia

**Sommario:** **1.** Le trasformazioni in atto nel mercato del lavoro e la brusca accelerazione impressa dal Covid. **2.** Le sfide del post-Covid: dalle politiche passive alle politiche attive per la ripartenza. **3.** Verso nuove tutele nel mercato del lavoro: la centralità della formazione. **4.** La formazione per l'occupazione. **5.** Formazione in alternanza o apprendimento basato sul lavoro: realtà o illusione? **6.** Conclusioni.

#### 1. *Le trasformazioni in atto nel mercato del lavoro e la brusca accelerazione impressa dal Covid*

Le innovazioni tecnologiche in rapida e continua evoluzione a livello globale hanno avviato quella che, da qualche anno, è stata definita la “quarta rivoluzione industriale”<sup>1</sup>, causa di radicali metamorfosi del mercato del lavoro che incidono profondamente sia sul modo di lavorare, che di organizzare il lavoro stesso, scardinando il tipico paradigma industriale su cui si sono fondate e su cui sono ancora incentrate le tutele nel rapporto e nel mercato del lavoro<sup>2</sup>.

Il terzo millennio ha dato così il via ad una nuova grande trasformazione

<sup>1</sup> World Economic Forum, *Readiness for the future of production*, Report, January 2018; World Economic Forum, *The future of Jobs. Employment, Skills and Workforce Strategy for the Fourth Industrial Revolution*, Report, January 2016; European Parliament, DG for internal policies, *Industry 4.0*, 2016; EU, DG Connect, *Digitising European Industry*, Background Paper, Brussels 30 giugno 2015.

<sup>2</sup> Per una vasta analisi delle trasformazioni in essere e del loro impatto sul rapporto e sul mercato del lavoro si rinvia, per tutti, ai contributi raccolti nel volume AA.VV., *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE (a cura di), Cacucci, 2019.

epocale dove il lavoro è basato su un assetto produttivo assai diverso da quello tradizionale. Il nuovo paradigma economico<sup>3</sup>, ci pone di fronte ad uno scenario dinamico e flessibile caratterizzato da uno sviluppo pervasivo di innovazioni tecnologiche, sia di processo che di prodotto, in cui i percorsi occupazionali sono contraddistinti da frequenti transizioni lavorative e in cui emergono nuovi rischi occupazionali e di conseguenza sociali.

Riguardo ai rischi occupazionali, le analisi più accreditate<sup>4</sup> evidenziano come l'innovazione tecnologica, attraverso l'automazione, comporterà effetti sostitutivi su molte attività lavorative<sup>5</sup> e anche se solo una limitata percentuale potrà essere completamente automatizzata, si assisterà alla sostituzione di numerose mansioni e di conseguenza a una riduzione dei tempi di lavoro che a sua volta avrà come effetto diretto la sottoccupazione.

L'altro aspetto che pure incide fortemente sull'andamento occupazionale è il cosiddetto *digital mismatch*, ovvero la mancanza, nei lavoratori o nelle persone in cerca di occupazione, di competenze specifiche e avanzate di tipo tecnologico e digitale richieste dal mercato, al punto che in Italia, nonostante la disoccupazione elevata (in particolare giovanile), le aziende dei settori tecnologicamente in espansione non trovano lavoratori con professionalità adeguata da assumere<sup>6</sup>. Il *digital mismatch* nel nostro Paese è una delle manifestazioni del

<sup>3</sup> Sul paradigma industriale in Italia cfr. AA.VV., *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, CIPRIANI, GRAMOLATI, MARI (a cura di), Firenze University Press, 2018; SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Giappichelli 2018; SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *RGL*, 2017, n. 2, I, p. 186 ss.; Camera dei Deputati, X Commissione Permanente, *Indagine conoscitiva su "Industria 4.0": quale modello applicare al tessuto industriale italiano. Strumenti per favorire la digitalizzazione delle filiere industriali italiane*, 30 giugno 2016; SEGHEZZI, TIRABOSCHI, *Il Piano nazionale Industria 4.0: una lettura lavoristica*, in *LLI*, 2016, vol. 2, n. 2; SEGHEZZI, TIRABOSCHI (a cura di), *Industria 4.0, un quadro di riferimento per capire (e attuare) il piano Calenda*, *Boll. Spec. ADAPT* 2016, n. 10; SEGHEZZI, *Come cambia il lavoro nella Industry 4.0?*, *WP ADAPT*, 2015, n. 172.

<sup>4</sup> World Economic Forum, *The Future of Jobs*, Report, September, 2018; McKinsey Global Institute, *A future that works: Automation, employment, and productivity*, 2017; CHANG J.H., PHU H., *ASEAN in transformation: The future of jobs at risk of automation*, Bureau for Employers' Activities Working Paper, 2016, No. 9, OIL, Ginevra; FREY C.B., OSBORNE M., *Technology at work: The future of innovation and employment*, Citi GPS, 2015, Oxford University.

<sup>5</sup> In dottrina v. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, n. 4, spec. pp. 548-562.

<sup>6</sup> Come si evince dai dati pubblicati da Modis Italia, che analizza il gap tra domanda e offerta di lavoro nel settore ICT in Italia e all'estero, *Digital Mismatch – White Paper Modis Italia*, 2014.

più ampio fenomeno dello *skill mismatch*<sup>7</sup>, generato dalla strutturale mancanza di interazione tra sistemi di istruzione e formazione e mercato del lavoro. La perdurante separatezza tra queste due realtà è alla base del disallineamento tra le competenze offerte dall'individuo, maturate nel sistema di istruzione e formazione, e quelle richieste dal mercato, una delle principali cause della disoccupazione soprattutto giovanile.

Lo *skill mismatch* non incide però solo sui livelli di occupazione, ma anche sulla qualità del lavoro prestato: l'OIL, già da qualche decennio, lo ri-comprende anche tra le forme di sottoccupazione<sup>8</sup>, ritenendolo un indicatore-chiave per l'analisi del mercato del lavoro. Qui è la domanda di lavoro a risultare inefficiente in quanto non in grado di riconoscere e utilizzare le competenze possedute dai lavoratori, che risultano *overqualified* rispetto alle mansioni che sono contrattualmente tenuti a svolgere.

Il quadro, dal punto di vista occupazionale, fa emergere già da qualche anno l'urgenza di interventi normativi mirati spostando l'attenzione dalle tutele del lavoro incentrate sul contratto di lavoro subordinato a tutele orientate al funzionamento efficiente del mercato e, oserei dire, a strumenti di protezione della persona che si realizza nel lavoro.

In questo scenario, già segnato da profonde trasformazioni, la grave crisi sanitaria ha drammaticamente accelerato i processi di cambiamento imprimendo una mutazione improvvisa e radicale al mondo del lavoro che di fatto permane anche nella iniziale fase del post-Covid e che probabilmente inciderà a lungo sul mercato del lavoro per via delle gravi conseguenze inferte ai sistemi economici.

L'emergenza pandemica da Covid-19, oltre a incidere negativamente sui tassi occupazionali, aggravando una situazione che già metteva a dura prova la tenuta del nostro sistema di regolamentazione del mercato del lavoro, ha aggiunto ulteriori fattori di incertezza, come il rispetto di condizioni di sicurezza degli ambienti di lavoro, la riorganizzazione della produzione su

<sup>7</sup> ESPOSITO, SCICCHITANO, *Educational mismatches, routine biased technological change and unemployment: evidence from Italy*, INAPP WP, n. 48, Maggio 2020; CEDEFOP, *Insights into skill shortages and skill mismatch. Learning from Cedefop's European skills and jobs survey*, Reference series 106, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

<sup>8</sup> Per un'analisi del fenomeno della "sottoccupazione" in Italia v. *Il mercato del lavoro 2018 - verso una lettura integrata*, Istat, 2019; nel contesto internazionale v. *Measurement of qualifications and skills mismatches of persons in employment*, OIL, 2018, 20° International Conference of Labour Statisticians, Ginevra, 10-19 ottobre 2018.

catene più corte e sicure di approvvigionamento, la grande variabilità di orari in relazione a esigenze della produzione e di protezione di determinate fasce di lavoratori.

Le disposizioni emanate dal Governo, nella prima fase di emergenza, per far fronte al dilagare della pandemia, hanno determinato l'interruzione di molte attività economiche<sup>9</sup>, soprattutto quelle più tipicamente connesse alla esigenza di svolgere la prestazione sul luogo di lavoro, lasciando i lavoratori improvvisamente privi di retribuzione o di reddito e incidendo negativamente sui tassi di occupazione dei lavoratori a tempo determinato o con contratti di lavoro precari, che come in ogni fase recessiva sono i primi a rischiare l'uscita dal mercato del lavoro. Il *lock down* ha fatto emergere prepotentemente anche le gravi condizioni sociali di chi lavora nelle sacche di economia sommersa del Paese, lavoratori che non hanno alcuna forma di tutela, se non la garanzia di un sostentamento reso impossibile dal blocco.

Le attività escluse dalla chiusura, nella fase emergenziale, hanno invece dovuto rapidamente adattarsi trasformando la propria organizzazione del lavoro o per consentire lo svolgimento delle attività lavorative in presenza e in sicurezza, oppure per permettere la rapida implementazione del lavoro a distanza. Durante l'emergenza, infatti, l'utilizzo delle tecnologie per il lavoro da remoto, in un brevissimo arco temporale, ha trasformato una modalità di lavoro come lo *smart working* praticata in maniera limitata da un ristretto numero di grandi aziende nella fase pre-Covid in una modalità comune<sup>10</sup> di prestazione lavorativa<sup>11</sup> che ha coinvolto anche i lavoratori delle pubbliche amministrazioni, dove il lavoro a distanza dall'essere una pratica sperimentale è divenuto la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa<sup>12</sup>, naturalmente evidenziando fin da subito criticità di tipo contrattuale e carenze di competenze digitali<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> INAPP, *COVID-19: misure di contenimento dell'epidemia e impatto sull'occupazione*, INAPP Policy Brief, Aprile 2020, n. 17.

<sup>10</sup> ISTAT, *Situazione e prospettive delle imprese nell'emergenza sanitaria Covid-19*, Istat Report, 15 Giugno 2020.

<sup>11</sup> ALESSI, VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), Consulta giuridica CGIL Istant Book n. 1, Ediesse, 2020, p. 131 ss.

<sup>12</sup> ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, p. 312 ss.

<sup>13</sup> La sperimentazione su larga scala del lavoro a distanza, ove possibile, sta inducendo, anche in fase di graduale ripresa delle normali attività economiche, a una convinta adesione a

Gli interventi intrapresi dal Governo a sostegno del mercato del lavoro hanno puntato opportunamente all'uso più ampio possibile degli ammortizzatori. Il massiccio ricorso alle indennità di disoccupazione Naspi e Discoll per i lavoratori subordinati e i collaboratori che hanno perso il lavoro, insieme ai provvedimenti di ampliamento dell'utilizzo della CIG per la nuova causale Covid-19, così come l'assegno previsto per i lavoratori autonomi, commercianti e professionisti, i permessi per i lavoratori genitori di figli in età scolare, il bonus *baby-sitter*, l'assegno per colf e badanti, così come il blocco temporaneo dei licenziamenti economici e il congelamento delle causali su proroghe e rinnovi dei contratti a termine, hanno costituito le misure immediate approntate per far fronte all'impatto dell'emergenza sanitaria.

Nella fase post emergenziale, i dati sul mercato del lavoro descrivono una situazione in cui nonostante gli ammortizzatori sociali, le importanti trasformazioni organizzative e il blocco dei licenziamenti abbiano permesso di sostenere l'occupazione, la pandemia sembra aver aggravato i divari persistenti nella partecipazione al mercato del lavoro. La crisi ha innescato un innalzamento dei tassi di disoccupazione senza eguali che ha colpito, in particolare: le componenti più vulnerabili del mondo del lavoro, tra cui i giovani, le donne e gli stranieri; le tipologie contrattuali meno tutelate; il Mezzogiorno che già prima dell'emergenza mostrava le condizioni occupazionali più difficili.

L'emergenza da Covid ha di fatto aggravato una situazione già complessa, accelerando i processi di trasformazione in atto nel mercato del lavoro e incalzando sull'urgenza di interventi di riforma strutturali volti a rimuovere le cause dello squilibrio occupazionale, accanto agli interventi emergenziali già avviati.

tale modalità di lavoro, magari alternata al lavoro in presenza. Il dibattito in corso, in Italia come in altri paesi, sui vantaggi (per l'impresa in termini di miglioramento della produttività, di risparmio sui costi per strutture, energia; per i lavoratori, in termini di autonomia e responsabilità, migliore possibilità di conciliare la vita privata e familiare; per le città, in termini di riduzione del traffico e dell'inquinamento) e svantaggi (per i lavoratori: difficoltà e costi di connessione, rischi di isolamento, ansia e stress da prestazione, difficile separazione tra lavoro e vita privata), per la vita delle città (svuotamento dei centri storici e riduzione delle attività commerciali) del lavoro a distanza evidenziano come questa modalità sia entrata di prepotenza tra i mutamenti epocali di erogazione della prestazione di lavoro, con la quale bisognerà nel futuro immediato fare i conti per un utilizzo che tenga in considerazione le tante criticità evidenziate nella prassi, tra cui *in primis* il possesso di competenze digitali.

2. *Le sfide del post-Covid: dalle politiche passive alle politiche attive per la ripartenza*

La crisi sanitaria ha evidenziato la necessità di approntare un sistema universalistico<sup>14</sup> di tutela del reddito dei lavoratori (qualunque lavoratore, dipendente, autonomo, professionista, precario, irregolare) in presenza di sospensioni non volontarie dell'attività lavorativa. L'affannoso inseguimento delle diverse categorie di lavoratori per approntare forme di tutela minima del reddito, perso a causa del Covid, ha drammaticamente messo in evidenza l'insostenibilità di ammortizzatori sociali diversificati e frammentati a seconda del settore, della dimensione d'impresa, della maturazione dei requisiti occupazionali, e l'indifferibilità di una riforma in senso universalistico di forme di integrazione del reddito che salvaguardino la dignità della persona che lavora e non gettino le famiglie in condizioni di povertà assoluta a causa della temporanea sospensione/riduzione dell'attività lavorativa.

La riforma del sistema di politiche passive, per quanto indispensabile, non assicura la ripresa dell'occupazione e la tutela delle persone più a rischio di esclusione dal mercato del lavoro, se non accompagnata contestualmente da un corposo intervento di politiche attive del lavoro, che agiscano da leva per la ripresa economica del Paese, intervenendo alla radice degli squilibri occupazionali che connotano il nostro mercato del lavoro.

Il decreto Rilancio del 23 maggio 2020, che ha iniziato a tracciare le linee di riforma degli ammortizzatori sociali in senso universalistico, sembra aprire uno spiraglio alla integrazione di misure passive con misure attive di riqualificazione professionale, attraverso l'introduzione di una misura sperimentale di sostegno al reddito: il Fondo Nuove Competenze.

L'obiettivo di questo Fondo è integrare rimodulazioni dell'orario di lavoro disposte da accordi collettivi aziendali o territoriali stipulati da organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, che prevedano percorsi di formazione volti alla riqualificazione e adattamento delle competenze dei lavoratori alle nuove modalità di lavoro, che salvaguardino l'occupazione.

Per garantire l'efficacia della misura, ad oggi ancora non operativa perché in attesa di misure attuative, la formazione, sostenuta dal Fondo, dovrebbe as-

<sup>14</sup> PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia*, in *Labor*, 2020, n. 4.

sicurare riqualificazione e adeguamento delle competenze alle nuove modalità di lavoro (digitale in primis, giacché la digitalizzazione è destinata a rimanere una caratteristica permanente delle nostre società, dove esiste un forte divario di conoscenze/competenze, ma anche per risultati e obiettivi), alle misure applicative dei protocolli di sicurezza, alle riconversioni produttive, alla innovazione di prodotto e di processo, alle catene corte, alla riconversione ecologica delle produzioni, tutti aspetti profondamente modificati/accelerati dalla pandemia e che costituiscono ineludibili sfide per il futuro.

Fermo restando il valore positivo della proposta, i nodi sulla reale efficacia dello strumento potranno essere sciolti solo dopo l'emanazione dei provvedimenti attuativi, quello che già si può osservare è che l'impianto generale del Fondo Nuove Competenze denota alcune criticità che lo fanno sembrare ancora uno strumento di natura emergenziale e non un intervento di ripresa strutturale del mercato del lavoro.

La prima criticità che si osserva riguarda la dotazione finanziaria del Fondo, che seppure è passata dai 230 milioni di euro di maggio ai 730 milioni di euro ad agosto, rivela ancora un divario troppo ampio tra la spesa per interventi di politica passiva e gli investimenti in politica attiva, condizione che negli anni ha pesantemente indebolito il mercato del lavoro nazionale e reso fallimentari, dal punto di vista occupazionale, gli strumenti di sostegno implementati, da ultimo il reddito di cittadinanza<sup>15</sup>.

L'altro aspetto critico che si rileva è che gli interventi di formazione, connessi alla integrazione del reddito, sono indirizzati ai soli lavoratori occupati tralasciando, quindi, gli esclusi dal mercato del lavoro. La misura, inoltre, riguarda soltanto i lavoratori subordinati, mentre l'emergenza ha segnalato la necessità di superare i tradizionali steccati tra lavoro autonomo e subordinato, poiché i lavoratori autonomi non sono meno esposti all'impatto di una crisi rispetto ai lavoratori subordinati.

Come il sostegno al reddito, anche la formazione, quale principale risorsa di politica attiva, deve indirizzarsi all'intero universo dei lavori, come già implicitamente riconosciuto dalla legge 81 del 2017 sul lavoro autonomo<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sull'efficacia del reddito di cittadinanza per la sua componente di politica attiva si rinvia a D'ONGHIA, *Il Reddito di Cittadinanza un anno dopo: eppur si muove ma con troppe funzioni e a doppia velocità*, in *Labor*, 2020, n. 1.

<sup>16</sup> Sugli aspetti salienti della tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale v. PERULLI, *Il jobs act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, 2017, I, p. 178 ss.; GIUBBONI, *Il Jobs act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*,

e dalla legge 128 del 2019 sulle collaborazioni. Del resto, nelle intenzioni del legislatore, il Fondo Nuove Competenze dovrebbe costituire una buona pratica ai sensi del programma europeo SURE (di cui al regolamento UE del 19 maggio 2020 n. 2020/672)<sup>17</sup> la cui finalità è proprio il co-finanziamento di misure nazionali volte a contrastare la crisi occupazionale e socio-economica indotta dalla pandemia sia per lavoratori subordinati, sia per gli autonomi: ci si chiede dunque se l'esclusione degli autonomi da questa nuova tutela possa essere considerata alla stregua di una disattenzione da correggere.

Ad ogni modo, nell'attesa di verificare l'operatività del Fondo, pur con i limiti evidenziati, la centralità della formazione comincia ad apparire come risorsa per la ripartenza e come investimento sul futuro, un futuro gravido di incertezze.

### 3. *Verso nuove tutele nel mercato del lavoro: la centralità della formazione*

In un contesto così delineato, con una disoccupazione strutturale acuita dal Covid, appare urgente oltre che necessario ripensare completamente gli strumenti di protezione del lavoro<sup>18</sup> e approntare nuovi e più agili meccanismi di tutela, in grado di rispondere al contempo a esigenze di protezione del lavoratore e al buon funzionamento del mercato del lavoro.

Autorevole dottrina<sup>19</sup> segnala come, soprattutto in merito al drammatico andamento della occupazione giovanile, addirittura il “cambio di rotta va oltre gli strumenti lavoristici, perché investe in pieno la qualità dello sviluppo e richiede la capacità di investire di più sui settori e sui lavori del futuro”.

Una delle possibili strade da percorrere al fine di approntare nuove tutele per il mercato del lavoro che cambia, è suggerita dalla teoria dei mercati transizionali del lavoro<sup>20</sup>, che la letteratura internazionale ha contribuito a

in *DLRI*, 2017, p. 483 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, p. 376 ss.; FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 368/2018.

<sup>17</sup> Per un’analisi dello strumento *Sure* e del quadro sociale dell’Unione Europea v. TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *DRI*, 2020, p. 235 ss.

<sup>18</sup> Per un’ampia analisi del mercato del lavoro contemporaneo e la proposta di percorsi di tutela v. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, Adapt University Press, 2019.

<sup>19</sup> TREU, *Una seconda fase della flexicurity per l’occupabilità*, *DRI*, 2017, p. 597 ss.

<sup>20</sup> SCHMID, *Il lavoro non-standard. Riflessioni nell’ottica dei mercati transizionali del lavoro*, in

far circolare anche a fini di *policy making*. Nel nostro Paese, invece, il dibattito politico e scientifico si è sviluppato in modo prevalente sul modello di *flexicurity*<sup>21</sup>, in quanto oggetto di reiterate raccomandazioni nel quadro della strategia europea per l'occupazione, cui le recenti riforme si sarebbero ispirate senza cogliere appieno le reali trasformazioni del mercato del lavoro<sup>22</sup>. La teoria dei mercati transizionali, a differenza dell'approccio *flexicuritario*, prevede meccanismi in grado di accompagnare i lavoratori durante tutto l'arco della vita lavorativa nelle diverse transizioni che la caratterizzano e che riguardano tutti i diversi e possibili passaggi di *status* occupazionali e di condizioni di vita, non solo il passaggio da un posto di lavoro all'altro garantendo ammortizzatori sociali per tutelare temporaneamente i lavoratori dalla perdita del lavoro o del reddito, ma strumenti in grado di salvaguardare le competenze apprese in ogni contesto ed evitare il rischio di povertà e il rischio di esclusione dalla società attiva. In altre parole, la teoria dei mercati transizionali del lavoro si pone in maniera antitetica rispetto alla mera deregolazione dello statuto protettivo del lavoratore subordinato. L'adozione di tale approccio riconosce un ruolo centrale alle politiche attive del lavoro, nel nostro Paese tradizionalmente carenti, e segnatamente alla formazione e agli strumenti ad essa connessi, al fine di garantire la occupabilità delle persone lungo tutto l'arco della vita lavorativa.

La formazione può assumere un ruolo centrale nel rimediare ad alcune incongruenze generate sia dal mancato adeguamento dei meccanismi di tutela ai nuovi paradigmi sociali ed economici, sia dal continuo mutamento di direzione nella regolazione degli istituti, quando i risultati conseguiti dalle riforme legislative appaiono insoddisfacenti, come è il caso dell'apprendistato,

*DRI*, 2011, n. 1, p.1 ss.; ROGOWSKI (a cura di), *The European Social Model and Transitional Labour Markets - Law and Policy*, Ashgate, 2008; WILTHAGEN, ROGOWSKI, *Legal regulation of transitional labour markets*, in SCHMID, GAZIER (a cura di), *The dynamics of full employment: social integration through transitional labour markets*, Edward Elgar, 2002.

<sup>21</sup> TREU, *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, cit.; BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, in *LD*, 2012, n. 3-4, p. 441 ss.; ZOPPOLI L., *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D Antona".IT - 141/2012; CARUSO, MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in questa rivista, 2007, n. 3, p. 457 ss.; ZOPPOLI L., *Flexicurity e licenziamenti: la strict Employment Protection Legislation*, in questa rivista, 2007, p. 597 ss.

<sup>22</sup> Per una accurata analisi della riforma operata dal Jobs Act e delle possibilità mancate per una nuova tutela v. CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della "nuova geografia del lavoro"*, *DRI*, 2017, p. 634 ss.

per fare un esempio. La formazione costituisce, inoltre, una dimensione centrale delle politiche del lavoro sia per promuovere la competitività economica, e dunque anche la ripresa dalla grave crisi in corso, che per favorire lo sviluppo personale in termini di professionalità, affinché chi entra nel mercato del lavoro sia in grado di rispondere alle sfide di un'economia globale, che richiede flessibilità, dinamismo e un sistematico aggiornamento delle conoscenze e delle competenze, finalizzati alla crescita personale e alla riqualificazione professionale e occupazionale.

In un mercato del lavoro così fluido la tutela dell'occupazione deve puntare alla "costruzione" della professionalità riconoscendo la dimensione lavorativa quale spazio di vita in cui la persona<sup>23</sup> si realizza attraverso i propri saperi e la propria unicità, come soggetto con caratteristiche esclusive. Per costruire una professionalità così intesa, imperniata sulla persona, non si può prescindere da un contesto in cui la formazione sia per l'occupazione<sup>24</sup>, ovvero sia pensata, pianificata e programmata secondo i reali fabbisogni del tessuto produttivo, e dove si realizzi una concreta integrazione tra il sistema di istruzione e formazione, il mercato stesso e le parti sociali; ma formazione per l'occupazione non vuol dire semplicemente indirizzare la persona verso i bisogni del mercato del lavoro, a prescindere dalle sue attitudini, al contrario, vuol dire tenere conto dei reali bisogni del mercato del lavoro e in relazione a questi valorizzare le propensioni e capacità della persona affinché sia e resti occupabile.

In questa direzione sembra muovere il documento "Lavorare per un futuro migliore"<sup>25</sup> della Commissione Mondiale sul Futuro del Lavoro promossa dall'OIL che, a 75 anni dalla Dichiarazione di Filadelfia, afferma che

<sup>23</sup> GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e rapporto di lavoro*, Jovene, 2000, p. 4; CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 5/2003.

<sup>24</sup> Sulla centralità della formazione progettata in raccordo con le esigenze dei tessuti produttivi locali v. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in MONTUSCHI, TIRABOSCHI, TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, 2003, pp.149-182.

<sup>25</sup> Commissione Mondiale sul Futuro del lavoro, *Lavorare per un futuro migliore*, OIL, 2019, v. in particolare "La formazione continua comprende l'apprendimento formale e informale, dalla prima infanzia e dall'istruzione di base fino alla formazione in età adulta. I governi, i sindacati e i datori di lavoro, nonché le istituzioni educative, hanno responsabilità complementari nella costruzione di un ecosistema di apprendimento permanente efficace e adeguatamente finanziato", p. 13.

il futuro del lavoro deve essere incentrato sulla persona: “le persone e il loro lavoro” devono essere “al centro della politica economica e sociale e delle pratiche d’impresa”. Tra i pilastri di questo piano per il futuro del lavoro incentrato sulla persona c’è l’aumento “degli investimenti nelle capacità delle persone” che si fonda su “un diritto universale all’apprendimento lungo l’intero arco della vita che consenta alle persone di acquisire competenze, di riqualificarsi e di perfezionarsi”.

D’altro canto, l’Unione Europea nel promuovere la società della conoscenza<sup>26</sup> da tempo ha puntato l’attenzione sulla necessità di adottare sistemi integrati di formazione e lavoro centrati sulle competenze, intese quali insiemi di conoscenze e abilità fondamentali per esercitare appieno la cittadinanza europea, che vanno implementate e incrementate lungo tutto l’arco della vita per facilitare l’adattamento della persona alle dinamiche di trasformazione e crescita del mercato globale. In questa prospettiva, competitività delle imprese e sviluppo della persona appaiono dimensioni strettamente collegate e complementari in quanto solo dalla loro sinergia scaturisce la capacità di promuovere processi innovativi: tale capacità può essere raggiunta attraverso percorsi di formazione finalizzati all’aggiornamento delle competenze e all’arricchimento della qualificazione professionale dei lavoratori, risorsa-chiave per assicurare una occupabilità sostenibile nel tempo.

Il nesso tra formazione e occupazione rappresenta un tema di dibattito fin dalla nascita della Strategia europea per l’occupazione, che tra i suoi pilastri includeva l’occupabilità: ma la caratterizzazione della formazione quale strumento di politica per l’impiego era già rintracciabile nel Trattato di Roma istitutivo della Comunità europea nel contesto della disciplina del Fondo sociale europeo. Il Fondo, infatti, era stato istituito proprio per ridurre i possibili effetti negativi sull’occupazione originati dalle politiche comunitarie attraverso il sostegno finanziario alle iniziative di riqualificazione professionale dei lavoratori. Prima della Strategia europea per l’occupazione, vi sono state due tappe importanti che hanno messo in risalto il ruolo della formazione nelle politiche dell’occupazione: dapprima il Libro bianco su “Crescita, competitività, occupazione” elaborato nel 1993 dalla Commissione

<sup>26</sup> Il Consiglio europeo di Lisbona, nel 2000, si riunì “per concordare un nuovo obiettivo strategico per l’Unione al fine di sostenere l’occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un’economia basata sulla conoscenza”, strategia poi riconfermata con la Comunicazione della Commissione europea *Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* (COM(2010) 2020 final del 3.3.2010).

presieduta da Jacques Delors, in cui veniva posto in risalto il nesso tra istruzione, formazione e occupazione, riconoscendo la formazione quale strumento di prevenzione dell'esclusione sociale e promozione di pari opportunità nel mercato del lavoro, oltre che politica volta a favorire la competitività delle economie europee nel contesto del mercato globale, contrastando la disoccupazione, sia generale che di particolari gruppi di lavoratori<sup>27</sup>.

La seconda tappa che segna la definitiva acquisizione delle politiche formative come strumento indispensabile delle politiche del lavoro è realizzata nel 1995 con la pubblicazione del Libro bianco della Commissione europea dal titolo "Insegnare ed apprendere. Verso la società cognitiva"<sup>28</sup>, che evidenziava tra i fattori di debolezza dei sistemi educativi e formativi, l'assenza di un autentico mercato europeo delle qualifiche e delle professioni, nonché la mancanza di trasparenza e un riconoscimento limitato dei titoli e delle competenze su scala comunitaria. Da qui l'esigenza di un passaggio da un sistema educativo di trasmissione delle conoscenze verso una formazione basata sulle competenze, per le quali il singolo deve poter ottenere una validazione.

#### 4. *La formazione per l'occupazione*

La formazione nel mercato del lavoro è stata a lungo oggetto di attenzione da parte della dottrina<sup>29</sup>, così come il tema della formazione nel rapporto di lavoro<sup>30</sup> e la professionalità<sup>31</sup> del lavoratore, con particolare riferimento al suo riconoscimento nel contratto di lavoro.

<sup>27</sup> ROCCELLA, *Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in *DLRI*, 2007, n. 113, I, p. 187 ss.

<sup>28</sup> Com. UE (1995) 590 def., novembre 1995; in dottrina BIAGI, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, *DRI*, 1996, I, p. 75 ss.

<sup>29</sup> LOFFREDO, *Diritto alla formazione e lavoro. Realtà e retorica*, Cacucci, 2012; CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, n. 113, pp. 1-134; D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, 2004; NAPOLI, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *RGL*, 1997, n. 3-4, pp. 263-271; LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1988.

<sup>30</sup> ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004, pp. 155-230; GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e rapporto di lavoro*, cit., p. 55; MINERVINI, *La professionalità del lavoratore nell'impresa*, Cedam, 1986, pp. 153-155; GIUGNI, *Qualifica, mansioni e tutela della professionalità*, in *RGL*, 1973, I, spec. p. 4.

<sup>31</sup> NAPOLI, *La professionalità*, in NAPOLI, *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001-2005)*, Giappichelli, 2006; ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit.; MAGNANI, *Organizzazione del*

Di questo ricco e complesso dibattito preme in questa sede focalizzare l'attenzione sull'aspetto relativo a come la formazione può essere utilizzata per tutelare l'occupazione, cercando di fornire una lettura sistematica di quanto a tal fine sarebbe necessario, di quanto è già presente nel nostro sistema normativo e di quanto c'è ancora da costruire.

I tassi di disoccupazione che maggiormente preoccupano, nel mercato del lavoro odierno, sono quello dei giovani e quello degli adulti che hanno perso l'impiego: politiche del lavoro indirizzate a questi *target* di popolazione attiva devono avere come obiettivo, da un lato, di indirizzare i giovani nella scelta di percorsi formativi rispondenti alle esigenze del mercato, oltre che alla loro capacità di apprendere; dall'altro, di accompagnare gli adulti con la formazione continua, soprattutto nella transizione verso nuovi lavori. Di conseguenza i percorsi di formazione, qualificazione, aggiornamento e riqualificazione, specializzazione o riconversione devono rispondere alle diverse esigenze dei destinatari ed essere funzionali a valorizzare e capitalizzare i talenti di ogni persona. Tali percorsi risultano efficaci solo se connessi a una profonda conoscenza del mercato del lavoro e dei fabbisogni professionali in esso rilevati per favorire l'occupabilità.

L'occupabilità costituisce quindi obiettivo strategico non solo delle politiche occupazionali, ma anche del sistema di istruzione e formazione, della formazione professionale e continua, del lavoro e *welfare*, collegati in modo sinergico dall'elemento-chiave delle competenze.

Partendo dunque dall'assunto che la formazione deve essere finalizzata all'occupazione, è necessario focalizzare l'attenzione su due aspetti fondamentali e imprescindibili: l'apprendimento lungo tutto l'arco della vita, da un lato, il sistema di messa in trasparenza, validazione e certificazione delle competenze acquisite anche in contesti informali e non formali, dall'altro, strettamente connessi e funzionali tra loro.

In merito al primo aspetto, la costruzione di un sistema di apprendimento lungo tutto l'arco della vita si fonda su diversi passaggi tutti orientati alla creazione di competenze utili e spendibili nel mercato del lavoro. In tale contesto è essenziale il ruolo delle politiche attive del lavoro<sup>32</sup>, a corrodo

*lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 101, p. 165 ss.; NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, 1995, II, pp. 1109-1125.

<sup>32</sup> Per un'analisi completa sul ruolo dei servizi all'impiego e le politiche attive del lavoro AA.VV., *Servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro. Le buone pratiche locali, risorsa per il nuovo si-*

della formazione, ed è indispensabile un buon funzionamento dei servizi per l'impiego<sup>33</sup>, poiché l'efficienza del sistema deve poggiare su iniziative mirate di orientamento, su politiche di inserimento e reinserimento dei lavoratori e di collocamento dei lavoratori svantaggiati, nonché su un costante monitoraggio del mercato del lavoro ai fini della rilevazione dei fabbisogni formativi<sup>34</sup> e della valutazione dell'efficacia della formazione erogata, indispensabili per sostenere le transizioni nel mercato del lavoro. Ai fini della costruzione delle competenze, il sistema di istruzione e formazione dovrebbe fornire percorsi formativi con una duplice finalità: da un lato, formare professionalità in modo da favorire l'ingresso nel mercato del lavoro; dall'altro, formare professionalità per facilitare la ricollocazione o il reinserimento nel mercato del lavoro. Purtroppo nel contesto attuale, anche in seguito alle ultime riforme del mercato del lavoro, il sistema non appare né efficiente, né efficace nel perseguimento di tali obiettivi. Infatti, oltre al mancato potenziamento dei servizi per l'impiego, due problemi appaiono cruciali e persistono nonostante il tentativo di riforma: da un lato, il sistema di istruzione e formazione e il mondo produttivo non risultano tra loro connessi; dall'altro, risulta carente l'analisi dei fabbisogni formativi espressi dal mercato del lavoro al fine di un'adeguata programmazione dell'offerta formativa. Il mancato raccordo tra i sistemi di istruzione e formazione e il sistema produttivo è tra le principali cause dello *skill mismatch* e dunque della disoccupazione giovanile. Il fatto poi che il sistema formativo non operi una rilevazione dei fabbisogni di professionalità costituisce un'aggravante al malfunzionamento. Come autorevolmente segnalato in dottrina “un piano credibile di sostegno dell'occupazione giovanile deve cominciare da questo: da un migliore raccordo fra scuola e lavoro. E deve continuare nel corso della vita, con una educazione che permetta alle persone di tenere il passo con il cambiamento delle conoscenze e delle tecnologie”<sup>35</sup>. Nel nostro ordinamento gli strumenti finalizzati dal legislatore a creare un collegamento tra sistema di istruzione/formazione e lavoro sono diversi: dall'alternanza scuola-lavoro, ai tirocini formativi, per finire all'apprendistato. Tra questi istituti però non sempre la formazione è ri-

*stema nazionale*, BRESCIANI, VARESI (a cura di), FrancoAngeli, 2017; FALASCA, *Servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro*, in *Diritto Online*, Treccani, 2016.

<sup>33</sup> Per un'analisi sistematica v. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Giuffrè, 2016.

<sup>34</sup> TESELLI (a cura di), *Formazione professionale e politiche attive del lavoro. Misure, carriere, esiti in Italia*, Carocci, 2016, pp. 74-86.

<sup>35</sup> TREU, *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, cit., p. 619.

partita tra il sistema di istruzione e formazione e il mondo del lavoro: molto spesso il collegamento tra le due realtà si riduce ad un semplice contatto formale per l'avvio delle procedure, è il caso del tirocinio extracurricolare o dell'apprendistato di ricerca, dove non vi è un obbligo di formazione alternata e dunque non vi è un reale collegamento tra i due mondi se non per finalità meramente burocratiche.

Il secondo aspetto segnalato, finalizzato alla certificazione delle competenze, o meglio degli apprendimenti maturati dalla persona durante l'intero corso della vita, per costruire il suo profilo professionale ai fini dell'occupabilità, poggia su quello che è stato definito il "diritto della persona all'apprendimento permanente". L'art. 4, comma 51 della Legge 28 giugno 2012 n. 92, attuata dal d.lgs. 13 del 2013, ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità per ogni cittadino di vedersi riconosciute formalmente competenze acquisite in contesti formali, non formali ed informali, al fine di migliorare le conoscenze, le capacità e le competenze, in una prospettiva personale, civica, sociale e occupazionale<sup>36</sup>. Purtroppo, malgrado il riconoscimento normativo di tale prospettiva, la situazione di fatto non risulta ancora allineata alle indicazioni legislative, perché le regioni stanno ancora predisponendo o modificando i sistemi di certificazione delle competenze, sicché il quadro risulta alquanto incompleto<sup>37</sup>.

##### 5. *Formazione in alternanza o apprendimento basato sul lavoro: realtà o illusione?*

Il modello della formazione in alternanza dovrebbe cogliere un duplice obiettivo: in primo luogo, creare un collegamento stabile tra il sistema di istruzione e formazione e il mercato del lavoro; in secondo luogo, favorire l'ingresso dei giovani (ma anche dei meno giovani, se pensiamo alla forma-

<sup>36</sup> Per un approfondimento v. BERTAGNA, CASANO, TIRABOSCHI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, 2012, pp. 392-403; GUARRIELLO, IMPICCIATORE, *Apprendimento permanente*, in AA.Vv. *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali dopo la legge 92/2012*, Ediesse, 2012, pp. 289-293; CASANO, *Transizioni occupazionali e certificazione delle competenze*, in *Formazione, Lavoro, Persona*, 2014, n. 12.

<sup>37</sup> Per un'analisi critica del sistema di certificazione dopo il *Jobs Act* v. CASANO, *La riforma del mercato del lavoro nel contesto della "nuova geografia del lavoro"*, cit.

zione professionale degli adulti), nel mercato del lavoro, possibilmente con una occupazione adeguata alle competenze possedute, così da evitare fenomeni di sottoccupazione.

Il d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 pone esplicitamente l'obiettivo di dare il via alla costruzione del cosiddetto sistema duale che, grazie all'alternanza scuola-lavoro e all'apprendistato di primo e terzo livello<sup>38</sup>, ha la finalità di superare la divisione tra mondo produttivo e sistema di istruzione e formazione, favorendo l'incontro tra domanda e offerta di lavoro<sup>39</sup>.

A ben vedere, il contratto di apprendistato, già dalla riforma del 2003, prevedeva la possibilità di creare un nesso tra sistema formativo e mercato del lavoro, ma i molteplici interventi modificativi che hanno segnato l'istituto mostrano come, di fatto, sia mancata una reale volontà di costruire un sistema di formazione duale basato sull'alternanza.

La situazione non è cambiata neppure in vigore del nuovo testo normativo, poiché la separazione tra le due realtà, superata in via di principio, esige per essere effettiva di creare condizioni reali di alternanza formativa, oltre ad una serie di provvedimenti e misure che favoriscano il dialogo e la cooperazione. L'alternanza formativa dovrebbe essere alternanza dei luoghi preposti alla formazione, riconoscendo al lavoro valore formativo, così come è nel sistema duale tedesco; ma nella definizione stessa di alternanza scuola-lavoro, così come nella definizione dei due tipi di apprendistato, persiste la contrapposizione tra il sistema formativo e il mondo del lavoro, un'antitesi che origina da una radice di tipo culturale per il fatto che nel nostro Paese il mondo del lavoro e il mondo della formazione sono sempre stati caratterizzati da separazione e scarsa collaborazione<sup>40</sup> proprio a difesa della loro tradizionale identità.

La formazione scolastica e superiore sono sempre state intese come formazione teorica volta a migliorare il bagaglio conoscitivo dei giovani, invece che potenziare il loro saper fare. Tale ruolo era invece attribuito alla formazione professionale propriamente detta, sebbene da oltre un trentennio la Corte di Giustizia abbia adottato una definizione molto ampia di formazione professionale, riconducendovi ogni tipo di preparazione finalizzato all'eser-

<sup>38</sup> PASTORE, *Apprendistato e alternanza scuola-lavoro*, Bollettino Adapt, 2015.

<sup>39</sup> Per approfondimenti v. MASSAGLI (a cura di), *Dall'alternanza scuola-lavoro all'integrazione formativa*, ADAPT University Press, 2017.

<sup>40</sup> FAGNONI, VARESI, *Apprendistato: il nuovo quadro normativo dopo il Testo Unico ed i più recenti interventi legislativi*, in *DRI*, 2015, n. 1, p. 155 ss.

cizio di un'attività lavorativa fino a ricomprendere, salvo alcune eccezioni, anche la formazione impartita nell'ambito dell'istruzione universitaria<sup>41</sup>.

Guardando agli effetti del sistema duale introdotto dalla riforma del *Jobs Act* e della Buona Scuola<sup>42</sup>, emerge come non ci sia a tutt'oggi un riscontro di dati positivi circa l'utilizzo dei due modelli di alternanza. L'alternanza scuola-lavoro è stata avviata dagli istituti scolastici in virtù della sua obbligatorietà nel compimento del ciclo formativo, ma di fatto sembra costituire un mero adempimento formale per la maturazione dei crediti formativi, mentre non risulta concepito come strumento di formazione in azienda, finalizzato all'inserimento nel mercato del lavoro.

L'apprendistato del primo e terzo tipo continua ad essere un contratto scarsamente utilizzato, nonostante, secondo il dettato normativo, sia uno strumento di inserimento dei giovani nel mercato del lavoro, e ciò malgrado il sacrificio della finalità formativa in favore della finalità prettamente occupazionale.

La circostanza che tali strumenti siano rimasti sottoutilizzati non significa che, pur con i loro limiti tecnici, non si prestino a poter essere utilizzati con successo in un mercato ad elevato impatto tecnologico e ad elevato tasso di innovazione, in cui la formazione in alternanza potrebbe far maturare nei giovani competenze difficilmente acquisibili nel sistema di formazione scolastico caratterizzato da un approccio di tipo teorico. Va sostenuto un utilizzo più consapevole di tali strumenti per creare un dialogo tra i due sistemi, formazione e lavoro, in modo da innescare il cambiamento culturale necessario a valorizzare questi istituti.

La situazione post-Covid potrebbe rappresentare lo scenario ideale per cominciare ad utilizzare in modo efficace il contratto di apprendistato e gli strumenti di alternanza in genere. La Francia e il Regno Unito hanno già dato un segnale in tal senso nelle loro politiche occupazionali di ripresa dopo la crisi pandemica rivolte soprattutto ai giovani. La Francia ha approntato un piano di rilancio dell'apprendistato con diverse misure predisposte per aumentare la diffusione di questo contratto come strumento per favorire l'occupazio-

<sup>41</sup> In Corte di giustizia 13 febbraio 1985, causa 293/83, Gravier v. Città di Liegi, Racc., 1985, 606 (punto 30 della motivazione) si legge "qualsiasi forma d'insegnamento che prepari ad una qualificazione per una determinata professione, un determinato mestiere o una determinata attività, o che conferisca la particolare idoneità ad esercitare tale professione, tale mestiere o tale attività, fa parte della formazione professionale".

<sup>42</sup> Legge 13 luglio 2015 n. 107, *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni vigenti*, in GU n. 162 del 15 luglio 2015.

zione giovanile e il Regno Unito nel “*Government’s Plan for Jobs*” adotta nuove misure finalizzate ad aumentare i livelli occupazionali e stimolare la creazione di posti di lavoro prevedendo nuovi e più vantaggiosi incentivi a favore delle imprese che assumano giovani attraverso il contratto di apprendistato.

## 6. Conclusioni

A mo’ di conclusione, sembra a chi scrive che l’emergenza drammatica della pandemia abbia accelerato processi già in atto da oltre un ventennio, implicanti profonde e continue trasformazioni del mercato del lavoro determinate dalla rivoluzione digitale, dalla globalizzazione dei mercati e dalla crescente esigenza di migliorare la competitività delle imprese per conquistare o mantenere fette di mercato. Gli effetti di tali processi sull’occupazione sono stati e sono ambivalenti: da un lato, essi comportano un importante tasso di sostituzione di lavoro umano con le tecnologie o, per attività *labour intensive*, la delocalizzazione di produzione e servizi in aree del mondo caratterizzate da minor costo del lavoro e protezione sociale; dall’altro, essi esigono professionalità elevate e polivalenti, in grado di utilizzare le nuove tecnologie per innovazioni di prodotto e di processo che migliorino la competitività delle imprese. Si assiste così a una accentuata polarizzazione del mercato del lavoro, tra lavoro qualificato, caratterizzato da elevata professionalità, in grado di garantire sicurezza economica e occupazionale, e lavoro dequalificato, sostituibile, precario, caratterizzato da bassi salari e da un alto rischio occupazionale. D’altro canto, una delle lezioni apprese in questi anni dall’osservazione della *gig-economy* (o economia dei lavoretti) riguarda il fatto che la pervasività della tecnologia digitale apre scenari inediti, dando spazio all’inventiva e allo spirito creativo mettendo al lavoro la vita stessa delle persone, con una sempre più difficile separazione tra sfera personale e sfera lavorativa.

In tale contesto, appare più che mai necessario riportare al centro della tutela nel mercato del lavoro la nozione di professionalità, intesa come bagaglio di conoscenze e saperi che costituiscono la dote individuale distintiva delle attitudini e capacità del lavoratore o della persona in cerca di occupazione. Si tratta di un insieme di conoscenze, abilità e competenze che la persona matura lungo l’arco della vita e che assumono valore esclusivo, spendibili in un mercato del lavoro che cambia, nel quale è difficile prevedere i lavori del futuro, ma che richiede elevate doti di creatività e adattabilità per affrontare i cambiamenti.

I meccanismi di messa in trasparenza, validazione e certificazione delle competenze, se correttamente implementati, consentono di attestare il processo di costruzione di competenze dell'individuo, diverso da persona a persona in relazione al contesto, alle esperienze di formazione, di vita e di lavoro maturate, alle qualità e attitudini personali, riconoscendo a tale processo un potenziale che lo rende oggettivamente riconosciuto o riconoscibile sul mercato del lavoro, favorendo l'occupabilità. Poiché il sistema di certificazione delle competenze è direttamente collegato con il sistema della formazione professionale, i percorsi formativi realizzati nel corso della vita, di volta in volta certificati, contribuiranno all'arricchimento del profilo della persona mettendo in trasparenza le competenze maturate. Una formazione per l'occupazione che parte dalla persona e che sulle sue attitudini ed esperienze di vita è in grado di costruire percorsi formativi individualizzati, conoscendo i fabbisogni espressi dal mercato del lavoro, costituisce lo strumento di politica attiva più adeguato a formare competenze in grado di rispondere ai cambiamenti del mercato.

Una siffatta tutela della professionalità esige che sia garantita l'effettività degli strumenti esistenti volti ad assicurare un sistematico monitoraggio dei fabbisogni formativi e una concreta condivisione della programmazione dei percorsi di formazione con le imprese e con le parti sociali. Alcuni passaggi non richiedono necessariamente una modifica della normativa, ma possono essere avviati attraverso pratiche concertative di livello territoriale, attivando le reti già previste dall'art. 4, comma 56 della legge n. 92 del 2012 per l'apprendimento permanente, rimaste sinora lettera morta. Interventi normativi appaiono invece necessari per sistematizzare la materia dell'apprendimento permanente al fine di risolvere il problema delle differenze territoriali in materia di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro attraverso un coordinamento effettivo, d'altronde previsto, che in particolare risulti in grado di incidere sull'annosa questione del riparto di competenze Stato-Regioni<sup>43</sup> in materia di formazione.

<sup>43</sup> La dottrina sul tema è sterminata, senza pretesa di completezza, si rinvia a TROJSI, *Le fonti del Diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, 2013, p. 46 ss.; ARRIGO, *Rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno dopo la modifica del Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e federalismo*, (a cura di DI STASI), Giuffrè, 2004, p. 201 ss.; ARRIGO, *Federalismo e mercato del lavoro. Diritto e politiche del lavoro tra Stato, Regioni e Unione Europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, vol. I, p. 83 ss.; BIAGI, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in DRI, 2002, p. 160 ss.; ASTRID, *L'attuazione del titolo V: aspetti problematici. La legislazione sul lavoro fra Stato e Regioni*, coordinato da TREU, Roma, 2002.

### **Abstract**

Il saggio affronta il tema del mercato del lavoro che cambia per via delle profonde trasformazioni originate dalla quarta rivoluzione industriale e bruscamente accelerate dalla pandemia da Covid-19. I preoccupanti livelli di disoccupazione, soprattutto giovanile, richiedono una riforma strutturale delle politiche attive del lavoro capaci di tutelare la persona in tutte le transizioni della vita. La formazione è il perno di un sistema di tutele efficienti solo se pensata per l'occupazione, ovvero per costruire una professionalità nel mercato del lavoro che garantisca la occupabilità e il diritto all'apprendimento permanente tra percorsi di alternanza e certificazione delle competenze.

The essay addresses the issue of the labour market that changes due to the profound transformations originated by the fourth industrial revolution and accelerated by the Covid-19 pandemic. The worrying levels of unemployment, especially among young people, require a structural reform of active employment policies capable of protecting the person in all life transitions. Training is the centre of a system of effective protections only if it is designed for the employment, to build professionalism in the labour market that guarantees employability and the right to lifelong learning between models of alternation and certification of skills.

### **Key words**

Quarta rivoluzione industriale, politiche del lavoro post-Covid, mercati transizionali del lavoro, formazione per l'occupazione, professionalità e diritto all'apprendimento permanente.

Fourth industrial revolution, post-Covid active labour policies, transitional labour markets, training for employment, professionalism and right to lifelong learning.

**Corte di Cassazione 2 gennaio 2020, n. 1 – Pres. Nobile; Est. Arienzo**

**Condotta antisindacale – Comportamento discriminatorio – Libertà ideologica – Convinzioni personali – Affiliazione sindacale – Regime probatorio.**

*L'azione di repressione della condotta antisindacale si avvale del regime probatorio agevolato delle azioni antidiscriminatorie se l'antisindacalità consiste nella discriminazione in ragione dell'appartenenza sindacale. Nei giudizi antidiscriminatori i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 c.c., bensì quelli speciali di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2003 (applicabile 'ratione temporis') che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente, prevedendo una 'presunzione' di discriminazione indiretta per l'ipotesi in cui, specie nei casi di coinvolgimento di una pluralità di lavoratori, abbia difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori.*

★ ★ ★

## Raffaello Santagata

### Trasferimento collettivo e discriminazione su base sindacale: legittimazione ad agire e prova

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Trasferimento collettivo e rilevanza dell'intento soggettivo. 3. Onere della prova e ruolo della valutazione giudiziale. 4. Discriminazione e condotta anti-sindacale: concorso dei rimedi processuali.

#### 1. *Introduzione*

La pronuncia della Cassazione in commento è interessante non solo perché riaccende il dibattito sull'impiego del diritto antidiscriminatorio a tutela della libertà sindacale, ma anche perché offre lo spunto per approfondire la riflessione su alcuni aspetti problematici, di grande interesse, relativi alla prova dei comportamenti discriminatori e al rapporto tra due rimedi processuali: l'azione *ex art. 28 St. lav.* e l'azione speciale antidiscriminatoria di cui al d.lgs. n. 150 del 2011.

Come è noto, la materia delle discriminazioni sta vivendo oggi una stagione di rinnovato interesse anche in sede giudiziale. E ciò soprattutto a seguito degli interventi di riforma sul sistema di sanzioni del licenziamento illegittimo (riforma Fornero e il *Jobs Act*), all'interno della disciplina sui licenziamenti. Con l'abbandono del sistema universalistico della tutela reale il licenziamento discriminatorio è divenuto la fattispecie per eccellenza in cui ancora opera la tutela reintegratoria e, comprensibilmente, è stato oggetto di una più ampia e significativa casistica. Un punto di svolta si è avuto con la pronuncia n. 6575 del 2016, nella quale la giurisprudenza di legittimità, come è noto, ha affermato a chiare lettere l'irrelevanza del motivo illecito determinante *ex art. 1345 c.c.* nell'accertamento della discriminatorietà del licenziamento<sup>1</sup>.

Senonché, l'esperienza applicativa di questi ultimi anni ha evidenziato come la normativa antidiscriminatoria sollevi non poche problematiche di

<sup>1</sup> Cfr. tra i vari commenti M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *RIDL*, 2016, II, pp. 721-722; IZZI, *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *LG*, 2016, p. 748 ss. SCARPONI, *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, in *RGL*, 2016, II, p. 459; VALLEBONA, *Licenziamento discriminatorio e per motivo illecito: l'orientamento della Cassazione è condivisibile* in *MGL*, 2016, p. 854 ss.

fondo anche con riguardo ad altri atti gestionali del datore di lavoro. Proprio nell'ambito della materia della libertà sindacale il giudice, sempre più spesso, viene investito del controllo di comportamenti discriminatori e lesivi degli interessi dei lavoratori. In alcuni casi tali condotte si manifestano nella fase di accesso al lavoro, come nella vicenda Ryanair – nella quale il Tribunale di Bergamo<sup>2</sup> si pronuncia su una clausola inserita nel contratto di lavoro che dissuadeva i lavoratori sindacalizzati dall'instaurare rapporti di lavoro con l'azienda, in particolare, subordinando la validità del contratto al fatto che “il personale di cabina contatti direttamente il datore di lavoro e non effettui interruzioni di lavoro (*work stoppages*) o qualunque altra azione di natura sindacale” – in altri, come nella specie, in costanza di rapporto (es. progressione in carriera, mobilità).

Nella vicenda in esame il sindacato Slai Cobas ha agito *ex art. 28* della legge 20 maggio 1970 n. 300, chiedendo l'accertamento dell'illegittimità della condotta di Fca Italy, la quale aveva trasferito, dallo stabilimento di Pomigliano d'Arco al costituendo Polo Logistico di Nola, 316 lavoratori, di cui 77 iscritti al sindacato ricorrente o selezionati tra gli invalidi. Stando a quanto riportato nella pronuncia, si è dinanzi ad un provvedimento che può effettivamente definirsi trasferimento collettivo, non solo perché concernente lo spostamento di una pluralità di lavoratori da un posto di lavoro ad un altro ma anche in quanto facente parte di un atto più complesso causato da mutamenti incidenti sull'organizzazione del lavoro<sup>3</sup>.

## 2. *Trasferimento collettivo e rilevanza dell'intento soggettivo*

La pronuncia in esame riguarda dunque la tutela antidiscriminatoria spettante ai lavoratori sindacalmente attivi colpiti da un trasferimento collettivo. Nella specie, non essendo stata oggetto di specifica contestazione, né da parte del sindacato ricorrente né da parte di ciascun lavoratore, l'esistenza delle comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive, non si pone invece la questione classica che sorge, di solito, in caso di trasferimento collettivo, ossia quella dell'applicabilità dell'art. 13 l. 300/70<sup>4</sup>. Il primo problema

<sup>2</sup> Del 30 marzo 2018, n. 1586, in *RIDL*, 2018, p. 555.

<sup>3</sup> Sul punto cfr., tra gli altri, ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, 1986, p. 48.

<sup>4</sup> Secondo l'opinione assolutamente maggioritaria il trasferimento collettivo rinviene la propria ragion d'essere in un mutamento strutturale dell'organizzazione produttiva e “in tal

che si pone è piuttosto quello di stabilire se, e in che misura, in presenza di un trasferimento collettivo, idoneo a penalizzare soggetti sindacalmente attivi (e dunque a comprometterne l'attività sindacale), possano assumere rilievo i motivi discriminatori nonostante il trasferimento – come prescrive l'art. 2103 c.c. – si fondi su comprovate ragioni tecnico-organizzative e produttive.

A tale quesito la Corte di Appello di Napoli, con la sentenza del 21 novembre 2014, sembra rispondere in senso negativo sul presupposto, più o meno esplicito, che, a fronte di un trasferimento oggettivamente giustificato, la normativa antidiscriminatoria non sarebbe applicabile. E infatti – come riportato nella pronuncia in commento – la Corte rigetta la domanda incentrando le proprie argomentazioni su due profili: la non utilizzabilità del dato statistico, prodotto dal sindacato Slai Cobas, ai fini della prova della natura discriminatoria/illecita dell'atto datoriale, da un lato; e la prevalenza delle esigenze tecnico-organizzative poste a sostegno del trasferimento (e dei criteri di scelta dei lavoratori) sulle (presunte) ragioni discriminatorie, dall'altro.

Lasciando per ora da parte il profilo della prova statistica, occorre anzitutto chiedersi se le ragioni dedotte dalla società a sostegno del trasferimento collettivo e, dunque, poste alla base dei criteri di scelta, possano, di per sé, giustificare il provvedimento del datore di lavoro ed escluderne la natura discriminatoria. In effetti, la Corte sembra orientarsi in tal senso là dove afferma che “le ragioni del disposto trasferimento collettivo, lungi dal costituire il frutto di un *intento* antisindacale, corrispondevano ad una esigenza comprovata di razionalizzazione del processo industriale e di ottimizzazione dell'organizzazione aziendale” (corsivo mio). Inoltre, il giudice di secondo grado

guisa concerne i lavoratori non in quanto tali, ma quali componenti di un'unità produttiva o di una parte di essa di cui l'imprenditore dispone lo spostamento”: ZOLI, *Mobilità del lavoro*, in *Enc. Dir., Annali*, 2014, p. 862; CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Cedam, 1999, p. 105 s.; FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p. 185; ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, cit., p. 39; PILATI, *Inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. al trasferimento collettivo dei lavoratori*, nota a Pret. Verona 4 febbraio 1993, in *DL*, 1993, II, p. 519; VOZA, *Trasferimento collettivo: limiti al potere direttivo dell'imprenditore*, nota a Pret. Bari, ordinanza, 11 dicembre 1995, in *LG*, 1996, p. 484 s.; NICCOLAI, *Trasferimenti collettivi e necessità delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive*, nota a Pret. Milano, ordinanza, 8 novembre 1996 e a Pret. Milano, ordinanza, 14 novembre 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 333; in giurisprudenza cfr. analogamente Cass. 2 marzo 1999, n. 1753, in *NGL*, 1999, 505; Pret. Nola, sez. distaccata Pomigliano d'Arco, 11 giugno 1998, in *FI*, 1999, I, 273; per Pret. Roma 21 marzo 1995, in *RGL*, 1995, II, 741, invece, in analogia al licenziamento collettivo, il trasferimento collettivo è quello relativo allo spostamento di un intero segmento aziendale, ma comprensivo di non meno di cinque lavoratori.

ritiene che i lavoratori trasferiti siano stati selezionati sulla base di criteri apprezzabili in relazione agli effettivi “*skill* professionali ed attitudinali” e che il giudice non sia legittimato “a valutare il merito della scelta effettuata, residuando lo spazio solo per verificare l’effettività delle ragioni addotte a sostegno dell’esercizio dello *ius variandi*”<sup>5</sup>.

Ora, la conclusione cui perviene la Corte d’appello si fonda essenzialmente su due argomenti assai discutibili: il primo sembra legato alla considerazione della specificità del contesto e alla natura del trasferimento; il secondo argomento sembra far leva, almeno apparentemente, sul modello privatistico dell’atto nullo per motivo illecito e dunque sembra presupporre la rilevanza dell’intento soggettivo.

Per quanto riguarda il primo argomento, l’idea sottesa al ragionamento è che essendo in gioco, nei trasferimenti collettivi, interessi superindividuali, le posizioni soggettive dei singoli lavoratori tutelate dal diritto antidiscriminatorio – interessati solo indirettamente dal potere organizzativo in quanto componenti di un segmento aziendale – sarebbero destinate a cedere di fronte all’interesse dell’impresa, o per meglio dire, all’interesse della sopravvivenza dell’impresa.

Senonché, non si vede per quale ragione le esigenze di tutela del lavoratore contro le discriminazioni non debbano ricorrere anche nel caso di un trasferimento di una pluralità di lavoratori posto che una distinzione relativamente al numero di lavoratori trasferiti non troverebbe alcun fondamento normativo. In altre parole, le misure adottate non possono risultare intrinsecamente insindacabili e sottratte alla tecnica antidiscriminatoria: per cui il lavoratore, come il sindacato, debbono essere sempre messi in condizione di poter ottenere un controllo giudiziale laddove il datore di lavoro arrechi un pregiudizio a coloro che appartengono a un determinato gruppo socialmente svantaggiato o siano identificati, come nella specie dall’appartenenza sindacale.

Discutibile è anche l’implicita riproposizione, con riferimento al trasferimento collettivo, di quell’impostazione teorica che ravvisa nella normativa antidiscriminatoria una tipizzazione di motivi illeciti e dunque individua nell’intento soggettivo un elemento costitutivo della fattispecie. Tale impostazione, come è noto, ha prevalso per anni nella giurisprudenza (di legitti-

<sup>5</sup> I vigolettati sono tratti dal punto 4 della sentenza della Cassazione oggetto del presente commento.

mità) in tema di licenziamento discriminatorio e in passato ha trovato un certo seguito anche in dottrina<sup>6</sup>, la quale, nel ritenere che la fattispecie discriminatoria dovesse essere ricondotta nell'ambito del "motivo illecito" di cui all'art. 1345 c.c., aveva tratto da tale configurazione importanti conseguenze, anche sotto il profilo della definizione del rapporto tra l'art. 2103, co. 4, c.c. e l'art. 15, co. 2, dello Statuto. In particolare, si era giunti a ritenere che, in presenza di un intento discriminatorio, il trasferimento (così come il licenziamento) potesse qualificarsi come discriminatorio solo a condizione che non sussistessero le comprovate ragioni tecnico-organizzative e produttive<sup>7</sup>. All'opposto, la presenza di ragioni giustificatrici concorrenti con il motivo discriminatorio dovrebbe impedire la possibilità di dichiarare la nullità del provvedimento datoriale.

La tesi soggettivistica del motivo illecito viene invece respinta – anche se non in modo esplicito – nella pronuncia in esame. Questa conclusione può essere accolta con favore per almeno due ragioni.

Innanzitutto, tale posizione si pone in linea con l'evoluzione della normativa europea più recente: e infatti il diritto europeo sembra prescindere dall'intento dell'autore della condotta e incentrare su *nozioni oggettive* di discriminazione (*by effects*: in base agli effetti) sia la definizione di discriminazione diretta, sia quella di discriminazione indiretta<sup>8</sup>. In effetti, il legislatore euro-unitario, nella stessa costruzione della nozione generale di discriminazione, più che sull'azione che determina la situazione discriminatoria, pone direttamente l'accento sulla "situazione" di disparità subita da un soggetto portatore di un fattore di rischio protetto rispetto a un soggetto non portatore<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Dove in realtà non è mai del tutto tramontata. Cfr. più di recente BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 171 e FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016, p. 150.

<sup>7</sup> Cfr. in particolare MONTUSCHI, *Commento agli artt. 15 e 16*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1981, p. 53 secondo cui "il trasferimento oggettivamente giustificato si sottrae a priori a qualsiasi controllo sui motivi soggettivi, anche se l'intento è discriminatorio". Cfr. anche MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, 1982, p. 193 e ss.

<sup>8</sup> BALLESTRERO, *Discriminazione, ritorsione, motivo illecito. Distinguendo* (S. Cerbone, 17-18 ottobre 2015) in [www.osservatoriodiscriminazioni.org](http://www.osservatoriodiscriminazioni.org).

<sup>9</sup> DE SIMONE, *Le modifiche all'art. 4 della L. n. 125/91: la nozione di discriminazione*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *NLCC*, 2003, p. 731.

Inoltre, le tesi soggettivistiche non solo hanno contribuito a rendere assai difficoltosa per il lavoratore la prova della discriminazione (cfr. *infra*), ma hanno mostrato di poggiare su una visione riduttiva del concetto di discriminazione che non ha consentito di cogliere fino in fondo il fenomeno nella sua complessità<sup>10</sup>. Tali tesi prendono a modello di riferimento la discriminazione come atto intenzionale e dunque sottintendono che la discriminazione possa essere intesa solo come il frutto di un processo decisionale distorto. Tuttavia, non si può ignorare che il concetto di discriminazione così inteso lascerebbe fuori tutte quelle forme di discriminazione che oggi vengono qualificate sistemiche o strutturali<sup>11</sup>.

### 3. Onere della prova e ruolo della valutazione giudiziale

Passando ad esaminare il profilo probatorio, va ricordato che giurisprudenza e dottrina da tempo si domandano in che cosa si sostanzi l'agevolazione probatoria riconosciuta all'attore dal diritto antidiscriminatorio.

Già si è visto come nella pronuncia in esame, la Suprema Corte, contrariamente alla Corte di appello, optando per la nozione oggettiva della fattispecie discriminatoria, implicitamente escluda la possibilità di qualificare la discriminazione come atto intenzionale; il che, di per sé, ha già rilevanti implicazioni in materia di prova giacché l'adesione a tale impostazione impone che per poter qualificare il trasferimento collettivo in termini di discriminazione non si renda necessario né che sussista, né che sia provato un intento discriminatorio come motivo illecito, unico e determinante dell'atto.

<sup>10</sup> BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, pp. 5 e ss.

<sup>11</sup> Sulla nozione di discriminazione sistemica cfr. MERCAT-BRUNS, *Systemic discrimination at work in France and the EU: can antidiscrimination law be transformative?*, in *DLM*, 2018, p. 319 e ss. Cfr. anche ID., *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, University of California Press, California, 2016, la quale richiama il concetto di *systemic discrimination* enucleato negli Usa dalla *Equal Employment Opportunity Commission* avvalendosi di un criterio essenzialmente quantitativo. In particolare, secondo tale definizione una "*systemic discrimination in employment involves a pattern or practice, policy, or class case where the alleged discrimination has a broad impact on an industry, profession, company or geographic area. Examples of systemic practices include: discriminatory barriers in recruitment and hiring; discriminatorily restricted access to management trainee programs and to high level jobs; exclusion of qualified women from traditionally male dominated fields of work; disability discrimination such as unlawful pre-employment inquiries; age discrimination in reductions in force and retirement benefits; and compliance with customer preferences that result in discriminatory placement or assignments*".

Il problema che si pone deriva piuttosto dal fatto che le regole in materia di prova rispettivamente a livello europeo e nazionale sembravano prevedere uno standard di tutela differenziato a seconda del fattore di discriminazione; problema, questo, tuttora attuale poiché anche a seguito dell'intervento del d.lgs. 150/2011, art. 28, c. 4, sono ancora presenti alcune difformità<sup>12</sup>.

In particolare, benché le previsioni europee in materia di prova siano fondamentalmente identiche – giacché stabiliscono soltanto che l'onere spetti al convenuto una volta che il ricorrente abbia prodotto elementi di fatto idonei a fondare la c.d. prova *prima facie* (dir. 97/89/CE e successivamente 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2006/54/CE) –, il nostro legislatore, incomprendibilmente, aveva introdotto una formulazione diversificata a seconda del fattore di discriminazione e, in ogni caso, non sempre pienamente in linea con lo standard normativo europeo.

In particolare, nella disciplina previgente, formatasi a seguito di una disordinata stratificazione di regole non priva di conseguenze irrazionali e paradossali (e accentuatasi con le modifiche apportate dal d.l. 69/2008), si riscontrava, tra l'altro, una difformità tra il regime di prova, previsto in relazione ai fattori razziali ed etnici (art. 4, d.lgs. 215/2003), e quello riservato a discriminazioni di religione, convinzioni personali, handicap, età ed orientamento sessuale (art. 4, d.lgs. 216/2003).

Mentre nel primo caso il legislatore sembrava adottare un sistema più blando, richiedendo, tra i criteri per valutare i fatti indizianti, la “precisione” e la “concordanza” delle presunzioni, ma non anche la “gravità”, nel secondo, viceversa, aveva richiesto all'attore “di fornire elementi di fatto idonei a fondare, *in termini gravi, precisi e concordanti* la presunzione di fatti, atti o comportamenti discriminatori”. Ciò poteva indurre a ritenere che un alleggerimento probatorio non potesse avere luogo con riferimento alle discriminazioni regolate da questa seconda disciplina più stringente.

Di quest'avviso si era mostrata, nella sostanza, la Corte di appello di Napoli, che, chiamata a valutare il nesso tra la prova statistica fornita dall'attore e l'effetto discriminatorio in termini di concordanza, precisione e gravità, con una pronuncia necessariamente ancorata al regime vigente al momento del-

<sup>12</sup> BALLESTRERO, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, *DLRI*, 2016, pp. 249-250; PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giapichelli, 2017. Sul punto v. SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, *Discriminazione e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in *ADL*, 2015, p. 535 ss.

l'insorgere della controversia (art. 4, d.lgs. 216/2003), era giunta ad escludere che il dato statistico possedesse un minimo di attendibilità e significatività, tale da considerarlo idoneo a dimostrare l'esistenza di una discriminazione.

In particolare, la Corte d'appello aveva posto in rilievo che il dato numerico difettava "di ogni termine di comparazione in riferimento alla consistenza ed entità dell'intero organico dello stabilimento all'epoca del trasferimento, sia con riferimento ai lavoratori con patologie invalidanti, che con riferimento al numero delle altre sigle sindacali operanti, alla consistenza delle stesse e dei lavoratori trasferiti". In definitiva tale dato era stato considerato "di per sé generico e non probante in quanto non contestualizzato in termini di raffronto con dati comparativi riferiti alla consistenza ed entità dell'intero organico dello stabilimento, alla percentuale di trasferimenti di lavoratori appartenenti ad altre sigle sindacali"<sup>13</sup>.

Tale conclusione viene decisamente censurata dalla Cassazione con una pronuncia che, partendo da una ricostruzione più convincente del regime probatorio, finisce per ampliare lo spazio per l'uso delle presunzioni e dei dati statistici, offrendo certamente alcuni interessanti spunti di riflessione.

Già in passato la stessa Cassazione, sia pure con riguardo alle diverse previsioni dettate per le discriminazioni di genere, aveva posto l'accento sull'alleggerimento dell'onere probatorio a carico del ricorrente, affermando però che ciò "non significa che è stata attuata una inversione dell'onere della prova (neppure voluta dal legislatore comunitario), ma semplicemente che è stato introdotto un onere probatorio 'asimmetrico' (si è fatto riferimento in dottrina ad una solo parziale *relevatio ab onere probandi* in favore del soggetto discriminato): rimane fermo per l'attore l'onere della prova, ma l'assolvimento dello stesso richiede il conseguimento di un grado di certezza minore rispetto a quello consueto. In sintesi: dimostrati i fatti che fanno ritenere probabile la discriminazione, spetta alla controparte dimostrarne l'insussistenza"<sup>14</sup>.

Nella pronuncia del 2013 la Suprema Corte non aveva avuto particolari difficoltà a giustificare il regime di favore per la parte che deve provare il comportamento discriminatorio; e infatti – rifacendosi all'opinione di una parte della dottrina<sup>15</sup> – aveva spiegato l'alleggerimento dell'onere probatorio

<sup>13</sup> I virgolettati sono tratti dalla sentenza della Cassazione oggetto del presente commento.

<sup>14</sup> Cass. 5 giugno 2013 n. 14206.

<sup>15</sup> Cfr. per es. DE ANGELIS, *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *RIDL*, 1992, I, 462.

con il fatto che, mentre la disciplina generale sulle presunzioni (art. 2729 c.c.) richiede, oltre a “precisione e concordanza” anche il requisito della “gravità”, viceversa, la norma in tema di discriminazioni di genere difetta dell’indicazione di quest’ultimo elemento.

Questa argomentazione, evidentemente, non era riproponibile nel caso di specie non foss’altro perché la normativa applicabile *ratione temporis* alla fattispecie discriminatoria, ossia l’art. 4, d.lgs. 216/2003 (previsto per le altre discriminazioni per religione, convinzioni personali, handicap, età ed orientamento sessuale), è formulata in termini diversi rispetto alla normativa sulle discriminazioni di genere in quanto definisce l’onere probatorio a carico dell’attore attraverso il richiamo integrale ai requisiti di ammissibilità delle presunzioni.

Ciò pone dunque la Cassazione di fronte a un dilemma: uniformarsi alla posizione assunta in precedenza e adottare un’opzione interpretativa basata sulla formulazione della norma, accettando una diversità irragionevole di regole tra alcuni tipi di discriminazione, oppure, anche a costo di forzare il tenore letterale della norma interna, tentare un’interpretazione correttiva volta ad adeguare la stessa allo “spirito” della normativa europea, in modo da ricomporre le difformità tra i regimi probatori.

È in questa seconda direzione che sembra orientarsi, più o meno esplicitamente, la pronuncia in commento; e in ciò può cogliersi un approccio senz’altro innovativo giacché, nell’interpretare il diritto antidiscriminatorio, la S.C. concepisce il sistema delle fonti come un sistema multi-livello o multipolare, nel quale si intersecano e si integrano i diversi livelli di tutela, e, in ogni caso, un ruolo centrale è giocato dalla Corte di giustizia<sup>16</sup>, dalla cui giurisprudenza occorre necessariamente prendere le mosse.

Ebbene, come è noto, la giurisprudenza della Cge, prima e il legislatore europeo (dir. 97/89/CE e successivamente 2000/43/CE, 2000/78/CEe 2006/54/CE), poi, al fine di rendere più agevole la tutela antidiscriminatoria, hanno da tempo imposto una parziale modifica della ripartizione classica degli oneri probatori a favore della parte attrice. A partire dal *leading case Danfoss*, in particolare, i giudici di Lussemburgo, tenendo conto dello squilibrio esistente tra le parti di un giudizio antidiscriminatorio e della eccessiva difficoltà per la parte attrice di dare la prova della discriminazione, soprattutto

<sup>16</sup> MULDER, *EU Non-Discrimination law in the Courts. Approaches to Sex and Sexuality Discrimination in EU law*, Hart publishing, 2017 p. 6.

rispetto alla disponibilità dei mezzi di prova, hanno sancito il principio che l'onere della prova si sposta sul convenuto ogniqualvolta il ricorrente fornisca elementi di fatto in base ai quali si possa presumere la discriminazione<sup>17</sup>.

Pertanto, se si interpreta la normativa antidiscriminatoria interna alla luce del quadro Ue, sembra corretto configurare un'inversione, sia pure parziale, dell'onere probatorio posto a carico dell'attore, riconoscendo – come in effetti ammette la Corte – che il ricorrente non è onerato di una prova piena, potendo, per invertire l'onere della prova, limitarsi a fornire una prova semipiena<sup>18</sup>.

Le affermazioni dei giudici di legittimità ripropongono gli interrogativi sull'inquadramento del regime di prova, e sul ruolo dell'elemento statistico, sui quali la (scarsa) esperienza giurisprudenziale formatasi sul punto non ha ancora offerto soluzioni definitive.

L'impressione è che la Corte abbia voluto prendere in parte le distanze dalla pronuncia del 2013 là dove essa, come s'è visto, sembrava ammettere un alleggerimento probatorio, per colui che deve provare il comportamento discriminatorio, ovvero una *relevatio ab onere probandi* tale da consentire una diversa qualificazione del comportamento discriminatorio mediante il sistema delle presunzioni semplici attenuate.

Tale tesi era apparsa in passato poco convincente a quella parte della dottrina che aveva dubitato sulla possibilità di ipotizzare “una *probatio inferior* della discriminazione”, legata alla “formula più debole ma analoga a quella che l'art. 2729 c.c. adopera per definire i requisiti di ammissibilità delle presunzioni semplici”<sup>19</sup>.

L'obiezione che si era mossa è che il requisito della gravità costituisce un dato essenziale ed ineliminabile della presunzione, la cui mancanza creerebbe una disparità troppo marcata a svantaggio del convenuto. Inoltre, l'ipotesi di un'inversione dell'onere della prova condizionata ad una *semiplena*

<sup>17</sup> Nella specie l'impresa applicava un sistema di retribuzione caratterizzato da una mancanza totale di trasparenza e i giudici avevano richiesto che il lavoratore di sesso femminile dimostrasse (utilizzando eventualmente la prova statistica) che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore (“rispetto a un numero relativamente elevato di lavoratori”) a quella dei lavoratori di sesso maschile]. Cfr. Corte Giust., 17 ottobre 1989, *Danfoss*, C-109/88, in *Racc.*, I-1989, p. 3199.

<sup>18</sup> Parla invece di un meccanismo ibrido BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in BALLESTRETO, TREU (a cura di), *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*, in *NLCC*, 1994, p. 63 ss.

<sup>19</sup> TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *RTDPC*, 1992, p. 746.

*probatio*, e cioè a una prova parziale di tipo presuntivo, potrebbe essere letta come un'alterazione inammissibile della parità delle armi nel processo.

I dubbi permangono tuttora anche a seguito dell'intervento del d.lgs. 150/2011 (art. 28, c. 4) con cui il legislatore, sostituendo la normativa previgente e unificando il regime di prova, sia pure soltanto per le discriminazioni diverse dal genere, ha espunto il rimando testuale o indiretto – attraverso il richiamo dei requisiti di gravità, precisione e concordanza – all'art. 2729 c.c.

Si è sostenuto che, nonostante il mancato rimando all'art. 2729 c.c., dal rinvio testuale contenuto nella Relazione illustrativa del d.lgs. 150 del 2011 si potrebbe evincere che l'art. 28 c. 4 abbia confermato la configurazione di una presunzione semplice di esistenza delle condotte discriminatorie *ex art. 2729 c.c.*<sup>20</sup>.

In realtà la Corte, ponendosi in linea con la giurisprudenza sinora intervenuta, sembra abbandonare qualsiasi tentativo di inquadrare rigidamente in uno schema predeterminato il regime probatorio vigente all'epoca del ricorso di primo grado (art. 4, c. 4 del d.lgs. 216), scegliendo di privilegiare un approccio che valorizzi la matrice europea della norma e conduca a superare un'interpretazione ancorata alla lettera della norma.

A ben vedere, la Corte non sembra neppure aderire alla tesi che configura il regime di prova come presunzione legale relativa: pur ravvisando nella disciplina un'inversione dell'onere della prova, consistente nella prova semipiena del fatto presumendo (si da consentire a una parte, ossia al ricorrente, di dimostrare solo la “verosimiglianza” della allegazione ossia la plausibilità dell'ipotesi della discriminazione nel contesto del comportamento del datore di lavoro), sembra riservare al giudice un ampio margine valutativo, con ciò escludendo la qualificazione in termini di presunzione legale<sup>21</sup>.

Ciò emerge con chiarezza dall'uso dei dati statistici relativi ai trasferimenti effettuati come elemento presuntivo da cui desumere la condotta discriminatoria. Nella pronuncia in commento, anzitutto, si afferma che “nell'ambito del giudizio antidiscriminatorio l'attore ha soltanto l'onere di

<sup>20</sup> Cfr. BONATTI, *sub art. 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150*, in CARPI, TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Cedam, 2015, p. 3459; SCARPONI, *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, in *RGL*, 2016, II, p. 465, nota a Cass. 5 aprile 2016 n. 6575; FICARELLA, *La tutela giudiziaria contro le discriminazioni*, in *GPC*, 2013, pp. 252-253. Sul punto v. di recente DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2019 e ss.

<sup>21</sup> TARUFFO, *Presunzioni, inversioni*, cit., p. 746.

fornire elementi di fatto, *anche* di carattere statistico, idonei a far *presumere* l'esistenza di una discriminazione, *ma non è affatto previsto che i dati statistici debbano assurgere ad autonoma fonte di prova*"; in secondo luogo, al fine di far gravare sul convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione, si ritiene sufficiente che *"il dato statistico fornito dal ricorrente indichi una condizione di svantaggio per un gruppo di lavoratori"*.

In effetti, la legge riconduce tali dati ad elementi di fatto (secondari) esterni alla fattispecie idonei a rappresentare la condotta discriminatoria e attribuisce ad essi capacità probatoria. È tuttavia attraverso un procedimento logico inferenziale induttivo governato dal giudice che è possibile risalire direttamente o indirettamente alla discriminazione (cfr. già a suo tempo art. 4, c. 6, l. 125/1991). Ebbene, la pronuncia in commento attribuisce un ruolo centrale a tale procedimento inferenziale, valorizzando l'intervento valutativo che il giudice è chiamato ad effettuare per verificare se i dati possiedono un minimo di attendibilità e di significatività.

#### 4. *Discriminazione e condotta antisindacale: concorso dei rimedi processuali*

La Corte, dopo aver ricompreso le convinzioni sindacali tra le convinzioni personali di cui al d.lgs. 216/2003, giunge ad estendere l'applicabilità del regime probatorio previsto dalla normativa antidiscriminatoria al procedimento di repressione della condotta antisindacale *ex art. 28 St. lav.*

Ammesso che si possa accogliere il presupposto da cui muove questa tesi, che si fonda, appunto, su un'interpretazione estensiva del fattore "convinzioni personali"<sup>22</sup>, la pronuncia offre l'occasione per fare alcune brevi ri-

<sup>22</sup> La decisione in commento sembra avallare un'interpretazione in chiave estensiva del divieto di discriminare in base alle convinzioni personali, tale da ricomprendere anche le "convinzioni sindacali" nel fattore "convinzioni personali". Già in passato la giurisprudenza di merito, pur senza escludere la contiguità dei due termini, religione e convinzioni personali, aveva affermato che il legislatore comunitario, "tutelando le convinzioni personali avverso le discriminazioni, (avesse) dato ingresso nell'ordinamento comunitario al formale riconoscimento (...) della c.d. libertà ideologica il cui ampio contenuto materiale può essere stabilito anche facendo riferimento all'art. 6 del TUE e, quindi, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo" (Cosi' Corte App. Roma, ordinanza del 19 ottobre 2012). In dottrina secondo l'opinione maggioritaria la discriminazione per motivi sindacali può essere senz'altro ricompresa nella categoria generale del concetto di convinzioni personali: cfr. per es. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto discriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, 48-49; F. GHERA, *L'ordinanza del Tribunale di Roma sulla mancata assun-*

flessioni conclusive sul rapporto tra l'azione ex art. 28, legge 300/1970, da un lato, e l'azione collettiva inibitoria prevista dal d.lgs. 216/2003 per reprimere una discriminazione subita (anche) a causa delle convinzioni personali, dall'altro.

Preliminarmente, occorre intendersi sul tipo di azione antidiscriminatoria preso a riferimento: e infatti, il legislatore italiano, come è noto, andando oltre le previsioni contenute nel diritto antidiscriminatorio dell'Ue, ha riconosciuto alle organizzazioni sindacali (oltre che alle associazioni e alle organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso) una duplicità di mezzi processuali: tali soggetti possono agire non solo "in nome e per conto" (o a sostegno) di soggetti nominativamente individuati (art. 5, c. 1, d.lgs. n. 216/2003), ma anche a prescindere da una delega, nei casi di "discriminazione collettiva" (art. 5, c. 2, d.lgs. 216/2003). In altri termini, il nostro legislatore, accanto alla possibilità di partecipare al giudizio in qualità di sostituti processuali, nell'ambito di azioni individuali, riconosce a tali organizzazioni la facoltà di promuovere autonomamente l'azione giudiziaria anche se l'esperibilità di tale azione collettiva – diversamente da altri casi di discriminazione (cfr. art. 37, c. 1, d.lgs. 198/2006, per le discriminazioni di genere) – è subordinata alla condizione che "non siano individuabili in modo diretto e immediato le persone lese dalla discriminazione".

La giurisprudenza in passato ha sempre differenziato questo speciale ri-

*zione di iscritti alla Fiom nello stabilimento di Pomigliano*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 4, 4; LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2010, p. 171. Esclude invece la riconducibilità dell'affiliazione sindacale al concetto di convinzioni personali, tra gli altri, VALLEBONA, *Le discriminazioni per «convinzioni personali» comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*, in *MGL*, 2012, n. 8-9, p. 622; ID., *Ancora confusione tra discriminazioni per convinzioni personali ed affiliazione sindacale*, in *MGL*, 2013, p. 17. Sul punto cfr., di recente, ANIBALLI, *Convinzioni personali, affiliazione sindacale e condotta antisindacale: (oltre) l'applicabilità del regime probatorio agevolato nel procedimento ex art. 28 St. lav.*, in *DML*, 2020, p. 241. Per quanto riguarda il dibattito nella dottrina straniera v. SANTAGATA DE CASTRO R., *Discriminazioni e fattore religioso: l'esperienza tedesca*, in *RIDL*, 2011, pp. 353-390, nonché a ID., *Organizzazione di tendenza (dir. lav.)* in *Treccani on line*, 2017, p. 1-9 ove, tra l'altro, si richiama in particolare la scelta linguistica operata nella versione in lingua tedesca della direttiva là dove non compare il termine "*Überzeugungen*" equivalente all'espressione italiana "convinzioni", bensì quello, ben più pregnante, adoperato anche dal GG all'art. 4, "*Weltanschauung*"; un'espressione, questa, che certamente evoca una forte affinità con il concetto di "religione" in quanto allude a convinzioni di natura filosofica e spirituale, aventi ad oggetto non qualsiasi tipo di concezione laica del mondo, ma una visione sistemica del mondo simile a quella sottesa alle religioni.

medio processuale, esperibile per reprimere una discriminazione subita a causa dell'affiliazione sindacale, dalla azione di cui all'art. 28 St. lav.: si è sostenuto che le due azioni, pur avendo in parte in comune un comportamento lesivo della libertà sindacale (giacché in entrambi i casi ciò che rileva è l'obiettivo idoneità del comportamento a produrre l'effetto che la legge vieta), siano autonome e distinte in ragione della diversità del *petitum* e della *causa petendi*<sup>23</sup>. In sostanza si tratterebbe di “forme di tutela differenziate e non sovrapponibili in quanto volte a garantire diritti diversi attraverso forme, procedure e sanzioni diversificate in ragione della diversità dei soggetti e degli interessi tutelati”<sup>24</sup>. Il che potrebbe indurre a ritenere che il ricorrente che agisce *ex art. 28 St. lav.* non sia legittimato a mutuare dal diritto antidiscriminatorio il regime di favore sul piano probatorio.

Tuttavia, la Cassazione, nella pronuncia del 2020, si mostra di contrario avviso, giacché, pur escludendo che i beni protetti dal diritto antidiscriminatorio (nella specie si fa riferimento all'azione inibitoria promossa *ex art. 5, c. 2, d.lgs. 216/2003*) coincidano con quelli tutelati dalla norma statutaria, pone in evidenza alcuni punti di contatto tra i due rimedi processuali, non dubitando che la disciplina di favore dell'onere della prova sia applicabile a prescindere dalla procedura di volta in volta azionata per la tutela delle discriminazioni come se fosse indissolubilmente connaturata alla stessa<sup>25</sup>.

Ora, per poter prendere posizione sulla soluzione adottata dalla S.C., sarebbe necessario chiarire in che rapporto si pongono i due rimedi processuali e, prima ancora, interrogarsi sulla natura dei diritti e degli interessi sottesi a ciascuno dei due procedimenti.

Ebbene, con riguardo all'art. 28 St. lav. l'individuazione della natura di

<sup>23</sup> Per questa ragione il Trib. Bergamo, 30 marzo 2018, n.1586 (in *RIDL*, fasc.3, 2018, pag. 555) respinge l'eccezione di litispendenza della convenuta in una controversia per discriminazione in base alle convinzioni personali rispetto ad un giudizio *ex art. 28 St. lav.* promosso contro Ryanair davanti al Tribunale di Busto Arsizio da Filt Cgil, con l'intervento di Uil Trasporti e Filt Cisl.

<sup>24</sup> Corte d'appello di Roma del 9 ottobre 2012.

<sup>25</sup> Per una posizione analoga in dottrina cfr. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT, n. 250, 2015, 9; CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *GDLRI*, 2014, 346 ss.; BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *RGL*, 2016, I, 879. Sul punto cfr. DE MICHIEL, *Condotta antisindacale, divieto di discriminazione per motivi sindacali e onere della prova*, in AA.VV. (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, Giuffrè, 2020, pp. 143 e ss.

tali interessi non può dirsi affatto pacifica: se il legislatore, come è noto, consente all'organizzazione sindacale di agire quando sono lesi, attraverso condotte datoriali, i beni costituzionali cui fa riferimento la normativa statutaria (gli artt. 39, comma 1, e 40 Cost.), è dubbio tuttavia in che termini il sindacato sia coinvolto nella tutela di tali interessi.

Non vi è qui lo spazio per approfondire la vastissima letteratura e giurisprudenza che si è formata sul punto. Basti qui ricordare che, in dottrina e in giurisprudenza, è ancora tuttora prevalente l'idea che gli interessi tutelati dall'art. 28 siano quelli propri dell'organizzazione sindacale. Come traspare da una importante pronuncia della Corte costituzionale, si tratta di "interessi collettivi dei quali il sindacato è titolare e gestore autonomo, e con il quale esso non agisce in rappresentanza dei lavoratori colpiti dai suddetti comportamenti, tant'è che può esperire il ricorso anche in caso di inerzia o contraria volontà di questi"<sup>26</sup>. In altri termini, l'art. 28 St. lav. tutela solo gli interessi collettivi, come interpretati dalla stessa organizzazione sindacale, disinteressandosi invece di quelli individuali dei lavoratori eventualmente lesi dal comportamento datoriale.

Ciò non toglie che il procedimento *ex art. 28* sia utilizzabile nei confronti di tutti gli atti dell'imprenditore incidenti sul rapporto di lavoro (e lesivi della libertà sindacale) previsti dalla normativa antidiscriminatoria<sup>27</sup>. E infatti, può ritenersi ormai largamente superata quella interpretazione restrittiva, avanzata a suo tempo, che si fondava su una aprioristica separazione fra le norme dell'art. 15 e dell'art. 28 St. lav. volta a restringere l'ambito di applicabilità di quest'ultimo: le posizioni soggettive riferibili al lavoratore (come soggetto sindacale) tutelate dal principio di non discriminazione possono ricevere senz'altro una tutela riflessa in caso di esperimento della procedura *ex art. 28*.

Per queste ragioni, non può dubitarsi che tale procedura possa essere esperita ugualmente per la tutela di situazioni giuridiche per le quali la normativa antidiscriminatoria contempla altre e diverse forme di tutela processuale, come, appunto, quella dell'azione inibitoria esperibile *ex art. 5, c. 2*,

<sup>26</sup> Corte cost. n. 334/1988; 16930/2013. In dottrina cfr., a titolo esemplificativo, M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, 1979, p. 203; PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, pp. 844 ss. Per un riesame del tema cfr. FALSONE, *Tecnica rimediabile e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2017, p. 565 ss.

<sup>27</sup> TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, FrancoAngeli, 1974, pp. 17-19.

d.lgs. 216/2003 contro una discriminazione collettiva (cfr. ora l'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011).

In alternativa, è possibile ricorrere a quest'ultimo strumento processuale con il quale il diritto antidiscriminatorio affida a soggetti esponenziali il compito di agire a tutela di un interesse comune a singoli lavoratori (individuati, in questo caso, in base all'appartenenza ad un determinato sindacato), ossia l'interesse, c.d. collettivo o diffuso, alla corretta applicazione della normativa antidiscriminatoria<sup>28</sup>. In tal caso, non si è in presenza di un interesse (e di un diritto) che rientra nella sfera dell'organizzazione sindacale; né ciò è sostenibile sulla base del mero ampliamento della legittimazione attiva al sindacato giacché sarebbe scorretto, anzitutto dal punto di vista metodologico, attribuire alla disciplina della legittimazione il valore di segno indicatore esclusivo degli interessi regolati dalla norma, sovrapponendola alla fattispecie protetta e al quadro normativo globale. Il sindacato, pur agendo in nome proprio<sup>29</sup>, si fa interprete qualificato di un interesse la cui titolarità è attribuibile soltanto ai singoli lavoratori che risultano destinatari del provvedimento discriminatorio.

Venendo dunque ai rapporti tra le due azioni, stando all'opinione prevalente, deve ammettersi che il giudizio *ex art. 28 Stat. lav.* possa convivere con un altro giudizio attivato dal sindacato, in caso di discriminazione sindacale collettiva, tramite l'esercizio dell'azione inibitoria *ex art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011*. Tenendo conto delle caratteristiche che i due rimedi processuali presentano quanto a presupposti, soggetti, *petitum* e *causa petendi*, si potrebbe essere indotti a ritenere che le due azioni siano reciprocamente autonome e dunque che l'azione proposta in base alla normativa antidiscriminatoria non possa in alcun modo incidere sulle vicende e sulla sorte dell'altra e viceversa.

Come si vede, tale punto di arrivo è agli antipodi rispetto alla tesi condivisa dalla Corte di cassazione, che ritiene di estendere il regime probatorio di favore previsto dalla normativa antidiscriminatoria nell'ambito del procedimento di repressione della condotta antisindacale.

<sup>28</sup> Invero, la normativa dell'Ue non prevede espressamente questa possibilità, che, tuttavia, si evince chiaramente da alcune pronunce della Cge, la quale ammette che gli Stati membri possono riconoscere a soggetti collettivi il diritto di agire in giudizio per denunciare discriminazioni anche in assenza di una vittima identificabile. C. Giust., 25 aprile 2013, c. 81/12, *Asocia ia Accept contro Consiliul Na ional pentru Combaterea Discrimin rii*, consultabile su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 20 luglio 2018 n. 19443. Trib. Brescia, 19 gennaio 2010 e Trib. Milano 1 agosto 2009. Cfr. anche App. Brescia, 2 maggio 2019 n. 328.

In effetti, il *favor* sul piano probatorio è giustificato da esigenze che hanno a che fare con l'equità e la tutela differenziata della "parte debole" rispetto alla disponibilità dei mezzi di prova: il legislatore punta a tutelare un interesse del singolo lavoratore, che si può trovare infatti nell'impossibilità di identificare le cause di una disparità giacché gli elementi rilevanti ai fini della valutazione della disparità, come nella specie i criteri di classificazione adottati in occasione del trasferimento collettivo, potrebbero essere nella disponibilità del soggetto presunto autore della discriminazione. Si potrebbe pensare dunque che il regime agevolato abbia una sua ragion d'essere solo nell'ipotesi presa in considerazione dal diritto antidiscriminatorio e cioè in quella in cui sia il lavoratore discriminato ad agire a difesa del proprio interesse oppure, tutt'al più, nel caso in cui di tale interesse si faccia interprete qualificato il sindacato.

Per contro, nel caso dell'art. 28 St. lav. la scelta di offrire una protezione specifica agli interessi sindacali potrebbe ritenersi incompatibile con la *ratio* sottesa a questo regime: inoltre, tale strumento processuale – al pari di altri rimedi introdotti in altri sistemi giuridici, come quello previsto dal § 17 dell'*Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* tedesco –<sup>30</sup> mostra tutti i suoi limiti nella misura in cui non attribuisce al soggetto collettivo la legittimazione ad agire in nome e per conto di lavoratori nominativamente individuati.

Tuttavia, se si sposta l'accento sulla differenziazione della natura dei due rimedi processuali è difficile evitare l'obiezione che la norma statutaria, essendo azionabile anche in presenza di una lesione di posizioni individuali del lavoratore come soggetto sindacale, supera la frattura tra la "sfera individuale" e la "sfera collettiva", realizzando una stretta compenetrazione tra la posizione del lavoratore come parte del rapporto individuale e come partecipante delle vicende complessive della lotta sindacale<sup>31</sup>.

Non sembrano esservi ostacoli ad applicare l'agevolazione legata ad una diversa ripartizione dell'onere della prova se il comportamento (antisindacale) del datore di lavoro ha un carattere plurioffensivo, se cioè lede contestualmente il diritto dei singoli lavoratori alla corretta applicazione della normativa antidiscriminatoria e un interesse collettivo.

Una lettura di segno diverso porterebbe ad una irragionevole disparità

<sup>30</sup> Su questo strumento processuale v. SANTAGATA DE CASTRO, SANTUCCI, *Diritto antidiscriminatorio ed accesso alla giustizia: Unione europea, Germania ed Italia a confronto* (scritto col prof.), in questa rivista, 2014, pp. 335-371, spec. 350-356.

<sup>31</sup> TREU, *Condotta antisindacale*, cit., p. 20.

di regimi probatori tale da rendere l'utilizzo del procedimento speciale *ex* art. 28 St. lav. più difficoltoso rispetto a quello dei rimedi processuali contemplati dalla normativa antidiscriminatoria; il che rischia di frustrare l'effettività della tutela offerta dalla norma statutaria proprio nei casi in cui il datore di lavoro si avvale degli strumenti più drastici per comprimere o sopprimere i diritti sindacali (licenziamenti, sospensioni, trasferimenti, sanzioni disciplinari).

**Key words**

Trasferimento collettivo, discriminazione sindacale, fattore protetto, legittimazione ad agire, onere della prova e azioni giudiziali.

Transfer of employees, anti-union discrimination, protected characteristic, legal standing, burden of proof and judicial procedures.

**Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, decreto 28 maggio 2020 n. 9 – Presidente Dott. Roia**

**Misura ablativa dell'amministrazione giudiziaria - Reato di Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ex art. 603 bis c.p. – Approfittamento dello stato di bisogno – Posizione “agevolatoria” della società sottoposta ad amministrazione giudiziaria – Accertamento della sussistenza di altre forme di sfruttamento di lavoratori esterni, nonché dell'idoneità del modello organizzativo previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 – percorso efficace di (ri)legalizzazione.**

*Il decreto del tribunale di Milano del 27 maggio 2020 n. 9 ha sottoposto la società Uber Italy alla misura ablativa dell'amministrazione giudiziaria. Il presupposto dell'amministrazione giudiziaria è il rischio di perpetrazione del reato di caporalato. Nel caso di specie sussistono indizi di sfruttamento e di intermediazione illecita tali da far ritenere vi sia un regime di sopraffazione retributivo e trattamentale attuato nei confronti di molteplici lavoratori, reclutati in una situazione di emarginazione sociale e quindi di fragilità sul piano di una possibile tutela dei diritti minimi. La finalità della misura adottata, pertanto, è quella di promuovere modelli virtuosi ed efficaci che impediscano nuove infiltrazioni illegali attraverso la creazione di rapporti di lavoro con soggetti che operino nel mondo articolato dell'illecito strutturato criminale e che costruiscano provviste destinate, anche in parte, a sodalizi mafiosi.*

★ ★ ★

## Emilia D'Avino

### La tutela dei lavoratori irregolari nelle aziende sottoposte ad amministrazione giudiziaria a partire dal “decreto *Uber*”

**Sommario:** **1.** Il decreto *Uber* nella prospettiva giuslavoristica. **2.** I noti rischi dell'utilizzo distorto delle piattaforme *on-line*. **3.** I chiarimenti sui presupposti del reato di caporalato. **4.** L'amministrazione giudiziaria come strumento di “(ri)legalizzazione” dei rapporti di lavoro. **5.** Gli effetti della misura ablativa sul rapporto pregresso: sanatorie e crediti dei lavoratori. **6.** La tutela del lavoratore nelle vicende successive all'amministrazione giudiziaria. Tra regolarizzazione e ammortizzatori sociali “speciali”.

#### 1. *Il decreto Uber nella prospettiva giuslavoristica*

Il decreto del tribunale di Milano del 27 maggio 2020 n. 9 qui in commento ha sottoposto la società *Uber Italy* alla misura ablativa dell'amministrazione giudiziaria<sup>1</sup>, in ragione del rischio di caporalato da parte delle imprese che gestiscono le consegne nel settore della distribuzione a domicilio. Il reato si sarebbe realizzato a danno dei c.d. *riders*: immigrati, richiedenti asilo, che vivono un “forte isolamento sociale” idoneo ad offrire “l'opportunità di reperire lavoro a bassissimo costo, poiché si tratta di persone disposte a tutto per avere soldi per sopravvivere, sfruttate e discriminate da datori senza scrupoli, che avvertono in loro il senso del sentirsi costretti a lavorare per non veder fallito il proprio sogno migratorio e, quindi, disposti a fare non solo i lavori meno qualificati e più pesanti ma anche ad essere pagati poco e male”<sup>2</sup>. In tale scenario la società *Uber Italy* avrebbe tenuto – secondo il tribunale meneghino – una condotta agevolatrice, consistente in una (mera) negligenza sul controllo costante delle attività dei *partner*.

Il decreto, nell'affrontare in una veste nuova i più tradizionali problemi

<sup>1</sup> Prevista dall'art. 34, co. 1, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 ss.mm.ii.

<sup>2</sup> In questi termini il decreto qui in commento. Sulla condizione degli stranieri CHIAROMONTE, FERRARA, MALZANI, *The Migration Governance through Labour Law: The Italian Case*, RDSS, 2019, p. 367; SPINELLI, *Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici*, in RDSS, 2020, p. 125.

di intermediazione illecita<sup>3</sup> e caporalato<sup>4</sup>, apre la strada ad una duplice riflessione.

La prima, ormai già sondata<sup>5</sup>, attiene al fatto che l'utilizzo distorto delle piattaforme *on-line* agevoli per certi versi l'elusione di norme giuslavoristiche e lo sfruttamento dei lavoratori extracomunitari<sup>6</sup>. E questo, tra l'altro, è confermato anche alla luce di quanto previsto dall'art. 23 del CCNL nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui svolta da lavoratori autonomi c.d. *riders*, siglato il 16 settembre 2020. Infatti, proprio al fine di scongiurare il rischio di lavoro irregolare e caporalato, le parti sociali

<sup>3</sup> V. già D'ASCENZO, GROSSI, *Piattaforme digitali e legittimità nell'attività di intermediazione tra domanda ed offerta di lavoro: il caso JustKnock*, bollettino ADAPT, 13 febbraio 2017.

<sup>4</sup> Si parla in tal caso di caporalato digitale. Resta prevalente, comunque, anche nell'era 4.0 il caporalato agricolo. V. CALAFÀ, *Focus Europa. La lotta al lavoro forzato e obbligatorio. Riflessioni sul lavoro indecente dopo la pronuncia Chowdury*, in *LD*, 2019, p. 499; DE MARTINO, LOZITO, SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *LD*, 2016, 2, p. 313; D'ONGHIA, *Le tutele previdenziali dei lavoratori agricoli tra regole speciali e abusi*, in *DLRI*, 2019, p. 231; FALERI, *Il lavoro ai tempi di Agricoltura 4.0 tra esigenze di stagionalità e fabbisogno di nuove professionalità*, in *questa rivista*, 2018, p. 669; GUARINIELLO, *Caporalato e confisca obbligatoria di aziende agricole*, in *DPL*, 2020, p. 1684; LANEVE, [Puglia] *Dal caporalato tradizionale al nuovo caporalato (globalizzato) degli immigrati: la Regione Puglia davanti a una grande mutazione antropologica e a una più atroce vulnerabilità dell'esistenza umana*, in *Le Regioni*, 2019, p. 1309.

<sup>5</sup> Svariati sono i problemi evidenziati dalla dottrina in materia di lavoratori delle piattaforme. V. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *RGL*, 2016, pp. 749-750. Sul tema v. FERNANDO GARCÍA, SIGNORINI, *Gli effetti della digital e sharing economy sul rapporto di lavoro*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, p. 329; SMORTO, *La tutela del contraente debole nella platform economy*, in *DLRI*, 2018, 158. Sui problemi relativi alla legge applicabile ai lavoratori via web v. HENKE, CARINCI M.T., *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, in *DRI*, 2019, p. 1041; VITALETTI, *Il nomos senza terra. Economia digitale, legge applicabile e tutela del lavoratore*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, *op. cit.*, p. 461.

<sup>6</sup> La Relazione del Presidente dell'INPS, che accompagna il Rapporto del Presidente dell'INPS del 2019 evidenzia come sia ancora elevato il tasso di economia informale che a volte si manifesta attraverso fenomeni criminali come il caporalato. A ciò si aggiungono i fenomeni rischiosi per i lavoratori della *gig economy*. L'attenzione al contrasto al caporalato è elevata e presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è stato istituito il Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura (art. 25 *quater* d.l. 23 ottobre 2018 n. 119 convertito dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136). NATALINI, *Un tavolo operativo per contrastare il caporalato agricolo (D.L. 23 ottobre 2018 n. 119)*, in *G.Dir.*, 2019, p. 46. Il 20 febbraio 2020, poi, è stato definito il Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020-2022 con 10 azioni specifiche dedicate a prevenzione, vigilanza e contrasto del fenomeno, ma anche ad assistenza e reinserimento socio-lavorativo per le vittime.

si sono impegnate, per il futuro, a contestare e condannare qualsiasi forma di irregolarità e di caporalato, nonché di assicurare ogni e più opportuna iniziativa finalizzata ad escludere e, per l'effetto, debellare tali situazioni<sup>7</sup>.

La seconda riflessione scaturente dal caso qui analizzato, invece, riguarda le prospettive innovative delle politiche di emersione del lavoro irregolare, derivanti dall'intreccio tra diritto del lavoro e diritto penale. Il decreto, infatti, dà un valore segnaletico importante dell'avvio di nuove misure indirette di contrasto al lavoro irregolare, che, attuate mediante il ricorso alla giustizia preventiva, spostano l'attenzione sul piano "della lotta alla criminalità organizzata"<sup>8</sup>. D'altronde, l'oggetto dell'amministrazione giudiziaria disposta dal decreto attiene proprio alla verifica delle posizioni personali dei dipendenti e, dunque, al controllo della regolarità dei rapporti esistenti tra le società della galassia *Uber* ed i lavoratori del settore della distribuzione a domicilio, nel perimetro della gestione dei *riders*. Ciò, per verificare se esistano altre forme di sfruttamento di lavoratori esterni, nonché l'idoneità del modello organizzativo previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231<sup>9</sup> per prevenire fattispecie di reato ricollegabili all'art. 603 *bis* c.p. All'esito del proprio intervento, l'amministratore potrà regolarizzare i rapporti non conformi alla legge.

Tuttavia, le misure ablativo diventano nuovi strumenti di emersione dei rapporti di lavoro irregolari<sup>10</sup> solo per un'eterogeneità dei fini. Infatti, non va trascurato che la misura è predisposta con la specifica finalità di "contrastare la contaminazione anti-giuridica di imprese sane e di sottrarle il più rapidamente possibile all'infiltrazione criminale, restituendole così al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti"<sup>11</sup>. L'amministrazione giudi-

<sup>7</sup> Sono stati previsti, da un lato, il divieto dei *riders* di farsi sostituire da terzi e, dall'altro, l'istituzione di un registro delle società autorizzate allo svolgimento di attività di consegna di beni tramite piattaforme e di un gruppo di lavoro "*task force*" che collaborerà con le Autorità competenti al fine di individuare e adottare ogni eventuale iniziativa finalizzata a rendere efficace l'azione di contrasto al lavoro irregolare.

<sup>8</sup> FERRANTE, *Prefazione*, in FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza*, Vita e Pensiero, 2017, p. 16.

<sup>9</sup> Sull'adozione di tale modello RUGGERI, *L'aggiornamento del Modello 231 al nuovo delitto di caporalato*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2017, p. 331.

<sup>10</sup> Sul tema RANIERI, *Misure di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva lavoristica: lo stato dell'arte*, in BORELLI, METE (a cura di), *Mafie, legalità, lavoro, Quaderni di città sicure*, 2018, 42, p. 103.

<sup>11</sup> Già il Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019, n. 59, Pres. Roia, Ceva Logistics Italia s.r.l., chiarisce questo aspetto. Sul tema MERLO, *Il contrasto al "caporalato grigio" tra prevenzione e repressione*, in *RTDPC*, 2019, p. 171 ss. Si veda sulla finalità dello strumento MAZ-

ziaria, dunque, presuppone la valutazione complessiva dei diversi interessi, fisiologicamente confliggenti, riguardanti la libertà dell'esercizio del diritto di impresa, l'interesse pubblico ad impedire che circuiti di illegalità infiltrati si nutrano delle risorse delle attività produttive parzialmente sane e la necessità che l'attività di impresa prosegua, seguendo un percorso efficace di (ri)legalizzazione, per il raggiungimento degli obiettivi produttivi e per la salvaguardia del potenziale occupazionale<sup>12</sup>. Pertanto, la tutela del lavoro è subordinata alle vicende economiche della società e alla sua sopravvivenza nel mercato. Quanto appena detto, inevitabilmente, comporta una tutela affievolita della posizione dei lavoratori, scaturendone profili di criticità sia per la situazione pregressa dei lavoratori sia per le sorti future del rapporto. Ciò, in ragione delle norme speciali *ad hoc* predisposte, volte da un lato ad “azzerare” le responsabilità dell'impresa per lavoro irregolare e, dall'altro, ad introdurre una peculiare disciplina della garanzia dei crediti. L'impatto della misura ablativa sul rapporto di lavoro, poi, è rilevante in particolare nell'eventualità che il costo della regolarizzazione sia troppo elevato e l'amministratore ritenga opportuno risolvere i rapporti. Come vedremo, in effetti, nel d.lgs. 159/2011 sono previste alcune norme che derogano all'assetto delle tutele predisposte nell'ambito del licenziamento. Del resto, consapevole di tali limiti, il legislatore con il d.lgs. 18 maggio 2018 n. 72, ha tentato di introdurre un quadro speciale di ammortizzatori sociali, onde evitare che i lavoratori delle aziende sottoposte a misure preventive anti-mafia siano totalmente esclusi da ogni tutela, specialmente nel caso di impossibilità di accedere agli ordinari strumenti di sostegno al reddito.

ZANTI e PARACIANI, *L'impresa confiscata alle mafie. Strategie di recupero e valorizzazione*, FrancoAngeli, 2018.

<sup>12</sup> Come evidenziato nel decreto qui in commento, sono tali “le coordinate interpretative seguite dal Tribunale di Milano in diverse procedure riguardanti sia la richiesta di amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche *ex art.* 34 d.lgs. 159/2011 avanzate dalla Procura della Repubblica (cfr. decreti n. 14/15 RGMP, 34/16 RGMP, n. 58/16 RGMP, n. 35/17 RGMP emessi, rispettivamente, nelle procedure contro S.N.C. GM Gomme, NOLOSTAND srl, FIERAMILANO spa, LIDL srl, da ultimo decreto n. 59/19 RGMP CEVA LOGISTICS ITALIA SRL), sia nella fattispecie con la quale veniva richiesto ai sensi del comma 6 dell'art. 34 *bis* d.lgs. 159/2011 il controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del medesimo art 34 *bis*” (cfr. n. 75/18 RGMP FARMACIA FIDUCIARIA srl)”.

## 2. I noti rischi dell'utilizzo distorto delle piattaforme on-line

Soffermandoci adesso sulla prima riflessione, possiamo dire che il decreto, come anticipato, conferma che gli inediti scenari del mercato del lavoro 4.0<sup>13</sup> rendono tutt'altro che sopita la questione dell'elusione delle norme

<sup>13</sup> Sui vari problemi all'epoca delle piattaforme BANO, *Il lavoro povero nell'economia digitale*, in *LD*, 2019, p. 129; BARBERA, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, in *DLRI*, 2018, p. 403; BRESCIANI, *Il lavoro al tempo di Uber tra interventi normativi e orientamenti giurisprudenziali*, in *DRI*, 2020, p. 611; CIUCCIOVINO, *Analisi e proposte sul diritto del lavoro nel tempo di Industria 4.0. Le nuove questioni di regolazione del lavoro nell'industria 4.0 e nella gig economy: un problem framework per la riflessione*, in *DRI*, 2018, p. 1043; CORAZZA, *Note sul lavoro subordinato 4.0*, in *DRI*, 2018, 4; GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *AA.VV., Frammentazione organizzativa e lavoro: diritti individuali e correttivi. Atti delle giornate di studio di diritto del Lavoro, Aidlass*, 2017, p. 92; LAZZARI, *Alla ricerca di tutele per i gig-workers fra supplenza giurisprudenziale, regolazione sociale e tentativi di normazione eteronoma*, in *ADL*, 2019, p. 510; LOFFREDO, *Di cosa parliamo quando parliamo di lavoro digitale?*, in *Labor*, 2019, 3; LOI, *Vecchi e nuovi rischi di lavoratori dell'economia digitale*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, *op. cit.*, p. 313; MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *MGL*, 2020, p. 341; PERULLI (a cura di) *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Cedam, 2018; PIZZOFERRATO, *Platform Workers in the Italian Legal System*, in *ILLJ*, 2019, 12, p. 93; TULLINI, *Web e Lavoro*, Giappichelli, 2017; VOZA, *Nuove sfide per il welfare: la tutela del lavoro nella gig economy*, in *RDSS*, 2018, 4, p. 657. Si vedano poi sui problemi di qualificazione dei rapporti di lavoro BALANDI, *Concetti lavoristici impigliati nella rete*, in *RTDPC*, 2018, p. 461; DEL CONTE, RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *DLRI*, 2018, p. 159; DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2019, 2, p. 358; DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, 2019, p. 3; FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitudine, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei "nuovi" lavori*, in *Labor*, 2019, 1; GRAMANO, *Riflessioni sulla qualificazione del rapporto di lavoro nella gig economy*, in *ADL*, 2018, p. 730; MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, p. 105; MAZZOTTA, *L'inafferabile etero-direzione*, in *Labor*, 2020, 1. Sui problemi di qualificazione dei rapporti dei riders e, specificamente, sulla sent. Cass. 24 gennaio 2020 n. 16630 si rinvia ai contributi di ALBI, ALES, BALLISTRERI, BELLOCCHI, BETTINI, CINELLI, CIUCCIOVINO, FERRANTE, FIORILLO, GRAGNOLI, LASSANDARI, MARESCA, MOCELLA, PASSALACQUA, PERULLI, PESSI, PISANI, SANTORO PASSARELLI, SANTUCCI, SIGILLÒ MASSARA, TAMPIERI, TOPO, VALLEBONA, VENDITTI, ZOPPOLI, tutti in *MGL*, numero straordinario 2020; CARINCI M.T., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. n. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in *DRI*, 2020, p. 488; FOGLIA, *L'etero-organizzazione tra approccio rimediale e qualificatorio. La Corte di Cassazione resta al bivio*, e ZILIO GRANDI, PICUNIO, *Riders e lavoro eteroorganizzato: il primo intervento della Cassazione*, in *MGL*, 2020, pp. 299 e 465; PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, p. 499; SANTORO PASSARELLI, *L'interpretazione dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 e i riders nella sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *DRI*, 2020, p. 512; ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eteroorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in

giuslavoristiche. In effetti, le “app”, o chi di esse si avvale, possono agevolmente adottare comportamenti fraudolenti, opportunistici, nonché di concorrenza sleale<sup>14</sup> per molteplici ragioni. Anzitutto, come ormai noto, le piattaforme ben si prestano ad essere sia mero e semplice luogo di incontro tra domanda e offerta di lavoro, sia agenzie di intermediazione o somministrazione, sia committenti e datori di lavoro<sup>15</sup>. Secondariamente, vi è una quasi totale assenza (in particolare per le dinamiche c.d. *peer to peer*) di oneri giuridico-economici<sup>16</sup>. Di conseguenza, la prestazione lavorativa può essere

*DRI*, 2020, p. 703. Sul tema v. anche ord. C. Giust. 22 aprile 2020, C-629/19 B. vs *Yódel Delivery Network*, sulla quale PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di Giustizia europea*, in *LLI*, 2020, 1.

<sup>14</sup> La stessa società *Uber* è stata al centro di numerosi provvedimenti giurisdizionali, nazionali e non. In materia di concorrenza sleale v. Trib. Roma, sez. IX, del 7 aprile 2017, in *FI*, 2017, 6, I, p. 2082, con nota di CAPUTI; Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 1 marzo 2017, n. 1553. Ancor prima, comunque, Cons. Stato, Parere relativo all'affare 00757/2015 del 25.11.2015. Cfr. BASINI, *Innovazione disruptive e limiti dell'azione di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche, dopo il caso Uber*, parte I, II e III, in *RCP*, 2018, numeri 3, 4 e 5; SOMMA, MOSTACCI, *Il caso Uber: La sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Egea, 2016; MANZINI, *Collaborative economy e regolazione del mercato: il caso Uber*, in TULLINI (a cura di), *Web e Lavoro*, cit., p. 123 ss. Al di fuori dell'ambito nazionale cfr. anche la sentenza *North Carolina District Court, Douglas O'Connor v Uber Technologies Inc Case 3*, 11 marzo 2015, e la più che nota sentenza C. Giust. 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, sulla quale da ultimo DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, in *questa rivista*, 2018, p. 335; v. anche BIRGILLITTO, *Il nodo gordiano della qualificazione giuridica dei lavoratori della new economy e delle garanzie di protezione sociale*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, *op. cit.*, p. 647; DONINI, *Regole della concorrenza e attività di lavoro nella on-demand economy: brevi riflessioni sulla vicenda Uber*, in *RIDL*, 2016, 1, p. 46 ss.; ROGERS, *The Social Costs of Uber*, in *The University of Chicago Law Review Dialogue*, 2015, 82, p. 85; SIERRA BENÍTEZ, *Uber, los trabajos en las plataformas digitales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (STJUE 20 de diciembre de 2017), [www.cielolaboral.it](http://www.cielolaboral.it). Sulla concorrenza, M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCHOVICH, *La intermediazione on line e la disciplina della concorrenza. I servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in *Dir. Informativa e Informatica*, 2015, 1, p. 43.

<sup>15</sup> V. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.INT - 146/2018. Sull'ampiezza del fenomeno, BARBERA, BRONZINI, CARUSO, *Introduzione. Temi per un dibattito multidisciplinare su lavoro ed economia digitale*; PERULLI, *Economia digitale e qualificazione dei rapporti di lavoro*; PAIS, *Verso nuove forme di governance del mercato del lavoro: le piattaforme digitali come istituzioni e il ruolo della reputazione*; AURIEMMA, *Subordinazione e codatorialità nell'impresa digitale complessa*, tutti in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, *op. cit.*, rispettivamente p. 2, p. 409, p. 441 e p. 741.

<sup>16</sup> Sul tema TUFO, *Il lavoro nella sharing economy tra qualificazione del rapporto, dimensione transnazionale e relazioni industriali*; PAPA, *Economia digitale e lavoro on demand tra scenari futuristici e fughe all'indietro*, entrambi in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, *op. cit.*, rispettivamente p. 479 e p. 499.

facilmente mascherata dalle dinamiche contrattuali di natura meramente commerciale e civilistica.

È, quindi, molto più semplice instaurare rapporti lavorativi irregolari; ciò, specialmente qualora si abbia l'intenzione di operare nel mercato nero per offrire retribuzioni non dignitose ed approfittare dello stato di bisogno di chi ha difficoltà di accesso al lavoro. È il caso degli immigrati clandestini che, data l'assenza di un permesso di soggiorno, vedono preclusa la possibilità di dichiarare il rapporto. Essi, del resto, sono in una evidente posizione di *metus*, che ostacola di fatto anche la denuncia di eventuali condizioni di sfruttamento, specialmente in ragione della mancata depenalizzazione del reato di clandestinità<sup>17</sup> e del relativo rischio di espulsione<sup>18</sup>. D'altro canto, anche il permesso di soggiorno riconosciuto per motivi di sfruttamento è strettamente collegato alla durata e all'alea del giudizio instaurato e, dunque, non genera molta fiducia negli stranieri.

Ovviamente, in tale contesto è più semplice si annidino infiltrazioni mafiose<sup>19</sup>, alle quali il legislatore tenta di far fronte proprio mediante le misure previste nel d.lgs. 159/2011.

<sup>17</sup> Cfr. ANASTASIO, CENTONZE, *Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato: Commento all'art. 10 bis T.U. sull'immigrazione*, Key Editore, 2016; CORAZZA, *Immigrazione e welfare oltre il velo del pregiudizio*, in CORAZZA, DELLA MORTE, GIOVA (a cura di), *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo, minori, welfare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 265; DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in QG, 2009, 1, p. 101; FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati*, in QG, 2009, 5, p. 9. Sul tema C. Giust., Grande Sezione, 13 settembre 2016, Causa C-165/14, commentata da CASTELLANETA, *Stop alle espulsioni automatiche che non tengono conto dell'effettivo livello di pericolosità sociale*, in GDir., 2016, 41, p. 96. V. anche BRIGUGLIO, *I criteri di ammissione dei migranti per lavoro: il modello italiano e una possibile alternativa*, in DLRI, 2004, p. 739; CALAFÀ, *Lavoro degli stranieri*, Enciclopedia del diritto, Annali, 2015, vol. VIII; CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2013; DONDI (a cura di), *Il Lavoro degli Immigrati*, Ipsoa, 2003; D'AURIA, *Aspetti giuridici dell'immigrazione extracomunitaria*, in RGL, 1997, p. 141; NAPPI, *Il lavoro irregolare e gli immigrati*, in DML, 2003, p. 63; NERI e GUARISO, *La legge Bossi-Fini sull'immigrazione: le innovazioni in materia di lavoro*, in D&L, 2002, p. 239; SAVIO, *La direttiva 2008/115/CE e le sue ricadute sull'attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei C.I.E.* Seminario di studi ASGI-MD, 15 gennaio 2011.

<sup>18</sup> V. sul tema C. Giust. (Quarta Sezione), 23 aprile 2015, nella causa C-38/14, *Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa - Extranjería contro Samir Zaizoune*.

<sup>19</sup> Sui fenomeni dell'infiltrazione mafiosa nelle aziende PELLEGRINI, *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi socio-giuridica*, Ediesse, 2018; VISCOMI, *Lavoro e legalità: «settori a rischio» o «rischio di settore»? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, in RGL, 2015, I, p. 603 ss.

### 3. *I chiarimenti sui presupposti del reato di caporalato*

Nel caso qui analizzato, come già detto, il presupposto per l'adozione del provvedimento di amministrazione giudiziaria preventiva è, specificamente, il rischio di perpetrazione del reato di caporalato.

In linea con la rubrica della disposizione, l'attuale formulazione dell'art. 603 *bis* c.p. incrimina due differenti condotte: la prima di reclutamento di manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; la seconda, di utilizzazione, assunzione, o impiego di manodopera, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento e, anche in questa ipotesi, approfittando del loro stato di bisogno.

Particolare rilievo, dunque, assumono nella fattispecie esaminata gli indizi di sfruttamento e di intermediazione illecita<sup>20</sup>, emersi nel giudizio anche grazie alle potenzialità del web di conservare ogni traccia. Secondo il tribunale sussistono sufficienti elementi per ritenere vi sia “un regime di sopraffazione retributivo e trattamentale attuato nei confronti di molteplici lavoratori, reclutati in una situazione di emarginazione sociale e quindi di fragilità sul piano di una possibile tutela dei diritti minimi”. Il testo del decreto – chiarendo anche i dubbi sorti in dottrina sull'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 603 *bis*<sup>21</sup> – rende evidente che ai fini della sussistenza

<sup>20</sup> V. DI MEO, *Gli indici di sfruttamento lavorativo nell'art. 630-bis c.p.: una lettura lavoristica*, in *VTDL*, 2019, p. 265.

<sup>21</sup> Sterminata è la bibliografia sul tema. ANDRONIO, *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *questa rivista*, 2019, p. 430; BEVERE, *La tutela dei lavoratori dalla condizione analoga alla schiavitù e i problemi non risolti dalla legge n. 199/2016*, in *VTDL*, 2018, p. 129; CHIAROMONTE, “*Cercavamo braccia e sono arrivati uomini*”. *Il lavoro dei migranti in agricoltura tra sfruttamento e istanze di tutela*, in *DLRI*, 2018, p. 321; CORSO, *Status del lavoratore e sfruttamento del lavoro: una meritevole puntualizzazione della Corte di Cassazione*, in <http://www.dirittolavorovariazioni.com>; D'ONGHIA, DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199/2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *VTDL*, 2018, p. 157; D'OTTAVIO, *Profili penali del reclutamento e dello sfruttamento di manodopera (il cd. caporalato)*, in *LDE*, 2019, 2; LECCESE, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario*, in *DLRI*, 2018, p. 45; NAZZARO, *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, in *CP*, 2017, p. 2617; SANTORO, STOPPIONI, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *DLRI*, 2019, 267; SCHIAVONE, *Intermediazione illecita: il nuovo reato di caporalato*, in *GL*, 2011, p. 30; TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *DLRI*, 2018, p. 289.

di responsabilità penale rilevano le modalità di reclutamento<sup>22</sup>. Queste devono essere poste in essere mediante approfittamento dello stato di bisogno<sup>23</sup>. Solo in aggiunta vanno poi considerati altri indizi che, invece, singolarmente considerati farebbero emergere condotte sanzionabili solo nell'ambito civilistico o amministrativo<sup>24</sup>. In effetti, fattispecie quali quelle del lavoro irregolare<sup>25</sup> e del falso lavoro autonomo, dell'omesso versamento dei contributi o, ancora, della mancata corresponsione di una retribuzione proporzionata e sufficiente<sup>26</sup>,

<sup>22</sup> Sul tema ampiamente Circolari 24 Lavoro, *Caporalato e somministrazione fraudolenta*, 26 febbraio 2019.

<sup>23</sup> Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2018 n. 7891; Cass. pen., sez. I, 19 luglio 2019, n. 43439; Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2020 n. 13876.

<sup>24</sup> Sul tema COSTA, *Caporalato, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: risoluzione definitiva del problema o mero 'restyling' normativo*, in *Labor*, 2017, p. 267; FAIOLI, *Caporalato e ispezioni*, in ESPOSITO (a cura di), *Il nuovo sistema ispettivo e il contrasto al lavoro irregolare dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2017, p. 91; MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *LG*, 2017, p. 113; ROTTOLO, *A proposito del "nuovo" delitto di "intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro"*. Note critiche sul controllo penale del c.d. caporalato, in FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza*, cit., p. 149.

<sup>25</sup> Sulla disciplina sanzionatoria per tali condotte sia permesso rinviare a D'AVINO, *Emergenza e tutele del lavoro irregolare: una prospettiva comparata di sicurezza sociale*, Satura Editrice, Napoli, 2018.

<sup>26</sup> Secondo il tribunale "potrebbe sussistere il reato di sfruttamento del lavoro di cui all'articolo 603 bis del codice penale avendo questi, nonostante formalmente assunto i ciclo-fattorini con contratto di lavoro occasionale, coordinato e organizzato gli stessi e, in estrema sintesi: pagato i riders a cottimo e con una somma pari a 3 euro netti per consegna (a prescindere dalle ore di connessione, dai Km percorsi, dalle condizioni meteo e dall'orario/giorno festivo), somma di gran lunga inferiore a quella pagata dal committente UBER (per la sede di Roma in media almeno 11 euro a consegna); detratto dai 3 euro riconosciuti per consegna ulteriori importi a titolo di penale per mancate accettazioni di consegne superiori al 95% (0,50 euro a consegna) o per cancellazioni di consegne superiori al 5% (ulteriori 0,50 euro a consegna); omesso di dichiarare e versare la quasi totalità delle ritenute operate nei confronti dei riders; indebitamente trattenuto le somme elargite dai clienti quali mance e accreditate agli indagati da UBER; indebitamente trattenuto le somme corrisposte dai riders a titolo di cauzione per il materiale consegnato)". Sul tema ICHINO, *Rider e caporalato? Alcuni interrogativi sul caso Uber*, in *Corriere della sera*, 1 giugno 2020, p. 34. Si consideri che il 16 settembre 2020, come anticipato, è stato siglato il primo CCNL di categoria che ha fissato in 10 euro lordi l'ora (art. 11). Sull'importanza della contrattazione v. LUCCISANO, FAIOLI, *Gig-Economy contrattata?*, in *Menabò di etica ed economia*, 29 luglio 2020. Sui minimi retributivi e la contrattazione v. BORGOGELLI, GOTTARDI, TULLINI, *Introduzione*; CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*; PERUZZI, *Viaggio nella "terra di mezzo", tra contratti leader e pirata*; FORLIVESI, *Welfare contrattuale e retribuzione: interazioni e limiti di una disciplina frammentata*; NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*; ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, tutti in *LD*, 2020, 2, rispettiva-

prese singolarmente hanno proprie aree già regolamentate<sup>27</sup> e non potrebbero comportare automaticamente responsabilità penale.

L'approfittamento della situazione di estrema vulnerabilità, come elemento necessario per la configurazione del reato, è valutabile solo nei casi concreti ed è ravvisabile qualora la persona offesa, pur non essendo completamente indigente, manchi dei mezzi idonei a fronteggiare le esigenze primarie di vita<sup>28</sup>. Nel caso qui analizzato, “i soggetti versavano nello stato di particolare fragilità soggettiva e sociale in quanto provenienti da territori di conflitti civili e ramali, richiedenti asilo politico<sup>29</sup> e dimoranti presso centri di accoglienza temporanei”<sup>30</sup>. Tale situazione si è aggravata, poi, come evi-

mente p. 175; p. 185; p. 211; p. 237; p. 261; p. 285. Sul conflitto collettivo nell'era 4.0 v. LA TEGOLA, *Il conflitto collettivo nell'era digitale*, in *DRI*, 2020, p. 638.

<sup>27</sup> Già il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, all'art. 18, disciplinava le fattispecie di somministrazione abusiva, di esercizio abusivo dell'attività di intermediazione (art. 18, comma 1), di utilizzazione illecita (art. 18, comma 2) e di somministrazione fraudolenta (art. 28). Con il d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 la disciplina è stata modificata e abrogata. Oltretutto, i d.lgs. 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8 hanno depenalizzato numerosi reati in tema di intermediazione e occupazione illecita. Circoscrivendo l'analisi all'utilizzazione indiretta di forza lavoro, e quindi della somministrazione, dell'appalto e del distacco, ovvero a quello della intermediazione, ricerca e selezione, oppure di supporto alla ricollocazione del personale, sono sopravvissuti alcuni reati disciplinati dall'art. 18, d.lgs. 276/2003 (art. 18, c. 1, secondo e quinto periodo; c. 1, terzo periodo, d.lgs. 276/2003; cc. 4 e 4-bis, d.lgs. 276/2003; c. 5-bis). Sul tema v. RAUSEI, *A contrasto del caporalato ripristinate in parte le tutele cancellate da Jobs Act e depenalizzazione*, in *DRI*, 2017, p. 262. Questo quadro va poi integrato, in caso di lavoratori extracomunitari, con i reati previsti dagli artt. 12 e 22, comma 12, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

<sup>28</sup> D'altronde, è proprio l'approfittamento dello stato di bisogno, unitamente alle condizioni di sfruttamento, che rende speciale la fattispecie in esame rispetto a quella di cui all'art. 22, comma 12, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

<sup>29</sup> Sul permesso di soggiorno per motivi di asilo e le problematiche relative all'ultima riforma v. C. Cost. 5 agosto 2020, n. 186, che ha avuto modo di pronunciarsi sul diritto di iscrizione anagrafica (negato dal d.l. 4 ottobre 2018, n. 113). Sulle varie problematiche emerse a seguito dell'emanazione del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 v. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it.*, 2018; BELLUCCIO, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno*, in CURI (a cura di), *Il decreto Salvini Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, Pacini, 2019, p. 31; CALVELLINI, *I richiedenti asilo nel diritto del lavoro italiano*, in *LD*, 2019, p. 665; CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, 2018, in *Federalismi.it*; CHIAROMONTE, *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il “decreto Salvini”*, in *DLRI*, 2019, p. 321.

<sup>30</sup> Questa decisione conferma del resto i precedenti giurisprudenziali in materia. V. già

denziato dal decreto, a seguito dell'emergenza sanitaria Covid-19, siccome l'utilizzo dei *riders* è stato progressivamente numerato a causa della richiesta determinata dalle restrizioni alla libertà di circolazione imposta dalle Autorità, che potrebbe aver provocato anche dei reclutamenti a valanga e non controllati.

#### 4. *L'amministrazione giudiziaria come strumento di "(ri)legalizzazione" dei rapporti di lavoro*

La possibilità di adottare la misura dell'amministrazione giudiziaria nei casi descritti introduce senza dubbio degli aspetti di innovatività processual-penalistici in ambiti per lungo tempo ad esclusivo appannaggio giuslavoristico<sup>31</sup>. Ciò, specialmente perché lo strumento, introdotto con il d.lgs. 159/2011 e modificato dalla l. 17 ottobre 2017 n. 161<sup>32</sup>, piuttosto che avere una finalità repressiva, mira a tutelare in via preventiva l'azienda e, al contempo, a regolarizzare rapporti di lavoro. Quanto appena detto è motivato dall'assunto, chiarito dal decreto qui in esame<sup>33</sup>, che la sua "applicazione non presuppone né che l'attività agevolata abbia carattere illecito, essendo sufficiente che il soggetto agevolato sia anche solo proposto per una misura di prevenzione o sottoposto a procedimento penale per uno dei reati sopra indicati, né che l'attività economica avente carattere agevolatorio venga esercitata con modalità illecite, richiedendosi solo che tale attività, seppur esercitata con modalità lecite, abbia offerto un contributo agevolatore ai soggetti di cui si è detto<sup>34</sup>. Pertanto, l'unico presupposto negativo previsto dalla

Cass. Pen., sez.V, 12 gennaio 2018 n. 17939, sulla quale FIANDANESE, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. La condizione di clandestinità dei lavoratori integra lo stato di bisogno*, *ilpenalista.it*, 27 giugno 2018.

<sup>31</sup> Il tema già da tempo era stato affrontato nell'ambito del diritto del lavoro. Si pensi all'originaria l. 23 ottobre 1960 n. 1369. Sul tema Cass. 1 dicembre 2008, n. 28528. Sull'evoluzione delle politiche di contrasto al caporalato v. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina - 1 Parte*, in *RPC*, 2018, p. 1759.

<sup>32</sup> Su tale riforma VISCONTI, *Codice Antimafia: luci e ombre della riforma*, in *DPP*, 2018, p. 145 ss.

<sup>33</sup> Tale presupposto era stato già chiarito nel decreto Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019 n. 59, già citato.

<sup>34</sup> Non verranno approfonditi i profili strettamente penalistici della vicenda, per i quali si rinvia al commento di PANSINI, *I nuovi confini applicativi dell'amministrazione giudiziaria delle aziende*, in *questo numero* e all'ampia bibliografia ivi richiamata.

norma è l'insussistenza dei requisiti per applicare una misura di prevenzione nei confronti dell'imprenditore o comunque di colui che esercita l'attività economica agevolatrice: costui deve essere necessariamente soggetto terzo rispetto all'agevolato e le sue attività devono effettivamente rientrare nella sua disponibilità; se, infatti, così non fosse, se l'imprenditore fosse un mero prestanome del soggetto agevolato, i suoi beni potrebbero essere immediatamente aggrediti con il sequestro e la confisca di prevenzione, che può colpire tutto il patrimonio di cui il soggetto proposto può direttamente o indirettamente (appunto tramite fittizie intestazioni) disporre. Nel caso *Uber*, l'agevolazione deriverebbe dal (presunto) colposo omesso controllo dell'attività di sfruttamento dei lavoratori utilizzati per le consegne, di cui era consapevole, nonostante i diversi accordi contrattuali.

Dunque, l'adozione della misura si spiega in ragione della finalità di perseguire un risanamento, a prescindere dall'analisi di comportamenti di singoli. L'obiettivo, in altre parole, come già detto anche nel decreto del Tribunale di Milano, Sez. mis. prev., 7 maggio 2019 n. 59, è quello di adottare “modelli virtuosi ed efficaci che impediscano nuove infiltrazioni illegali attraverso la creazione di rapporti di lavoro con soggetti che operino nel mondo articolato dell'illecito strutturato criminale e che quindi costruiscano provviste destinate, anche in parte, a sodalizi mafiosi. In altri termini l'imprenditorialità privata deve capitalizzare l'intervento del Tribunale, che può ovviamente apparire invasivo e comunque compressivo di un diritto di impresa costituzionalmente protetto, per ridisegnare tutti gli strumenti di governance aziendale per evitare futuri incidenti di commistione attraverso la realizzazione di condotte, anche dei singoli, che non possano essere censurate su un piano della negligenza o dell'imperizia professionale”<sup>35</sup>.

Questa prospettiva non può che avvicinare tale misura alle politiche di contrasto ed emersione del lavoro irregolari, arricchendone il quadro tradizionale che, come noto, si articola nelle diverse strade ispettive, conciliative, giudiziarie, o, eccezionalmente, delle sanatorie.

Effettivamente, tale istituto offre la possibilità all'amministrazione giudiziaria di legalizzare la società attraverso l'ingerenza nella sfera decisionale dell'imprenditore, anche per quel che riguarda la gestione dei rapporti di lavoro, favorendone l'emersione e la prosecuzione. Tuttavia, come anche evidenziato nel decreto, l'intervento dell'amministratore giudiziario non deve

<sup>35</sup> Così il decreto in commento.

necessariamente essere assorbente, sul piano dell'impossessamento totale dell'attività di impresa, e comunque va sempre commisurato agli obiettivi di (ri)legalizzazione societaria tipici della misura di prevenzione da adottare. In altre parole, va certamente rispettato il principio di proporzionalità<sup>36</sup> fra situazione concretamente accertata ed applicazione della misura di prevenzione patrimoniale<sup>37</sup>, considerando i diversi interessi, fisiologicamente confliggenti, della libertà dell'esercizio di impresa, dell'interesse pubblico alla legalità, nonché della continuità occupazionale.

Nel caso della società *Uber Italy*, il tribunale ha ritenuto non vi fosse necessità di assumere anche in seno all'amministrazione giudiziaria il normale svolgimento dell'attività gestionale di impresa, con la valutazione conseguente, in termini di rischio e nella prospettiva della salvaguardia occupazionale, di un simile trasferimento da professionalità tipiche a professionalità nuove e magari non perfettamente allineate con il settore di mercato interessato<sup>38</sup>.

L'oggetto del controllo, come anticipato, risiede nell'accertamento dell'attività svolta da *Uber Italy srl* anche in relazione ai rapporti esistenti con *Uber Eats Italy srl* e con le società della galassia *Uber*, considerando il perimetro del reclutamento e della gestione dei *riders*. La verifica attiene, dunque, proprio all'esistenza di rapporti contrattuali in corso e alla piena conformità a tutte le regole di mercato degli stessi. L'amministrazione, pertanto, dovrà

<sup>36</sup> Per tutte, C. Cost. 27 febbraio 2019 n. 24.

<sup>37</sup> Si noti che all'art. 34 *bis* è stata anche introdotta la misura del controllo giudiziario delle aziende, sganciandola, almeno parzialmente, dalla misura dell'amministrazione giudiziaria. Il controllo giudiziario è strutturato con un catalogo di prescrizioni di orientamento per il tribunale il quale può imporre una serie di condotte nei confronti del gestore dei beni aziendali oppure nominare un giudice delegato ed un amministratore giudiziario al quale può indicare, fra le altre prescrizioni, di "assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificatamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi", intervenendo dunque in maniera più mite ma maggiormente aderente alle esigenze specifiche di bonifica aziendale. È una misura da adottare quando l'infiltrazione non abbia contaminato in maniera diffusa l'impresa e sia facilmente sterilizzabile. Una misura parzialmente sovrapponibile è quella *ex art. 10, l. 161/2017*.

<sup>38</sup> La decisione in merito alle concrete modalità dell'intervento dell'amministrazione giudiziaria ha tenuto conto di diversi fattori quali il grado di infiltrazione delittuosa, accertata su un numero di 5 dipendenti – i quali sembrerebbero avere realizzato su indicazioni provenienti da *Uber Portier* una sorta di ramo aziendale di fatto dedicato alla gestione diretta dei lavoratori, a fronte di 26 unità addette al 31/12/2019 – ed il settore societario contaminato rapportato al normale svolgimento dell'attività di impresa che propone un oggetto sociale completamente estraneo al tema dello sfruttamento dei lavoratori della consegna a domicilio, avendo la *Uber Italy srl* come scopo societario il *marketing* e la consulenza nel settore dei trasporti privati.

redigere una relazione particolareggiata su tali aspetti, anche considerando il modello organizzativo e gestionale redatto *ex art. 6, II comma, d.lgs. 231/2001* (e dunque con particolare cura nella valutazione della idoneità del modello a prevenire reati della specie di quello verificatosi); nonché assicurare la propria costante presenza nella società, con accessi ripetuti per incontri e riunioni con il *management* della società secondo le necessità in relazione alle tematiche riguardanti l'oggetto della misura di prevenzione. Ancor più importante è poi la possibilità di rivedere tutti i contratti eventualmente in essere con terzi soggetti giuridici o con lavoratori autonomi del settore, nonché rilasciare nulla osta alle risoluzioni contrattuali e alla stipula di nuovi contratti riguardanti la prestazione di servizi nella distribuzione dei prodotti di ristorazione a cura dei *riders*. L'amministratore, fermi i limiti delle regole del mercato del lavoro, avrà dunque “carta bianca” nell'ambito della gestione dei rapporti. Egli potrà procedere alla regolarizzazione dei lavoratori che al momento dell'avvio del procedimento per i reati previsti dall'art. 603-*bis* c.p. prestavano la propria attività lavorativa in assenza di un regolare contratto e, al fine di impedire che le violazioni si ripetano, potrà adottare adeguate misure anche in difformità da quelle proposte dall'imprenditore o dal gestore.

Ovviamente, la possibilità di regolarizzare i rapporti di lavoro rientra nell'ambito di una serie di valutazioni dell'amministratore, considerando anche i costi che dovrebbe sopportare l'azienda<sup>39</sup>.

##### 5. *Gli effetti della misura ablativa sul rapporto pregresso: sanatorie e crediti dei lavoratori*

Occorre ora chiedersi quale sia l'impatto della misura ablativa sulla posizione pregressa e futura del lavoratore in caso di accertata irregolarità delle condizioni del lavoro e dell'intermediazione illecita.

Stando alle disposizioni in materia, può dirsi che il quadro normativo delle tutele del lavoratore è davvero peculiare rispetto al regime civilistico ordinario, specialmente per il pregresso. Come noto, in effetti, l'*asset* generale delle garanzie del lavoratore irregolare si basa sul combinato degli artt. 2116

<sup>39</sup> Sul ruolo dell'amministratore nella gestione del personale e le difficoltà nel suo esercizio, D'AMORE, DI NARDO, NESPOLI, *La tutela dei lavoratori nelle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata*, Fondazione Nazionale Commercialisti, 15 marzo 2016; LA ROSA (a cura di), *La valutazione delle aziende sottoposte a misure di prevenzione*, Giuffrè, 2018.

e 2126 c.c., che garantisce i crediti contributivi e retributivi. Oltretutto il datore di lavoro ha responsabilità civili, amministrative e, in *extrema ratio*, penali<sup>40</sup>. Nel caso dell'adozione di misure preventive antimafia, invece, l'azienda – ovviamente in virtù della terzietà della società “contagiata” rispetto alla condotta illecita – sembra avere una seconda occasione: a mo' di sanatoria, di *tabula rasa*.

Anzitutto, come espressamente previsto ex art. 5 d.lgs. 72/2018, i provvedimenti sanzionatori relativi a illeciti amministrativi in materia di lavoro e di legislazione sociale ai sensi del d.lgs. 23 aprile 2004 n. 124, e della l. 24 novembre 1981 n. 689, commessi prima del provvedimento di sequestro dell'azienda, non sono opponibili nei confronti dell'amministratore giudiziario e dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata<sup>41</sup>. Oltretutto, nel caso di adozione di provvedimenti ablativi sono sospese tutte le procedure esecutive e non può trovar luogo l'istituto della diffida accertativa. Infatti, come chiarito dalla circolare INL n. 46823 del 2018, in considerazione del complessivo quadro normativo ed in linea con l'orientamento giurisprudenziale, si ritiene che i crediti dei lavoratori, a seguito del sequestro, possano essere accertati esclusivamente attraverso la procedura prevista dal d.lgs. 159/2011.

Ugualmente, per il profilo della regolarità contributiva, secondo quanto disposto dall'art. 4 d.lgs. 72/2018, a decorrere dalla data di approvazione del programma di prosecuzione o ripresa dell'attività di cui all'articolo 41 d.lgs. 159/2011, l'emanazione del Durc avviene esclusivamente con riguardo agli obblighi contributivi riferiti a periodi successivi alla data di approvazione del programma medesimo. In altre parole, per evitare la perdita di opportunità e al fine di assicurare la continuità dell'attività, all'azienda sottoposta ad amministrazione giudiziaria viene riconosciuto un nuovo Durc.

Nulla viene espressamente detto, invece, per il diritto al risarcimento del danno nei confronti del lavoratore che vede lesa la propria posizione previdenziale e che, anche nel caso qui commentato, dovrebbe sussistere.

Verosimilmente tale diritto, analogamente agli altri crediti dei lavoratori,

<sup>40</sup> Sia permesso rinviare ancora a D'AVINO, *op. cit.*

<sup>41</sup> Sebbene l'articolo 5 d.lgs. 72/2018 abbia come ambito di applicazione il diverso provvedimento della confisca dei beni alla mafia, questo articolo deve ritenersi applicabile anche per la misura qui in esame in quanto l'art. 34, co. 5, d.lgs. 159/2011 prevede l'applicazione delle disposizioni sull'amministrazione dei beni sequestrati e sulla gestione dei beni confiscati alla mafia, in quanto compatibili.

va ricondotto alla più ampia disciplina speciale della tutela dei crediti prevista dal d.lgs. 159/2011; tutela che non può dirsi certamente piena, dati i numerosi limiti apposti in ragione della finalità di evitare la soddisfazione di crediti derivati da prestazioni connesse all'attività illecita.

In effetti, il d.lgs. 159/2011, agli articoli 52 e 53, prevede una disciplina *ad hoc*, che distingue i crediti opponibili all'amministrazione giudiziaria in base al momento della loro insorgenza.

L'art. 52, co. 1, del d.lgs. 159/2011 stabilisce che la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, purché sussistano tre distinte condizioni. In primo luogo, l'escussione del restante patrimonio del proposto deve essere risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione sui beni sequestrati (lettera a). In secondo luogo, non deve trattarsi di un credito strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità (lettera b): buona fede da valutare alla luce dei parametri indicati nel comma 3 dello stesso art. 52. In terzo luogo, e da ultimo, nel caso in cui il titolo genetico o rappresentativo del credito sia astratto (promessa di pagamento o ricognizione di debito, titoli di credito), l'interessato deve provare il rapporto fondamentale, nonché, nel caso del portatore di titoli di credito, quello che ne legittima il possesso (lettere c e d). I crediti vengono poi soddisfatti in base ad un piano finanziario nel limite stabilito dall'art. 55. Da tale assetto inizialmente era derivata l'esclusione della soddisfazione dei crediti privilegiati, ivi inclusi quelli dei lavoratori subordinati non ipotecari, pignoranti o intervenuti nell'esecuzione, seppur assistiti da privilegio generale sui beni mobili, ai sensi dell'art. 2751 *bis*, numero 1), c.c., e con diritto alla collocazione sussidiaria sul prezzo degli immobili, ai sensi dell'art. 2776 c.c. Ciò è stato però superato grazie alla sentenza della C. Cost. 11 febbraio 2015 n. 94<sup>42</sup>, che ha riconosciuto come tale limitazione comportasse non solo un *vulnus* del diritto di difesa dei creditori privilegiati, ai quali non veniva offerta alcuna possibilità di dimostrare il proprio affida-

<sup>42</sup> GUGLIELMO DI LEO, *La Corte costituzionale estende ai crediti da lavoro dipendente le tutele per i casi di confisca di prevenzione sui beni del debitore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 giugno 2015; MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 luglio 2015.

mento incolpevole nella regolarità del rapporto di lavoro, ma anche una violazione certa dell'art. 36 Cost.

6. *La tutela del lavoratore nelle vicende successive all'amministrazione giudiziaria. Tra regolarizzazione e ammortizzatori sociali "speciali"*

Passando adesso al diritto alla soddisfazione dei crediti futuri, va detto anzitutto che l'art. 54 ha introdotto un criterio preferenziale per i crediti sorti dopo il sequestro, ritenuti prededucibili. L'art. 56, poi, prevede una clausola specifica per i rapporti pendenti, stabilendo che ogni contratto relativo al bene o all'azienda sequestrata in corso o non ancora eseguito è sospeso finché l'amministrazione giudiziaria dichiara di volerli sciogliere o di voler subentrare, così assumendone tutti i relativi obblighi da soddisfare in prededuzione. Le sorti di tali crediti, ivi inclusi quelli derivanti dai rapporti di lavoro, dipendono, dunque, dall'esito delle valutazioni dell'amministratore giudiziario.

È ovvio che le valutazioni sulla prosecuzione del rapporto di lavoro richiedono particolari competenze in ambito sia economico che giuridico e, talvolta, esse possono non bastare a salvare l'azienda. Infatti, i costi della legalità potrebbero essere molto più elevati rispetto a quelli sostenuti precedentemente all'intervento ablativo e ciò comporterebbe il rischio di fallimento dell'attività stessa; vanificando così la finalità sottesa all'adozione della misura ablativa<sup>43</sup>. In tal caso, disapplicandosi le regole giuslavoristiche sul licenziamento, l'amministratore potrà dare nulla osta per la risoluzione del rapporto, salvo l'obbligo di motivazione. Quest'obbligo, ad ogni modo, secondo giurisprudenza ormai consolidata<sup>44</sup>, sarebbe soddisfatto dal richiamo alla procedura e al decreto del tribunale. D'altronde, vista la prevalenza dell'esigenza di ordine pubblico, a legittimare la deroga è proprio la normativa speciale prevista per le misure ablative.

<sup>43</sup> Sul tema v. BORELLI, RANIERI, *Criminalità mafiosa e diritto del lavoro*, in questa rivista, 2019, p. 138; DENTICI, *La tutela del lavoro nell'impresa sequestrata o confiscata tra contratto e mercato*, in *DRI*, 2020, p. 773; GIASANTI, *Il licenziamento del lavoratore nelle imprese sequestrate e confiscate*, in *RGL*, 2019, II, p. 182.

<sup>44</sup> Cass. 10 luglio 2015 n. 14467; Cass. 27 aprile 2017 n. 10439; Cass. 9 marzo 2018 n. 21166; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26478; Cass. 23 marzo 2018 n. 32404; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26478, in *FI*, 2019, I, I, p. 245.

La delicatezza della decisione strategica sulla continuazione dei rapporti di lavoro ed il conseguente rischio sulla tutela dei lavoratori irregolari rende apprezzabile la scelta del legislatore di introdurre disposizioni speciali a tutela sia delle aziende in questione sia dei loro lavoratori.

Infatti, il d.lgs. 72/2018 recante “Tutela del lavoro nell’ambito delle imprese sequestrate e confiscate in attuazione dell’articolo 34 della legge 17 ottobre 2017, n. 161”, ha introdotto strumenti di sostegno al reddito dei lavoratori e delle imprese, diversi e speciali rispetto al regime ordinario. Ciò, allo specifico fine di garantire il livello occupazionale di chi presta l’attività lavorativa nelle imprese sottoposte alle misure ablativo di prevenzione, solamente creando una rete di ammortizzatori sociali che consenta il reimpiego dei predetti lavoratori.

Così, a sostegno delle imprese sono state introdotte, entro un *platfond* finanziario limitato, delle misure economiche volte a garantire alle aziende confiscate e sequestrate alla criminalità organizzata la continuità del credito bancario, l’accesso al medesimo, il sostegno agli investimenti e gli oneri necessari per gli interventi di ristrutturazione aziendale, nonché la tutela dei livelli di occupazione e, infine, la promozione di misure di emersione del lavoro irregolare.

Nei confronti dei lavoratori, invece, sono state disposte diverse misure, erogabili tanto in costanza dei rapporti di lavoro, quanto a seguito della cessazione dello stesso. Partendo dall’ipotesi in cui il rapporto di lavoro prosegue, l’art. 1 d.lgs. 72/2018 ha introdotto un trattamento di sostegno al reddito, pari al trattamento straordinario di integrazione salariale, a favore dei lavoratori sospesi dal lavoro o impiegati ad orario ridotto, dipendenti da aziende sequestrate e confiscate, sottoposte ad amministrazione giudiziaria, per le quali è stato approvato il programma di prosecuzione o di ripresa dell’attività di cui all’articolo 41 del d.lgs. 159/2011 e fino alla loro assegnazione o destinazione. Il diritto è riconosciuto, previo espletamento di una procedura *ad hoc* e per la durata massima di 12 mesi, per le aziende che non rientrano nel campo di applicazione della normativa in tema di Cigo e Cigs e degli ammortizzatori disciplinati dal d.lgs. 148/2015, oppure per quelle che, avendo beneficiato di precedenti trattamenti abbiano raggiunto il limite consentito.

È interessante notare come per questa misura operi integralmente il principio di automaticità, essendo concessa anche ai lavoratori dipendenti per i quali il datore di lavoro non abbia adempiuto in tutto o in parte agli obblighi in materia di lavoro e legislazione sociale, il cui rapporto è ricono-

sciuto con il decreto di approvazione del programma di prosecuzione o di ripresa dell'attività o con altri provvedimenti anche precedenti del tribunale o del giudice delegato. È evidente come ipotesi del genere possano certamente verificarsi, come indicato anche nel decreto del tribunale qui in commento. In questi casi i lavoratori hanno diritto a contribuzione figurativa e detta contribuzione consente di far sì che i periodi di sospensione o riduzione dell'orario di lavoro, per i quali è ammessa l'integrazione salariale, possano essere riconosciuti ai fini del diritto e della misura della pensione anticipata o alla pensione di vecchiaia. Non è riconosciuto tale diritto, ovviamente, nei confronti di lavoratori che siano in qualche modo implicati nelle vicende per le quali si è proceduto ad adottare la misura preventiva. Questo spiega la necessità di indicare nominalmente il lavoratore che godrà della prestazione al momento della presentazione della domanda.

Nell'ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro, invece, l'art. 2 d.lgs. 72/2018 stabilisce che, in caso di impossibilità ad accedere alla Naspi, l'Inps concede, su richiesta dell'amministratore giudiziario o dell'Agenzia, previa autorizzazione scritta del giudice delegato, per la durata di quattro mesi, un'indennità mensile, priva di copertura figurativa, pari alla metà dell'importo massimo mensile della Naspi, nel rispetto dello specifico limite di spesa come definito dal decreto<sup>45</sup>.

A queste tutele va aggiunta quella offerta dal Fondo per le misure antitratata, nell'ambito di programmi di assistenza e di integrazione sociale in favore delle vittime di caporalato<sup>46</sup>.

Oltretutto, qualora i lavoratori interessati dal reato siano stranieri extracomunitari, come nel caso di specie, va considerata anche la disciplina del t.u.i. volta ad assicurare un permesso di soggiorno temporaneo e – si auspica – una regolarizzazione del rapporto, così da poter accedere al canale della

<sup>45</sup> Con i decreti interministeriali n. 1 del 10 gennaio 2019 e n. 2 del 29 marzo 2019 è stata determinata la ripartizione delle risorse finanziarie a sostegno delle misure introdotte. Per le indicazioni operative per il trattamento di sostegno al reddito a favore dei lavoratori dipendenti da aziende sequestrate e confiscate in amministrazione giudiziaria circ. Inps 6 maggio 2019 n. 10. V. D'ELISIIS ANTONIO, *Tutela del lavoro nelle imprese sequestrate e confiscate*, ex art. 34 Legge n. 161/2017, in *Diritto.it*, 2018, 6; TETTA, *La disciplina legislativa dei rapporti di lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata*, <https://rivista.camminodiritto.it/articolo.-asp?id=5308>, consultato il 27 luglio 2020; ZIVIELLO, *Tutela dei lavoratori nelle imprese sequestrate e confiscate*, in *Ius in itinere*, 2019, 1, p. 2611.

<sup>46</sup> Approfonditamente GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *RDSS*, 2018, p. 257.

legalità. Non è certo, però, alla luce di quanto detto, siano assicurati i diritti *ex art. 6 dir. 2009/52/CE* e *art. 3 d.lgs. 109/12*, che garantiscono il pagamento degli arretrati da parte dei datori di lavoro, ivi inclusi i versamenti contributivi.

Ad ogni modo, va anche valutato se la società “sanata”, in caso di riscontro di effettivo lavoro irregolare o non dichiarato, possa accedere all’eccezionale procedura di emersione e regolarizzazione introdotta dall’*art. 103 del c.d. decreto rilancio (d.l. 34/2020 conv. in l. 17 luglio 2020 n. 77)*. Invero, non è possibile avvalersi di questa procedura se si è stati condannati per delitti di cui all’*art. 603 bis c.p.* e agli *artt. 12 e 22 t.u.i.*; tuttavia, come puntualizzato dal decreto del tribunale, l’azienda in sé e per sé considerata non dovrebbe essere implicata nella vicenda. D’altronde, le indagini preliminari nei confronti di *Uber Italy* si sono chiuse nel mese di ottobre 2020 e la sua posizione sembra essere stata stralciata<sup>47</sup>. In tal caso, di conseguenza, la società dovrebbe poter accedere alla procedura di emersione.

<sup>47</sup> Al momento in cui si scrive si è in attesa di conoscere gli esiti dell’udienza dinanzi alla sezione misure di prevenzione, svoltasi nella seconda metà di ottobre.

**Key words**

Caporalato e lavoro digitale, lavoratori extracomunitari, lavoro non dignitoso, sfruttamento del lavoro, emersione del lavoro irregolare.

Illegal hiring and digital work, indecent work, immigrant workers, labour exploitation, transition to regular work.

**Tribunale di Milano (sez. Misure di Prevenzione) 27 Maggio 2020,  
Decr. 9/2020 – Pres. Rel Roia**

**Misure di prevenzione patrimoniali – Diverse dalla confisca – Amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende – Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro – Riders - Sufficienti indizi – Libero esercizio di determinate attività economiche – Agevolazione – Soggetti sottoposti a procedimento penale – Principio di proporzionalità – Adeguatezza.**

*Il Tribunale di Milano, Sezione autonoma delle misure di prevenzione, ha disposto la misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria nei confronti di una s.r.l. italiana per l'ipotesi di aver agevolato il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-bis c.p.), ritenendo sussistenti "sufficienti indizi" – nel caso di specie anche gravi, precisi e concordanti. Nel caso specifico, l'amministrazione giudiziaria disposta dovrà essere finalizzata ad analizzare i rapporti esistenti con le altre società collegate e con i lavoratori operanti nel settore della distribuzione a domicilio, per verificare se esistano altre forme di sfruttamento di lavoratori esterni, nonché a verificare l'esistenza e l'idoneità del modello organizzativo previsto dal d.lgs. 231/2001 per prevenire fattispecie di reato ricollegabili all'art. 603 bis c.p.*

★ ★ ★

**Carla Pansini**

## I nuovi confini applicativi dell'amministrazione giudiziaria delle aziende

**Sommario:** 1. Rilievi preliminari. 2. Il *background*. 3. L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende. 4. Osservazioni conclusive

### 1. Rilievi preliminari

Dopo un anno da un analogo provvedimento<sup>1</sup>, il Tribunale di Milano, Sezione misure di prevenzione, torna a disporre la misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria *ex art. 34, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159* (c.d. Codice antimafia) nei confronti di un'azienda presso la quale i lavoratori venivano sottoposti a condizioni di sfruttamento. La decisione in commento si colloca nel solco di precedenti provvedimenti<sup>2</sup> dello stesso Tribunale milanese, con i quali l'amministrazione giudiziaria – misura di prevenzione nata per arginare il dilagare delle organizzazioni mafiose nel tessuto economico – “viene utilizzata per riorientare i rapporti di lavoro nell'ambito della economia informale e deregolamentata della cosiddetta ‘gig economy’”<sup>3</sup>.

Nella vicenda di cui ci si occupa, la misura è stata applicata coraggiosa-

<sup>1</sup> V. Tribunale di Milano, Sez. Misure di prevenzione, 7 maggio 2019 n. 59, Pres. Roia, Ceva Logistics Italia s.r.l., con cui si è disposta l'amministrazione giudiziaria *ex art. 34 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159* nei confronti di una importante azienda multinazionale operante nel settore della logistica, per sospetta attività di sfruttamento di lavoratori. In dottrina, per il caso specifico, cfr. MERLO, *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione*, in *RTDPC*, 2019, p. 171 ss.

<sup>2</sup> V. anche Trib. Milano, Sez. misure di prevenzione, aprile 2011, con il quale la misura di prevenzione veniva disposta a carico di alcune filiali del colosso TNT s.p.a. operanti nell'area lombarda; misura poi revocata cinque mesi più tardi dallo stesso Tribunale, su conforme richiesta dell'autorità requirente, riconoscendosi alla multinazionale di aver effettuato una seria attività di *compliance* tesa da un lato a recidere le connessioni con la criminalità organizzata che avevano motivato l'iniziale intervento giudiziario e, dall'altro, a dotarsi di adeguati strumenti preventivi per scongiurare il rischio di future “ricadute”; Trib. Milano, Sez. misure di prevenzione, 24 giugno 2016, Pres. Roia, Est. Tallarida, in cui l'amministrazione giudiziaria è applicata a una società di proprietà pubblica operante presso la Fiera milanese, cui era contestato di essersi avvalsa delle forniture di servizi resi da un ente gestito di fatto da soggetti riconducibili ad ambiti criminali, mediante prassi negoziali elusive delle regole anti-infiltrazione mafiosa. In dottrina, VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *DPC*, 2012.

<sup>3</sup> Per approfondimenti sul tema, cfr. ESPOSITO A., *Gig economy e recupero della legalità*, in *LPen.*, (7), 2020.

mente nei confronti di una s.r.l. italiana, *Uber Italy*, costola del grande colosso internazionale *Uber*, sul presupposto della sussistenza di “sufficienti indizi” circa l’agevolazione da parte della stessa società italiana di condotte, penalmente rilevanti, di sfruttamento del lavoro, poste in essere dai titolari di imprese che gestivano il servizio di *food delivery* in alcune città italiane coperte da questo.

Tralasciando i concreti aspetti fattuali, essendo la questione ancora *sub judice*, i meriti del provvedimento adottato dal Tribunale di Milano sono sicuramente quello da un lato di aver disvelato nuove forme di sfruttamento del lavoro, al passo con i tempi, che si realizzano attraverso le piattaforme digitali<sup>4</sup>, portando alla ribalta il c.d. “caporalato digitale”; dall’altro, di essere ricorso ad un intervento preventivo e non repressivo che meglio si adatta alla realtà economica contingente e ad ambiziosi quanto più generali obiettivi di recupero della legalità imprenditoriale, volti a realizzare interessi pubblici superiori minati da situazioni di contiguità criminale.

Ed è proprio su questo secondo aspetto che si appuntano queste brevi osservazioni.

## 2. *Il background*

L’ordinanza del Tribunale di Milano sollecita, difatti, alcune riflessioni, che possono essere meglio comprese se si cala la misura disposta nella “cornice” storico-giuridica all’interno della quale essa ha assunto gli attuali connotati applicativi.

L’amministrazione giudiziaria è una misura di prevenzione patrimoniale – oggi dettagliatamente disciplinata dal d.lgs. 159/2011 (c.d. “Codice antimafia”) – che si affianca alle tradizionali misure *ante e praeter delictum* del sequestro e della confisca di prevenzione e all’innovativo “controllo giudiziario”, previsto dall’art. 34 *bis* dello stesso decreto del 2011<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> In dottrina, tra gli altri, BRAMBILLA, “*Caporalato tradizionale*” e “*nuovo caporalato*”: recenti riforme a contrasto del fenomeno, in *RTDPE*, 2017, p. 191 ss.

<sup>5</sup> Per un’analisi delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, v. FILIPPI, CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Giappichelli, 2011; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Volume I, Aspetti sostanziali e processuali*, Giuffrè, 2019, p. 490 ss.; MOLINARI, PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza*, Giuffrè, 2002, *passim*.

L'istituto viene introdotto nell'ordinamento italiano con il d.l. 8 giugno 1992 n. 306 (recante "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa"), conv. nella l. 7 agosto 1992 n. 356, nell'ambito di un intervento normativo di reazione alla strage di Capaci e con il quale venivano disciplinati inediti istituti volti a contrastare più efficacemente il fenomeno mafioso, colpendo attività economiche collaterali<sup>6</sup>.

Nello specifico, seppur in maniera sommaria, va ricordato che, qualora, a seguito di accertamenti investigativi e patrimoniali, fossero emersi "sufficienti elementi" per ritenere che l'esercizio di determinate attività economiche fossero sottoposte alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero potessero comunque agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali fosse stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o, ancora, dei soggetti sottoposti a procedimento penale per gravi delitti (artt. 416-*bis*, 629, 630, 648-*bis* e 648-*ter* c.p.), l'art. 3 *ter* della l. 31 maggio 1965 n. 575 (come modificato dall'art. 24 d.l. 306/1992) prevedeva che il tribunale, sezione misure di prevenzione, potesse disporre "la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni", nominando un amministratore e il giudice delegato al fine di assumere la direzione dell'attività aziendale per riportarla nell'ambito della legalità<sup>7</sup>. All'esito del "percorso di bonifica", qualora questo non avesse avuto esito positivo, poteva essere disposta la confisca dei beni<sup>8</sup>.

Successivamente, con l'entrata in vigore del c.d. "Codice antimafia", la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni confluì nell'art. 34 di

<sup>6</sup> Invero, tale peculiare istituto era stato già previsto, seppure con alcune diversità, dagli artt. 22, 23 e 24.l. 22 maggio 1975 n. 152 (c.d. "Legge Reale") dal combinato disposto dei quali si prevedeva la possibile "sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni personali, esclusi quelli destinati all'attività professionale o produttiva quando ricorrono sufficienti indizi che la libera disponibilità di essi da parte delle persone indicate negli articoli 18 e 19 agevoli comunque la condotta, il comportamento o l'attività socialmente pericolosa prevista nelle norme suddette", con la nomina da parte del giudice di "un curatore speciale scelto tra gli iscritti negli albi degli avvocati, dei procuratori legali, dei dottori commercialisti o dei ragionieri". Sul punto v., tra gli altri, MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001. V. anche MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *APen*, 2018, p. 3 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CELENTANO, *Il sequestro, la confisca e la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni*, in *Quad. CSM*, (104), 1998, p. 99 ss.

<sup>8</sup> Cfr. MENDITTO, *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, in *QG*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

quel decreto, fu rinominata “amministrazione giudiziaria di beni connessi ad attività economiche”, ridisegnata come misura diversa ed alternativa a quella della confisca, trovando precipua collocazione nel Capo V di quel Codice, dedicato proprio alle “misure di prevenzione diverse dalla confisca”. Una misura, insomma, geneticamente sganciata dai presupposti per l'applicazione delle tradizionali misure ablativo di prevenzione, tanto da poter essere disposta qualora non ricorressero i presupposti per l'applicazione di altra misura preventiva e “innestata dal rilievo che il libero esercizio di attività economiche anche imprenditoriali, a causa di infiltrazione di delinquenza di tipo mafioso, po[tesse] agevolare le attività di sottoposti a misure di prevenzione o soggetti indagati per taluni gravi reati”<sup>9</sup>.

Alla data di scadenza della misura e con il provvedimento di revoca di essa, il tribunale poteva prescrivere il “controllo giudiziario”, con cui stabiliva, per un lasso di tempo predeterminato, alcuni obblighi comunicativi a carico di chi aveva la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni, informando determinate pubbliche autorità sui movimenti economici e finanziari compiuti o subiti.

La l. 17 ottobre 2017 n. 161 ha, poi, integralmente riscritto l'art. 34 del d.lgs. 159/2011, fissando in modo preciso i presupposti della misura e ridefinendo i rapporti non solo con l'istituto della confisca, ma anche – e soprattutto – con il controllo giudiziario; quest'ultimo ha trovato disciplina specifica nel successivo articolo 34-bis, acquisendo – anche topograficamente – autonomia applicativa<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Per questa puntuale ricostruzione v. Cass., Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 46898, Ricchiuto, in *Sistema pen.*, (5), 2020. In dottrina, v. CAPECCHI, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, in *DPC*, 2017; VARRASO, EPIDENDIO, *Codice delle confische penali*, Giuffrè, 2018, p. 1481 ss.

<sup>10</sup> Si v. BALATO, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all'art. 34-bis codice antimafia*, in *DPC*, 2019, 3; BALSAMO, MATTARELLA, voce *Codice antimafia* (riforma del), in *DDP*, Giappichelli, 2018, p. 41 ss.; CANTONE, COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *DPC*, 2018, 10; DE GENNARO, GRAZIANO, *La nuova legislazione antimafia. Commento organico alla legge 17 ottobre 2017, n. 161, di riforma del codice antimafia*, DIKE, 2017, p. 159 ss.; MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *APen*, 2018, p. 325 ss.; PERONACI, *Dalla confisca al controllo giudiziario delle aziende: il nuovo volto delle politiche antimafia. I primi provvedimenti applicativi dell'art. 34-bis D.lgs. 159/2011*, in *GP*, 2018, 9; VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *DDP*, 2018, p. 145 ss.

Il legislatore “antimafia”, con l’ultimo intervento normativo, ha, quindi, introdotto nuovi strumenti non ablativi e reso quelli già esistenti più duttili al mutato contesto socio-criminale. Aldilà della discutibile stratificazione normativa, l’obiettivo comune della recente produzione di norme è quello di arginare in maniera risolutiva la ramificazione del fenomeno criminale di stampo mafioso nel tessuto economico e sociale, attraverso il monitoraggio di quelle imprese in cui si individuano contaminazioni criminali più o meno intense e di differente articolazione.

Il metodo innovativo di disinquinamento mafioso delle attività economiche risiede nell’attivare un controllo statale preventivo di quelle attività delle imprese a rischio, che eviti – qualora possibile – lo spossessamento gestorio, tutelando così la continuità aziendale ma, allo stesso tempo, anticipando la soglia di rilevanza penale delle condotte stigmatizzabili<sup>11</sup>. Il legislatore ha cercato un difficile punto di equilibrio tra l’esigenza di prevenire le infiltrazioni criminali nelle attività economiche e quella di salvaguardare i preminenti interessi collettivi anche e soprattutto nell’esercizio dell’attività imprenditoriale: superata la tradizionale endiadi sequestro-confisca, le nuove misure sono state pensate proprio per recidere il nodo dei rapporti tra imprese e criminalità organizzata attraverso un approccio più strutturato alla *compliance* delle aziende, a difesa della legalità ma conservando la titolarità del bene in capo all’imprenditore. Va precisato che l’intervento riguarda imprese che non hanno una genesi totalmente mafiosa e per le quali vengono adottati strumenti lenitivi degli effetti dei provvedimenti interdittivi e preventivi.

La caratteristica di entrambe le misure, difatti, è che esse consentono l’intervento dello Stato per la sola amministrazione dei beni, ferma la disponibilità di fatto e giuridica degli stessi da parte del preposto: nell’amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. 159/2011) c’è una sterilizzazione dell’organizzazione dell’azienda mentre nel controllo giudiziario (art. 34-*bis* d.lgs. 159/2011) lo Stato riduce ancor di più il livello di azione, limitandosi ad esercitare un controllo sulla *gestio*, che resta di spettanza degli organi ordinari facenti capo al soggetto attinto dalla misura. L’attività economica non subisce, quindi, sostanziali soluzioni di continuità che possano incidere negativamente sull’eventuale parte “sana” delle aziende.

<sup>11</sup> In questi termini la *Relazione della Commissione ministeriale* incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, istituita con D.M. 10 giugno 2013, presieduta dal Prof. G. Fiandaca, 2014, 13.

In altri termini, ci si trova di fronte ad un principio di progressività dell'intervento prevenzionale se disposto a carico di imprese, punto di arrivo di un percorso evolutivo della normativa di settore volto ad evitare, come anticipato, il radicale spossessamento dei beni aziendali e le conseguenti traumatiche ripercussioni sul tessuto economico, anche solo territoriale. Difatti, l'ingerenza dello Stato nella gestione delle imprese è maggiore o minore a seconda del grado di "contiguità" o di "infiltrazione" mafiosa, limitando l'utilizzo di strumenti ablativi "radicali" come il sequestro e la confisca a quei contesti in cui non sia possibile legalizzare l'impresa o quando questa sia strutturalmente ed irrimediabilmente illecita.

Nel corso del tempo, il ventaglio dei delitti che consentono l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria e, più in generale, delle altre misure di prevenzione patrimoniali è stato incrementato<sup>12</sup>, fino a ricomprendere nei reati-catalogo il delitto di "Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro" di cui all'art. 603-bis c.p. Si è assistito, in altri termini, ad un ampliamento dell'intervento preventivo che oggi va ben oltre la mera lotta ai patrimoni delle organizzazioni mafiose per ricomprendere il contrasto ad ogni forma di infiltrazione "criminale" nell'imprenditoria e nel libero esercizio delle attività economiche<sup>13</sup>, in una dialettica non già vetero-sanzionatoria ma finalizzata a mettere le imprese nelle condizioni di poter operare nel rispetto delle regole di mercato.

Il *focus*, insomma, è su quelle imprese che fungono – o potrebbero fungere – da strumento per il perseguimento di fini delittuosi allorché, pur svolgendo attività lecite, operano attraverso modalità che producono alterazione delle regole generali della concorrenza; l'obiettivo, invece, è il "recupero" di

<sup>12</sup> Perplessità sull'ampliamento del raggio di azione delle misure di prevenzioni patrimoniali anche a reati quali, ad esempio, quelli relativi alla delinquenza da stadio, lo *stalking* o quelli contro la P.A. sono espresse da MANNA, *op. cit.*, p. 13 ss.

<sup>13</sup> Ad esempio, la l. 161/2017 ha modificato alcune parti del cd. Codice antimafia, in particolare allargando la platea dei destinatari delle misure patrimoniali agli indiziati di vari reati contro la Pubblica amministrazione. L'aver ricompreso nei nuovi destinatari anche i *corrottori* (art. 321 c.p.) e aver previsto che si possano sottoporre ad amministrazione giudiziale anche i soggetti non indiziati di reati contro la P.A. quando risulti che il *libero esercizio da parte loro delle attività economiche* possa agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta la misura di prevenzione fa comprendere come la riforma si svincoli ormai completamente dall'etichetta antimafia data al testo unico e finisca per aggredire anche il diverso settore dei reati contro la P.A., coinvolgendo non solo pubblici ufficiali "infedeli" ma anche privati che li agevolino con la loro attività imprenditoriale.

esse alla libera concorrenza, all'esito di un percorso emendativo che passa attraverso strumenti plasmabili alle diverse realtà criminali<sup>14</sup>.

3. *L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende*

Concentrando l'attenzione sulla misura disposta dal Tribunale di Milano, l'amministrazione giudiziaria delle attività economiche e delle aziende presuppone, ai sensi del co. 1 dell'art. 34 del c.d. "codice antimafia", la condizione minima della sussistenza di "sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-bis" c.p. o che "possa comunque agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione personale o patrimoniale", ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b) e *i-bis*" del suddetto decreto, "ovvero per i delitti previsti dagli articoli 603-bis, 629, 644, 648-bis e 648-ter" c.p., legittimando il tribunale (anche d'ufficio allorché la proposta abbia avuto ad oggetto una richiesta di sequestro e confisca ai sensi degli artt. 20 ss. d.lgs. cit.) a disporre "l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività". Tale misura può essere adottata per un periodo non superiore ad un anno e prorogabile di sei mesi in sei mesi, sino ad un termine massimo di due anni.

L'art. 34 d.lgs. 159/2011 delinea due situazioni alternative, non sovrapponibili, ma che presuppongono entrambe una consistente piattaforma probatoria indiziaria<sup>15</sup>, ancorché svincolata dai requisiti della gravità, precisione e concordanza richiesti dall'art. 192, co. 2, c.p.p. in sede di accertamento penale<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> v. Cass., Sez. Un., 26 settembre 2019 n. 46898, Ricchiuto, cit.

<sup>15</sup> Ritiene debba trattarsi della "stessa gravità indiziaria richiesta per l'applicazione della misura cautelare personale nel procedimento penale" MENDITTO, *Le misure di prevenzione, cit.*, p. 161 ss.

<sup>16</sup> V. Cass. pen., Sez.V, 17 luglio 2018 n. 33149 ove si legge che gli indizi su cui si fonda il giudizio di pericolosità non devono possedere i caratteri di gravità, precisione e concordanza fissati dall'art. 192 c.p.p.; Cass. Sez.V, 15 marzo 2018 n. 17946, in CED n. 273036-01, secondo cui nel giudizio di prevenzione, considerata l'autonomia di quel procedimento rispetto al giu-

È lo stesso Tribunale di Milano a sottolineare come il mutamento lessicale dovuto alla sostituzione con l'espressione "sufficienti indizi" – adottata nel nuovo art. 34 – di quella "sufficienti elementi" – utilizzata, invece, nella formulazione precedente dello stesso articolo – non possa consentire applicazioni della misura *de qua* "su presupposti maggiormente labili rispetto alle coordinate di intervento già consolidate" da una giurisprudenza che tende "ad ancorare il sistema della prevenzione ad elementi fattuali dotati di un rilevante spessore probatorio". Del resto, nel decreto si riportano in maniera dettagliata i risultati dell'attività investigativa – consistita in intercettazioni, sommarie informazioni testimoniali e sequestri di documentazione – che hanno consentito agli organi inquirenti di disegnare un corposo quadro indiziario<sup>17</sup> circa l'esistenza di una articolata struttura organizzativa illecita e di rapporti lavorativi precari con una vasta schiera di *riders*, operanti in diverse città italiane, in nome e per conto di *Uber*, reclutati in una situazione di emarginazione sociale e di fragilità sul piano della possibile tutela dei diritti minimi.

Va precisato che nella prima ipotesi delineata dall'art. 34 d.lgs. 159/2011, i "sufficienti indizi" portano a ritenere che l'esercizio delle attività economiche sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416-*bis* c.p., come delineati dalla giurisprudenza per il reato di partecipazione ad associazione di tipo mafioso. È evidente che in questo contesto la società soggetta ad intimidazione o assoggettamento sia vittima dell'organizzazione criminale.

Nel secondo caso, invece, i "sufficienti indizi" consentono di ritenere che l'esercizio dell'attività economica possa agevolare l'azione di due categorie di soggetti: a) persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione "personale o patrimoniale previste dagli articoli 6 e 24" del codice antimafia<sup>18</sup>, ovvero b) di persone sottoposte a pro-

dizio di merito, "la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 c.p.p., né le chiamate in correità o in reità devono essere necessariamente sorrette da riscontri individualizzanti".

<sup>17</sup> Il Tribunale di Milano, a p. 5 del decreto, arriva a ritenere i sufficienti indizi nel caso di specie "gravi, precisi e concordanti in relazione al copioso materiale probatorio raccolto dall'attività dell'organo proponente".

<sup>18</sup> Il riferimento (rispetto al testo originario del d.l. 306/1992) riguarda tutte le forme di pericolosità previste dal d.lgs. cit., quindi non solo gli indiziati di mafia ma anche i cd. pericolosi generici, vale a dire persone che vivono anche in parte del provento di delitti, ivi compresi

cedimento penale per plurimi delitti, appartenenti ad un catalogo individuato *ope legis*. È sufficiente, quindi, che la persona sia anche solo sottoposta a procedimento penale per uno dei delitti richiamati, tra i quali la l. 17 ottobre 2017 n. 161 ha inserito quello di cui all'art. 603-*bis* c.p.

Va da sé che l'agevolazione implichi una situazione stabile e durevole di contiguità, commistione o cointeressenza tra attività economica e criminalità, non richiedendosi che la condotta agevolatrice venga portata a termine con modalità illecite ovvero che il soggetto agevolato sia stato riconosciuto penalmente responsabile di alcunché, ma essendo invece necessario e sufficiente che l'esercente l'attività economica agevolatrice sia formalmente e sostanzialmente terzo rispetto all'agevolato<sup>19</sup> e che l'attività del primo abbia offerto un contributo eziologicamente agevolatore in favore di quest'ultimo.

Non solo. Il soggetto terzo deve aver posto in essere una condotta agevolatrice censurabile unicamente sotto il profilo della rimproverabilità colposa, diversamente dovendosi ascrivere una condotta dolosa ad ipotesi concorsuali o favoreggiatrici.

Nello specifico del “caso *Uber*” il decreto ripercorre gli elementi investigativi dai quali può imputarsi alla multinazionale l'omesso controllo dell'attività di sfruttamento dei lavoratori utilizzati per le consegne, di cui era consapevole, nonostante la formale presenza di accordi contrattuali apparentemente di segno contrario. Trattasi, tuttavia, secondo il Tribunale, di condotta colposa, che abbraccia, quindi, la violazione delle comuni regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società dovrebbe essersi data – anche dotandosi di un codice etico – o che “costituiscano norme di comportamento esigibili sul piano della legalità da un soggetto, che opera ad un livello medio-alto nel settore degli appalti di opere e/o servizi”.

Questi punti necessitano alcuni rilievi conclusivi, cui si rinvia.

Sotto differente profilo, strettamente procedurale, il Tribunale con il provvedimento con cui ha disposto l'amministrazione giudiziaria nomina il giudice delegato e un amministratore giudiziario (art. 34, co. 3, codice anti-

quelli tipici di criminalità da profitto (evasione fiscale costituente reato, corruzione, bancarotta, etc.

<sup>19</sup> E unico presupposto negativo previsto dalla norma è che non sussistano i requisiti per applicare una misura di prevenzione nei confronti dell'imprenditore o comunque di colui che esercita l'attività economica agevolatrice. Difatti, se l'imprenditore fosse solo un prestanome del soggetto agevolato, scatterebbe l'immediato sequestro dei suoi beni. V. QUATTROCCHI, *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale*, in *GP*, 2020, 6, p. 3.

mafia). Quest'ultimo viene immesso nel possesso dei beni e delle aziende oggetto della misura esercitando "tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura".

Entro la data di scadenza dell'amministrazione giudiziaria, eventualmente prorogata, il tribunale delibera in camera di consiglio – con la partecipazione obbligatoria del pubblico ministero – i provvedimenti finali: la *revoca* della misura, disposta quando sono venuti meno i pericoli di agevolazione descritti; la *revoca* della misura con contestuale applicazione del controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* d.lgs. cit., qualora sussistano i relativi presupposti, ovvero il pericolo dell'agevolazione non sia completamente escluso ma resti relegato entro gli argini dell'occasionalità e non sussistano i presupposti della confisca; la confisca dei beni, disposta quando si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. In questo caso, alla presumibile origine illecita dei beni, presupposto della confisca di prevenzione, si sostituisce l'obiettivo commistione di interessi dell'impresa in quanto divenuta "entità essa stessa produttiva di capitali illeciti", considerandosi illecita la stessa attività produttiva di reddito, indipendentemente dal requisito della sproporzione.

L'aspetto sicuramente da non tralasciare è che la procedura potrebbe concludersi con una restituzione del bene al soggetto. Si dice che l'amministratore "gestisce l'impresa per conto di chi spetta" e questa gestione deve essere fatta in modo efficiente, trasparente, efficace e rispettoso delle leggi. L'amministratore giudiziario viene chiamato, quindi, a proseguire la gestione già spettante agli amministratori (revocati) dell'azienda, con l'effetto che non si verifica alcuna soluzione di continuità nell'amministrazione della società; la sua entrata in carica non determina alcun mutamento, né risoluzione dei contratti e dei rapporti in corso di svolgimento, l'esecuzione dei quali deve pertanto proseguire.

Da più parti è stato sottolineato che la finalità dell'istituto di cui ci si occupa non è repressiva quanto, piuttosto, preventiva, giacché mira a contrastare "la contaminazione anti-giuridica di imprese sane" attraverso un intervento dello Stato che le restituisca il più rapidamente possibile al libero mercato una volta "epurate" degli elementi inquinanti.

Del resto, non è più attuale la dicotomia impresa lecita-impresa illecita in quanto il ventaglio delle possibilità che di fatto possono verificarsi rispecchia il grado o le modalità di coinvolgimento e/o infiltrazione dell'organizzazione criminale.

4. *Osservazioni conclusive*

Qualche riflessione conclusiva.

Innanzitutto – critica – sui limiti del ricorso all'amministrazione giudiziaria nella materia *de qua*, che abbraccia l'individuazione esatta del perimetro applicativo della misura di cui all'art. 34 d.lgs. 159/2011, caratterizzata – come detto – dal sottrarre temporaneamente il controllo dell'azienda al soggetto destinatario di essa, in presenza di situazioni eterogenee.

Se meno ambiguo sotto il profilo interpretativo risulta essere il presupposto di cui alla prima parte del co. 1 dell'art. 34 d.lgs. 159/2011 (ovvero la sussistenza di sufficienti indizi tali da rivelare condizioni di intimidazione o assoggettamento di tipo mafioso) è la condotta "agevolatrice" a destare perplessità, in quanto il legame tra attività economica e criminalità agevolata è espressione di una commistione di interessi difficili da isolare. Del resto, l'individuazione del perimetro di censurabilità del comportamento del soggetto agevolatore quantomeno nell'ambito della colpa deriva dal necessario adattamento ad una lettura costituzionalmente orientata del presupposto applicativo della misura di prevenzione *de qua*, che di fatto limita il fondamentale diritto all'iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost.<sup>20</sup>.

Ed invero, il Tribunale di Milano dedica particolare attenzione proprio al requisito dell'agevolazione offerta alle persone sottoposte a procedimento penale per il reato di cui all'art. 603*bis* c.p., evidenziando come quella condotta debba essere espressiva quanto meno di una negligenza o imperizia, quindi di rimproverabilità colposa<sup>21</sup>. Diversamente argomentando, la misura patrimoniale non potrebbe attingere né attività economiche svolte nel rispetto delle normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale<sup>22</sup> né, tantomeno, all'opposto, quelle svolte nella piena consapevolezza

<sup>20</sup> FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *DPP*, vol.VII, 114. Il merito del provvedimento che si commenta sta nell'aver disposto l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria adottando interpretazioni costituzionalmente e convenzionalmente orientate, anche "nel solco delle recenti sentenze della Corte europea (De Tommaso c. Italia del 3 marzo 2017), delle Sezioni Unite della Cassazione (sent. nn. 40076/2017, Paternò e 111/2018, Gattuso) e, da ultimo, della Corte costituzionale (sent. n. 24/2020)". Per queste osservazioni v. MENDITTO, *La nuova frontiera*, cit.

<sup>21</sup> V. Corte cost., 29 novembre 1995 n. 487.

<sup>22</sup> Trib. Milano, 23 giugno 2016, Nolostand s.p.a.

della agevolazione del sodalizio criminale<sup>23</sup>. A ben guardare, però, è difficile ipotizzare che delle grandi multinazionali del *food delivery* non eseguano un controllo costante sulla attività svolta dai *fleet partners* circa le concrete modalità di esecuzione dei rapporti di lavoro con i *riders* e, di conseguenza, che manchi la consapevolezza dell'esistenza di una situazione di sfruttamento o, addirittura, che ci sia una voluta tolleranza di determinare situazioni; circostanza che comporterebbe una conseguente responsabilità penale dei soggetti-persone fisiche tramite i quali queste operano sul mercato delle consegne di cibo a domicilio, facendo apparire l'amministrazione giudiziaria una misura ad armi spuntate se non addirittura distonica.

A ben leggere il decreto del Tribunale di prevenzione, tuttavia, c'è molto di più: dalla ricostruzione emerge la penetrante e costante ingerenza di Uber nel reclutamento e gestione dei lavoratori, che limitava – sino di fatto ad eroderla – l'autonomia gestionale dei suoi *partners*, con evidenti ricadute sulle decisioni lavorative dei singoli *riders*.

Però, sotto il profilo soggettivo, una cosa è contestare l'“omesso controllo da parte della società” ovvero una “grave deficienza organizzativa”, che sarebbero stati entrambi realizzati da *Uber Italy* s.r.l. “a favore di tutti i soggetti indiziati dei delitti *ex art. 603 bis* e *648 bis* [c.p.] che più direttamente gestivano e sfruttavano la pattuglia dei lavoratori (che consegnano) a domicilio”<sup>24</sup> e altra cosa è affermare la piena consapevolezza, “malgrado la formale presenza di accordi contrattuali soltanto apparentemente di segno contrario”, “dell'attività di sfruttamento dei lavoratori utilizzati nelle consegne”, desumibile dal “ruolo attivo svolto da *ex* dipendenti e dipendenti, posti in posizioni apicali, della *Uber Italy* srl”<sup>25</sup>. E poichè *Uber*, come persona giuridica, agisce per il tramite delle persone fisiche dotate di potere decisionale, rappresentativo e di controllo, qualora queste dovessero risultare essere state pienamente consapevoli dello sfruttamento dei *riders*, verrebbe meno sia la rimproverabilità soggettiva limitata al profilo colposo sia la posizione di terzi della società rispetto all'attività illecita. Con la logica conseguenza che verrebbero a cadere due presupposti indefettibili per l'applicazione della misura dell'amministrazione giudiziaria *ex art. 34* d.lgs. 159/2011, dovendosi così ricorrere ad altri strumenti preventivi previsti nell'ordinamento ovvero

<sup>23</sup> Ancora Trib. Milano, 23 giugno 2016, NoloStand s.p.a.

<sup>24</sup> Così a p. 57 del decreto del Tribunale di Milano.

<sup>25</sup> Testualmente a p. 56/57 del decreto del Tribunale di Milano.

all'istituto del commissariamento giudiziale ai sensi dell'art. 15 d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231<sup>26</sup>, applicabile quando l'attività illecita è compiuta nell'interesse dell'azienda e non viceversa.

E su questo binario sembra essersi mossa la Procura di Milano, se è vero che nelle more dello svolgimento dell'amministrazione giudiziaria le indagini preliminari a carico di Uber Italy sono state chiuse, la sua posizione stralciata e ricondotta nell'ambito di violazioni della legge n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti.

In attesa di conoscere gli esiti dell'udienza fissata per la seconda metà di ottobre nell'ambito del procedimento di prevenzione, va detto che gli aspetti positivi del provvedimento in commento superano di gran lunga quelli negativi.

Innanzitutto, quanto al perimetro dei rapporti con il controllo giudiziario, questo è ben colto dallo stesso Tribunale che nel decreto sottolinea come quest'ultima misura sia meno aggressiva “ma maggiormente aderente alle esigenze di bonifica aziendale”, dovendo essere adottata sulla base di “un evidente principio di proporzionalità ordinamentale”, laddove l'infiltrazione criminale “non abbia contaminato in maniera diffusa l'impresa e sia facilmente sterilizzabile”. Del resto, è proprio il legislatore “antimafia” a circoscrivere il ricorso alla misura di cui all'art. 34 *bis* alle ipotesi in cui la condotta agevolatrice sia meramente occasionale, imponendo al tribunale una attenta verifica del livello di “compromissione della struttura societaria” e optando così per lo strumento preventivo più adatto alla risoluzione del problema<sup>27</sup>. Il tutto per intraprendere un efficace percorso di “(ri)legalizzazione”, volto al raggiungimento degli obiettivi produttivi e per la salvaguardia del potenziale occupazionale.

Sotto questo profilo – e al di là delle perplessità evidenziate – nel caso di specie il Tribunale di Milano ha ritenuto l'amministrazione giudiziaria misura adeguata e proporzionata, stante la particolare rilevanza e diffusione del comportamento tenuto dai quadri di *Uber Italy* s.r.l., che si celava attraverso un regolare schema contrattuale solo formale, completamente diverso dalla realtà fattuale: un comportamento, quindi, stabile e tutt'altro che “occasionale” che

<sup>26</sup> V. DE FLAMMINIS, *La mappatura del rischio da reato nel commissariamento e nell'amministrazione giudiziaria tra attualità e prospettive*, in *DPC*, 2015.

<sup>27</sup> BONTEMPELLI, *L'accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia*, in *DPC*, 2018, ritiene che il controllo giudiziario sia misura speciale rispetto a quella ex art. 34 d.lgs. 159/2011.

fa escludere la possibilità di ricorrere alla misura meno aggressiva. Pur tuttavia, il modello di amministrazione giudiziaria adottato in concreto sembra mutare molti connotati dalla misura *ex art. 34 bis*, essendo stata di fatto disposta una sorta di “vigilanza prescrittiva”<sup>28</sup> modulata al fine preventivo perseguito nella fattispecie concreta<sup>29</sup>.

Un plauso va rivolto anche al corretto esercizio, nel caso di specie, dei poteri riconosciuti in via generale dalla norma al Tribunale.

L'art. 34 d.lgs. 159/2011 al co. 2 prevede che nella sua relazione l'amministratore giudiziario possa evidenziare “la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura”. Inoltre, con il provvedimento di nomina, l'amministratore giudiziario è investito del potere di esercitare “tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura” nonché, nel caso di imprese costituite in forma societaria, “i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal Tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa” (art. 34, co. 3, d.lgs. 159/2011).

Nulla tale previsione normativa dice sul potere dell'amministratore giudiziario nominato di mappare le aree a rischio reato e adottare – per poi attuare – i modelli organizzativi per la prevenzione di tali rischi.

La circostanza lascia perplessi se si riflette sul fatto che la mappatura delle aree a rischio di reato e l'adozione di modelli organizzativi – che sono strumenti di *governance* – sono attività previste espressamente nell'ambito di misure affini a quella disciplinata dall'art. 34 d.lgs. 159/2011 le quali, pur avendo caratteristiche e presupposti diversi, presentano similitudini tali da ritenere di poter estenderne l'applicazione anche alle aziende sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali diverse dal sequestro e confisca. Il riferimento è, ad esempio, al commissariamento disposto ai sensi della disciplina sulla responsabilità degli enti (art. 15 d.lgs. 231/2001) e della nuova normativa anticorruzione (art. 32 d.l. 24 giugno 2014 n. 90). Ma, soprattutto, è nell'art. 34 *bis* dello stesso d.lgs. 159/2011 che il legislatore al co. 3, lett. d) stabilisce *expressis verbis* che il tribunale può imporre all'amministratore giudiziario da

<sup>28</sup> Cfr. VISCONTI, TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *LPen.*, 2018, 2, p. 34.

<sup>29</sup> V. VERNERO, PARENA, ARTUSI, *Risk Management e modelli organizzativi*, in *Impresa e rischio*, 2015, p. 13.

esso stesso nominato l'obbligo "di adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24 *ter*" del d.lgs. 231/2001.

Non è dato sapere se sia stata una precisa scelta del legislatore o, piuttosto, frutto di una sua mancata visione d'insieme quella di aver circoscritto l'imposizione di questo specifico obbligo laddove la nomina dell'amministratore giudiziario rivesta la qualità precipua di sanzione a fronte dell'accertamento della commissione di un reato riconducibile all'ente (art. 15 d.lgs. 231/2001)<sup>30</sup> ovvero in presenza di mere condotte occasionali (art. 34 *bis* d.lgs. 159/2011) e non averla prevista per l'amministrazione giudiziaria.

Tuttavia, sfugge la *ratio* di questa limitazione normativa, che andava colmata con una interpretazione sistematica: il giudice, nel provvedimento di nomina dell'amministratore giudiziario, dà direttive che consentono quanto meno all'amministratore giudiziario di valutare l'opportunità – se non addirittura la necessità – di procedere alle mappature o all'adozione dei modelli di organizzazione e trasparenza. Oppure, potrebbe essere lo stesso amministratore, nella relazione particolareggiata *ex art.* 36 d.lgs. 159/2011 ad indicare al giudice (ai sensi della lett. e) tra le "forme di gestione più idonee e redditizie dei beni" amministrati anche quella di predisposizione di questi atti, quando ciò sia compatibile con i costi, le spese e i tempi di gestione ordinaria degli stessi beni. Del resto, la possibilità che tramite l'azienda venga perpetrato un illecito si fonda su di un presupposto di fatto, ovvero il "disordine organizzativo", che può essere presupposto tanto di un illecito commesso a vantaggio o nell'interesse dell'ente quanto di un illecito commesso a danno dell'azienda.

E il Tribunale di Milano, in maniera innovativa, indica il perimetro entro cui dovrà concentrarsi l'azione di bonifica: *in primis*, sulla verifica delle singole posizioni dei dipendenti coinvolti nella vicenda giudiziaria; in secondo luogo, sull'accertamento dell'effettiva attività svolta dalle società rientranti nella galleria *Uber*, per verificare la correttezza dei rapporti contrattuali e dell'appli-

<sup>30</sup> Con la previsione di questa sanzione il legislatore ha voluto rispondere all'esigenza di coniugare l'interesse pubblico alla punizione dell'ente con l'interesse altrettanto pubblicistico di tutela della collettività, soprattutto sotto il profilo dell'economia e del mantenimento dei livelli occupazionali. Sembra, quindi, emergere quasi una finalità "curativa" dell'ente: il commissariamento, nonostante abbia un contenuto precipuamente sanzionatorio, consente una gestione controllata del rischio-reato, quindi ad effetti continuativi non meramente – o, meglio, non esclusivamente – punitivi. Il commissario è chiamato a gestire non solo il rischio di commissione futura dei reati, ma anche il rischio imprenditoriale economico. L'idea punitiva si fonde con l'esigenza di una conduzione efficiente e trasparente dell'ente sanzionato.

cazione delle regole di mercato. In ultimo, andrà verificata l'esistenza e l'idoneità del modello organizzativo previsto dal d.lgs. 231/2001 per prevenire fattispecie di reato ricollegabili all'intermediazione "e quindi disfunzioni di illegalità aziendale come quelle accertate".

Si punta tutto, insomma, sulle nuove forme di collaborazione tra pubblico e privato<sup>31</sup>, sottolineandosi come l'attività andrà svolta preferibilmente "d'intesa con l'organo amministrativo della società" per evitare che l'intervento ablativo possa espandersi sino al "totale impossessamento delle compagini societarie". Di qui la scelta opportuna di non trasferire completamente l'attività gestionale di impresa da professionalità tipiche del settore a professionalità nuove, che potrebbero non essere perfettamente allineate con il mercato specifico del *food delivery*. Corretta la prospettiva: applicando il principio di proporzionalità si riduce l'ingerenza dell'amministrazione giudiziaria nella attività aziendale, si mantengono le professionalità e si opera una bonifica con pochi sacrifici economici per l'imprenditore e i lavoratori dipendenti.

Ed in questo consiste la "modernità" dell'azione preventiva<sup>32</sup> – alla quale la giurisprudenza di merito mostra di saper aderire – che rende compatibili legalità e competitività dell'azienda.

<sup>31</sup> Sottolinea come elemento di una corretta strategia preventiva sia "l'idea di inclusione nel processo decisionale con conseguente adeguata responsabilizzazione di tutti i soggetti coinvolti" ESPOSITO A., *op. cit.*, p. 23, per la quale siffatta responsabilizzazione si ottiene certamente in modo più marcato "attraverso una loro diretta e attiva partecipazione nel processo di legalità, che deve essere oggetto di una comune e condivisa costruzione. In quest'ottica il coinvolgimento partecipativo dell'impresa – e dei suoi organi – nella costruzione di una legalità condivisa è un processo sicuramente da valorizzare".

<sup>32</sup> Per queste osservazioni v. MENDITTO, *La nuova frontiera*, cit.

**Key words**

Misure di prevenzione patrimoniali, amministrazione giudiziaria, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, sfruttamento dei riders.

Patrimonial prevention measures, Judicial administration, Illicit brokering and labour exploitation, Exploitation of riders.

## Wanda Falco

### Il contratto di prossimità: una panoramica a nove anni dalla l. 148/2011

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** I contratti di prossimità e i rapporti tra legge e contrattazione collettiva e tra contratti collettivi di diverso livello. **3.** In particolare sui vincoli di scopo. **4.** L'efficacia soggettiva degli accordi di prossimità.

#### 1. *Introduzione*

Il contratto collettivo di prossimità disciplinato dall'art. 8 della l. 148/2011 è uno strumento che offre alle imprese la possibilità di derogare, entro certi limiti e per specifiche materie, alle disposizioni di legge e di contratto collettivo nazionale per adeguarle alle condizioni e alle esigenze di organizzazione del lavoro di ciascuna azienda. L'articolo 8 l. 148/2011 demanda all'autonomia privata collettiva, ed in particolare alla contrattazione collettiva aziendale o territoriale, il compito di sottoscrivere specifiche intese efficaci *erga omnes* ed abilitate a derogare alla legge e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, con riferimento ad un elenco tassativo di materie<sup>1</sup>.

La norma in questione rappresenta un vero punto di svolta nella regolamentazione dei rapporti di lavoro, poiché affida ai soggetti più vicini alle parti

<sup>1</sup> Le materie sono le seguenti: “impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie; mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale; contratti a termine, contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; disciplina dell'orario di lavoro; modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio e il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio”.

interessate (di qui la denominazione “contrattazione collettiva di prossimità”) “il compito di modulare ed adattare, attraverso intese idonee a derogare alle norme di legge e del contratto collettivo, le tutele dei lavoratori negli specifici contesti produttivi e in relazione alle reali esigenze delle aziende”<sup>2</sup>. La norma costituisce una rivoluzione dell’ordinamento sindacale italiano con un progressivo abbandono del sistema ccnl a favore di un nuovo equilibrio di potere contrattuale decentrato, con l’obiettivo di superare molte rigidità regolatorie<sup>3</sup>. Si tratta, infatti, di un intervento legislativo che ha inciso profondamente sulla materia dei rapporti tra contratti collettivi di diverso livello e, ancor più, su quella dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva. La norma in esame ha determinato un “radicale rivolgimento del rapporto tra le fonti”<sup>4</sup>: anche prima del 2011, la giurisprudenza riteneva che i contratti aziendali potessero derogare *in peius* ai contratti nazionali, fatti salvi i diritti quesiti, ma era assolutamente inimmaginabile che la legge potesse essere derogata in senso peggiorativo dalla contrattazione collettiva. Si verifica, dunque, un vero e proprio rovesciamento del precedente sistema piramidale delle fonti del diritto sindacale, introducendo così nell’ordinamento una tecnica normativa attraverso la quale la norma imperativa (per sua natura inderogabile) diventa derogabile a seguito di un intervento da parte di un’altra fonte normativa espressamente individuata, quale è il contratto collettivo di prossimità a livello aziendale o territoriale<sup>5</sup>.

Alle perplessità della dottrina su questo piano si aggiungono i dubbi di costituzionalità legati al riconoscimento dell’efficacia *erga omnes* degli accordi di prossimità, efficacia che, ai sensi dell’art. 39 Cost., è condizionata a una specifica ed articolata procedura non riscontrabile nel caso di specie<sup>6</sup>. Fuori da tale procedura non dovrebbe trovare giustificazione la lesione della libertà sindacale determinata dall’applicazione dei contratti aziendali anche a chi sia iscritto al sindacato dissenziente<sup>7</sup>. Come si vedrà nei paragrafi seguenti, infatti,

<sup>2</sup> Tutte le sentenze citate sono reperibili sulla banca dati Leggi d’Italia. Trib. Mantova 9 novembre 2017 n. 195.

<sup>3</sup> VICINO, *I contratti di prossimità dopo il d.l. n. 763 del 2013*, in *LG*, 2013, I, p. 63 ss.

<sup>4</sup> SCARPELLI, *Il contratto collettivo nell’art. 8 d.l. n. 138 del 2011: problemi e prospettive*, in (a cura di) NOGLER, CORAZZA, *Risistemare il diritto del lavoro*, FrancoAngeli, 2012, p. 721.

<sup>5</sup> MENEGOTTO, RAUSEI, *Il possibile ruolo della contrattazione di prossimità*, in MENEGOTTO, RAUSEI, TOMASSETTI (a cura di), *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/2018*, *ADAPT Labour Series*, 2018, p. 186.

<sup>6</sup> VIDIRI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali*, in *RIDL*, 2012, I, p. 138.

<sup>7</sup> GARILLI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WP CSDLE*

sebbene l'art. 39 Cost. non parli espressamente di contrattazione decentrata, riferendosi ai contratti di categoria, non appare convincente la posizione di chi delimita l'art. 39 seconda parte Cost. al contratto collettivo nazionale<sup>8</sup>.

Altra problematica concerne, poi, la verifica della validità dell'accordo specie con riferimento alla corrispondenza causale tra la disciplina derogatoria e la finalità dell'intesa: molteplici accordi sono stati dichiarati invalidi in sede giudiziale proprio a causa della mancanza di qualsivoglia indicazione specifica delle ragioni di fatto che correlano la disciplina derogatoria alle singole finalità previste dalla norma.

## 2. *I contratti di prossimità e i rapporti tra legge e contrattazione collettiva e tra contratti collettivi di diverso livello*

Uno degli aspetti più innovativi e al tempo stesso critici della disciplina introdotta dall'articolo 8 è il potere attribuito alla contrattazione di prossimità di disciplinare alcune materie derogando, anche *in peius*, alla disciplina legale e alla contrattazione collettiva nazionale.

Ai sensi del comma 2 bis dell'art. 8 l. 148/2011, infatti, fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese operano anche in deroga alle disposizioni di legge e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro. Dunque, tale norma ha determinato "un profondo cambiamento del tradizionale rapporto tra legge e contrattazione collettiva in virtù del quale alla seconda era prevalentemente, ma non esclusivamente, affidato il compito di incrementare il livello di protezione fissato dalla legge o, al più, di integrare precetti normativi volutamente incompleti"<sup>9</sup>. Cambia anche il rapporto tra la contrattazione

"Massimo D'Antona".IT, 139/2012, pp. 8-9; TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in ADL, 2011, I, p. 1221.

<sup>8</sup> ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità*, in questa rivista, 2013, I, p. 87; RUSCIANO, *L'articolo 8 è contro la Costituzione*, 8 settembre 2011, in [www.eguaglianzaelibertà.it](http://www.eguaglianzaelibertà.it); CARABELLI, *Articolo 8, co. 1, e articolo 39 seconda parte, Cost.: i profili di incostituzionalità della norma con riferimento alla sancita efficacia erga omnes dei contratti collettivi da essa previsti*, in RGL, 2012, p. 549 ss.; PERULLI, SPEZIALE, *Intervento*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsa, p. 192 ss.; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 129/2011, p. 31 ss.

<sup>9</sup> MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in DRI, 2012, I, p. 42. Sul rapporto tra legge e contratto collettivo si vedano

nazionale e la contrattazione decentrata in quanto “da un sistema basato sul principio secondo cui la contrattazione secondaria poteva intervenire a disciplinare una materia solo laddove vi fosse espressamente delegata dal ccnl o dalla legge, si passa ad una nuova concezione secondo cui, in alcuni casi, essa può intervenire addirittura in deroga alle fonti normative gerarchicamente superiori”<sup>10</sup>. La ripartizione di competenze tra contratto nazionale e contrattazione decentrata, nell’ambito dell’ordinamento intersindacale, sin dall’accordo interconfederale del 23 luglio 1993 è stata, infatti, improntata alla centralità del primo ed alla funzione integrativa della seconda, la cui area di intervento è stata sempre definita in termini di delega<sup>11</sup>.

Peraltro, secondo la giurisprudenza maggioritaria la concorrenza tra discipline dettate da contratti collettivi di diverso livello deve essere risolta, non secondo i principi della gerarchia o della specialità, propri dei rapporti tra fonti legislative, ma accertando “la effettiva volontà delle parti sociali, da desumersi attraverso il coordinamento delle varie disposizioni delle diverse contrattazioni collettive, aventi tutti pari dignità e forza vincolante”<sup>12</sup>. Ebbene, in caso di successione tra contratti collettivi, anche di diverso livello, è ammissibile che il nuovo contratto collettivo, in virtù del principio generale dell’autonomia negoziale di cui all’art. 1322 c.c., modifichi in senso peggiorativo il trattamento economico e normativo previsto dal precedente accordo collettivo<sup>13</sup>. Pertanto, anche prima del 2011, i contratti aziendali potevano derogare *in peius* ai contratti nazionali, senza che ostasse il disposto dell’art. 2077 c.c., con la sola salvaguardia dei diritti già definitivamente acquisiti nel patrimonio dei lavoratori che non possono pertanto ricevere un trattamento

CARINCI F., *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2005, p. 439 ss.; CESTER, *L’art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148: verso il tramonto (contrattato) delle tutele?* in *Atti del Seminario di Bertinoro, “All’inseguimento di un sistema stabile ed effettivo”*, Bologna, 26-27 ottobre 2011; DE LUCA TAMAJO, *L’art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in (a cura di) CARINCI F., *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, 2012.

<sup>10</sup> MAZZEO, BRANDA, *Gli accordi di prossimità*, *Obbl. e contr.*, 2011, p. 11. Sul tema dei rapporti tra contratto aziendale e nazionale si segnalano MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l’art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *DRJ*, 2012, p. 21 e DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, in *Atti del Convegno AIDLASS Bologna*, 2013.

<sup>11</sup> Trib. Novara 18 aprile 2019 n. 100.

<sup>12</sup> Cass. 15 febbraio 2019 n. 4609

<sup>13</sup> Cass. 29 ottobre 2015 n. 22126; Cass. 29 novembre 2011 n. 29675; Cass. 26 gennaio 2009 n. 1832.

deteriore in ragione della posteriore normativa contrattuale di uguale o di diverso livello<sup>14</sup>.

Quello che non sarebbe, invece, potuto accadere è che un contratto collettivo di secondo livello arrivasse a derogare *in peius* quanto stabilito da leggi o da atti aventi forza di legge<sup>15</sup>. La legge, insomma, rimaneva un baluardo a difesa dei diritti dei lavoratori inevitabilmente più esposti alla forza contrattuale dell'imprenditore e, dunque, portati a sottoscrivere condizioni lavorative gravemente lesive dei propri diritti.

È evidente, dunque, come la deroga consentita alle specifiche intese sia dirompente. Essa, tuttavia, è sottoposta a due tipologie di limiti, esterni e interni.

I limiti esterni sono costituiti dal rispetto della Costituzione, dai vincoli derivanti dalle normative comunitarie<sup>16</sup> e dalle convenzioni internazionali sul lavoro. In sostanza la contrattazione collettiva non può essere sciolta da ogni vincolo nello stabilire la disciplina derogatoria<sup>17</sup>.

In altre parole, con l'art. 8 il legislatore dà all'interprete il gravoso compito di individuare quel nucleo di diritti inderogabili "cui lo statuto protettivo non può rinunciare, pena il contrasto con quei principi, garanzie e diritti che sono espressione di valori costituzionalmente tutelati, ovvero che discendono dall'adesione dell'Italia ad un sistema di valori sovranazionali espresso dalla sua appartenenza alla Comunità europea"<sup>18</sup>.

Oltre a questo limite di rango costituzionale e sovranazionale, il potere derogatorio incontra anche limiti interni riguardanti i criteri di rappresentatività sindacale legittimanti la stipula dell'accordo, l'oggetto degli accordi e la loro finalità<sup>19</sup>.

Il legislatore, infatti, ha selezionato i soggetti abilitati, i quali vengono individuati nelle "associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale" oppure, in alternativa, "dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli ac-

<sup>14</sup> PROIA, *Ancora sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in RIDL, 2020, p. 9.

<sup>15</sup> MAZZEO, *op. cit.*, p. 11; SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 254/2015, p. 11.

<sup>16</sup> Sul punto si segnalano le riflessioni di DELFINO, *Contratti collettivi di prossimità e deroga alle normative europee*, in questa rivista, 2012, p. 3.

<sup>17</sup> FILI, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella manovra di ferragosto (art. 8 D.L. n. 138/2011)*, in LG, 2011, p. 977

<sup>18</sup> PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa*, in RIDL, 2011, p. 551

<sup>19</sup> PICCO, *Il limite del trattamento contributivo nella contrattazione di prossimità ex art. 8 D.L. n. 138/2011*, in LG, 2019, p. 509.

cordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011". Ne consegue che qualora l'organizzazione sindacale non abbia nessuno dei due requisiti di rappresentatività, a livello nazionale o territoriale, gli accordi di prossimità eventualmente stipulati saranno radicalmente nulli.

Per quanto riguarda la *ratio* giustificativa delle specifiche intese, esse devono essere "finalizzate 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". In sostanza il giudice deve verificare se le deroghe alle norme di legge e di ccnl contenute nelle specifiche intese costituiscono il mezzo per raggiungere almeno uno dei fini indicati dal legislatore.

Come anticipato, esiste poi il limite costituito dall'oggetto degli accordi: l'elencazione delle materie derogabili ha natura tassativa e non consente ampliamenti attraverso il ricorso ad interpretazioni analogico-estensive: trattandosi di norma avente carattere chiaramente eccezionale, non si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati (art. 14 disposizioni sulla legge in generale)<sup>20</sup>. La natura tassativa dell'elenco di materie derogabili si desume sia dall'espressione utilizzata dal legislatore ("con riferimento" alle specifiche materie indicate), sia – ed ancor più chiaramente – dal dettato dell'art. 8, comma 2-*bis*, alla stregua del quale "le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro". Significa che l'effetto derogatorio previsto dal citato comma 2-*bis* opera in relazione alle materie richiamate dal comma 2 e non ad altre.

Sulla natura tassativa delle materie oggetto degli accordi di prossimità si segnala una recente sentenza del Tribunale di Milano<sup>21</sup> relativa al caso di un accordo aziendale che disciplinava l'organizzazione della presenza in turno dei lavoratori necessari per garantire il servizio delle giornate di festività. Tale accordo non prevedeva la possibilità per il singolo operatore di rifiutare la prestazione nella giornata festiva comandata, ma solo di reperire una sostituzione.

Il giudice di I grado, nell'individuare la natura dell'accordo aziendale stipulato, ha evidenziato come esso abbia ad oggetto una tematica non con-

<sup>20</sup> C. cost. 4 ottobre 2012 n. 221 con nota di FERRARESI, *L'articolo 8, decreto legge n. 138/2011, supera il vaglio di costituzionalità ex articolo 117 della Costituzione in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *DRI*, 2013, p. 164.

<sup>21</sup> Trib. Milano 30 luglio 2020 n. 1217.

templata dall'elenco di cui all'art. 8, recante una disciplina eccezionale, inapplicabile al di fuori delle ipotesi di stretta interpretazione ivi previste. La disciplina delle festività infrasettimanali, infatti, non ha alcuna attinenza con la materia dell'orario di lavoro in quanto non rimanda semplicemente alla tematica dei riposi: l'assenza dal lavoro è giustificata dall'esigenza di assicurare al lavoratore la possibilità di partecipare a cerimonie civili e religiose. Si tratta di un istituto peculiare che non è affatto contemplato dalla legislazione in materia di contratti di prossimità.

### 3. *In particolare sui vincoli di scopo*

Come previsto dall'art. 8, comma 1, per poter derogare alla legge e alla contrattazione collettiva nelle materie elencate, tali accordi devono essere finalizzati “alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla 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 ed all'avvio di nuove attività”.

La tipizzazione per legge delle finalità che devono essere perseguite dall'accordo derogatorio comporta che questo non possa prevedere una irrazionale o non ragionevole differenziazione di trattamento economico e normativo applicato a lavoratori che svolgono la medesima tipologia di attività; l'intesa derogatoria può introdurre un trattamento differenziato per i lavoratori purché tale differenziazione sia giustificata dal perseguimento delle finalità legislativamente individuate.

Da ciò emerge il carattere speciale della contrattazione di prossimità rispetto agli accordi territoriali e aziendali sottoscritti in esecuzione dei rinvii di legge in favore della contrattazione collettiva che non devono necessariamente essere finalizzati al raggiungimento di specifici obiettivi. Pertanto, in difetto della necessaria disciplina di raccordo tra contenuto derogatorio e finalità dell'intesa, l'accordo di prossimità non può ritenersi valido<sup>22</sup>.

Sul punto si segnala una recente pronuncia del Tribunale di Firenze relativa al caso di un lavoratore che aveva convenuto in giudizio la società

<sup>22</sup> ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo. Tecniche e interazioni con la dinamica delle relazioni sindacali*, Jovene, 2018, p. 344; TOMASSETTI, *Sulla legittimità dell'accordo di prossimità in materia di sottoinquadramento retributivo*, in *DRI*, 2019, p. 1221.

presso la quale lavorava in qualità di Operatore assistenziale, inquadrato, in base al contratto di prossimità *ex art. 8*, nel livello A1 del ccnl Cooperative Sociali. Il dipendente contestava l'illegittimità del contratto di prossimità che, in deroga al ccnl, prevedeva un inquadramento inferiore per il lavoratore. Il giudice di primo grado, richiamando un orientamento interpretativo già espresso<sup>23</sup>, ha ritenuto che ai fini della validità dell'accordo di prossimità le parti devono indicare in maniera specifica le ragioni di fatto che correlano la disciplina derogatoria alle singole finalità previste dalla norma. Da ciò è conseguita la dichiarazione di invalidità dell'accordo impugnato che, in maniera molto generica, giustificava il sotto-inquadramento del dipendente con la finalità di maggiore occupazione, ma non precisava le circostanze di fatto che avrebbero determinato una simile esigenza<sup>24</sup>.

Si ricorda, poi, il caso del conducente di autotreni di terzo livello che aveva chiesto la condanna del datore di lavoro al pagamento dei compensi per lavoro straordinario per superamento delle 39 ore settimanali previste nel contratto individuale e per indennità di trasferta, calcolati in base agli artt. 13 e 62 del ccnl Spedizioni e Trasporto Merci, richiamato nel contratto individuale. In primo grado il giudice aveva ritenuto a lui applicabile l'accordo aziendale sulla forfetizzazione delle indennità di trasferta e della retribuzione del lavoro straordinario, e non dovute ulteriori differenze retributive per lavoro straordinario. In appello, invece, i giudici hanno rilevato come l'accordo aziendale non esplicitasse alcuna finalità di quelle elencate dall'art. 8, "limitandosi laconicamente a fare riferimento alla esecuzione delle linee guida di forfetizzazione firmate il 16.05.2001, senza nemmeno dare conto dei criteri con i quali alle linee guida si sarebbe data attuazione"<sup>25</sup>.

È stato, invece, considerato legittimo l'accordo aziendale adottato ai sensi

<sup>23</sup> App. Firenze 20 novembre 2017 secondo cui ai fini della legittimità del contratto di prossimità e delle norme derogatorie ivi contenute, non è sufficiente il mero richiamo in via generale alle finalità enunciate nel disposto normativo, ma è necessario che le parti contraenti indichino in maniera puntuale le finalità perseguite e le circostanze di fatto che giustificano il ricorso al regime derogatorio.

<sup>24</sup> Trib. Firenze 4 giugno 2019, 528, nota di TOMASSETTI, *op. cit.*, p. 1221

<sup>25</sup> App. Trento 21 luglio 2020. A ciò deve aggiungersi che i giudici di merito hanno evidenziato come si debba escludere che la forfetizzazione del compenso per trasferta e straordinario possa essere ricondotta alla disciplina dell'orario di lavoro *ex d.lgs. n. 66 del 2003*, Reg. CE n. 561/06, d.lgs. n. 234 del 2007 e direttiva 2002/15/CE, che regolano la durata massima della prestazione giornaliera, settimanale e mensile, il lavoro notturno, i riposi e le pause e così via, mentre le indennità di cui si discute appartengono alla disciplina della retribuzione.

dell'art. 8 l. 148/2011 (poi trasfuso nel successivo accordo raggiunto nell'ambito di una procedura di mobilità) con il quale le parti hanno previsto che coloro i quali non aderiscano all'esodo incentivato, pur avendone i requisiti, e siano destinatari nella successiva procedura di mobilità di un provvedimento di licenziamento, non hanno diritto a percepire l'indennità sostitutiva del preavviso. L'accordo in questione, infatti, può legittimamente derogare *in peius* i contratti collettivi e le disposizioni di legge circa le conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro (nella specie, il diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso): esso, in una prospettiva di maggiore tutela dei lavoratori, era diretto a consentire il minor costo sociale dell'operazione e a salvaguardare la prosecuzione dell'attività di impresa e la relativa occupazione. La deroga, dunque, era stata introdotta proprio per far fronte a una ben nota situazione di crisi aziendale ed occupazionale<sup>26</sup>.

Sempre sui vincoli di scopo verte una pronuncia<sup>27</sup> relativa ad un accordo aziendale che prevedeva l'attribuzione ai licenziandi di tre mensilità a titolo di indennità sostitutiva del preavviso in deroga alla diversa e più favorevole disciplina del contratto nazionale. Dopo aver chiarito che non si trattava di un accordo gestionale *ex art. 5 l. 223/91*, in quanto non diretto a proceduralizzare il potere dell'imprenditore, ma a regolare il rapporto di lavoro, i giudici di merito hanno escluso l'applicabilità ad esso dell'art. 8 sulla base delle seguenti argomentazioni. Come detto, l'elenco delle materie di cui al comma 2 dell'art. 8 è di carattere tassativo in quanto la norma è eccezionale e, come tale, non si può applicare oltre i casi e i tempi in essa considerati. Una tale "eccezionalità" deve allora necessariamente guidare l'analisi dell'interprete che deve dare una stretta interpretazione non solo dell'elenco di cui al comma 2, ma dell'intera disposizione. Ne deriva che anche la previsione delle "specifiche intese" finalizzate a scopi predeterminati deve essere letta alla luce della natura eccezionale della norma e al fine di assicurarne l'applicazione solo nei casi espressamente previsti e non oltre.

La stretta interpretazione della disposizione di interesse è assicurata senz'altro dalla trasparenza e chiarezza delle deroghe e delle relative finalità: ciò è possibile solo ove le parti esplicitino il fine che perseguono così che sia possibile verificarne, anche in sede giudiziale, la corrispondenza con gli obiettivi indicati dalla legge, specifichino le norme legali e contrattuali che

<sup>26</sup> Cass. 22 luglio 2019 n. 19660.

<sup>27</sup> App. Firenze 20 novembre 2017.

derogano e giustificano la deroga in relazione alla finalità che assumono di perseguire. Fuori da queste maglie c'è il rischio che qualsiasi accordo aziendale, sottoscritto da soggetti di adeguata rappresentatività, possa derogare, non solo al ccnl, ma anche alla legge “purché richiami in una qualche sua parte una delle finalità individuate dall'art. 8”. Un'interpretazione del genere vanificherebbe il carattere eccezionale della norma e porrebbe nel nulla la previsione di “specifiche intese” aventi obiettivi predeterminati.

In mancanza dei presupposti sopra indicati i giudici di merito hanno, pertanto, escluso che l'accordo in questione fosse una “specificata intesa” di cui all'art. 8.

Infine, si segnala il caso in cui una società aveva, mediante una specifica intesa sottoscritta ai sensi dell'art. 8 l. 148/2011, disposto l'applicazione di un nuovo ccnl a decorrere dal marzo 2013 nonostante il ccnl precedentemente applicato non fosse ancora scaduto<sup>28</sup>. Tale pronuncia ha ribadito che i caratteri essenziali dell'intesa con efficacia *erga omnes*, anche derogatoria, di cui all'art. 8 vanno rinvenuti nei seguenti immancabili requisiti: le intese in parola devono essere specifiche, perseguire le finalità previste nel comma 1 del predetto art. 8, riguardare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione elencate nel comma 2 dello stesso art. 8 l. n. 148 del 2011, essere stipulate dai soggetti selezionati dal legislatore nonché essere sottoscritte secondo un criterio maggioritario.

Questo modello normativo non pare affatto rinvenibile nell'accordo di armonizzazione oggetto del giudizio difettando quest'ultimo sia dei necessari presupposti di specificità, sia delle finalità costituenti l'obbiettivo esclusivo dell'intesa. Infatti, la società invece di intervenire su precisi e ben determinati aspetti riguardanti l'organizzazione del lavoro e della produzione, aveva impiegato la contrattazione di prossimità solo per avallare un integrale ed anticipato rinnovo di contratto collettivo, prima della naturale scadenza di quello applicato ai propri dipendenti; l'integrale recepimento di un nuovo ccnl era l'unico obbiettivo perseguito dalla datrice di lavoro e l'ulteriore indicazione che la scelta “risulta(va) necessaria al fine di garantire non solo maggiore livello occupazionale e qualità del contratto di lavoro, ma anche la presenza aziendale nel contratto di riferimento” assumeva i connotati di una formale clausola di stile.

<sup>28</sup> Trib. Udine 18 settembre 2017.

#### 4. L'efficacia soggettiva degli accordi di prossimità

Ulteriore elemento di interesse della disciplina in esame è l'efficacia *erga omnes* degli accordi collettivi di prossimità che, dunque, si applicano a tutti i dipendenti dell'azienda, a prescindere dal fatto che siano o meno aderenti alle sigle sindacali che hanno sottoscritto gli accordi<sup>29</sup>. Tale previsione attribuisce agli accordi di prossimità una caratteristica interessante per le aziende in quanto consente di superare il problema della rilevanza del dissenso del lavoratore all'applicazione del contratto collettivo ablativo.

Sono stati rilevati nel tempo alcuni profili di incostituzionalità della norma e, in particolare, ci si è chiesti se essa sia compatibile con l'art. 39, co. 2 Cost. Per poter rispondere a questa domanda il primo passaggio da compiere è accertare se tale norma sia applicabile alla contrattazione decentrata; ammettendo che la norma costituzionale non si riferisca alla contrattazione decentrata, l'efficacia *erga omnes* della contrattazione di prossimità non si porrebbe in contrasto con la Costituzione.

Sul punto parte della dottrina<sup>30</sup>, facendo leva sul dato letterale, evidenzia che l'art. 39 Cost. fa riferimento non al "contratto collettivo" genericamente individuato, ma al contratto collettivo "di categoria". Accanto al dato letterale, esistono anche ragioni di ordine logico essendo "il meccanismo delle rappresentanze unitarie costituite in proporzione al numero degli iscritti coesistente alla contrattazione superaziendale"<sup>31</sup>.

Esiste, poi, un orientamento difforme secondo cui il dubbio di carattere costituzionale non può essere risolto nei termini sopra esposti<sup>32</sup>: la necessità, anche a livello aziendale, "di una solida legittimazione democratica del potere sindacale, inevitabilmente in conformità alle previsioni del Costituente, discende anzitutto dalla tutela dell'individuo apprestata, in generale, dall'art. 2 della Carta costituzionale e, specificamente per chi presta lavoro, dal co. 1 dello stesso art. 39"<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Sul punto si vedano le riflessioni di DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: prime osservazioni sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *DRI*, 2012, p. 1.

<sup>30</sup> MARAZZA, *op. cit.*, p. 49

<sup>31</sup> MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, 2012, p. 6.

<sup>32</sup> Sul punto si vedano le riflessioni di FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 129/2011, p. 31 ss.; RUSCIANO, *op. cit.*; CARABELLI, *op. cit.*; LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di "contrattazione collettiva di prossimità"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 1/2012.

<sup>33</sup> ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 87.

Pertanto, ammesso che sia vero che la normativa costituzionale non si applichi al contratto aziendale, essendo forgiata esclusivamente sul contratto di categoria, rimarrebbe il problema dei contratti territoriali: il concetto di categoria di cui all'art. 39 Cost. è piuttosto indistinto per escludere questa tipologia di contratti extra-aziendali<sup>34</sup>, che presentano caratteristiche affini ai contratti nazionali. Inoltre, se è vero che l'art. 39 si riferisce al contratto di categoria, è altrettanto vero che la norma costituzionale richiama il contratto nazionale di categoria in quanto esemplificativo del contratto "normativo" all'epoca maggiormente diffuso: il Costituente non aveva ragione di prendere in considerazione i contratti aziendali dal momento che la contrattazione collettiva nazionale era all'epoca assolutamente egemone<sup>35</sup>.

Da un punto di vista strutturale, poi, non sussiste una reale differenza tra i contratti collettivi nazionali e quelli aziendali in quanto entrambi svolgono una funzione normativa<sup>36</sup>.

Se, dunque, il contratto collettivo aziendale assolve una funzione equivalente, e cioè una funzione normativa, rientra naturalmente nel circuito regolativo dell'art. 39<sup>37</sup>.

Inoltre, il riferimento alle "categorie" va interpretato in chiave evolutiva come gruppo soggettivo di riferimento dell'attività negoziale, che ben può coincidere, pertanto, con l'ambito aziendale o territoriale. Pertanto, a causa della fisionomia oggi assunta dai contratti aziendali (e territoriali) non si può non ritenere che l'art. 39 Cost. trovi applicazione anche nei loro confronti: l'obiettivo di tale norma era ed è quello di assicurare che l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi sia espressione di una volontà maggioritaria dei sindacati, manifestata esclusivamente nelle forme da essa previste con la conse-

<sup>34</sup> CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il Giudice, il Sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 133/2011, p. 29.

<sup>35</sup> MATTONE, *Limiti di operatività e profili di illegittimità costituzionale della contrattazione aziendale in deroga ex art. 8 L. n. 148/2011*, in *LG*, 2012, p. 450.

<sup>36</sup> Si pensi alla giurisprudenza della Corte costituzionale che differenzia i contratti collettivi non in base al livello di operatività, ma in base alla funzione esercitata e pone in un diverso ambito, rispetto ai contratti normativi, quelli c.d. gestionali (finalizzati a regolamentare singole vicende concrete connesse per lo più a situazioni di crisi e riorganizzazione aziendale), ai quali di certo non appartengono, per il loro contenuto, i contratti aziendali disciplinati dall'art. 8. Gli accordi gestionali, come quelli di cui all'art. 5 l. 223/91, non regolano i rapporti di lavoro, ma procedimentalizzano l'esercizio del potere datoriale costituendo un limite al suo esercizio. Si v. Corte cost. 30 giugno 1994 n. 268.

<sup>37</sup> FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 2, 2011, p. 23.

guenza che solo a questa condizione si possa sacrificare il dissenso delle minoranze<sup>38</sup>.

L'annoso dibattito dottrinale, relativo alla circostanza se l'articolo 39 si riferisca a qualunque meccanismo legislativo di estensione della efficacia della contrattazione collettiva ovvero unicamente alla contrattazione collettiva di livello nazionale, non è stato risolto dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla possibile violazione degli artt. 39 e 117 Cost.<sup>39</sup>.

La Regione Toscana, infatti, aveva dedotto che la violazione dell'art. 39 Cost. da parte di un accordo di prossimità (come tale avente efficacia erga omnes) si sarebbe tradotta in una violazione dell'art. 117, co. 3, Cost.: le specifiche intese sottoscritte a livello aziendale o territoriale, potendo derogare alle disposizioni di legge, anche regionali, sarebbero state in grado di vanificare la legislazione regionale emanata in materia di tutela del lavoro.

La Corte costituzionale ha chiarito che le materie indicate dall'art. 8 concernono aspetti della disciplina sindacale e intersoggettiva del rapporto di lavoro, riconducibili tutti alla materia dell'ordinamento civile (art. 117, co. 2, lett. l, Cost.), rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato. Non è esatto, perciò, dire che le specifiche intese possano incidere sulla legislazione regionale emanata in materia di tutela del lavoro, demandata alla competenza concorrente tra Stato e Regioni (art. 117, co. 3, Cost.). Vertendosi in materia demandata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, una eventuale violazione dell'articolo 39 (co. 4), per mancato rispetto dei requisiti soggettivi e della procedura di cui al precetto costituzionale, non si risolve in una violazione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite<sup>40</sup>.

In sostanza, quanto al dedotto profilo di incompatibilità della norma con l'art. 39 Cost., la Corte non ha colto, come ci si sarebbe atteso, l'occasione per precisare se il fatto che l'art. 8 riguardi solo la contrattazione aziendale e/o territoriale escluda alla radice qualsiasi possibile contrasto con l'art. 39 Cost. e la sua mancata attuazione nel nostro ordinamento.

<sup>38</sup> FERRARO, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *RGL*, 2011, p. 774.

<sup>39</sup> C. cost. 4 ottobre 2012 n. 221 con nota di COVI, *La prima pronuncia della Corte costituzionale sull'art. 8 l. n. 148/2011: la norma non invade la competenza regionale ma le «specifiche intese» non hanno un ambito illimitato*, in *RIDL*, p. 903.

<sup>40</sup> TIRABOSCHI, *Il via libera della Corte Costituzionale alla contrattazione di prossimità*, in *Guida al Lavoro*, n. 41, del 19 ottobre 2012.

### **Key words**

Accordi ex art. 8 l. 148/2011, rapporti tra legge e contrattazione collettiva, rapporti tra contratti collettivi di diverso livello, vincoli di scopo, efficacia erga omnes.

Agreements ex art. 8 l. 148/2011, relationship between law and collective bargaining, relationship between collective agreements of different levels, purposes, erga omnes effectiveness.

## Luigi Cavallaro

### Sulle conseguenze del licenziamento intimato “blocco durante”: una nota

**Sommario:** **1.** Il regime giuridico del licenziamento intimato “blocco durante”: nullità o temporanea inefficacia? **2.** La giurisprudenza di legittimità sul blocco dei licenziamenti del Secondo dopoguerra. **3.** *Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio?* Le Sezioni Unite sul licenziamento intimato in periodo di comporta. **4.** Postilla (a futura memoria).

#### 1. *Il regime giuridico del licenziamento intimato “blocco durante”: nullità o temporanea inefficacia?*

Il problema sul quale in questa nota ci si vorrebbe brevemente soffermare è connesso alle conseguenze di licenziamenti individuali o collettivi che siano stati eventualmente intimati durante l’attuale regime di blocco, prima disposto dall’art. 46, d.l. 18/20, e succ. mod. e integrazioni, poi riformulato dall’art. 14, d.l. 104/20 (c.d. Decreto Agosto) e successivamente prorogato dall’art. 12, d.l. 137/20. E ciò perché, fin dal primo apparire del blocco, è divampato in dottrina e in generale tra gli operatori del diritto il dibattito se alla violazione del divieto di licenziare dovesse ricollegarsi un’ipotesi di nullità del licenziamento ovvero di sua temporanea inefficacia, destinata a venir meno alla scadenza del blocco medesimo.

Le implicazioni dell’una o dell’altra qualificazione sono evidenti: se si accede all’ipotesi della nullità, il licenziamento deve ritenersi inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro e il datore di lavoro, per recedere validamente dal contratto, dovrà necessariamente intimarne un altro, ovviamente dopo la scadenza del blocco; se invece si ritiene che il licenziamento intimato “blocco durante” sia semplicemente inefficace, una nuova manifestazione di volontà datoriale non sarebbe necessaria e sarebbe soltanto l’effetto risolutivo del

rapporto ad essere differito alla scadenza del termine di vigenza del blocco, più o meno come accade per il licenziamento intimato con preavviso. E si tratta di un'alternativa che rileva non tanto ai fini del decorso del termine per impugnare, visto che l'art. 32, l. 183/10, ha esteso l'onere d'impugnativa a tutti i casi d'invalidità del licenziamento (e anche la nullità, com'è noto, è una *species* dell'invalidità), quanto piuttosto per stabilire la sanzione da comminare al licenziamento intimato "blocco durante": ché se di nullità, e non d'inefficacia temporanea, si trattasse, ne deriverebbe l'applicazione dell'art. 18, comma primo, St. lav., e – per gli assunti dopo il 7 marzo 2015 – assai probabilmente dell'art. 2, d.lgs. 23/15, i quali prevedono non soltanto la reintegra del lavoratore licenziato nel suo posto di lavoro, ma altresì la condanna del datore di lavoro a corrispondergli tutte le retribuzioni maturate dalla data dell'illegittimo recesso a quella della reintegrazione, comprensive di contributi previdenziali e oneri riflessi.

È chiaro che la questione se di nullità o inefficacia si tratti può dirsi soltanto complicata dalla diversa formulazione che il legislatore ha dato del divieto all'art. 14, d.l. 104/20, rispetto a quella contenuta nell'art. 46, d.l. 18/20, e successive modiche e integrazioni: tanto è vero che, a seguito dell'entrata in vigore di quest'ultima disposizione, è stato da più parti argomentato che non esisterebbe più un divieto generalizzato di licenziare, ma semplicemente un divieto per quei datori di lavoro che ricorrano all'impiego degli ammortizzatori sociali previsti dal decreto stesso (cassa integrazione ed esonero contributivo). Ma proprio per ciò, la questione oggetto di questa nota presenta più d'un aspetto di rilevanza: perché si darà certamente il caso di un qualche imprenditore che licenzi prima del 31 gennaio prossimo (per tacere di quelli che hanno continuato a farlo anche dopo il 17 marzo scorso, e magari proprio tra il 16 e il 17 maggio 2020: vale a dire, dopo la scadenza del blocco di sessanta giorni previsto dall'art. 46, d.l. 18/20, e prima dell'entrata in vigore di quello di cinque mesi disposto dall'art. 80, d.l. 34/20) e si tratterà di stabilire che sorte abbia quel licenziamento: nullo, appunto, o inefficace?

## 2. *La giurisprudenza di legittimità sul blocco dei licenziamenti del Secondo dopoguerra*

Come forse si ricorderà, la questione si è posta già all'attenzione della giurisprudenza, anche se in tempi ormai remoti: precisamente, all'indomani

dell'entrata in vigore del blocco dei licenziamenti disposto dal decreto legislativo luogotenenziale n. 523 del 21 agosto 1945, la cui efficacia fu più volte prorogata fino al 30 settembre 1946. E anche di fronte a quella disciplina (il cui contenuto era affatto analogo a quella attuale, e anzi certamente più chiaro: “Alle imprese industriali [...] è fatto divieto di licenziare i propri dipendenti fino al 30 settembre 1945”, diceva l'art. 1, d.lgs.lgt. 523/45) si pose il problema se il licenziamento intimato “blocco durante” fosse affetto da nullità o di mera inefficacia temporanea, originandone un dissidio che si riproducesse non solo nella giurisprudenza di merito, ma anche in quella di legittimità: con numerose pronunce che opinavano per la nullità insanabile, derivandone la conseguenza che il rapporto andava a proseguire fintanto che il datore di lavoro non avesse intimato un nuovo recesso dopo la scadenza del blocco<sup>1</sup>, e altre che, invece, concludevano per l'inefficacia temporanea del recesso<sup>2</sup>.

Il contrasto fu risolto nel senso dell'inefficacia temporanea da Cass. S.U. 13 gennaio 1951 n. 79: e non senza polemiche, perché la decisione, facendo seguito ad un'altra parimenti adottata a Sezioni Unite e che diceva l'esatto opposto<sup>3</sup>, fu aspramente censurata sulle colonne del *Foro italiano* nientemeno che dal direttore, Antonio Scialoja, che, non senza ragioni, ebbe a rilevare come le “contraddizioni” della giurisprudenza della Corte suprema avessero “ormai raggiunto i limiti dell'assurdo e superato quelli del tollerabile”, con possibile pregiudizio per “gli interessi supremi dell'amministrazione della giustizia, l'autorità della Corte di cassazione, il decoro stesso della magistratura”<sup>4</sup>.

E val la pena di ripercorrerla, la motivazione di quella “seconda sentenza”: ché assai più di quella, piuttosto sbrigativa, di meno di due mesi

<sup>1</sup> V. ad es. Cass. 5 agosto 1949 n. 2235, in *FI*, 1950, I, c. 422; Cass. 26 aprile 1950 n. 1106, in *FI*, 1950, I, c. 1162.

<sup>2</sup> Così ad es. Cass. 13 luglio 1950 n. 1881, in *FI*, 1950, I, c. 1291.

<sup>3</sup> Si trattava di Cass. S.U. 30 novembre 1950 n. 2662, in *FI*, 1951, I, c. 9.

<sup>4</sup> *FI*, 1951, I, cc. 158-159. “Si noti che io parlo di *contraddizioni* e non di *mutamenti* della giurisprudenza”, precisava Scialoja, “perché questi sono sempre normali, necessari ed anche auspicabili, quando procedano da consapevole e ragionata revisione di precedenti interpretazioni e applicazioni del diritto”; e invece, nel caso di specie, era accaduto che “di due ricorsi contemporaneamente rimessi all'esame delle Sezioni unite, l'uno sia stato affidato ad un relatore e l'altro ad un diverso relatore, e che poi i due ricorsi siano stati decisi dalle Sezioni unite in due diverse composizioni del collegio: presidente, relatore e pubblico ministero, tutti e tre diversi; e le Sezioni unite numero due hanno ignorato quel che avevano deciso le Sezioni unite numero uno, come risulta manifesto dalla motivazione della seconda sentenza”.

prima, affronta la questione con un piglio dogmatico che rende palese l'intento di offrire una ricostruzione dell'istituto capace di unificare la giurisprudenza a venire.

Dicono anzitutto le Sezioni Unite che desumere dal contrasto con una norma imperativa, qual è certamente quella che disponeva il blocco dei licenziamenti, la nullità insanabile del recesso datoriale, è "illazione che in astratto può sembrare rigorosamente logica", ma che "non tiene conto, nel caso concreto, dell'effettivo contenuto delle disposizioni in esame in relazione alla particolare transeunte situazione cui esse intesero provvedere". L'art. 1, d.lgs.lgt. 523/45, infatti, "non ha abrogato la facoltà di recesso unilaterale, che è una caratteristica fondamentale del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, riconosciuta e disciplinata da una norma di portata generale (art. 2118 c.c.)", ma "ha posto un divieto limitato espressamente non solo nel tempo [...], ma nei soggetti [...] e nel contenuto", peraltro con "non poche eccezioni", sicché "il prestatore d'opera conservava integra la facoltà di recedere unilateralmente dal rapporto mediante volontarie dimissioni; era pienamente lecita la risoluzione consensuale del contratto; era prevista e ammessa la possibilità di risolvere il contratto per inadempimento del lavoratore o, in genere, per giusta causa. Era soltanto vietato al datore di lavoro, ma fino ad una certa data determinata e dichiarata, l'esercizio del diritto di risolvere *ad libitum* il rapporto".

Proseguono quindi le Sezioni Unite: "è indubitabile che durante questa sospensione lo scioglimento del rapporto non poteva attuarsi, ma poiché quel potere non era abrogato, e anzi era ribadito e fatto salvo in determinati casi dalle stesse norme del blocco, e destinato comunque a riprendere pieno vigore, appena trascorso un prestabilito periodo di tempo", il licenziamento intimato "blocco durante" "non poteva ravvisarsi come un negozio affetto in radice di illiceità e come tale inesistente per l'ordine giuridico, ma solo come temporaneamente inefficace, e cioè inidoneo, per il periodo stabilito dalla legge, a produrre il suo normale effetto. La dichiarazione di volontà dell'imprenditore di risolvere il rapporto, non essendo in sé contraria all'ordine giuridico, non era colpita da nullità, che sarebbe stata sanzione eccessiva, ma soltanto resa inoperante per tutto il tempo richiesto dalle esigenze sociali tenute presenti dal legislatore; inoperosità che peraltro appariva *ab initio* meramente provvisoria e contingente, contenendo già il comando di legge il suo termine di efficacia". E "logica conseguenza di ciò", concludono le Sezioni Unite, è che "la dichiarata volontà dell'imprenditore di recedere dal

contratto, rimasta compressa nel periodo di divieto, una volta eliminata con la fine del blocco la causa ostativa, tornava naturalmente a spiegare i suoi effetti, senza la necessità giuridica di una rinnovata manifestazione, salvo che intanto fosse intervenuto un fatto che ne costituisse revoca esplicita od implicita”.

### 3. Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio? *Le Sezioni Unite sul licenziamento intimato in periodo di comporto*

Fin qui le Sezioni Unite *vintage* 1951, il cui *dictum* ebbe poi ad esser ripreso da numerose pronunce degli anni successivi<sup>5</sup>, fino a diventare, al principio degli anni '60, “massima consolidata”<sup>6</sup>. E non sarà difficile constatare che i presupposti normativi dell'argomentazione contenuta in quell'antica decisione sono tutti presenti nelle disposizioni normative di cui adesso gli operatori son chiamati a dare l'interpretazione: anche adesso il blocco ha un'efficacia limitata nel tempo e, secondo alcuni, dopo il c.d. Decreto Agosto anche nei soggetti; anche adesso la facoltà di recesso unilaterale del lavoratore è rimasta operante, così come certamente la risoluzione consensuale del rapporto e la possibilità datoriale di intimare il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo; e perfino il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che costituisce oggetto precipuo del blocco, è possibile in taluni casi previsti dall'art. 46, d.l. 18/20, e succ. mod.

*Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio?* Si può cioè concludere nel senso che anche oggi il licenziamento intimato “blocco durante” andrebbe incontro ad una sanzione d'inefficacia temporanea, con conseguente inapplicabilità delle sanzioni previste dall'art. 18 St. lav. e dall'art. 2, d.lgs. 23/15, e solo fatto salvo, ricorrendo il presupposto dell'offerta della prestazione lavorativa, il diritto del lavoratore alla retribuzione spettante nel periodo compreso tra la data del licenziamento e quella di scadenza del blocco?

Sebbene una conclusione del genere potrebbe certamente inferirsi dalla lettura della sentenza che più sopra si è ripercorsa, bisogna pure ricordare che, assai più recentemente, è stata portata alla cognizione delle Sezioni Unite

<sup>5</sup> V. ad es. Cass. 15 febbraio 1951 n. 382, in *FI*, 1951, I, c. 557; nello stesso senso Cass. S.U. 7 febbraio 1953 n. 312, in *RIDL*, 1953, vol. 5, p. 126; Cass. 24 marzo 1955 n. 875, in *RIDL*, 1956, vol. 8, p. 223.

<sup>6</sup> Così si legge in Cass. 13 aprile 1960 n. 876, in *OGL*, 1960, p. 396.

della Corte di cassazione una questione per certi versi analoga a quella di cui qui si discute: precisamente quella della sorte del licenziamento intimato durante il periodo di comporto, rispetto alla quale sussistevano due distinti orientamenti, il primo (e più risalente) dei quali sosteneva che l'inosservanza del divieto di licenziamento del lavoratore in malattia non determinava di per sé la nullità della dichiarazione di recesso del datore di lavoro, ma implicava, in applicazione del principio della conservazione degli atti giuridici (art. 1367 c.c.), la temporanea inefficacia del recesso stesso fino alla scadenza della situazione ostativa, mentre l'altro (e più recente) propendeva per la radicale nullità del recesso, per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 c.c.

Il contrasto, come certo si ricorderà, è stato risolto da Cass. S.U. 22 maggio 2018 n. 125687, che, nel dar seguito alla tesi della nullità, ha preso le mosse da un rilievo preliminare, che conviene riportare per esteso: “ammettere come valido (sebbene momentaneamente inefficace) il licenziamento intimato ancor prima che le assenze del lavoratore abbiano esaurito il periodo massimo di comporto significherebbe consentire un licenziamento che, all'atto della sua intimazione, è ancora sprovvisto di giusta causa o giustificato motivo e non è sussumibile in altra autonoma fattispecie legittimante. Si tratterebbe, quindi, d'un licenziamento sostanzialmente acausale (nell'accezione giuslavoristica del termine) disposto al di fuori delle ipotesi residue previste dall'ordinamento (lavoratori in prova, dipendenti domestici, dirigenti, lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia)”. E nemmeno potrebbe giustificarsi “l'opzione ermeneutica della mera inefficacia adducendo che, ad ogni modo, la fattispecie legittimante il recesso (vale a dire il superamento del periodo di comporto) si potrebbe realizzare successivamente: a ciò è agevole obiettare che i requisiti di validità del negozio vanno valutati al momento in cui viene posto in essere [...] e non già al momento della produzione degli effetti”.

Ora, si ricorderà che, al tempo del blocco dei licenziamenti del 1945, il licenziamento c.d. “acausale” era invece la regola e che l'assenza di giusta causa rilevava soltanto al fine di escludere il diritto al preavviso, il codice civile avendo formalisticamente collocato sul medesimo piano, in ordine alla risolubilità del rapporto, le due parti di esso; e nonostante che (o forse proprio perché) “la licenza di licenziare – in una situazione di permanente squi-

<sup>7</sup> In *LG*, 2019, p. 43.

librio tra offerta e domanda di lavoro – consente di esercitare intimidazioni che dissuadono il lavoratore dall’avvalersi dei ‘diritti che gli derivano dal contratto o di quelli connessi con la sua posizione professionale e con il suo *status* di cittadino’, facendo di lui ‘un moderno *capite deminutus*’<sup>8</sup>.

Diversa è però la situazione d’oggi: vigente l’art. 3, l. 604/66, il licenziamento “acausale” è rimasto possibile soltanto nelle limitate ipotesi ricordate dalle Sezioni Unite, negli altri casi essendo necessaria una giusta causa o un giustificato motivo (soggettivo o oggettivo). E così stando le cose, non ci vorrà molto a concludere che la soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite nel 2018, benché in una questione apparentemente differente, potrebbe rivelarsi *prima facie* più consona al problema oggetto di questa nota di quanto non sia quella del 1951, che pure riguardava una vicenda normativa perfettamente sovrapponibile: e dedurne che il blocco – per dirla con le icastiche parole di Alberto Musatti – non si limita a “ferire” il licenziamento, “lasciandolo però vivo e... guaribile, in un certo spazio di tempo (salvo complicazioni... di proroghe)”, ma lo mette definitivamente “disteso a terra, morto ammazzato”<sup>9</sup>.

#### 4. *Postilla (a futura memoria)*

Si può piuttosto aggiungere che, ove mai questa conclusione si volesse revocare in dubbio, bisognerebbe rimeditare ciò che essa dà per scontato, ossia che “i requisiti [...] per la legittimità del licenziamento devono sussistere al momento in cui il recesso viene in essere, trattandosi di requisiti di validità del negozio unilaterale ricettizio di recesso”, che “si perfeziona [...] al momento in cui la volontà del recedente perviene a conoscenza del suo destinatario”<sup>10</sup>: e ciò perché la giusta causa e il giustificato motivo sono propriamente eventi *esterni* alla struttura dell’atto unilaterale di recesso e costituiscono requisiti non dell’atto, ma del diritto potestativo di cui l’atto rappresenta l’esercizio, ossia semplici presupposti dell’efficacia di quest’ultimo<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Così ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, 1995, p. 128, che a sua volta riprende MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, 1962, pp. 339-340.

<sup>9</sup> MUSATTI, *Ancora sul licenziamento, blocco durante*, in *FI*, 1950, I, c. 1164.

<sup>10</sup> Così, in motivazione, Cass. 15 maggio 2003 n. 7596, espressamente e adesivamente citata da Cass. S.U. n. 12568/2018.

<sup>11</sup> SANGIORGI, voce *Giusta causa*, in *ED*, XIX, 1970, p. 546.

E non appena si pensi che la carenza di un presupposto di fatto per l'esercizio di un diritto potestativo è vicenda di teoria generale del tutto assimilabile a quella della carenza dei presupposti per l'esercizio di una potestà e affatto diversa da quella della carenza della potestà, solo per quest'ultima potendo a rigore parlarsi di "nullità"<sup>12</sup>, le conclusioni potrebbero essere ben differenti: e la sorte del licenziamento intimato "blocco durante" tornare incerta, almeno fino ad un'altra pronuncia a Sezioni Unite. Purché una, stavolta.

<sup>12</sup> Si ricorderà, sul punto, il definitivo chiarimento di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 1988, II, p. 741 ss.

**Key words**

Licenziamento, nullità, inefficacia, blocco dei licenziamenti, periodo di comporto.

Dismissal, nullity, ineffectiveness, freezing of dismissals, period of conduct.



**Emanuele Dagnino**

Una *sitcom* come glossario del diritto del lavoro e delle relazioni industriali? Il caso *Superstore*

Quando si prende in considerazione l'ambito scientifico del *Law & Humanities*<sup>1</sup> si potrebbe essere portati a pensare a quell'intreccio tra il diritto e le diverse forme di rappresentazione artistica della realtà, avendo in mente la cultura alta o riconosciuta come tale. Declinandolo nel settore lavoristico, a venire in mente sono i film, da Charlie Chaplin a Ken Loach<sup>2</sup>, oppure i romanzi, da Dickens alla letteratura sulla precarietà di inizio millennio<sup>3</sup>, o ancora la pittura<sup>4</sup>, il teatro<sup>5</sup> e la poesia<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sul rapporto tra arte e diritto, si veda, BENVENUTI, *Le arti e la dimensione giuridica: riflessioni a conclusione del Convegno svoltosi a Palazzo Incontri, Firenze, giovedì 30 maggio 2019*, in questa rivista, 2019, 3, pp. 683-704.

<sup>2</sup> Negli ultimi anni il cinema si è molto occupato del lavoro al tempo della crisi. Per una interessante raccolta si veda DI NICOLA, *La dissolvenza del lavoro. Crisi e disoccupazione attraverso il cinema*, Ediesse, 2019 cui *adde* D'ACUNTO, NUZZO, *Fotogrammi dal dominio della lotta*, ESI, 2017. Per una riflessione giuslavoristica a partire dalla produzione cinematografica si vedano, da ultimo, ROMAGNOLI, *Sorry, sono molti i responsabili*, in questa rivista, 2020, 1, sull'ultima opera di Ken Loach, *Sorry, we missed you*, 2019, e nella stessa uscita la riflessione di ZOPPOLI L., *La lotta di classe al tempo dei "parassiti"*, a partire da un altro "caso" cinematografico recente: *Parasite*, di Bong Joon-ho, 2019.

<sup>3</sup> In tema CONDELLO, TORACCA, *Lavoro, identità: riflessioni tra letteratura e diritto*, in *Il Ponte*, 2016, 2, pp. 120-126, cui *adde* VOZA (a cura di), *Lavoro, diritto e letteratura italiana*, Cacucci, 2008.

<sup>4</sup> Come non citare il Pellizza da Volpedo de *Il Quarto Stato*, 1898-1901; ma per un interessante percorso di analisi sul caso italiano, si veda CARNEVALE, *Lavoro e Lavoratori nell'arte figurativa italiana: un percorso iconografico*, in *E&P*, 3-4, 2014.

<sup>5</sup> Anche in questo ambito la crisi è stata foriera di nuove istanze di rappresentazione. Un interessante esperimento di coinvolgimento nella rappresentazione teatrale della cittadinanza e del territorio è stato svolto a Modena, con lo spettacolo *Work in progress*, della regista Gianina Carbonariu. Lo spettacolo è stato costruito sulla base di interviste a giovani lavoratori svolte dagli allievi di un corso di teatro. Per una accurata descrizione e analisi del percorso si veda DELLAVALLE, *Work in Progress di Gianina Carbonariu. Genesi di un mockumentary teatrale*, in *SP*, 2018, 2, pp. 87-102.

<sup>6</sup> Si pensi, tra i molti, al Prevert di denuncia de *L'effort humain*, in J. Prevert, *Paroles*, Le

Nella costruzione di una cultura del lavoro e dei diritti, però, c'è, da sempre, anche molto di una cultura più popolare, a cominciare da quella musicale, dai canti di lavoro alla canzone d'autore o al rock<sup>7</sup>, per arrivare addirittura alle nuove forme di espressione della *street art*<sup>8</sup>. Di conseguenza, con il moltiplicarsi delle forme e dei canali di espressione si stanno moltiplicando anche i canali del multiforme e vicendevole contatto tra arti, lavoro e sua regolazione.

Un ambito a quanto consta poco esplorato, ma che si ritiene di grande interesse, è quello della *sitcom* (o *situation comedy*), ovvero di quella rappresentazione televisiva che per definizione si interessa, con toni leggeri e scherzosi, di situazioni della vita quotidiana che si svolgono in un ambiente fisso<sup>9</sup>. Due, in particolare, sono i motivi di tale interesse.

Da un lato, nel momento in cui il contesto di riferimento per lo svolgersi di tali vicende della vita quotidiana è rappresentato (anche) da un ambiente lavorativo, i contenuti della stessa, ancorché con i già richiamati toni leggeri, offriranno una rappresentazione di rapporti e attività lavorative per come concepiti in un dato momento storico. Per avere una rappresentazione dell'evoluzione delle dinamiche del lavoro e del mercato del lavoro in periodi diversi basterebbe confrontare una serie televisiva degli anni Sessanta o Settanta con una dei giorni nostri: si pensi, per esempio, a come sia distante la cultura del lavoro che emerge da una serie come *Vita da strega*, andata in onda tra il 1964 e il 1972, rispetto a quella che caratterizza i giorni nostri, a cominciare dalle dinamiche dell'occupazione femminile e dai ruoli di genere<sup>10</sup>.

Dall'altro, si tratta di un canale di particolare presa sul pubblico giovanile,

Point du Jour, 1945, a quello sarcastico de *Le temps perdu*, *ibidem* o, a quello, vicino alla lotta proletaria, di *Paysage Changeus*, *ibidem*, edizione 1947 (ma 1938).

<sup>7</sup> GIANNINI, *Mi ricordo e canto*, Ediesse, 2019. Per la musica rock, su tutti, il *working class hero* Bruce Springsteen.

<sup>8</sup> Si veda CINELLI, *Street Art, diritto e dintorni*, in *RIDL*, 2020, III, pp. 97-117, che inquadrato il fenomeno anche quale espressione di una visione del proprio lavoro nel contesto di un mercato, si diffonde poi sui nodi giuridici di tale forma d'arte.

<sup>9</sup> Cfr. la voce *situation comedy*, Treccani, *Vocabolario on line*, ultimo accesso 5 novembre 2020.

<sup>10</sup> Sulla possibile interpretazione della serie nel contesto del movimento femminista le opinioni sono discordanti: per una ricostruzione si veda O'DELL, *June Clever Was a Feminist! Reconsidering the Female Characters of Early Television*, McFarland & co., 2013, pp. 88-97, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti sul tema della visione del lavoro femminile nella televisione degli inizi.

cosicché, per soggetti che muovono i primi passi nel mondo del lavoro, può rappresentare uno dei primi veicoli di confronto con la cultura del lavoro e dei diritti.

In tale dimensione di analisi si segnala la *sitcom* statunitense *Superstore*, che si svolge all'interno di uno di quei contesti la cui centralità nella vita di oggi ci è stata palesata dalla recente emergenza del *Coronavirus* e le cui condizioni di lavoro dovrebbero essere sempre più al centro della riflessione lavoristica: quello dei c.d. *supermercati*, *recte*, della grande distribuzione organizzata. La serie, in onda dal 2015, è prodotta dal *network* NBC che ha lanciato a partire da ottobre 2020 la sua sesta stagione, ed è stata ideata da Justin Spitzer, sceneggiatore già impegnato in *sitcom* a tema "lavoristico" come la produzione del rifacimento americano della serie britannica *The Office*, in cui con la tecnica del falso documentario si narrano le vicende dei dipendenti di una azienda americana nel settore della vendita di carta.

Le storie del gruppo di dipendenti del supermercato *Cloud 9* – cassieri e commessi, ma anche manager di diverso livello e magazzinieri, con al centro la figura di Amy, la protagonista<sup>11</sup>, che da supervisore scalerà la piramide aziendale nel corso delle stagioni fino ad assumere ruoli dirigenziali – rappresentano, con i toni scanzonati propri di tale genere televisivo, un campionario di vicende lavorative di interesse giuslavoristico. Da notare, però, come rispetto a molte altre *sitcom* che pur intrecciano tali vicende, questa serie si sviluppi intorno alle stesse con una attitudine che si può definire didattica, per quanto ironica e dissacrante.

Al centro della storia si pongono, in primo luogo, fondamentali tematiche sindacali. Ci sono gli scioperi organizzati per protestare contro un licenziamento o per ottenere un aumento dei salari (stagione 1, episodio 11; stagione 2, episodio 2; stagione 5, episodio 14), così come i tentativi e le difficoltà di costruzione di una rappresentanza sindacale, in parte per un certo analfabetismo sindacale dei lavoratori e, in parte, per la retorica antisindacale connessa alla legislazione sul *right-to-work*<sup>12</sup> (stagioni 4 e 5), con anche alcuni

<sup>11</sup> Amy Sosa è interpretata dalla attrice America Ferrera che è anche tra i produttori della serie.

<sup>12</sup> Anche se in Missouri, dove la serie è ambientata, non esiste al momento una *right-to-work law*, durante gli anni delle riprese una tale normativa era dapprima stata approvata e poi, prima della sua applicazione, rigettata tramite un referendum. Sul dibattito relativo a tale legislazione, che inibisce la possibilità di richiedere un contributo ai lavoratori a titolo di costo della rappresentanza in sede collettiva da parte del sindacato, si veda GARCIA, *Right-to-Work Laws: Ideology and Impact*, in *ARLLS*, 2019, pp. 509-519.

accenti sulla normativa di contrasto alle condotte anti-sindacali (reintegrazione per licenziamento discriminatorio per motivi sindacali; stagione 4 episodio 21) e con la stipulazione di un contratto aziendale, non riconosciuto con il cambio di proprietà del negozio (stagione 5, episodio 10).

Molteplici sono poi gli aspetti connessi alle condizioni di lavoro e alle vicende del rapporto che affiorano sovente durante le stagioni. Alcuni aspetti ineriscono all'andamento aziendale, tra licenziamenti (es. stagione 3 episodio 17) e riduzione delle ore di lavoro dei dipendenti per il raggiungimento degli obiettivi economici aziendali (stagione 4, episodio 19) e assunzione di lavoratori stagionali per far fronte agli incrementi nei periodi di picco (stagione 2, episodio 9). Altri riguardano le coperture assicurative e i diritti previdenziali: c'è il tentativo di creare un fondo sanitario per i dipendenti (stagione 3, episodio 6) e c'è il problema di dover rientrare al lavoro subito dopo il parto (stagione 1, episodio 11; stagione 4, episodio 6). Si tratta di aspetti centrali considerando che negli Stati Uniti l'accesso alla sanità è strettamente connesso al rapporto di lavoro e che i diritti retributivi per i giorni di malattia e maternità non sono assicurati dalle leggi federali e, anche ove siano garantiti dalle legislazioni statali o locali, i trattamenti di malattia e i permessi per maternità non sono certo inclusivi e garantiti in modo paragonabile al contesto europeo continentale.

Ancora emergono i temi delle valutazioni aziendali – con tanto di utilizzo di *mystery shopper*<sup>13</sup> (stagione 1, episodio 6) –, dei percorsi di carriera (es. stagione 4, episodi 9 e 10), dei salari e dei benefit nonché delle clausole che introducono obblighi di segretezza sulla retribuzione (stagione 4, episodio 15), dei diritti e degli obblighi di formazione (es. stagione 3, episodio 14, sulla formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro), ma anche quelli del limite ai poteri di controllo aziendale (videosorveglianza nelle aree comuni: stagione 4, episodio 16; applicazioni di geolocalizzazione: stagione 5, episodio 16), degli obblighi di tutela contro le molestie sul luogo di lavoro (stagione 1, episodio 2), del bullismo (stagione 3, episodio 4) e del *mobbing* (stagione 3, episodio 18), dei licenziamenti *ad nutum* o per inadempimento

<sup>13</sup> La pratica del *mystery shopping* si configura come un metodo di verifica e valutazione della qualità di un servizio erogato, che fa uso di soggetti che in incognito si avvalgono del servizio osservando direttamente i comportamenti dei soggetti fornitori. Si tratta di una pratica risalente che è andata intensificandosi con la terziarizzazione dell'economia. Per una ricostruzione delle origini della pratica si veda WILSON, *Mystery Shopping: Using Deception to Measure Service Performance*, in *P&M*, 2001, 7, pp. 722-724.

(es. stagione 2, episodio 15), delle sospensioni disciplinari per condotte extra-lavorative (es. stagione 5, episodio 19) e quelli del lavoro nero o del lavoro degli immigrati, regolari e irregolari (es. stagione 4, episodio 22).

Tale campionario di tematiche non fa certo assurgere la serie a fonte affidabile di informazioni sul diritto del lavoro o sul diritto sindacale degli Stati Uniti e, d'altronde, non potrebbe essere questo il fine di un prodotto televisivo volto ad intrattenere.

Ciononostante, nel toccare questi temi, la *sitcom* si configura come una sorta di abbecedario o di glossario del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, introducendo a queste complesse tematiche, con una modalità espressiva ad essa congeniale, una fascia di pubblico che potrebbe non aver ancora consapevolezza delle stesse e che potrebbe non essere interessata o non avere accesso alle forme di espressione della cultura alta che si fanno latrici di simili istanze provenienti dai luoghi di lavoro. Si tratta di una azione di sensibilizzazione che maggiormente risulta importante per quei lavoratori-tele spettatori appartenenti alle categorie di lavoratori essenziali – che sono rappresentati dai protagonisti della serie – e che più difficilmente hanno accesso alle informazioni di base sulle dinamiche giuslavoristiche e sindacali, soprattutto a fronte degli scarsi livelli di sindacalizzazione della forza lavoro americana.

Allo stesso tempo, proprio in quanto prodotto artistico ad ampia diffusione è una rappresentazione che entra di diritto all'interno del (*labour*) *law & humanities*, aprendo la strada a utili riflessioni sul ruolo e sulla posizione culturale delle *sitcom*, soprattutto se, come dice uno dei più grandi critici televisivi italiani, sono sempre più le serie tv (ad oggi, in particolare, americane) a formare l'immaginario collettivo<sup>14</sup> e se “la *sitcom* è l'unica parte del palinsesto televisivo che – oltre ai film – continueremo a guardare in futuro. La *sitcom* ha fatto superare alla televisione quel senso di inferiorità che da sempre il piccolo schermo ha provato per le forme di comunicazione più complesse – come letteratura e cinema – perché la *sitcom* è, a tutti gli effetti, una forma d'arte”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> GRASSO, PENATI, *La nuova fabbrica dei sogni. Miti e riti delle serie tv americane*, Il saggiatore, 2016, passim

<sup>15</sup> Così Aldo Grasso durante il festival *Il senso del ridicolo* del 2014; parole riportate in BOEMIA, Aldo Grasso, “*La sitcom televisiva è una forma d'arte*”, [www.libreriamo.it](http://www.libreriamo.it).



## notizie sugli autori

### **Maria Vittoria Ballestrero**

*Emerita di Diritto del lavoro, Università di Genova*

### **Luigi Cavallaro**

*Consigliere della Sezione lavoro della Corte di Cassazione*

### **Emilia D'Avino**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Napoli "Parthenope"*

### **Wanda Falco**

*Cultrice di Diritto del lavoro, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

### **Giorgio Fontana**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università Mediterranea di Reggio Calabria*

### **Giuseppe Gentile**

*Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Milena Anna Impicciatore**

*Dottore di ricerca in Strumenti e metodi della valutazione della ricerca, Università "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara*

### **Carla Pansini**

*Ordinario di Diritto processuale penale, Università di Napoli "Parthenope"*

### **Raffaello Santagata**

*Associato di Diritto del lavoro, Università della Campania "L. Vanvitelli"*

### **Charles F.X. Szymanski**

*Professor of Law, Vytautas Magnus University, Lithuania*

### **Pieter-Augustijn Van Malleghem**

*Professor of EU law, Université catholique de Louvain, Belgium*



## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) sezione Riviste.



## indice annata 2020

### editoriale

- 493 MARIA VITTORIA BALLESTRERO  
*Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura controversa*
- 237 MARCO ESPOSITO  
*Quel che resta del Covid*
- 5 JEFF KENNER  
*Brexit e tutele del lavoro al tempo del Covid-19: convergenza o divergenza, questo è il problema*

### saggi

- 15 EDOARDO ALES  
*La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*
- 139 VALENTINA ANIBALLI  
*Dovere di utilità sociale, lavoro socialmente utile e reddito di cittadinanza*
- 29 MIMMO CARRIERI, FABRIZIO PIRRO  
*Lavori e lavoratori: quale qualità e quale rappresentanza*
- 75 LUCIA D'ARCANGELO  
*L'obbligo di protezione dei dati del lavoratore: adempimento e sanzioni*
- 113 EMILIA D'AVINO  
*Reclutamento e modalità d'impiego del personale nelle società partecipate: vincoli e tutele*
- 291 MICHELE FAIOLI  
*Il potere del sindacato senza potere. Terziario, contrattazione, rappresentatività*

- 509 GIORGIO FONTANA  
*Riflessioni minime sulle tutele del lavoro in epoca di epidemia (e di “post-liberismo”)*
- 343 OSCAR GENOVESI  
*Sulle misure di contrasto alla povertà nell’ordinamento italiano*
- 323 ANDREA GENTILE  
*D.lgs. 231/2001, sicurezza sul lavoro e responsabilità delle imprese: giurisprudenza recente ed emergenza Coronavirus*
- 559 GIUSEPPE GENTILE  
*La tutela del reddito nella liquidazione giudiziale: l’incerto destino dei lavoratori sospesi*
- 603 MILENA ANNA IMPICCIATORE  
*La formazione per l’occupazione nel mercato del lavoro che cambia*
- 45 VALERIA NUZZO  
*Il recesso del curatore nella liquidazione giudiziale*
- 269 MARIA TERESA SALIMBENI  
*Ammortizzatori sociali e crisi d’impresa: le opposte scelte di politica del diritto in alcune norme recenti*
- 539 CHARLES F.X. SZYMANSKI  
*Gli Stati Uniti al passo con l’Unione europea: l’inclusione dell’orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio*
- 577 PIETER-AUGUSTIJN VAN MALLEGHEM  
*Alcune considerazioni sulla sentenza EPSU nella prospettiva del diritto costituzionale dell’Unione europea*
- 243 CARLO ZOLI  
*Il giustificato motivo oggettivo per ragioni organizzative nella recente giurisprudenza*

#### giurisprudenza

- 363 ARIANNA AVONDOLA  
*Se la sola diversa collocazione geografica del rapporto di lavoro giustifica un nuovo patto di prova*  
(Commento a Cassazione 9 marzo 2020 n. 6633)

- 643 EMILIA D'AVINO  
*La tutela dei lavoratori irregolari nelle aziende sottoposte ad amministrazione giudiziaria a partire dal "decreto Uber"*  
 (Commento a Tribunale di Milano 27 maggio 2020 n. 9)
- 155 MASSIMILIANO DELFINO  
*La reinterpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto sociale europeo*  
 (Commento a Tribunale dell'Unione europea 24 ottobre 2019, T-310/18, Epsu)
- 375 PASQUALE MONDA  
*Covid-19 e riders: primi sussulti della giurisprudenza di merito*  
 (Commento a Tribunale di Firenze 1° aprile 2020)
- 665 CARLA PANSINI  
*I nuovi confini applicativi dell'amministrazione giudiziaria delle aziende*  
 (Commento a Tribunale di Milano 27 maggio 2020 n. 9)
- 623 RAFFAELLO SANTAGATA  
*Trasferimento collettivo e discriminazione su base sindacale: legittimazione ad agire e prova*  
 (Commento a Cassazione 2 gennaio 2020 n. 1)
- 171 CARLA SPINELLI  
*I riders secondo la Cassazione: collaboratori etero-organizzati regolati dalle norme sul lavoro subordinato*  
 (Commento a Cassazione 24 gennaio 2020 n. 1663)

**osservatorio**

- 437 SILVIA BORELLI  
*Company Package e diritto del lavoro*
- 391 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI  
*Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa*
- 697 LUIGI CAVALLARO  
*Sulle conseguenze del licenziamento intimato "blocco durante": una nota*
- 683 WANDA FALCO  
*Il contratto di prossimità: una panoramica a nove anni dalla l. 148/2011*

- 183 ISTVÁN HORVÁTH, SÁRA HUNGLER, RÉKA RÁCZ, ZOLTÁN PETROVICS  
*Dialogo sociale e crisi economica globale in alcuni Paesi dell'Europa centrale e orientale*
- 195 EMILIANO MANDRONE  
*Il tapis roulant e il reddito di cittadinanza*
- 409 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE  
*Diritti dei lavoratori, lavoratori migranti e associazioni sindacali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*

#### recensioni

- 451 LORENZO GAETA  
*Interposizione e subordinazione. Una recensione un po' tardiva*
- 469 LORENZO ZOPPOLI  
*Silvana Sciarra e Gino Giugni: un libro e una recensione tempestivi*

#### lavoro e ... cinema

- 215 UMBERTO ROMAGNOLI  
*Sorry, sono tanti i responsabili*
- 223 LORENZO ZOPPOLI  
*La lotta di classe al tempo dei "parassiti"*

#### lavoro e ... tv

- 707 EMANUELE DAGNINO  
*Una sitcom come glossario del diritto del lavoro e delle relazioni industriali?  
Il caso Superstore*

#### Quaderni della rivista

*Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*  
MARIO RUSCIANO, LORENZO GAETA, LORENZO ZOPPOLI (a cura di)

*Protezionismo e diritto del lavoro. Spunti di riflessione*  
UMBERTO GARGIULO, MAURA RANIERI (a cura di)

# table of contents 2020

## editorial

- 493 MARIA VITTORIA BALLESTRERO  
*The Blocking of Dismissals. The Reasons, Times and Ways of a Controversial Measure*
- 237 MARCO ESPOSITO  
*What's Left of Covid*
- 5 JEFF KENNER  
*Brexit and Labour Standards at the Time of Covid-19: to Converge or to Diverge, That is the Problem*

## articles

- 15 EDOARDO ALES  
*The (Balanced) Participation Established in the Workers' Statute: Thoughts on the Representation Bodies Provided for in Article 9*
- 139 VALENTINA ANIBALLI  
*Duty of Social Utility, 'Socially Useful Work' and Basic Income*
- 29 MIMMO CARRIERI, FABRIZIO PIRRO  
*Works and Workers: What Quality and What Representation*
- 75 LUCIA D'ARCANGELO  
*The Worker Data Protection Obligation: Fulfilment and Penalties*
- 113 EMILIA D'AVINO  
*Recruitment and Methods of Personnel Usage in Investee Companies: Constraints and Protection*
- 291 MICHELE FAIOLI  
*The Power of Trade Union without Power. Tertiary, Bargaining, Representativeness*

- 509 GIORGIO FONTANA  
*Short Reflections on Labour Protection in an Era of Epidemics (and ‘Post-Liberalism’)*
- 343 OSCAR GENOVESI  
*On the Measures to Combat Poverty in the Italian Legal Order*
- 323 ANDREA GENTILE  
*Legislative Decree 231/2001, Workplace Safety and Corporate Responsibility: Recent Case law and the Coronavirus Emergency*
- 559 GIUSEPPE GENTILE  
*The Protection of Income in Judicial Liquidation: The Uncertain Fate of Suspended Workers*
- 603 MILENA ANNA IMPICCIATORE  
*Training for Employment in the Changing Labour Market*
- 45 VALERIA NUZZO  
*The Bankruptcy Trustee’s Termination in the Judicial Liquidation*
- 269 MARIA TERESA SALIMBENI  
*Social Safety Nets and Corporate Crisis: the Opposite Choices of Legal Policy in Some Recent Provisions*
- 539 CHARLES F.X. SZYMANSKI  
*USA Keep Pace with the European Union: The Inclusion of Sexual Orientation in Employment Discrimination Law*
- 577 PIETER-AUGUSTIJN VAN MALLEGHEM  
*Some Thoughts on the EPSU Decision from the Perspective of EU Constitutional Law*
- 243 CARLO ZOLI  
*The Justified Objective Motivation for Dismissal for Organizational Reasons in Recent Case law*

**case law**

- 363 ARIANNA AVONDOLA  
*If the Mere Different Geographical Location of the Employment Relationship Justifies a New Trial Agreement*  
(Comment to Cassazione’s judgment 9 March 2020 n° 6633)

- 643 EMILIA D'AVINO  
*The Protection of Irregular Workers in Companies Subject to Judicial Administration Starting from the 'Uber Decree'*  
(Comment to Milan Tribunal's Judgement 27 May 2020 n° 9)
- 155 MASSIMILIANO DELFINO  
*The Reinterpretation of the Principle of Horizontal Subsidiarity in European Social Law*  
(Comment to EU Tribunal 24 October 2019, T-310/18, *Epsu*)
- 375 PASQUALE MONDA  
*Covid-19 and Delivery Workers: First Jolts of the Case law*  
(Comment to Florence Tribunal's judgment 1 April 2020)
- 665 CARLA PANSINI  
*The New Application Boundaries of the Judicial Administration of Companies*  
(Comment to Milan Tribunal's Judgement 27 May 2020 n° 9)
- 623 RAFFAELLO SANTAGATA  
*Collective Transfer and Trade Union Discrimination: Legitimacy to Act and Proof*  
(Comment to Cassazione's judgement 2 January 2020 n° 1)
- 171 CARLA SPINELLI  
*The Delivery Workers According to the Cassazione: Hetero-organized Workers Regulated by the Rules on Dependent Work*  
(Comment to Cassazione Judgment 24 January 2020 n. 1663)

#### observatory

- 437 SILVIA BORELLI  
*Company Package and Labour Law*
- 391 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI  
*The Mafia Crime and Labour Law*
- 697 LUIGI CAVALLARO  
*On the Consequences of the Dismissal Ordered 'During the Blocking': A Note*
- 683 WANDA FALCO  
*The Proximity Collective Agreement: An Overview Nine Years after Law 148/2011*

- 183 ISTVÁN HORVÁTH, SÁRA HUNGLER, RÉKA RÁCZ, ZOLTÁN PETROVICS  
*Social dialogue and Global Economic Crisis in Some Central and Eastern European Countries*
- 195 EMILIANO MANDRONE  
*The Treadmill and the Basic Income*
- 409 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE  
*The Rights of Workers, Migrant Workers and Trade Union under the European Convention on Human Rights*

reviews

- 451 LORENZO GAETA  
*Interposition and Subordination. A Somewhat Late Review*
- 469 LORENZO ZOPPOLI  
*Silvana Sciarra and Gino Giugni: a Timely Book and Review*

labour and... movies

- 215 UMBERTO ROMAGNOLI  
*Sorry, There are Many Responsible*
- 223 LORENZO ZOPPOLI  
*The Class Struggle at the Time of the 'Parasites'*

labour and...tv

- 707 EMANUELE DAGNINO  
*A Sitcom as a Glossary of Labour Law and Industrial Relations? The Superstore Cas*

Special issues

*Half a Century from the Worker's Statute. Policies of Law and Legal Culture*  
MARIO RUSCIANO, LORENZO GAETA, LORENZO ZOPPOLI (edited by)

*Protectionism and labour law. Food for thought*  
UMBERTO GARGIULO, MAURA RANIERI (edited by)

## indice autori 2020

Edoardo ALES, 15  
Valentina ANIBALLI, 139  
Arianna AVONDOLA, 363  
Maria Vittoria BALLESTRERO, 493  
Silvia BORELLI, 391, 437  
Mimmo CARRIERI, 29  
Luigi CAVALLARO, 697  
Lucia D'ARCANGELO, 75  
Emilia D'AVINO, 113  
Massimiliano DELFINO, 155  
Marco ESPOSITO, 237  
Michele FAIOLI, 291  
Wanda FALCO, 683  
Giorgio FONTANA, 509  
Lorenzo GAETA, 451  
Oscar GENOVESI, 343  
Andrea GENTILE, 323  
Giuseppe GENTILE, 559  
István HORVÁTH, 183  
Sára HUNGLER, 183  
Milena Anna IMPICCIATORE, 603  
Jeff KENNER, 5  
Emiliano MANDRONE, 194  
Pasquale MONDA, 375

- Valeria NUZZO, 45  
Carla PANSINI, 665  
Zoltán PETROVICS, 183  
Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, 409  
Fabrizio PIRRO, 29  
Réka RÁCZ, 183  
Maura RANIERI, 391  
Umberto ROMAGNOLI, 215  
Maria Teresa SALIMBENI, 269  
Raffaello SANTAGATA, 269  
Carla SPINELLI, 171  
Charles F.X. SZYMANSKI, 539  
Pieter-Augustijn VAN MALLEGHEM, 577  
Carlo ZOLI, 243  
Lorenzo ZOPPOLI, 223, 469

Finito di stampare nel mese di gennaio 2021  
dalla Grafica Elettronica (Na)

