

indice

editoriale

- 5 FERRUCCIO DE BORTOLI
Produttività e crescita

saggi

- 11 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Per un nuovo Statuto dei lavoratori
- 43 EDOARDO ALES
Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto
- 59 LAURA CALAFÀ
Il lavoro intermittente tra politiche e poteri del datore di lavoro
- 77 PAOLO TOMASSETTI
Dal carbone al sole. Diritto del lavoro e identità sindacale nella transizione energetica (1800-2050)
- 101 PASQUALE PASSALACQUA
Lavoro gratuito e Codice del Terzo Settore
- 129 CARLO PISANI
Divieto di licenziamento per emergenza Covid e tipologie di giustificato motivo oggettivo

giurisprudenza

- 153 EDOARDO ALES, ANTONIO RIEFOLI
Funzionari “onorari” o lavoratori? Lo status dei giudici di pace italiani nella sentenza della Corte di Giustizia: primi riflessi sull’ordinamento interno

(Commento a Corte di Giustizia dell'Unione Europea 16 luglio 2020, C-658/18)

173 VINCENZO BAVARO

Le "posizioni organizzative" nelle Pubbliche Amministrazioni secondo la Consulta

(Commento a Corte Costituzionale 25 giugno 2020 n. 128 e 24 luglio 2020 n. 164)

osservatorio

189 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI

Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa

211 MASSIMILIANO DELFINO

La didattica a distanza fra insicurezze e potenzialità

lavoro e ... tv

223 PAOLO PASSANITI

A proposito di "Pane e libertà"

lavoro e ... cinema

229 FLORIANA COLAO

Visioni del mondo del lavoro nella storia. Percorsi tra cinema e diritto

recensione

243 UMBERTO GARGIULO

Guardando al dopo: il lavoro "da remoto" tra consapevolezza e speranze

251 *Notizie sugli autori*

253 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 5 FERRUCCIO DE BORTOLI
Productivity and Growth

articles

- 11 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
For a new Workers' Statute
- 43 EDOARDO ALES
The Well-Being of the Employee: a New Paradigm for Regulating the Employment Relationship
- 59 LAURA CALAFÀ
On-Call Employment between Policies and Managerial Prerogatives
- 77 PAOLO TOMASSETTI
From Coal to Sun. Labour Law and Trade Union's Identity in the Energy Transition (1800-2050)
- 101 PASQUALE PASSALACQUA
Free Labour and the Code of the Third Sector
- 129 CARLO PISANI
Prohibition of Dismissal due to Pandemic and Types of Justified Objective Reasons

case law

- 153 EDOARDO ALES, ANTONIO RIEFOLI
'Honorary' Officials or Workers? The Status of the Italian Peace Officers in the Judgment of the Court of Justice: First Reflections on the Domestic System

(Comment to Court of Justice of the European Union 16 July 2020, C-658/18)

- 173 VINCENZO BAVARO
The ‘Organizational Positions’ in Public Administration according to the Constitution
(Comment to Constitutional Court 25 June 2020 no. 128 and 24 July 2020 no. 164)

observatory

- 189 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
The Mafia Crime and Labour Law
- 211 MASSIMILIANO DELFINO
Distance Learning between Uncertainties and Potential

labour and ... tv

- 223 PAOLO PASSANITI
About ‘Pane e libertà’

labour and ... cinema

- 229 FLORIANA COLAO
Visions of Work in History. Paths between Cinema and Law

review

- 243 UMBERTO GARGIULO
Looking at the After: Remote Work between Awareness and Hope

251 *Authors’ information*

253 *Abbreviations*

Ferruccio De Bortoli
Produttività e crescita

Si cresce se si è più produttivi e, di conseguenza, maggiormente competitivi sui mercati aperti. Ma si cresce anche perché lo Stato fornisce servizi migliori con le stesse risorse. O uguali con meno. E dunque può destinare ciò che risparmia ad altre necessità, nell'interesse collettivo. Nel primo caso la produttività è misurabile attraverso i prezzi di mercato. Nel secondo caso è assai più complesso ma non impossibile se non calcolarla almeno intuirla. Qual è, tanto per fare un esempio, il prezzo della sicurezza garantita in una città? Nessuno può dirlo perché si traduce in una quota di libertà aggiuntiva (e di serenità operativa) che innalza la produttività, ovvero il reddito generale. La produttività di un sistema economico cresce anche grazie alla bontà delle relazioni sociali, favorite da un ambiente di legalità e sicurezza. Quanto vale tutto ciò? Qual è il prezzo della concordia civile? Non lo sappiamo. Intuibile ma non misurabile. Ma quando parliamo di produttività multifattoriale, che misura il grado di efficienza di un intero sistema – organizzazione, istruzione per esempio – non siamo molto lontani da tutto ciò.

Analogamente, in parallelo, possiamo ragionare sul versante dei costi. Una giustizia lenta e incerta impoverisce le attività economiche perché le rende meno programmabili, esposte a rischi non prevedibili per i quali o si appostano dei fondi di garanzia al buio o ci si astiene dal correrli. La scelta di dove aprire un'azienda, avviare una produzione, è spesso strettamente legata al profilo di rischio personale di manager che, se stranieri, decidono dove sia meglio farsi giudicare. E il loro timore, specie sul versante penale anche quando non giustificato, diventa assai più decisivo di altre variabili. Investimenti cancellati dall'analisi algebrica delle opportunità e delle minacce (il cosiddetto sistema *Swot analysis*) non danneggiano solo i potenziali occupati e le loro famiglie ma intere e vaste comunità, private della ricaduta al-

largata di un'attività economica. Non aprendosi una fabbrica o un ufficio non se ne avverte il danno, ma spesso è maggiore di una chiusura aziendale o di un licenziamento di massa. Questi costi non compaiono in nessun bilancio. Non determinano responsabilità facilmente individuabili e, dunque, chiamate a pagarne le conseguenze. Essendo rimasti sulla carta, non creano alcun allarme sociale. Le occasioni perdute non sono considerate dai decisori e dall'opinione pubblica allo stesso livello di gravità di un fallimento (termine peraltro espulso dal nostro ordinamento) o di una ristrutturazione dolorosa sul piano dell'occupazione.

Il tema assai spinoso – come vedremo – della produttività e dunque della crescita nel nostro Paese è riassumibile in questa mancata percezione del “vuoto nel fare”. E nell'assenza di qualsiasi consapevolezza del danno prodotto nel tempo. La ridotta dimensione delle aziende incide poi assai negativamente. Esiste una correlazione positiva fra dimensione e quantità di investimenti in tecnologie e talenti che innalzano il lavoro aggiunto, sia del capitale sia del lavoro. Il controllo familiare dell'impresa è caratteristica spesso virtuosa, spina dorsale del *made in Italy*. Lo è meno quando la sovrapposizione tra componenti della famiglia e ruoli dirigenziali è eccessiva e motivata più dagli equilibri parentali che dalle prospettive aziendali. Un legame troppo stretto tra famiglia e impresa spesso degrada la produttività, la cui ricerca è maggiore con l'apporto di capitali esterni, la spinta del mercato, la quotazione in Borsa. Ovvero l'occhio esterno. L'ampiezza del “nero” e una larga fascia dell'evasione sono stati a lungo, pur nella deprecabile (a parole) illegalità, scambiate come un elemento di flessibilità in un Paese ad alta e inefficiente burocrazia. Quasi fossero aspetti addirittura virtuosi dell'italica arte d'arrangiarsi. Gli studi empirici dimostrano che quando un imprenditore può contare su margini di reddito garantiti dall'attività in “nero” o dall'evasione contributiva e fiscale ha meno stimoli a investire e a innovare. La flessibilità tollerata come manifestazione della ruspante vitalità imprenditoriale italiana ha finito per comprimere la produttività del sistema.

La ricerca forse più interessante sul mistero della produttività italiana è quella realizzato nel 2017 per la Banca d'Italia da Claire Giordano, Gianni Toniolo e Francesco Zollino. Con l'eccezione dell'età giolittiana e degli anni del miracolo economico, la produttività è stata complessivamente ristagnante, specialmente nei servizi, peraltro quasi sempre in larga parte sottratti alle logiche del mercato. Sempre secondo la Banca d'Italia, l'economia del nostro Paese era più esposta, rispetto ad oggi, alla concorrenza negli anni Settanta,

con la globalizzazione agli albori. Dato veramente curioso tenendo conto dei successi all'export delle nostre imprese che affrontano, ogni giorno, concorrenti agguerriti per non dire altro. Un altro interessante *paper* della nostra banca centrale, scritto da Emanuele Bobbio, fotografa impietosamente una tendenza tutta italiana: "Senza evasione fiscale la quota delle imprese più innovative sarebbe stata nel periodo 1995-2006 più alta di otto punti percentuali e la dimensione media aziendale maggiore del 25 per cento" La concorrenza fa loro bene, ma nel vissuto collettivo, specie dopo la pandemia, è considerata dispensatrice più di trappole che di occasioni e vantaggi. Cresce di conseguenza la richiesta di essere protetti, dalle norme o dall'intervento dello Stato. La voglia di essere protetti disincentiva la produttività, spegne gli *animal spirits* che la ricercano.

L'eccessiva enfasi sul costo del lavoro (mantra delle infinite discussioni ideologiche del Novecento italiano) ha spinto molti imprenditori a investire più nei processi di produzione che nel lancio di nuovi prodotti. Il miracolo economico verteva su tanti prodotti innovativi, lo scooter per esempio. Curioso che in India, dove la Fiat aveva un grande vantaggio competitivo, circolino ancora, ammirate, le 1110 adibite a taxi. E Marelli sia sinonimo popolare di ventilatore. Era Ercole Marelli – ormai chi se la ricorda più in Italia? – non Magneti che essendo leader delle batterie elettriche è stata venduta (dall'italoamericana Fca ora Stellantis) ai giapponesi. Si è avuta più attenzione per il costo del lavoro per unità di prodotto che per il valore aggiunto assicurato da ogni occupato. La compressione dei salari ha dunque influito sul calcolo della produttività oltre che ridotto in molti casi la spinta innovativa delle aziende e costretto troppi talenti a emigrare verso impieghi meglio remunerati con maggiori prospettive di carriera. Esistono poi intorno alla produttività equivoci lancinanti. È scambiata spesso per il cottimo. Quando si dice – non senza una punta di orgoglio fuori luogo – che gli italiani lavorano più dei tedeschi senza domandarci come, si finge di non sapere – o semplicemente non si sa – che una produzione *labour intensive* ha un valore aggiunto inferiore. Un universo, mal disciplinato, di "lavoretti", non innalza il valore aggiunto, anzi. Un altro equivoco (in cui cadono anche politici in vista e persino ministri con portafogli economici) è quello che vorrebbe un'impresa impegnata ad accrescere la produttività come unicamente interessata a far crescere i profitti, a sviluppare un "egoismo capitalista" privo di vantaggi collettivi. "Vuoi essere più produttivo perché vuoi guadagnare di più, vero?" Con simili idee in testa non si va da nessuna parte. La bassa pro-

duttività finisce dunque per essere l'altra faccia della decrescita felice che purtroppo felice non è, ma è solo sciagurata.

Gli ultimi dati Istat sull'andamento della produttività devono farci riflettere. Purtroppo non hanno suscitato alcun serio dibattito. Nel 2019 l'andamento del valore aggiunto nei settori di produzione di beni e servizi con un mercato è stato nullo. La produttività del lavoro (valore aggiunto per ora lavorata) si è ridotta dello 0,4 per cento; quella del capitale (rapporto tra valore aggiunto e *input* di capitale) è ugualmente diminuita dello 0,8 per cento. La produttività totale dei fattori – che misura anche il progresso tecnologico, lo sviluppo delle conoscenze, il miglioramento delle organizzazioni – è scesa dello 0,5 per cento dopo qualche anno di recupero. In media, nel periodo 2014-19, il tasso annuo di crescita della produttività del lavoro è stato dello 0,2 per cento contro l'1,3 per cento della media europea. La pandemia non ha certo migliorato questo desolante quadro. Lo ha peggiorato non solo nelle conseguenze negative – e per certi versi inevitabili – sui livelli produttivi ma soprattutto nell'approccio sistematico, nella dinamica dei comportamenti. Se si incentiva l'attesa di un aiuto (a volte non solo necessario ma doveroso in un paese civile) deresponsabilizzando individui e imprese non si incoraggia la ricerca della produttività. Ricerca che non confligge – è il caso di ripeterlo con chiarezza – con gli obiettivi di solidarietà sociale. Se nel pubblico impiego si scambia il lavoro a casa (ammesso che fosse sempre possibile) con avanzati esperimenti di *smart working* si crea solo l'illusione ottica e ingannevole di una improvvisa efficienza.

Giampaolo Galli e Francesco Tucci hanno realizzato un importante studio (*La caduta del valore aggiunto reale della Pubblica amministrazione: evidenze e questioni aperte*) pubblicato dall'Osservatorio sui conti pubblici dell'Università Cattolica di Milano – di cui chi scrive fa parte – arrivando di fatto alla conclusione dell'impossibilità di calcolare la produttività della macchina amministrativa italiana. “La caduta del valore aggiunto – si legge nel rapporto – è dovuta principalmente al comparto dei servizi collettivi, mentre quella della produttività è dovuta quasi interamente al comparto della sanità. In particolare, non è chiaro se l'Istat, analogamente agli istituti degli altri Paesi, riesca a misurare l'aumento di produttività e la riduzione di sprechi che può accompagnare un calo degli addetti, quale quello che si è registrato negli ultimi anni nel comparto della Pubblica amministrazione in senso stretto”.

Sul versante della Sanità, e qui veniamo agli effetti che più direttamente la pandemia ha causato sul versante della spesa pubblica e del suo corretto

utilizzo per alleviare devastanti sofferenze e migliorare una profilassi collettiva, è interessante un rapporto Cergas-Bocconi (*Fotografia del Servizio sanitario nazionale passato, presente e futuro*, Oasi 2020) a cura di Francesco Longo e Alberto Ricci. La misura della produttività, quando è in gioco la salute, apre un ventaglio di interrogativi, anche di natura etica. Se si calcola l'*output*, analogamente a quello che si fa in una produzione qualsiasi, è cioè il numero delle persone dimesse da un ospedale, guarite o almeno si spera, si opera una semplificazione che va nella direzione opposta a tutto quanto si è sostenuto in questi mesi di pandemia. Se la medicina di base funziona, gli accessi al pronto soccorso sono contenuti e, di conseguenza, un minor numero di dimissioni segnalerebbe una scarsa produttività del sistema. Si tendono poi a non cogliere i progressi tecnologici e della medicina predittiva e della prevenzione in generale. L'importanza del rapporto Oasi del Cergas Bocconi sta soprattutto nell'utilizzo dei dati provenienti dal nuovo sistema di garanzia del SSN, basato su 87 indicatori per le 21 tra Regioni e Province autonome, che rappresentano uno sviluppo dei precedenti Lea (Livelli essenziali di assistenza), che offrono una vista completa ed esauriente dei differenziali di efficacia, e quindi di salute, tra le diverse aree del Paese. In particolare la speranza di vita che al Sud è minore di circa uno o due anni rispetto al Nord. O, ancora più efficacemente, gli anni di vita, oltre i 65, trascorsi senza limitazioni funzionali, cioè nell'autosufficienza. Non è, infine, un problema di metriche, ma di capacità di usarle, valutando quante risorse siano necessarie per raggiungere gli obiettivi. Gli sprechi, anche dopo una pandemia nella quale non si è badato a spese, sono sempre cure negate a qualcuno. Le morti bianche e invisibili della Sanità. Il costo del "non curare" che equivale – soltanto sul piano banale del calcolo della produttività – a quello del "non fare".

Giuseppe Santoro-Passarelli

Per un nuovo Statuto dei lavoratori*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Quattro osservazioni iniziali. **3.** Il ridimensionamento della normativa inderogabile sul rapporto di lavoro. **4.** La crisi della fattispecie “lavoro subordinato”. **5.** Solidarietà, Dignità, Salute, Sicurezza del lavoro; altri diritti attinenti alla persona dei lavoratori garantiti dagli artt. 2, 3 co. 2, 4, e 32 Cost. non contemperabili con l’iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. **6.** Il graduale superamento della normativa inderogabile nel rapporto tra legge e contratto collettivo e tra contratti collettivi di diverso livello. **7.** La rappresentatività sindacale in trasformazione: dalla maggiore rappresentatività sindacale (presunta) alla rappresentatività come reciproco riconoscimento. **8.** La rappresentatività effettiva sancita dal consenso dei lavoratori nella sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale e confermata dagli accordi del 2014 e del 2018, non ancora attuati. **9.** L’auspicio di una legge sulla rappresentatività sindacale per l’esercizio dei diritti sindacali e la stipulazione di contratti collettivi a efficacia generale. **10.** Rappresentatività sindacale e sciopero. **11.** Prospettive per il futuro del diritto del lavoro. **12.** Per un nuovo Statuto dei lavoratori.

I. *Premessa*

I cinquant’anni dello Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) fotografano una realtà economico-sociale profondamente mutata, diversa da quella degli anni Settanta del secolo scorso in cui fu promulgato lo Statuto.

È appena il caso di ricordare che lo Statuto dei lavoratori ha avuto come modello di riferimento il rapporto di lavoro subordinato nell’impresa medio-grande di stampo fordista e in un’economia essenzialmente nazionale. Fu infatti concepito come legge di garanzia della libertà e dignità dei lavoratori e di sostegno dell’attività sindacale nell’impresa.

* Discorso con integrazioni e note pronunciato all’Accademia dei Lincei il 4 dicembre 2020 in occasione del cinquantesimo anniversario dello Statuto dei lavoratori.

È altresì noto che parti significative dello statuto dei diritti dei lavoratori, e mi riferisco in particolare al Titolo III e all'art. 28 derivano in buona misura dell'esperienza nordamericana di Giugni. Come ricorda Paolo Grossi¹, Giugni ha avuto il privilegio di non fare parte di nessuna scuola accademica italiana e questo ha significato per lui libertà di ricercare la propria identità senza condizionamenti. Ma scontato il paradosso, come Giugni stesso racconta² nel suo periodo americano si è avvicinato all'esperienza dell'istituzionalismo americano della scuola del Winsconsin, dominata dalla grande personalità di Commons, già scomparso quando Giugni arrivò in quella università. E dove incontrò Seilg Perlman, considerato dal nostro il suo primo maestro. E come ricorda Giugni, ebbe su di lui un'influenza pari a quella successiva di Otto Kahn Freund³.

Come forse è noto quella del Winsconsin è una scuola progressista di critica del pensiero economico classico. Ma bisogna anche dire che, di fronte alle problematiche sociali collegate a depressione, disoccupazione e bassi salari, la scuola del Wisconsin si sforza di mantenere un atteggiamento laico scevro da condizionamenti dogmatici e ideologici. E, infatti, Giugni ha assorbito la lezione di Perlman e cioè di muovere dall'analisi empirica dei fenomeni sociali e sulla base di questa analisi scoprire il meccanismo attraverso il quale una società risolve i problemi man mano che si presentano⁴. In altri termini, memore della lezione di Perlman, Giugni ritiene che la ricostruzione del diritto del lavoro in Italia non possa non porre a suo fondamento l'analisi dei fenomeni economico-sociali sottostanti⁵. E così prende vita piano piano

¹ GROSSI, *Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *DLRI*, 2007, pp. 248, 251.

² GIUGNI, *Intervista di Ichino*, in *RIDL*, 1992, I, p. 416 ss.

³ Su Khan Freund v. il ricordo di GIUGNI, *La memoria di un riformista*, Il Mulino, 2007, p. 67 ss. e v. anche le osservazioni di CELLA, *Il cammino del pluralismo: Giugni e le relazioni industriali*, in *DLRI*, 2007, p. 277 "Dal primo e dall'istituzionalismo preroosveltiano viene tratta l'ispirazione che permetterà di cogliere la natura profonda e autonoma del sindacato agli inizi dell'età industriale, in modo alternativo ai pesanti condizionamenti classisti della cultura marxista, e dal pluralismo di Khan-Freund verrà colto il quadro di regolazione delle relazioni industriali, a sua volta affiancato dalla riflessione sulle opportunità offerte dalla legislazione promozionale del New Deal".

⁴ GIUGNI, *Introduzione a Perlman A theory of the Labor Movement*, 1928, tradotta con il titolo *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, La nuova Italia, 1956 (v. anche GIUGNI, *La memoria di un riformista*, cit., p. 47) e ripubblicata Edizioni Lavoro, 1980. V. sul punto anche PINO, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, 2014, p. 31.

⁵ Come sottolinea FERRARI, *Gino Giugni e la teoria del diritto*, in *DLRI*, 2012, p. 190, "Nella costruzione sistematica di Giugni entrano dunque il mercato, la tecnologia, l'organizzazione aziendale, il conflitto, i gruppi sociali, gli interessi, la prassi normativa, fondendosi con i conetti giuridici tradizionali che l'autore non rinnega ma rilegge in chiave dinamica e interattiva".

la sua monografia – *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* – che certamente costituisce una svolta negli studi delle relazioni industriali.

Dopo quest'opera nulla sarà come prima perché la dottrina successiva non potrà non confrontarsi con essa e, come ha sottolineato Tiziano Treu, apre la strada allo studio del fenomeno interno dell'autonomia collettiva come complesso di regole di diversa natura o di prassi che costituiscono in concreto l'ordinamento dei gruppi sindacali⁶.

Nella ricostruzione di Giugni si afferma la tesi che la legislazione promozionale non debba essere considerato un intervento limitativo dell'autonomia collettiva con finalità di regolazione e di contenimento dell'attività sindacale – diversamente dai disegni di legge di attuazione degli artt. 39 e 40 Cost. – ma di promozione dell'attività del sindacato in azienda⁷. È in questo disegno di politica del diritto che Giugni rivela la sua anima di genuino riformista.

E questa scelta, pur contrastata – sia da coloro che avevano elaborato un progetto sulle tavole dei diritti individuali, cioè i sostenitori del garantismo nel rapporto individuale; sia dalla Cisl, che vedeva nell'intervento legislativo sempre un limite all'autonomia sindacale – risultò vincente per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché riuscì a incanalare la protesta dei lavoratori – specie nell'autunno caldo del '69 – contro il tradizionale centralismo burocratico-sindacale, nell'alveo delle grandi Confederazioni. Riconobbe infatti all'*iniziativa dei lavoratori* il potere di costituire vere e proprie strutture sindacali – le rappresentanze sindacali aziendali – in ogni unità produttiva dell'impresa “*nell'ambito delle associazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale*”⁸.

In secondo luogo perché, come affermò Giugni, “lo Statuto se correttamente interpretato è servito ad agevolare l'assettamento delle relazioni industriali a livello di impresa e a stabilire il primato di esse come fonte regolativa dei rapporti”⁹.

⁶ TREU, *L'organizzazione sindacale*, Giuffrè, 1970.

⁷ GIUGNI, *Introduzione a Perlman*, cit. Sulla scia di questo Autore Giugni critica l'impostazione costituzionalista perché insufficiente a garantirne l'effettività della tutela dei diritti fondamentali se non si rende possibile esercitarli in forme collettive e se non si costituisce una reale democrazia industriale fondata su un equilibrio di potere tra rappresentanze operaie e vertici dell'impresa.

⁸ GIUGNI, *L'autunno caldo sindacale*, in *Il Mulino*, 1970, p. 24 ss. con riferimento all'esperienza del contratto dei metalmeccanici che vide saldamente unite le federazioni dei metalmeccanici della Fiom, Fim, e Uilm, nella FLM.

⁹ GIUGNI, *Intervista a cura di Pietro Ichino*, cit., p. 442.

In conclusione, come ricorda Treu, lo Statuto dei lavoratori riuscì a rendere complementari i due blocchi di normative che si rifacevano a concezioni sociali e politiche radicalmente diverse. Quello di matrice costituzionalista con il Titolo I, che garantiva i diritti individuali dei lavoratori; e il Titolo III, la cosiddetta anima promozionale dello Statuto, che rendeva effettiva la tutela dei diritti attraverso l'introduzione del sindacato in fabbrica¹⁰. Va detto comunque che il titolo III riconosce situazioni soggettive non solo in capo ai sindacati ma anche in capo ai singoli.

Una norma tipica degli ordinamenti anglosassoni è l'art. 28, che Giugni ha importato nello Statuto ricordando le *unfair labour practices* negli Usa. Ma non ha esitato a criticare l'uso talvolta improprio fatto dai cosiddetti "Pretori d'assalto" che, con interpretazioni ideologiche, rompevano l'equilibrio voluto dallo Statuto. Sicché l'imprenditore si trovava esposto in azienda non solo al contropotere del sindacato, ma anche a quello del giudice spesso neppure in sintonia con il primo¹¹.

Al diritto dell'emergenza Giugni dedica la sua attenzione critica in una famosa relazione a Bari¹² perché questo diritto "gli appare del tutto inadeguato a fornire risposte all'altezza delle dinamiche di rinnovamento, in quanto è vittima di un'evoluzione non rettilinea, influenzato dal tentativo di rispondere immediatamente a pressanti esigenze pragmatiche e prive di sostegno in orientamenti dottrinali definiti". Per Giugni è sempre necessario partire dalle trasformazioni che riguardano la realtà produttiva per elaborare politiche di riforma.

E infatti il cambiamento dei modi produzione e gli effetti di una vera e propria crisi economica segnano l'inizio di un processo non di vera e propria deregolazione legislativa (come in Gran Bretagna), ma per così dire di "deregolazione negoziata" attraverso una serie di rinvii dalla legge al contratto collettivo. Tanto che a quest'ultimo, cioè alla gestione sindacale, vengono affidate revisione e gestione delle garanzie. Le deroghe infatti possono avvenire mediante norme inderogabili in *melius*, come nel decreto sul costo del lavoro d. l. 12/1977, e norme derogabili in *peius*¹³.

¹⁰ TREU, *Gino Giugni politico del diritto e legislatore*, in *DLRI*, 2007, p. 333.

¹¹ V. GIUGNI, *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, 1989, pp. 227-302.

¹² GIUGNI, *Il diritto del lavoro degli anni 80*, in *DLRI*, 1982, pp. 373-409 e ora in *Saggi*, cit., p. 293.

¹³ GIUGNI, *op. cit.*, p. 320. In questi casi, scrive Giugni, affiora sia pure con circospezione quel modello di disciplina semimperativa derogabile con l'autonomia collettiva che viene indicato da Khan Freund come una prospettiva feconda di risultati.

In ogni caso per Giugni si deve escludere dalla revisione dello Statuto la materia del titolo I; come pure va esclusa qualsiasi ipotesi di delegificazione per i licenziamenti, ammettendo soltanto qualche correzione, come la revisione delle procedure dei licenziamenti collettivi secondo le direttive europee. Mentre per i licenziamenti individuali va prevista l'abbreviazione del processo.

A questa fase della flessibilità su impulso del legislatore, ma negoziata e controllata dal sindacato, segue una nuova fase, denominata di "concertazione" (1983-84), contraddistinta dal famoso "accordo Scotti", col quale passare da un modello di pluralismo conflittuale a forme di "economia concertata". Dove lo scambio non è solo tra due parti, imprese e sindacati, ma suppone una terza parte diventa, cioè il Governo, che si impegna a contrappartite in cambio di determinati atti o comportamenti delle parti.

Ma il progetto di concertazione dura poco e resta largamente inattuato perché il governo Craxi interviene d'autorità col cosiddetto "decreto di S. Valentino" segnando una rottura insanabile tra le stesse Confederazioni a seguito del referendum, promosso dalla Cgil ma senza successo. La frattura dura per circa un decennio, fino al 1993. Quando si conclude un patto di concertazione e un accordo interconfederale, dei quali Giugni è l'artefice principale. In quell'accordo viene sancito, sia pure a livello aziendale, il principio della misurazione della rappresentatività, quasi proporzionale, delle diverse sigle sindacali e l'istituzione delle rappresentanze sindacali unitarie che sostituiscono le rappresentanze sindacali aziendali.

Dopo questa premessa, necessaria per comprendere le origini dello Statuto, l'ambiente di quel periodo e la personalità del suo autore, e prima di addentarsi nell'analisi della nuova disciplina, è opportuna qualche osservazione sul contesto socioeconomico successivo all'emanazione dello Statuto.

2. *Quattro osservazioni iniziali*

Come è noto il rapporto di lavoro, diversamente da altri rapporti, in virtù della subordinazione della "persona" del lavoratore, era regolato da una normativa di legge ad alto tasso d'inderogabilità. Normativa che è cresciuta e ha irrigidito progressivamente la disciplina del rapporto, almeno fino agli anni '90, con la frequente sovrapposizione della volontà politica alle leggi del mercato. Mentre nel corso del primo ventennio del secolo XXI, con la

progressiva penetrazione dei valori della Comunità economica europea – quali concorrenza e divieto di aiuti di Stato – è avvenuto il contrario: le leggi del mercato hanno sempre più condizionato la volontà politica. Oggi poi, con l'economia globalizzata, si tende a contenere i costi di produzione. E si parte dalla progressiva riduzione del costo del lavoro, non solo economico ma anche normativo: non solo dei rapporti di lavoro subordinato ma anche di quelli autonomi.

1) La prima osservazione riguarda i periodi che hanno contraddistinto il diritto del lavoro dal 1948 ai nostri giorni. Come è noto il primo periodo della rifondazione della materia, dal 1948 al 1960, non è segnato da interventi normativi rilevanti sulle norme del codice civile, ma da un contributo creativo della dottrina riguardante l'organizzazione sindacale (in particolare: Francesco Santoro-Passarelli e Luigi Mengoni). Questa dottrina, dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, con l'avvento della Costituzione ha per così dire "ricostruito" su basi privatistiche il diritto sindacale, inquadrate, durante il periodo corporativo, nel diritto pubblico. La (dottrina della) privatizzazione del diritto sindacale ha consentito di riconoscere ai sindacati, in omaggio al principio della libertà sindacale, il potere di autoregolare i loro interessi mediante i contratti collettivi e ha creato così la nuova categoria dell'autonomia collettiva riconducibile all'autonomia privata.

Il secondo periodo, dal 1960 alla metà degli anni 90 del secolo scorso, è contrassegnato dall'avvento della dottrina dell'ordinamento intersindacale di Gino Giugni che, come si è detto, consente all'interprete di analizzare dall'interno e sul piano fattuale la contrattazione collettiva. Questo periodo è contrassegnato da importanti interventi normativi, connotati da un crescente tasso di inderogabilità della disciplina legale e collettiva, cui consegue l'indisponibilità (assoluta o relativa) dei diritti del lavoratore. Basti pensare alla legge sull'appalto di mano d'opera del 1960, alla legge del 1962 sul contratto a termine, alla prima normativa sui licenziamenti individuali del 1966, allo Statuto dei lavoratori che segna il culmine della normativa inderogabile. Vanno altresì ricordate la legge 1 maggio 1990, n. 108 – che riduceva ulteriormente lo spazio del licenziamento *ad nutum* disponendo la tutela obbligatoria contro il licenziamento ingiustificato anche nelle imprese con meno di 15 dipendenti – e la legge 23 luglio 1991, n. 223 sui licenziamenti collettivi: materia fino ad allora lasciata alla sola disciplina collettiva. È vero però che, a fronte di queste disposizioni molto rigide,

l'art. 2113 cod. civ. – tuttora in vigore ed esteso nel 1973 al cd. “lavoro parasubordinato” – prevede un regime generale e molto equilibrato degli atti di disposizione dei diritti del lavoratore.

Il terzo periodo, che può essere denominato di flessibilità crescente, inizia con il cosiddetto “pacchetto Treu” del 1997, l'ultimo frutto della concertazione, e prosegue col d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che attua la direttiva europea sul contratto a termine. Questo decreto, pur prevedendo determinate cause di apposizione del termine, cosiddetto “causalone”, liberalizza la legge del 1962 perché non considera più il contratto a termine come eccezione rispetto al contratto a tempo indeterminato. Infine, il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 apre a una pluralità di rapporti temporanei (cd. “Statuto dei lavori”). Tra questi campeggiano: la “somministrazione di lavoro” – che di fatto elimina il divieto di appalto di manodopera – l’ “apprendistato” nelle sue varie forme; il “lavoro intermittente” e le “collaborazioni continuative e coordinate” nella forma del “lavoro a progetto”. Non vengono però toccati né l'art. 13 né l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

È opportuno sottolineare a questo proposito la differenza concettuale e di effetti che intercorre tra disciplina flessibile e disciplina inderogabile. La prima espressione sta ad indicare la diversificazione della disciplina del tipo “lavoro subordinato” in ragione della presenza o assenza di requisiti o modalità della prestazione o del rapporto. Conseguentemente la presenza o assenza di tali requisiti determina la sottrazione di una norma o di un blocco di norme. Quindi la selezione e la parziale applicazione della disciplina del tipo lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato al contratto a tempo determinato o a tempo parziale o al lavoro intermittente o alla somministrazione di lavoro ecc.. Dunque è vero che le suddette normative flessibilizzano o, se si preferisce, articolano le tutele nell'ambito dello stesso tipo. Conseguentemente attenuano il c.d. codice protettivo del prototipo, ma non per questo perdono la loro natura di norme inderogabili. Pertanto è bene chiarire, una volta per tutte, che “disciplina flessibile” non è sinonimo di “disciplina derogabile”¹⁴.

Il quarto periodo inizia con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che rompe una prassi sindacale consolidata perché consente al contratto collettivo aziendale di derogare, in certe materie, non solo il contratto collettivo nazionale ma direttamente anche le norme di legge. Questo periodo è allora segnato sia

¹⁴ SANTORO-PASSARELLI G., voce *Diritto del lavoro (flessibilità)*, in *EGT*, VI, 1997.

dal forte ridimensionamento della normativa inderogabile sia dalla sostanziale equiparazione tra livelli contrattuali. Ritorrerò nei paragrafi successivi e più analiticamente su quest'ultimo periodo.

2) La seconda osservazione riguarda le politiche del diritto dell'Unione europea in materia di occupazione che hanno come obiettivo la c.d. *flexicurity*, ossia l'esigenza di coniugare "flessibilità" e "sicurezza". In concreto significa *favorire* le leggi che riducono i diritti del lavoratore nel contratto ma *aumentare* le tutele nel mercato del lavoro. In altri termini: riconoscono una funzione centrale alle politiche attive per l'impiego, che tendono a garantire un'indennità di disoccupazione elevata e ad agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Predispongono inoltre, per il lavoratore inoccupato o disoccupato, percorsi formativi e di riqualificazione professionale. In una parola si tratta di politiche che non intendono tutelare il "posto di lavoro" a tutti i costi ma la "occupabilità".

La legislazione italiana si è mossa appunto in questa direzione, prevedendo politiche attive del lavoro. Non ha realizzato però un'efficace tutela dei lavoratori in cerca di occupazione. Infatti le forme di assistenza previste dal legislatore italiano – prima il "reddito di inclusione" e poi il "reddito di cittadinanza" – non sono state accompagnate da strutture adatte a far incontrare domanda e offerta di lavoro, assicurando formazione e riqualificazione al lavoratore che ha perso il posto di lavoro. I c. d. *navigators* infatti, privi di formazione e di informazioni, non sono in grado di reperire posti di lavoro per i percettori del reddito di cittadinanza. Sicché questo si riduce a una forma di sussidio assistenziale, attribuito senza controlli talvolta persino a chi non ne ha diritto. Si tratta dunque di una misura, pur costosa, che però finora non ha certo aumentato la occupazione¹⁵. E intanto la disoccupazione giovanile nel Mezzogiorno ha superato il 40%. Del resto è fin troppo noto che per risolvere il problema occupazionale è necessario reperire risorse ingenti. Che, secondo alcuni, possono derivare: da un ampliamento del debito pubblico oppure, secondo altri, da una diversa e più equa distribuzione della ricchezza o ancora dal contrasto severo all'evasione fiscale. In Italia questa è in generale molto elevata, ma in particolare lo è a causa delle pratiche di evasione contributiva quando il datore di lavoro non paga la contribuzione ma paga il lavoratore in nero e il lavoratore percepisce la retribuzione in nero e il sussidio di disoccupazione.

¹⁵ Anche perché spesso i cosiddetti *navigator*, diversamente da quanto avviene in Germania, non hanno la formazione necessaria per assolvere ai loro compiti.

3) La terza osservazione riguarda gli effetti della pandemia da corona virus sull'economia e sulla crisi senza precedenti dell'occupazione nei Paesi dell'Unione Europea. A questo proposito va ricordato il cambiamento della politica dell'Unione Europea con l'eliminazione da parte della Commissione di un suo caposaldo, cioè il divieto degli aiuti di stato, diventati per l'economia dei vari Paesi urgenti e inevitabili; e con l'iniezione, da parte della Banca Centrale, di una liquidità monetaria senza precedenti: sia per finanziamenti alle imprese, sia per finanziare la cassa integrazione dei lavoratori subordinati e parasubordinati e i sussidi dei lavoratori autonomi. E così, alla politica dell'austerità, va sostituendosi una politica keynesiana di aumento della spesa onde rilanciare consumi e investimenti con ingente partecipazione dello Stato addirittura come azionista: cosa impensabile fino a poco tempo fa. Il *Recovery Fund* che l'Europa ha destinato all'Italia, per un importo di 209 miliardi di euro, è la prova di una politica europea più solidale rispetto agli anni passati. Né si deve trascurare che il Governo in carica sembra propenso a tornare a una politica di concertazione con le parti sociali.

4) Con la quarta osservazione va messo in evidenza che negli ultimi anni, e ancor più durante la pandemia, si riscontra un aumento vistoso delle diseguaglianze sociali tra lavoratori nonostante i sostegni del reddito da parte dello Stato. Mentre ai lavoratori pubblici è garantita la stabilità del posto di lavoro, per i lavoratori privati rimane la prospettiva del licenziamento. Per ora è sospeso, con diverse modalità, fino al 31 marzo 2021, ma per l'avvenire non si può escludere: visto che molte imprese potrebbero o ridurre il personale o persino cessare la produzione. Non solo, ma il prolungamento del blocco dei licenziamenti si ripercuote sui cosiddetti precari, cioè lavoratori a termine e lavoratori autonomi. Come risulta dai dati Istat, se si confronta il secondo trimestre del 2020 con il corrispondente periodo 2019 ci sono 841mila occupati in meno. Sono appunto in particolare i precari: i lavoratori assunti con contratto a termine sono diminuiti di 677 mila unità (-21,6%) e i lavoratori autonomi di 219 mila unità (-4,1%). E dai dati del Ministero dell'Economia le aperture di partite Iva (che spesso nascondono lavoratori subordinati) risultano diminuire di circa il 30% di anno in anno.

3. *Il ridimensionamento della normativa inderogabile sul rapporto di lavoro*

L'analisi della normativa successiva allo Statuto mostra una modifica di fondamentali disposizioni di questa legge, ridimensionandone in modo significativo l'inderogabilità.

Si comincia con l'art. 4 della legge 300 sui controlli a distanza. La norma viene modificata dall'art. 23 del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 e poi ancora dall'art. 5 del d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185. Si consente al datore di lavoro un controllo molto più penetrante della prestazione lavorativa, eliminando il divieto del controllo agli strumenti utilizzati dal lavoratore nella sua prestazione e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.

Ma le norme che alterano il segno politico dello Statuto sono quelle dei decreti 23 e 81 del 2015 che modificano sensibilmente sia l'art. 2103 cod. civ. sia l'art. 18 dello Statuto, peraltro già modificato nel 2012 dalla legge 92.

Mentre l'art. 2103 cod. civ. (nella versione dell'art. 13 dello Statuto) vietava in modo assoluto l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, ora la norma modificata la consente e quindi non tutela più la professionalità acquisita e neppure l'equivalenza delle mansioni. Infatti sia il datore di lavoro, in presenza di una modifica organizzativa che tocca la posizione del lavoratore, sia il contratto collettivo possono retrocedere il lavoratore di un livello nell'ambito della stessa categoria. Non solo, ma per non essere licenziato il lavoratore può accettare, sia pure in sede assistita, di essere adibito addirittura a una categoria inferiore. In sostanza questa norma contiene molte deroghe: non garantisce più la professionalità acquisita consentendo il demansionamento.

Tuttavia, in materia di flessibilità organizzativa, la contrattazione collettiva non considera il cambiamento dell'organizzazione del lavoro a seguito, per esempio, dell'informatizzazione dei processi produttivi. Una ricerca su impiegati e quadri per il lavoro 4.0 conferma la necessità che la contrattazione si adegui al lavoro che cambia. Formazione; lavoro; *welfare*; *smart working*: sono temi che emergono dalle richieste di impiegati e quadri, mentre l'inquadramento professionale è fermo al 1973 e richiede, dopo oltre quaranta anni, un tempestivo adeguamento alle nuove professionalità. La ricerca formula una proposta interessante: una tutela da "contratto collettivo ibrido". Articolato cioè in due parti: quella classica applicabile ai lavoratori dipendenti; un'altra, innovativa, adatta a professionisti incaricati di un progetto, riguardante aspetti suscettibili di pattuizione individuale, come orario e

retribuzione. Secondo la ricerca si potrebbe ottenere il duplice risultato di una maggiore flessibilità e di una maggiore tutela considerato che anche soggetti di alta professionalità sono in qualche misura “contraenti deboli” nella pattuizione individuale con l’azienda.

Anche l’art. 18 dello Statuto è stato modificato profondamente. Ormai il licenziamento ingiustificato, almeno in linea di massima, non è più sanzionabile con la reintegrazione bensì col risarcimento del danno. Era calcolato sulla sola anzianità fino a quando la sentenza della Corte costituzionale 24 luglio 2019, n. 194 ha invece stabilito che a determinarlo concorrono anche altri parametri, già indicati dal vecchio testo dell’art. 18. Con la conseguenza dell’incalcolabilità preventiva dell’importo, affidata alla discrezionalità del giudice e ovviamente alla possibilità di giudizi diversi per casi simili.

La reintegrazione è prevista solo nei casi espressamente previsti dalla legge, per il licenziamento discriminatorio e nel licenziamento per giustificato motivo soggettivo quando il fatto contestato non sussiste.

La reintegrazione, se per un verso ha avuto l’effetto positivo di privilegiare l’interesse del lavoratore alla continuità e stabilità del rapporto di lavoro rispetto a quello del datore alla temporaneità dei vincoli contrattuali, per un altro verso ha avuto anche un effetto negativo. Perché la limitazione della flessibilità in uscita ha provocato la nascita di una serie di rapporti temporanei. Così la disciplina del contratto a tempo determinato, molto rigida con la legge del 1962 – ispirata a una logica essenzialmente antifraudolenta – ha progressivamente allargato le maglie: prima con la legge del 1987, che abilitava i contratti collettivi a prevedere nuove ipotesi di contratto a termine; poi col d.lgs. 368/2001, che ampliava le causali del contratto a termine, nel rispetto della direttiva europea; e infine con la legge del 2014, che autorizza la conclusione di contratti a termine, senza causali e con la sola previsione della durata massima triennale. È vero che ora il c. d. “decreto dignità” (... ..) contro il precariato limita la durata del contratto a termine senza causali a dodici mesi non prorogabili, ma è anche vero che, scaduti i dodici mesi, la trasformazione in contratto a tempo indeterminato ha riguardato solo un terzo dei contratti. Tutti gli altri dipendenti hanno perso il posto di lavoro. Più o meno analogo il percorso dell’appalto di mano d’opera: inizialmente vietato, poi ammesso a determinate condizioni nella forma del “lavoro interinale”; infine pienamente consentito con l’etichetta di “somministrazione di mano d’opera”. Vanno inoltre ricordati: il “lavoro a tempo parziale”, anche involontario; le diverse forme di “apprendistato”; lo *stage*.

Le conseguenze del coronavirus – confinamento, quarantena, ecc. – hanno determinato un aumento in progressione geometrica del c. d. “lavoro agile: si stima da ottocentomila a otto milioni. L’aumento di questa modalità di lavoro è determinato dall’esigenza di ridurre il contagio del virus, più facile da trasmettere nei luoghi di lavoro per mancanza del distanziamento tra le persone. Ma, cessata la pandemia, potrebbe diffondersi come forma di lavoro, specie per giovani non ancora professionalizzati, perché concilia le esigenze di lavoro con quelle di vita e di studio del lavoratore.

Quanto allo *smart working*, il lavoro che si svolge nel domicilio del lavoratore, diventato molto in voga durante il *lockdown*, è una forma di *home working* che però replica l’orario di ufficio senza regolare, nella maggior parte dei casi, il diritto del lavoratore alla disconnessione che invece è fondamentale. Questa forma di *smart working* è imposta unilateralmente dal datore di lavoro anche quando il domicilio del lavoratore non è adeguato e bypassa la stipula del contratto individuale prevista dalla legge. Il vero *smart working* è invece una modalità flessibile di esecuzione della prestazione lavorativa che effettivamente concilia le esigenze di vita e di lavoro del prestatore di lavoro in quanto, mirando la prestazione al raggiungimento di obiettivi, non ha vincoli né di orario né di luogo. Tocca allora all’azienda allestire un’organizzazione del lavoro che prescinda dal tempo e miri ai risultati da raggiungere mediante la performance non del singolo ma del gruppo. Va comunque rilevato che, in particolare negli uffici pubblici, il ricorso allo *smart working* ha determinato disagi e ritardi nell’accesso ai medesimi uffici da parte dei cittadini e degli utenti.

La civiltà digitale determina il cambiamento del modo di lavorare non solo in azienda ma anche nella scuola e nell’università. Le lezioni e gli esami a distanza in questo periodo sono diventati la regola. Va tuttavia sottolineato che il cambiamento non può riguardare ogni genere di lavoro o di professione: da quelle sanitarie a quelle commerciali. Anche se è vero che l’*e-commerce* ha raggiunto volumi fino a poco tempo fa inimmaginabili.

4. *La crisi della fattispecie “lavoro subordinato”*

Tutte queste forme contrattuali sono rimaste pur dopo l’abrogazione della disciplina della reintegrazione e confermano tre dati e cioè: 1) che, a fronte dell’unicità della fattispecie prevista dall’art. 2094 cod. civ., esiste una

pluralità di discipline di tutela del lavoro dipendente, definite flessibili perché sottraggono una o più norme alla relativa disciplina ma restano pur sempre inderogabili. E questa pluralità di discipline¹⁶, a fronte di una fattispecie che continua ad essere monolitica¹⁷, consente di parafrasare il titolo di un'opera celebre *La proprietà, le proprietà* di Salvatore Pugliatti con una formula simile: *La subordinazione, le subordinazioni*. Basta pensare ai dirigenti, al telelavoro, al tempo parziale, al contratto a tempo determinato, alla somministrazione di mano d'opera, al lavoro occasionale, agli *stage* e da ultimo al lavoro agile; 2) Il secondo dato è che i rapporti regolati dalle discipline flessibili sono essenzialmente temporanei; 3) e infine il terzo dato è che il contratto di lavoro a tempo indeterminato, sebbene ancora prevalente, non è più l'unica forma di occupazione.

A quanto detto va aggiunto che autorevolmente è stato messo opportunamente in evidenza che esistono anche forme di subordinazione attenuata con riguardo alla prestazione dei dirigenti e di coloro che svolgono prestazioni di alta professionalità¹⁸ in certe situazioni che la dicotomia "rapporto di lavoro subordinato/contratto d'opera", scolpita rispettivamente dagli artt. 2094 e 2222 cod. civ. si è progressivamente appannata per la sopravvenienza della "collaborazione continuativa e coordinata". Tale fattispecie, contemplata dal diritto processuale, è diventata dapprima un "contratto atipico" e poi nel 2003 un "tipo legale" nella forma di "lavoro a progetto", fino a essere ritenuto, da parte della dottrina, un *tertium genus*. Successivamente la "collaborazione organizzata dal committente" ex art. 2, co. 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 è stata considerata, dalla dottrina prevalente e dalla giurisprudenza della Cassazione, una norma antifraudolenta. Infine l'art. 15 della legge 22 maggio 2017, n. 81 ha dettato l'interpretazione autentica del termine "coordinazione". Finché, con la modifica del citato art. 2 co. 1 a opera del d.l. 3 settembre 2019, n. 101 la norma ha esteso il suo ambito di applicazione al lavoro anche autonomo c. d. "debole", data l'irrelevanza della possibilità di ri-

¹⁶ Sulla crisi della subordinazione come criterio inadeguato ad assicurare protezione a soggetti comunque meritevoli di tutela si veda già SANTORO-PASSARELLI G., *La funzione del diritto del lavoro*, cit., p. 347.

¹⁷ Si veda in questo senso, con punto interrogativo, CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in *ADL*, 2018, I, p. 961 ss.

¹⁸ GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, p. 109.

fiutare la prestazione di lavoro. La Cassazione infatti, peraltro intervenuta prima della modifica legislativa del 2019, ha applicato la disciplina del lavoro subordinato anche a prestatori in condizione di debolezza economica operanti in una zona intermedia tra autonomia e subordinazione ma considerati meritevoli di una tutela omogenea. Da ultimo il d.l. 101/2019 ha ancora modificato l'art. 2 co. 1: ha sostituito il termine “esclusivamente” con “prevalentemente”; ha eliminato l'inciso “anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro” e ha aggiunto al primo comma una seconda parte: “le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali”.

Queste modifiche non sono di piccolo conto e certamente ampliano l'area dell'art. 2 co. 1, sicché dopo queste modifiche si deve prendere atto che la norma fa riferimento anche a lavoratori sicuramente autonomi deboli e applica anche a essi la disciplina integrale del lavoro subordinato.

Importante il riferimento a quanti operano mediante piattaforme digitali e ai lavoratori autonomi prevalentemente personali, ai quali l'art. 2 co. 1 del d.lgs. 81/2015 applica la disciplina del lavoro subordinato. Mentre lo stesso legislatore ha previsto per i *riders*, definiti lavoratori autonomi, l'applicazione di tutele minime stabilite dall'art. 47-*bis*, aggiunto dal d. l. 101/2019.

Va però segnalato il difetto di coordinamento tra norme: là dove la previsione del potere della piattaforma di determinare le modalità esecutive della prestazione, previsto dall'art. 47 co. 2-*bis* si sovrappone, sia in astratto sia in concreto, con l'ambito di applicazione dell'art. 2 co. 1, e persino con l'etero-direzione *ex art. 2094 c.c.* Ma, poiché non è realistico ipotizzare una *interpretatio abrogans* – e comunque non si può considerare residuale l'ambito di applicazione delle norme appena varate degli art. 47-*bis* e ss. – è ragionevole utilizzare il criterio della continuità/occasionalità della prestazione e distinguere i *riders* che lavorano *continuativamente*, ai quali si applica l'art. 2 co. 1 (seconda parte aggiunta dal d.lgs. 101/2019) da quelli che lavorano *occasionalmente*, ai quali si applicano gli artt. 47 co. 2-*bis* e ss.

Com'è noto poco tempo fa è stato sottoscritto un contratto collettivo tra Assodelivery e il sindacato U.g.l. per regolare alcuni istituti del rapporto di lavoro dei *riders*. In tale contratto però si qualificano come lavoratori autonomi i *riders* e non si elimina la retribuzione a cottimo. Sugli altri diritti – sindacali, alla *privacy*, alla sicurezza e agli infortuni sul lavoro – il contratto si attesta sui minimi e li specifica, ma non prevede le ferie e i congedi per ma-

lattia. Sulla legittimità di questo contratto sono stati espressi dubbi perché non concluso da organizzazioni sindacali comparativamente rappresentative. E una recente sentenza del Tribunale di Palermo (7263/2020) ha qualificato “subordinato” il rapporto dei *riders*.

I differenti rapporti di lavoro subordinato prima menzionati; le diverse forme di lavoro autonomo continuativo debole; le prestazioni tramite piattaforme digitali: sono fattispecie che mettono in evidenza l'inadeguatezza dell'art. 2094. Tale norma infatti non assicura una protezione adeguata a una vasta area di soggetti: che, pur non qualificati subordinati in senso tecnico, sono meritevoli di talune tutele del lavoro subordinato. Con la conseguente urgenza di modificarla in termini generali a seguito del cambiamento dei modelli di organizzazione del lavoro e dell'obsolescenza dell'impresa fordista.

5. *Solidarietà, Dignità, Salute, Sicurezza del lavoro; altri diritti attinenti alla persona dei lavoratori garantiti dagli artt. 2, 3 co. 2, 4, e 32 Cost. non contemporabili con l'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost.*

Sovente i rapporti di lavoro temporanei (*stage*; contratto a termine; somministrazione; apprendistato, rapporto a tempo parziale involontario; collaborazione continuativa e coordinata; falsa partita Iva) rappresentano in sequenza nel lavoro privato le forme d'ingresso in azienda, che il lavoratore in cerca di occupazione *deve* accettare. E questa situazione di grave incertezza lavorativa genera, specie in coloro che cercano un posto di lavoro, magari perso a 50 anni, quel notevole disagio conosciuto come *precarietà*¹⁹. E indubbiamente la precarietà è una forma di lesione della dignità di chi lavora, forse più insidiosa della discriminazione. Ma non esiste una norma che vieta queste condotte del datore di lavoro. Condotte che impongono all'interprete di affrontare il nodo cruciale del nesso di compatibilità tra principi e valori costituzionali, soprattutto nella loro attuazione. Nella Costituzione infatti si ritrovano: i doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale (art. 2); il valore della dignità della persona (artt. 3 e 4), il diritto alla salute (art. 32); la sicurezza sul lavoro (art. 41, co. 2) e la libertà di iniziativa economica.

¹⁹ Sul significato del termine precarietà v. diffusamente SCARPELLI, *Le garanzie difficili nei lavori precari*, in CURZIO (a cura di), *Il diritto del lavoro contemporaneo*, Cacucci, 2019, p. 15 ss.

Si tratta allora di verificare se i doveri inderogabili dell'art. 2, richiamando i doveri di solidarietà economica del 2° comma dell'art. 41, limitino la libertà dell'iniziativa privata e se la tutela della dignità²⁰, come pure la salute e sicurezza del lavoratore siano comunque da privilegiare di fronte alla libertà d'iniziativa economica.

In questo senso vale la pena richiamare quanto di recente ha ribadito Proto Pisani secondo il quale l'art. 41 subordina la legittimità dell'iniziativa privata al rispetto del valore della dignità umana e ricorda i suoi tentativi di rileggere le tecniche di tutela storicamente sviluppatasi a tutela del diritto di proprietà, a tutela dei diritti della persona, diritti normalmente a contenuto non patrimoniale, attraverso il ricorso alla tecnica raffinata della denuncia di danno temuto (art. 1172 cod. civ.).

O se ha fondamento la tesi secondo la quale l'art. 41 co. 2 realizza un contemperamento tra interessi contrapposti²¹. Si è infatti affermato di recente che l'attenuazione della norma inderogabile si giustifica in ragione delle esigenze del sistema di produzione capitalistico²².

È evidente che laddove dovesse prevalere la tesi del contemperamento, le norme costituzionali che garantiscono la solidarietà e la dignità del lavoratore (artt. 2, 3 co. 2, 4 Cost.) non avrebbero alcuna autonomia ma sarebbero semplici dichiarazioni programmatiche e sarebbero inevitabilmente assorbite dal principio del bilanciamento, mentre è vero il contrario, e cioè costitui-

²⁰ OPPO, *L'iniziativa economica*, in *RDC*, 1988, I, p. 309, *Relazione al convegno su la Costituzione economica (a quaranta anni dalla approvazione della carta fondamentale promosso dalla Università cattolica del Sacro Cuore, Milano 6-7 maggio 2019* e infine in *Scritti Giuridici, I, Diritto dell'impresa*, Cedam, 1992, p. 30 ss., da cui cito. Sulla solidarietà insieme all'inviolabilità come criteri orientatori della costituzione democratica v. FIORAVANTI, *Art. 2 Costituzione italiana*, Carocci, 2017, *passim*. Il rapporto tra l'art. 2 Cost. e 41 comma 2 è richiamato anche da Natalino IRTI che definisce i doveri di solidarietà come criteri conformatori dell'iniziativa economica e sottolinea l'opportunità di positivizzare tali doveri.

²¹ Sulla tematica del bilanciamento degli interessi v. con diversa impostazione, PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2000, p. 1 ss.; ID., *Giustificato motivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2017, p. 133. Secondo questo autore il punto di vista giuridico impone il rispetto della libertà di impresa; in senso critico: v. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 190 ss.

²² Così si esprime PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *RIDL*, 2019, pp. 279-292; anche VALLEBONA auspica che si sgretoli l'idolo dell'inderogabilità oppressiva, in *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo della uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, p. 682.

scono una barriera o meglio delimitano un'area di protezione della dignità del lavoratore, che non può essere valicata dal presunto principio del contemperamento degli interessi contrapposti.

E questa autonoma e preminente rilevanza riconosciuta ai richiamati principi costituzionali risulta quanto mai opportuna in un periodo di crisi economica come l'attuale perché il principio del contemperamento è inevitabilmente condizionato da un'economia ormai globalizzata.

Con queste affermazioni non si vuole affatto negare la rilevanza costituzionale della libertà d'iniziativa economica privata, del resto ora, per la pandemia del Coronavirus, protetta da un'iniezione di liquidità senza precedenti. Tanto che gli aiuti di Stato, in precedenza severamente vietati, sono stati adesso rimossi dalla normativa comunitaria e irrompono nella nostra economia e addirittura prefigurano un ritorno dello Stato imprenditore. Chiusa la parentesi, si vuole riaffermare con forza che la solidarietà, la dignità e la salute del lavoratore sono valori non negoziabili. Di conseguenza l'art. 41 comma 2 non può essere considerato il fondamento del contemperamento di interessi certamente asimmetrici.

Non si tratta ovviamente di garantire la tutela del lavoratore attraverso la costituzione coattiva di rapporti di lavoro e scaricare sulle imprese il costo delle tutele dei lavoratori in cerca di prima occupazione e che hanno perso il posto di lavoro. Sarebbe opportuno prevedere norme idonee a contrastare la pratica della sequenza dei contratti temporanei preliminari all'assunzione e in generale a prevedere tutele per i lavoratori nel mercato e d'altro lato prevedere una serie di strutture costituite da personale qualificato che provveda a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro attraverso la formazione e riqualificazione dei lavoratori e formazione continua dei lavoratori in cerca di prima occupazione o che hanno perso il posto di lavoro. Ma è fin troppo evidente che per risolvere il problema occupazionale lo Stato deve reperire risorse ingenti che, secondo alcuni, possono derivare: da un ampliamento del debito pubblico oppure, secondo altri, da una diversa e più equa distribuzione della ricchezza o ancora dal contrasto severo all'evasione fiscale.

Pertanto si può ben affermare che l'art. 41 comma 2 non contempera la libertà di iniziativa economica e diritti fondamentali del lavoratore bensì consente al legislatore di apporre limiti ai poteri dell'imprenditore. I diritti, infatti, proprio perché riguardano la persona del lavoratore, non sono comprimibili dalla legge del mercato, cioè dalla logica del contemperamento,

mentre i poteri imprenditoriali possono essere limitati dalla discrezionalità del legislatore. Il quale può modificare nel tempo la frontiera mobile tra i primi e i secondi stabilendo limiti di volta in volta diversi a seconda del suo orientamento politico e comunque rispettando la garanzia della libertà dell'iniziativa economica.

Una conferma di questa tesi si riscontra nelle normative sul licenziamento che si sono succedute nel tempo. La legge del 1966 ha introdotto il principio della motivazione del licenziamento e il risarcimento come sanzione in caso di licenziamento ingiustificato; l'art. 18 del 1970 ha aggravato la sanzione del licenziamento ingiustificato e nullo imponendo la sola reintegrazione; il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 ha reintrodotta il risarcimento in caso di licenziamento senza giustificato motivo oggettivo e ha lasciato la reintegrazione nella sola ipotesi di licenziamento nullo e discriminatorio oppure nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo quando il datore adduce un "fatto [che] non sussiste". Ma in ogni caso tali normative non avrebbero mai potuto escludere l'obbligo di motivazione del licenziamento, pena la loro illegittimità costituzionale, proprio perché l'obbligo di motivazione tutela la dignità della persona del lavoratore.

Certamente il processo di progressivo ridimensionamento della norma inderogabile da parte del legislatore potrà continuare legittimamente, salvo l'intervento della Corte costituzionale, ma in quel caso sarà difficile negare che la norma inderogabile diventerà una specie di simulacro, vuoto di contenuto.

Va detto comunque che nel nostro ordinamento la Corte costituzionale ha ritenuto fino ad ora incostituzionale soltanto la norma del d.lgs. 23/2015 che commisurava esclusivamente all'anzianità di servizio il parametro per determinare l'indennità.

Mentre, in controtendenza si deve sottolineare che la legislazione di emergenza (art. 46 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e art. 14 d.l. 14 agosto 2020, n. 104) per il coronavirus ha stabilito la sospensione dei licenziamenti e la proroga di questa sospensione fino al 31 dicembre 2020.

6. *Il graduale superamento della normativa inderogabile nel rapporto tra legge e contratto collettivo e tra contratti collettivi di diverso livello*

La terza chiave di lettura della normativa post-statutaria da me utilizzata riguarda il progressivo superamento della normativa inderogabile che regolava il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello e la funzione del contratto aziendale.

Quanto al primo profilo si deve osservare che l'accordo interconfederale del 1993 affidava al contratto nazionale il compito di individuare le materie regolate dal contratto aziendale. Una giurisprudenza successiva stabilì che il contratto aziendale, perché più prossimo all'esigenze dei lavoratori dell'azienda, in base al criterio di specialità potesse derogare anche in *peius* le clausole del contratto nazionale purché stipulato dalle corrispondenti strutture aziendali dei sindacati nazionali. In quegli anni frequenti furono i rinvii della legge alla contrattazione per gestire situazioni di crisi aziendale (l. 223/1991) o per derogare certe rigidità legislative. Esempio importante la devoluzione alla contrattazione collettiva per regolare: il contratto a termine (l. 28 febbraio 1987, n. 56); i contratti di solidarietà (l. 19 dicembre 1984, n. 863); l'indennità di fine rapporto; la revisione dell'orario di lavoro con l'abrogazione di leggi vecchissime (legge del 1923 sull'orario di lavoro); modifica del vecchio collocamento con l'abolizione graduale del sistema di intermediazione pubblico, ma senza lasciare spazio ai soli meccanismi del mercato. Questa stessa tecnica di regolazione fu adottata per talune misure del c. d. Pacchetto Treu del 1996-97.

Si trattava comunque di rinvii alla contrattazione per rendere flessibili talune norme rigide, ma si trattava di una "flessibilizzazione" autorizzata espressamente dal legislatore e sotto il controllo del sindacato²³. Dalla legislazione però non erano stati messi ancora in discussione i capisaldi della tutela dello Statuto: l'assoluta inderogabilità dell'art. 2103 c.c. (art. 13 St.); i limiti al potere di controllo dell'art. 4; l'art. 18 sulla reintegrazione a seguito di licenziamento illegittimo.

Bisogna allora chiedersi se il principio-cardine dell'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo – che ha assicurato dalle origini la tutela del lavoro subordinato – regga ancora o la sua tenuta, come avviene

²³ V. in proposito diffusamente RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, *passim*.

per molti diritti sociali, sia messa in discussione dalla globalizzazione dei mercati e dai vincoli economici e finanziari della normativa europea²⁴.

È vero che dal 2008 una crisi economica “globale” senza precedenti sta provocando in Italia la chiusura progressiva di imprese medie e piccole; chiusura che conseguentemente genera un tasso di disoccupazione ormai superiore al 12% – con punte di disoccupazione giovanile, specie nel centro-sud del 40% – oltre a un aumento considerevole del lavoro nero e a una prospettiva di bassissima crescita.

Secondo qualche dottrina il difficile attuale contesto socio-economico giustificerebbe il superamento del principio della norma inderogabile. Si dice che tali norme, il più delle volte a precetto generico, si sono moltiplicate fino a regolare tutti gli aspetti del rapporto di lavoro, al punto da attuare una sorta di “uniformità oppressiva”²⁵ che contrasterebbe con lo sviluppo e la competitività delle imprese e le mutevoli esigenze della produzione.

In altri termini, diventa ancor più stringente la domanda se i principi che regolano il rapporto di lavoro e le tecniche del nostro ordinamento siano ancora efficaci a tutelare l’interesse dei lavoratori al posto di lavoro: nel senso di poter essere utilmente fatte valere dagli stessi lavoratori; o se invece siano inadeguate alla garanzia dell’occupazione. Come dire che l’apparato delle tutele predisposto nell’arco del XX secolo a favore dei lavoratori, in particolare subordinati, debba essere progressivamente smantellato nel XXI secolo. Perché – secondo una tesi che va diffondendosi – è un apparato troppo costoso: che da un lato compromette la competitività delle imprese sul mercato internazionale; e da un altro lato non è attrattivo per le imprese estere che vogliono investire in Italia.

Per rispondere a questa domanda bisogna ricordare anzitutto che il sistema della flessibilità controllata dai sindacati confederali ha retto fino al 2011. A mio avviso questa data segna un cambio di paradigma: la norma inderogabile cede progressivamente spazio, a causa della globalizzazione dell’economia, a normative che privilegiano le esigenze delle imprese. Ma

²⁴ In generale sulla norma inderogabile v. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1976. Più di recente ID., *Il problema dell’inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Giornate di Studio AIDLASS di Bologna, 16-17 maggio 2013, in www.aidlass.it e in *DLRI*, 2013, p. 715 ss.; CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 341 ss.

²⁵ VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, p. 682 ss.

soprattutto, scomparso ogni residuo di concertazione, i sindacati confederali conservano faticosamente il controllo della gestione del conflitto, che si trasferisce e si risolve sempre più spesso, come si vedrà, a livello aziendale.

Com'è stato rilevato, il cambiamento del contesto ha influito sia sugli accordi fra i vertici confederali delle due parti sia su quelli tra questi vertici e il potere pubblico. Infatti i governi, anche di diverso orientamento politico, hanno fatto a meno del consenso sindacale senza subire danni, finendo col colpire lo stesso contratto collettivo nazionale. Varie pressioni, financo internazionali, hanno messo in discussione la funzione tipica di questo contratto "di togliere i salari dalla concorrenza"²⁶.

Ancora, l'art. 8 d.l. 138/2011 stabilì il principio che per particolari finalità il contratto aziendale potesse derogare a norme inderogabili della legge e del contratto nazionale. Per la verità una simile deroga era prevista pure dall'accordo interconfederale del 2013, ma a una condizione non secondaria: che la deroga avvenisse nei limiti e secondo le procedure stabilite dal contratto nazionale. Evidente la diversa portata tra le due previsioni: quella dell'art. 8 mira a depotenziare la centralità del contratto nazionale e la sua funzione di governo del conflitto, mentre la previsione dell'accordo interconfederale del 2013 mirava ad attribuire al contratto nazionale il governo del conflitto.

All'art. 8 è poi seguito l'art. 51 del d. lgs. 81/2015 che addirittura sancisce una sostanziale fungibilità tra contratti collettivi di diverso livello. Col risultato di ampliare lo spazio del contratto aziendale, sicché i rinvii operati dalla legge possono essere effettuati, indifferentemente, al contratto collettivo nazionale, territoriale o aziendale, seppure a condizione che siano stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale e i contratti aziendali siano stipulati dalle rappresentanze aziendali degli stessi.

Orbene questa norma conferma l'orientamento dell'art. 8 del d. l. 138/2011 – convertito nella l. 148/2011 – e anzi in certa misura ne generalizza il campo di applicazione. Infatti, a differenza del citato art. 8, non richiede che le deroghe alle norme di legge o alle clausole del contratto nazionale rispondano a finalità particolari. Ma la sempre più estesa facoltà di deroga del contratto nazionale a opera di quello aziendale per contrastare l'uniformità "oppressiva" della disciplina inderogabile del contratto nazionale di fatto ne compromette la tipica funzione solidaristica.

Le condizioni minime stabilite nel contratto nazionale, infatti, proprio

²⁶ TREU, *La questione salariale*, cit., p. 792.

perché uniformi, sono determinate tenendo conto dei differenti contesti socio-economici del territorio italiano e assicurano i minimi di trattamento a quella miriade di lavoratori che non hanno un contratto aziendale. Il potenziamento del contratto aziendale, soprattutto se svincolato dal controllo a monte da parte del contratto nazionale, rischia inevitabilmente di far saltare il primo livello di contrattazione e le relative logiche solidaristiche, a tutto vantaggio di discipline pattizie aziendali che tengono conto esclusivamente di interessi particolari e in cui il sindacato può essere più condizionato dalla controparte. Allo stato attuale, come si rileva in dottrina, “la regolazione dei rapporti tra livelli contrattuali e delle modalità del decentramento contrattuale continua ad essere una questione irrisolta non solo nel dibattito ma anche nella prassi negoziale che infatti continua ad essere differenziata nelle diverse categorie”²⁷.

7. *La rappresentatività sindacale in trasformazione: dalla maggiore rappresentatività sindacale (presunta) alla rappresentatività come reciproco riconoscimento*

L'art. 19 dello Statuto, nella versione originaria, accoglie una nozione di maggiore rappresentatività delle Confederazioni sindacali storiche “presunta”: cioè non misurata, ma paritaria. Nel senso che le Confederazioni si riconoscevano reciprocamente una pari rappresentatività ai fini dell'esercizio dei diritti sindacali. Come stabilito del resto dal patto federativo del 1972, col quale si istituirono i “Consigli di fabbrica” (o dei delegati), nei quali ogni delegato, eletto dai lavoratori di una determinata unità produttiva dell'impresa, era considerato l'istanza di base di tutti e tre i sindacati.

La maggiore rappresentatività aveva come presupposto l'unità d'azione delle stesse Confederazioni. E negli anni 70 infatti furono numerose le lotte unitarie delle tre Confederazioni storiche (Cgil, Cisl e Uil) almeno fino al 1984. Questa data convenzionalmente segnò la crisi dell'unità d'azione, a causa del referendum promosso dalla Cgil, ma non dalla Cisl e Uil, sulla “sterilizzazione” dei punti di contingenza stabilita dal decreto Craxi. La crisi, con alterne vicende, durò fino al 1993 e fu superata dal “patto di concertazione” e da un accordo interconfederale, dei quali fu artefice principale Gino Giugni.

²⁷ *Ibid.*

Con questo accordo si stabilì che la rappresentatività a livello aziendale non fosse più paritaria ma fosse determinata in misura *quasi* proporzionale ai voti conseguiti da ciascun sindacato. Due terzi dei seggi sarebbero stati assegnati in misura proporzionale, mentre un terzo sarebbe stato riservato ai sindacati maggiormente rappresentativi. Così in azienda furono istituite nelle aziende le “rappresentanze sindacali unitari” secondo l’accordo interconfederale del 1993. Questo, pur introducendo un criterio di misurazione della rappresentatività dei sindacati a livello aziendale, tuttavia conservò alle tre Confederazioni il sostanziale monopolio nella gestione delle relazioni sindacali e riuscì a contenere le spinte centrifughe conseguenti alla consultazione referendaria del 1995. Che eliminò la maggiore rappresentatività sindacale legata alle maggiori Confederazioni e riconobbe come rappresentativi i sindacati firmatari di contratti collettivi di qualsiasi livello, quindi anche aziendale. Per effetto del referendum, il nuovo criterio di identificazione della rappresentatività si fonda sul mutuo riconoscimento tra organizzazioni datoriali e sindacali e amplia conseguentemente la platea dei soggetti legittimati a costituire rappresentanze sindacali aziendali.

Questa interpretazione è stata avallata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 244 del 1996, che ha escluso il rischio – paventato dall’ordinanza di rimessione del giudice *a quo* – circa il possibile potere di accreditamento dell’organizzazione sindacale da parte della controparte datoriale.

8. *La rappresentatività effettiva sancita dal consenso dei lavoratori nella sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale e confermata dagli accordi del 2014 e del 2018, non ancora attuati*

Questa interpretazione ha retto fino a quando – a seguito di un contenzioso promosso da quei sindacati che, pur essendo rappresentativi, non siglavano alcun contratto e non potevano quindi costituire r. s. a. – intervenne nuovamente la Corte Costituzionale nel 2013 con la sentenza n. 231²⁸: che, pur a legislazione invariata, con una sentenza additiva, e proprio la ricordata vicenda dell’art. 19 dello statuto dei lavoratori, sottoposta nuovamente al va-

²⁸ Cfr., da ultimo, CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 205/2014, spec. pp. 38-40, con richiami a saggi precedenti dello stesso A.

glio di costituzionalità, pur a legislazione invariata, e con esito opposto a quello del 1996, conferma come nell'interpretazione del giudice costituzionale rilevi il contesto.

Stabili che la rappresentatività potesse essere riconosciuta a quei sindacati che, pur non avendo siglato il contratto collettivo, avessero però partecipato ai negoziati per lo stesso contratto quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda. Una sentenza in certa misura contraddittoria però: mentre in motivazione accoglie una nozione di rappresentatività che, esistendo nei fatti e nel consenso dei lavoratori, si fonda sul rapporto tra lavoratori e sindacato, nel dispositivo accoglie una nozione di rappresentatività che, fondandosi sulla partecipazione alle trattative, finisce col fondarla sul riconoscimento reciproco tra sindacato e controparte datoriale. Ma sotto questo profilo la medesima sentenza, collocandosi sulla scia della sentenza del 1996, finisce col contraddire quanto affermato in motivazione.

Certamente la sentenza del 2013 tiene conto del mutato contesto, non più contrassegnato dall'unità d'azione sindacale come nel 1996, bensì da un'accentuata tensione fra le tre Confederazioni. Dimostrata dal fatto che un sindacato sicuramente rappresentativo come la Cgil non aveva sottoscritto né il contratto di primo livello della Fiat né quello di categoria dei metalmeccanici e neppure l'accordo interconfederale del 2009.

Si deve aggiungere che la Corte, pur affermando “di non potere individuare un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda, in caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva o in caso di mancata attività negoziale, o ancora in caso di impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale”, tuttavia individua il criterio nella partecipazione all'attività negoziale. E tuttavia va detto che questo criterio, diversamente da quello della sottoscrizione, non è oggettivamente verificabile: nel senso che non indicare in modo incontrovertibile cosa debba intendersi per “partecipazione alle trattative”. Per esempio, è dubbio che la semplice presentazione di una piattaforma rivendicativa sia sufficiente a integrare gli estremi della partecipazione alle trattative. A colmare questa lacuna avevano provveduto nel 2014 le parti sociali con la sigla del patto, denominato significativamente “Testo Unico”, col quale sono stati individuati i requisiti per identificare i soggetti che partecipano alle trattative: a) che raggiungano una soglia di rappresentatività del 5% assumendo la media tra il dato associativo (deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori) e il dato

elettorale (ottenuto in voti) espressi in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali aziendali; b) che contribuiscano alla definizione della piattaforma sindacale; c) che partecipino alla delegazione trattante.

Il fatto è però che, per ragioni mai chiarite, il suddetto Testo Unico non ha mai avuto attuazione, come pure quello del 2018, nel quale si metteva in evidenza l'assoluta necessità di misurare anche la rappresentatività della parte datoriale.

Ne consegue che la nozione di rappresentatività è ferma alle indicazioni della sentenza n. 231 del 2013.

9. *L'auspicio di una legge sulla rappresentatività sindacale per l'esercizio dei diritti sindacali e la stipulazione di contratti collettivi a efficacia generale*

Diventa perciò urgente un intervento legislativo sulla rappresentatività sindacale, ormai invocato da tutte le parti sociali. Bisogna comunque essere consapevoli che una legge del genere presuppone la necessaria delimitazione dell'ambito in cui misurare la rappresentatività di ciascun sindacato, così come avviene nel lavoro pubblico. Ma ciò nel lavoro pubblico è agevole perché esistono i comparti ed esiste un solo soggetto della parte datoriale – l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni – mentre nel lavoro privato esiste una pluralità di datori di lavoro.

Nel frattempo, in assenza di un intervento legislativo – pure auspicato dalla sentenza costituzionale 231 del 2013 – sulla rappresentatività sindacale calcolata sul consenso degli iscritti; o nell'introduzione di un obbligo a negoziare nei confronti di organizzazioni sindacali che superino una certa soglia di sbarramento; o di altri criteri pure menzionati dalla sentenza, ci si chiede quali effetti determina la mancata partecipazione alle trattative da parte di un sindacato rappresentativo nel lavoro privato. In sostanza, tale mancata partecipazione comporta l'impossibilità, per quel sindacato, di costituire rappresentanze sindacali aziendali? Oppure, in mancanza di un criterio di identificazione dei soggetti legittimati a negoziare, la partecipazione alla negoziazione rientra nel diritto comune dei contratti, è cioè riconducibile all'art. 1337 c.c., sulle trattative nei contratti individuali. Una norma ben lontana dalla logica delle trattative che preludono alla conclusione di un contratto collettivo.

Si deve infatti sottolineare che l'applicazione di questa norma al caso di

specie non modifica in alcun modo l'assetto tra le parti, consacrato dalla sentenza del 1996. Infatti non legittima i sindacati, rappresentativi ma che non hanno voluto partecipare alle trattative o ne sono stati esclusi, a costituire r. s. a., ma si limita a stabilire che le parti, nello svolgimento delle trattative, devono comportarsi secondo buona fede. E d'altronde la giurisprudenza chiarisce che, nel contratto individuale, dallo svolgimento delle trattative non nasce alcun obbligo per le parti di concludere il contratto.

In altri termini, resta fermo il principio della libertà contrattuale, riconosciuto dalla sentenza del 1996 che individuava per l'appunto *il reciproco riconoscimento come criterio selettivo dei soggetti legittimati a stipulare il contratto collettivo e di conseguenza a costituire rappresentanze sindacali aziendali*. Ma desta perplessità che, in questo modo, sia l'imprenditore a scegliersi l'interlocutore; e non deve meravigliare che, in omaggio alla libertà contrattuale, proliferino contratti collettivi tra agenti contrattuali di dubbia rappresentatività.

In conclusione, si può dire che la rappresentatività sindacale ha cambiato i suoi connotati, ma è ancora in trasformazione. Siamo passati dall'epoca del diffuso orientamento dell'inutilità dell'attuazione dell'art. 39 comma 4, perché le Confederazioni storiche, ampiamente rappresentative, avevano il governo della contrattazione collettiva, al sistema sindacale introdotto dal referendum del 1995, in seguito al quale è aumentato inevitabilmente il numero delle organizzazioni sindacali. Perciò di recente da più parti si chiede, con diverse sfumature²⁹, un intervento legislativo sulla rappresentatività sindacale. Non solo da parte delle grandi Confederazioni che non hanno più il monopolio della contrattazione collettiva – sicché, assieme ai sindacati, si sono moltiplicati i contratti collettivi (ben 800 nell'archivio del Cnel) – ma anche da parte della Confindustria che vede insidiato il suo potere rappresentativo. E tutto ciò avviene anche perché, per una serie di motivi, non sono stati finora attuati gli accordi del 2014 e del 2018. Come ha sottolineato Treu³⁰, l'incertezza sui criteri di rappresentatività ha costi economici, perché favorisce la concorrenza al ribasso fra contratti e attori negoziali.

²⁹ V. in part. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *DLRI*, 2002, p. 173 ss.

³⁰ TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione e contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2019, pp. 786-788.

10. *Rappresentatività sindacale e sciopero*

Un'ultima osservazione riguarda la rappresentatività sindacale ai fini dello sciopero.

Dalle Confederazioni non c'è un'analoga richiesta per individuare la rappresentatività dei sindacati ai fini dell'esercizio dello sciopero. E se questo si comprende per lo sciopero nell'industria, dove la controparte è solo il datore di lavoro, si comprende molto meno per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, dove più che contro il datore di lavoro si lotta contro gli utenti, cioè contro i soggetti deboli che patiscono gli effetti dello sciopero.

Le due leggi sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, del 1990 e del 2000 – dovute, se non all'intervento diretto, certamente all'impulso di Giugni – non hanno legiferato sulla rappresentatività sindacale perché, sia pure tacitamente, hanno accolto l'idea, in quegli anni ancora prevalente, che non era necessario intervenire sulla rappresentatività sindacale; forse anche perché Giugni era all'epoca un convinto sostenitore della tesi della titolarità individuale del diritto sciopero.

Ma oggi la conseguenza è che persino sindacati per nulla rappresentativi sono legittimati a proclamare scioperi che bloccano un intero servizio per l'astensione di pochi lavoratori. Si tratta sovente di sindacati che proclamano scioperi, con motivazioni spesso generiche, più per autolegittimarsi che per tutelare autentiche esigenze dei lavoratori. E sta diventando frequente anche la proclamazione di "scioperi generali" addirittura da sindacati neppure presenti in tutte le categorie.

11. *Prospettive per il futuro del diritto del lavoro*

A questo punto si tratta di accertare se le rilevanti modifiche legislative della disciplina del rapporto di lavoro – per i lavoratori subordinati con la sensibile riduzione del tasso d'inderogabilità delle norme e dell'ambito d'applicazione della reintegrazione; e, per i lavoratori autonomi deboli, non riconoscendo serie tutele – abbiano, come alcuni sostengono, "destrutturato" il diritto del lavoro³¹ o se invece si tratta, secondo altri, di mutamenti deter-

³¹ In questo senso RUSCIANO, *Sul metodo delle riforme del Diritto del lavoro*, in *DLM*, 2018, pp. 199-209.

minati da esigenze di competitività delle imprese imposti dalla globalizzazione dei mercati.

Entrambe le risposte contengono una parte di verità. Per un verso c'è chi considera il “vero” diritto del lavoro quello dello Statuto dei lavoratori: sul quale una certa generazione (la mia) si è formata. O, per un altro verso, c'è chi ritiene che, nell'attuale contesto, debbano prevalere le ragioni del mercato, e quindi dell'impresa, su quelle del lavoro: che non a caso viene considerato solo un costo di produzione³².

Una terza via è rappresentata da chi ritiene che, in questo contesto, stiamo assistendo a un cambio di paradigma, contrassegnato da una seconda fase della *flexicurity* per l'occupabilità³³. Nella quale, in realtà, la flessibilità sembra occupare maggiore spazio rispetto alla sicurezza e dove si prospetta un mutamento causale del contratto di lavoro: nel senso che la nuova causa “collaborativa e partecipativa” tenderebbe a valorizzare il lavoratore e a promuovere una visione nuova del rapporto, in cui il conflitto non sparisce ma diviene soltanto una risorsa di ultima istanza³⁴. Senza valutare nel merito questa proposta, mi limito a osservare che la grave crisi economica determinata dalla pandemia lascia intravedere, in un prossimo futuro, un aumento delle disuguaglianze e un conseguente aumento delle tensioni sociali e della conflittualità. Che sembra smentire, almeno nel breve periodo, questa visione irenica e collaborativa delle relazioni industriali nel nostro Paese.

12. *Per un nuovo Statuto dei lavoratori*

Ritengo per parte mia che, se è indubbio che il diritto del lavoro non deve e non può essere considerato un diritto che comporta la cristallizzazione di un sistema di valori immutabile, ma al pari di tutti i fenomeni umani è calato nella storia: risente cioè dei diversi contesti culturali e geopolitici. È altrettanto indubbio che, di fronte a queste evidenti e rilevanti trasformazioni sociali, dell'organizzazione e dell'ambiente di lavoro, non si può non sotto-

³² In questo senso, *ex multis*, ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *RIDL*, 2015, I, p. 205.

³³ TREU, *Una seconda fase della flexicurity per l'occupabilità*, in *DRI*, 2017, p. 597.

³⁴ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 20 maggio 2020, in <http://csdle.lex.unict.it> e successivamente *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, a cura degli stessi autori con contributi di altri autori, Il Mulino, 2020.

lineare che il diritto, il quale dal lavoro prende nome e ragione, continuerà a esistere se riuscirà ad assolvere alla sua funzione tipica e insostituibile; cioè se riuscirà a tutelare la parte debole del rapporto individuale e collettivo³⁵, che non può non implicare il ricorso, sia pure temperato, alla tecnica della normativa inderogabile, che rimane il vero presidio della tutela dei lavoratori. È necessario però segnalare gli effetti a cascata dell'ampliamento della normativa derogabile: riducendo lo spazio della normativa inderogabile si riduce automaticamente anche l'area dei diritti indisponibili e quindi l'operatività del regime d'invalidità, ragionevole e sempre valido, dell'art. 2113 cod. civ.³⁶.

In questo periodo di profonda crisi economica, dove le diseguglianze economiche tra i cittadini tendono ad aumentare in modo vistoso, e al fine di evitare probabili tensioni sociali determinate dalla crisi economica innescata dalla pandemia, sarebbe auspicabile il ritorno all'esperienza degli "accordi di concertazione" tra le parti sociali. Bisogna infatti essere consapevoli che la disintermediazione sindacale, operata dai precedenti governi, è stato un errore strategico e che la crisi economica non si batte con la moderazione salariale. Non deve prevalere la tesi che la crisi economica già esistente e acuita dalla pandemia si può superare non aumentando le retribuzioni e attenuando ulteriormente le tutele per i diversi tipi di lavoro. È evidente che le imprese devono avviare cospicui investimenti in termini di digitalizzazione dei processi produttivi; come pure devono avvalersi dei nuovi strumenti tecnologici per quanto riguarda il controllo a distanza con una disciplina nuova e più aderente alla realtà dello *smart working* autentico e non quello praticato in questa stagione che è in realtà una forma di *home working*.

Inoltre va affermato con forza che la tutela della dignità e della salute del lavoratore debbono essere privilegiate rispetto alla libertà dell'iniziativa economica privata. Se viceversa dovesse prevalere la tesi del contemperamento tra diritti che attengono alla persona del lavoratore e diritto di libertà economica, ne conseguirebbe che i primi si risolverebbero in mere dichiarazioni programmatiche, perché il contemperamento sarà sempre condizio-

³⁵ SANTORO-PASSARELLI E, "Se tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere che è condizione dell'aver e di ogni altro bene" già in *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48, 3 e ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, p. 1071. Cfr. SCOGNAMIGLIO, *La specialità del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1960, I, p. 83 ss.

³⁶ DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976.

nato dalle ragioni dell'economia globalizzata a scapito di fondamentali valori costituzionali.

Come si è detto il nuovo Statuto dei lavoratori, da un lato dovrebbe prevedere norme idonee a contrastare la pratica della sequenza dei contratti temporanei preliminari all'assunzione e in generale a prevedere tutele per i lavoratori nel mercato, e d'altro lato prevedere una serie di strutture costituite da personale qualificato che provveda a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro attraverso la formazione e riqualificazione dei lavoratori e formazione continua dei lavoratori in cerca di prima occupazione o che hanno perso il posto di lavoro. Ma è fin troppo evidente che per risolvere il problema occupazionale lo Stato deve reperire risorse ingenti che, secondo alcuni, possono derivare: da un ampliamento del debito pubblico oppure, secondo altri, da una diversa e più equa distribuzione della ricchezza o ancora dal contrasto severo all'evasione fiscale.

Inoltre il nuovo Statuto dei lavoratori dovrebbe individuare due fattispecie di subordinazione contrassegnate da due tratti alternativi tra loro: da un lato la etero-organizzazione dell'imprenditore e dall'altro la debolezza economica del prestatore di lavoro. Debolezza economica i cui parametri, come si è ricordato, non è sempre agevole identificare.

Nella prima fattispecie dovrebbe essere ricondotta una variegata tipologia di rapporti di lavoro, ai quali andrebbe applicata una disciplina generale di base, per evitare quanto avvenuto negli ultimi anni e ancora di recente: le facili elusioni della disciplina del lavoro subordinato. In questa nuova fattispecie, in un rapporto di *genus a species*, con una tutela aggiuntiva, dovrebbero essere ricondotti anche i lavoratori contraddistinti dalla eterodirezione.

Nella seconda fattispecie di subordinazione socio-economica dovrebbero essere ricondotti i lavoratori autonomi economicamente deboli, anche nel caso in cui avessero il potere di rifiutare la prestazione convenuta. Com'è stato affermato dalla Cassazione, l'autonomia nella fase genetica del rapporto non è sempre sinonimo di autentica autonomia se nella fase funzionale vi è un controllo penetrante della prestazione, come avviene nel rapporto di lavoro dei *riders*, ai quali la Cassazione ha applicato la disciplina del lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2 co. 1 del d. lgs. 81/2015; e il Tribunale di Palermo li ha di recente qualificati lavoratori subordinati. In altri termini il giudice, in caso di controversia sulla qualificazione della subordinazione socio-economica del rapporto, deve avere riguardo allo svolgimento in concreto dello

stesso e non al fatto che il lavoratore possa in astratto rifiutare la prestazione di lavoro.

In secondo luogo vanno a mio avviso salvaguardate le norme del titolo I dello Statuto. E tuttavia sarebbe opportuno correggere la disciplina delle visite mediche nel senso di una maggiore responsabilizzazione delle strutture sanitarie per evitare abusi di certificati medici compiacenti.

In terzo luogo il nuovo Statuto dovrebbe intervenire in materia di rappresentatività sindacale. Solo indicando per legge i criteri di misurazione della stessa forse si riesce a costruire un sistema ordinato di relazioni sindacali per quanto riguarda: sia l'esercizio dei diritti sindacali; sia la stipulazione dei contratti collettivi; sia l'esercizio del diritto di sciopero. La rappresentatività misurata su dati oggettivi eviterebbe, a mio avviso, la pratica non virtuosa di 800 contratti collettivi nazionali, come risulta dall'archivio del Cnel.

Bisogna riflettere se normare un criterio gerarchico tra contratti collettivi di diverso livello in termini di efficacia oggettiva (utilizzando una tecnica analoga a quella dell'art. 2077 cod. civ.) o se invece, come prevedeva l'accordo del 1993, rinviare al contratto nazionale l'individuazione delle materie regolabili in sede aziendale.

In altre parole il contratto nazionale dovrebbe conservare la funzione solidaristica nella determinazione dei minimi di trattamento economico e normativo, salva la determinazione per legge del salario minimo orario che registra una contrarietà assoluta dei sindacati confederali.

Mentre il contratto aziendale dovrebbe superare inquadramenti ormai risalenti e vetusti e sostituirli con altri in grado di corrispondere alle esigenze di una civiltà telematica. Il sistema di inquadramento è fermo al 1973 e la contrattazione collettiva non prende in considerazione l'informatizzazione dei processi produttivi.

Infine il contratto aziendale potrebbe prevedere un sistema di misurazione delle *performances* dei singoli lavoratori e dei gruppi chiamati a eseguire la prestazione: non più e non tanto in termini di rispetto dell'orario di lavoro ma in funzione degli obbiettivi raggiunti.

Abstract

L'A., dopo una ricostruzione socio-economica e storico-evolutiva della disciplina dello Statuto dei lavoratori, evidenzia i cambiamenti del modello sindacale e dei rapporti di lavoro ai quali la normativa si è originariamente ispirata.

In questo scenario totalmente mutato, l'A. sottolinea la necessità di un nuovo Statuto dei Lavoratori che risponda alle esigenze attuali. In tale Statuto dovrebbe in ogni caso esservi il richiamo, sia pure temperato, alla tecnica della normativa inderogabile, che rimane il vero presidio della tutela dei lavoratori. Sarebbe opportuno, poi, introdurre norme che tutelino sia i lavoratori subordinati sia gli autonomi economicamente dipendenti. Il nuovo testo, altresì, dovrebbe valorizzare il ruolo del sindacato e costruire un sistema ordinato di relazioni sindacali e contrattazione collettiva.

The A., after a socio-economic and historical-evolutionary reconstruction of the discipline of the Workers' Statute, highlights the changes in the trade union model and in the working relationship which inspired the same legislation.

In this changed scenario, the A. stresses the necessity for a new Workers' Statute, which will meet the current needs. This Statute cannot fail to imply recourse, even if moderate, to the technique of mandatory legislation, which remains the true safeguard for the protection of workers. Furthermore, rules should be introduced to protect both employees and economically dependent self-employed. The new text should also enhance the role of the trade union and build an orderly system of trade union relations and collective bargaining.

Keywords

Lavoro subordinato e autonomo, dignità dei lavoratori, inderogabilità; contratti collettivi, rappresentatività.

Subordinate and self-employed work, dignity of workers, inderogability, collective agreements, representativeness.

Edoardo Ales

Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto*

Sommario: **1.** Il benessere del lavoratore: un concetto onnicomprensivo. **1.1.** Le fondamenta dell'approccio evolutivo alla Sicurezza e Salute del lavoratore. **1.2.** Una protezione potenziata. **1.3.** Nuovi confini della protezione. **1.4.** Nella Pandemia: quale benessere? **2.** Individuale e collettivo. **3.** @ lavoro.

I. *Il benessere del lavoratore: un concetto onnicomprensivo*

Il concetto di benessere che si intende proporre presenta caratteri di onnicomprensività ed è basato su di un approccio evolutivo alla Sicurezza e Salute¹ del lavoratore, la quale, così come regolata nella prospettiva multilivello, costituisce un elemento cruciale delle relazioni di lavoro².

* Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Oronzo Mazzotta.

¹ Nell'ordine utilizzato negli strumenti adottati dall'OIL, invertito nel lessico dell'Unione Europea.

² La letteratura in materia è sconfinata ma v., almeno SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1967; MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1976; ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Giuffrè, 2008. Tra la produzione monografica più recente si v. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*, Giuffrè, 2014; BUOSO, *Principio di prevenzione e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2020. Per le opere collettanee, v. almeno: ZOPPOLI L., NATULLO, PASCUCCI P. (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, IPSOA, 2010; MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, 2011; NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, UTET, 2015; PASCUCCI P. (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali e strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Franco Angeli, 2018. Per il Diritto dell'Unione Europea, v. ANGELINI, *La sicurezza del lavoro nell'ordinamento europeo*, in *WP Olympus*, 29/2013; ALES, *Occupational Health and Safety*, in DEN EXTER (a cura di), *European Health Law*, Maklu, 2017, p. 41 ss. Per il Diritto Internazionale del Lavoro: ALES, BELL, DEINERT, ROBIN-OLIVIER, *International*

1.1. Le fondamenta dell'approccio evolutivo alla Sicurezza e Salute del lavoratore

Come ampiamente noto, la Sicurezza può essere attuata attraverso l'eliminazione o il controllo delle fonti di pericolo dalle quali possa derivare un rischio per il lavoratore. A sua volta, il rischio può essere eliminato o ridotto. L'eliminazione del pericolo e del rischio realizza il principio di prevenzione; la loro riduzione mobilita il principio di protezione. Entrambi i principi devono guidare l'azione del datore di lavoro.

Il punto di vista tradizionale sulla Sicurezza si concentra sulla minimizzazione degli infortuni e delle malattie professionali, soprattutto attraverso prescrizioni tecniche. Esso enfatizza la dimensione fisica della protezione del lavoratore. La relazione tra Diritto del Lavoro e Sicurezza Sociale (con riferimento all'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali) è stata costruita su quella dimensione della Sicurezza. In una prospettiva meno tradizionale, la dimensione fisica può ricomprendere anche il caso della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro, così come da ultimo concettualizzata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella Convenzione n. 190 del 2019³.

Più di recente, il punto di vista tradizionale si è dovuto confrontare con i concetti di *stress* e *strain* lavoro correlati, il secondo dei quali viene riferito all'interazione, produttrice di *stress*, tra richieste del datore e controllo del lavoratore sulla prestazione. Questo ulteriore punto di vista evidenzia la dimensione psicosociale di pericolo e rischio di natura immateriale, rispetto ai quali le prescrizioni tecniche sembrano essere inadeguate, nell'ottica della loro eliminazione o riduzione. Di conseguenza, la prospettiva organizzativa assume un ruolo centrale. Proprio in quella prospettiva il Dialogo Sociale Europeo ha approcciato il tema dello *stress* lavoro correlato attraverso l'Accordo Quadro del 2004. Le difficoltà definitorie di entrambi i concetti sono note. La stessa Sicurezza Sociale, tuttora prevalentemente plasmata sulla dimensione fisica (materiale) del pericolo e del rischio ha difficoltà a confrontarsi con la loro dimensione psicosociale.

Ancor più di recente, la dimensione immateriale della Sicurezza si è dovuta confrontare con uno specifico carattere dell'organizzazione ovvero l'ap-

and European Labour Law, Nomos, 2018, 1203 ss. In chiave comparata: ALES (a cura di), *Occupational Health and Safety. European and Comparative Perspective*, Kluwer Law International, 2013.

³ Sulla quale v. SCARPONI, *La convenzione Oil n. 190/2019 su violenza e molestie nel lavoro e i riflessi sul diritto interno*, in *RGL*, 2021, I, p. 23.

partenza del lavoratore ad una comunità di persone (datore e dirigenti inclusi) la quale può diventare ostile nei suoi confronti per i motivi più diversi. Il pensiero corre con facilità alle molestie e al *mobbing* e, così, alla dimensione psicosociale del pericolo e del rischio. In questo caso, sia le prescrizioni tecniche che quelle organizzative si rivelano inadeguate. Infatti, ciò che risulta in gioco sono i comportamenti che devono essere monitorati come potenziali fonti di pericolo e di rischio alle quali applicare i principi di prevenzione e protezione. In questa prospettiva, la gestione delle risorse umane è chiamata a svolgere un ruolo decisivo, anche in considerazione del tema delle diversità.

Il riferimento alle diversità consente di evidenziare come le discriminazioni possano rappresentare un'ulteriore fonte di pericolo e rischio. Nella consapevolezza della rilevanza assunta del Diritto Antidiscriminatorio⁴, una simile riflessione deve essere maneggiata con la dovuta cautela nella prospettiva di individuare il suo valore aggiunto in termini di Sicurezza senza pregiudicare i risultati già raggiunti nella lotta alle discriminazioni. Un modo potrebbe essere quello di estrapolare una dimensione sociale di pericolo e rischio nella quale le discriminazioni possano essere inserite in considerazione dell'effetto collettivo diretto o indiretto delle azioni discriminatorie del datore. Sul valore aggiunto di un simile approccio si tornerà più avanti.

Queste riflessioni evidenziano come, ferme restando le prescrizioni tecniche, prevalentemente legate alla dimensione fisica della Sicurezza, la prospettiva organizzativa in senso ampio costituisca un cruciale ambito di investigazione nel momento in cui si tratta di affrontare la dimensione psicofisica, psicosociale e sociale del pericolo e del rischio.

L'effetto positivo dell'applicazione dell'approccio evolutivo sopra proposto trova conferma in una riflessione sul concetto di Salute, come disegnato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel Preambolo alla propria Costituzione già nel 1946: "la salute è uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non la mera assenza di malattia o infermità". Una visione così sfidante ed esigente è stata fatta propria dalla Corte di giustizia UE nella fondamentale decisione del 1996 con la quale vennero respinti gli argomenti del Regno Unito circa l'assenza di base giuridica della Direttiva sull'orario di lavoro⁵. Peraltro, con la rilevante esclusione dell'elemento sociale, la defi-

⁴ Per tutti, BARBERA, GUARISIO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019.

⁵ C. giust. 12 novembre 1996, causa C-84/94 *Regno Unito c. Consiglio*, punto 15.

nizione dell'OMS è stata ripresa dall'OIL nel definire il concetto di salute sul lavoro ai fini della Convenzione in materia di Sicurezza e Salute n. 155 del 1981.

Appare, quindi, piuttosto chiaro che, al fine di corrispondere alle aspettative suscitate da un siffatto concetto di Salute, si debba adottare una nozione adeguata di Sicurezza. Infatti, solo un ambiente di lavoro (v. *infra*) sicuro da un punto di vista fisico, mentale e sociale può garantire una condizione di benessere per il lavoratore. Solo se inquadrate nell'ambito dell'approccio evolutivo sin qui adottato, Salute e Sicurezza potranno avere come effetto il benessere nei luoghi di lavoro.

1.2. Una protezione potenziata

Tanto chiarito, è possibile tornare sul valore aggiunto dell'affrontare i temi dello *stress* e *strain* (dimensione psicofisica), delle molestie e del *mobbing* (dimensione psicosociale) e delle discriminazioni (dimensione sociale) attraverso le lenti della Sicurezza e Salute. In una simile prospettiva, infatti, si deve sottolineare che il più importante degli obblighi datoriali, come tale presentato dalla regolazione multilivello di settore, risulta essere quello della valutazione del pericolo e del rischio, finalizzata a scandagliare l'organizzazione di lavoro al fine di eliminare o ridurre le loro fonti attraverso l'applicazione dei principi di prevenzione e protezione⁶.

Di conseguenza un primo ed essenziale valore aggiunto dell'approccio fondato sul benessere è quello di obbligare il datore di lavoro ad analizzare la propria organizzazione prendendone in considerazione la dimensione fisica, psicofisica, psicosociale e sociale. Un esercizio che deve essere fatto coinvolgendo, tra gli altri, i rappresentanti dei lavoratori che possono svolgere un ruolo decisivo nell'enfatizzare la dimensione collettiva del benessere nei luoghi di lavoro (v. *infra*). Un esercizio che obbliga il datore di lavoro a riflettere preventivamente sugli aspetti materiali e immateriali della propria organizzazione e delle sue strategie di gestione delle risorse umane⁷.

Un'interessante conferma della praticabilità di un simile approccio è offerta dall'art. 9, co. 1, lett. b) della già menzionata Convenzione sulla violenza

⁶ Sul punto, da ultimo e per tutti, PASCUCCI, *L'infortunio sul lavoro tra prevenzione e protezione*, in CANAVESI, ALES (a cura di), *La tutela antinfortunistica oggi*, ES, 2020, p. 51.

⁷ Per tutti, FABBRI, CURZI (a cura di), *Lavoro e salute. Approcci e strumenti per la prevenzione dello stress e la promozione del benessere al lavoro*, Giappichelli, 2012.

e sulle molestie n. 190 del 2019, ai sensi del quale “ciascuno Stato membro deve adottare leggi e regolamenti che impongano al datore di lavoro di adottare disposizioni commisurate al livello di controllo da loro esercitato al fine di prevenire la violenza e le molestie nel mondo del lavoro, ivi incluse le violenze e le molestie di genere, in particolare, per quanto ragionevolmente praticabile (...), tenendo in considerazione violenze e molestie e i rischi psicosociali nella gestione della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro (...)”.

Una volta incluse nella gestione della Sicurezza e Salute, quelle dimensioni rientreranno nell’ambito di applicazione della relativa regolazione multilivello, estendendo, quindi, l’obbligazione di sicurezza del datore di lavoro, la violazione della quale lo renderà responsabile dei danni sofferti dal lavoratore, a meno che il legislatore non decida di riconoscere e assicurare *stress* e *strain*, molestie e *mobbing* nonché le discriminazioni come nuovi rischi del sistema di Sicurezza Sociale.

Nella medesima prospettiva, deve essere evidenziato come il forte legame tra Sicurezza e Salute, da un lato, e misurazione ed organizzazione dell’orario di lavoro, dall’altro, sia in grado di offrire alle nuove dimensioni del pericolo e rischio uno strumento potente che promette di essere estremamente efficace non solo con riferimento a *stress* e *strain* (per esempio evitando il ricorso incontrollato allo straordinario o al lavoro monotono) ma anche in relazione alle discriminazioni basate sul sesso e sul lavoro di cura, nella prospettiva di garantire ai soggetti interessati il miglior bilanciamento vita-lavoro.

Inoltre, al fine di eliminare o ridurre il rischio di molestie e *mobbing*, il datore di lavoro potrebbe essere obbligato ad adottare politiche di gestione del personale formalizzate in codici di condotta da intendersi quali misure di Sicurezza e Salute, da integrarsi nell’ambito delle sanzioni disciplinari. Considerando il ruolo svolto dai rappresentanti dei lavoratori nel procedimento di valutazione del rischio e, di frequente, dalle organizzazioni sindacali nella definizione delle sanzioni, ciò potrebbe comportare un passaggio di livello della protezione contro le molestie e il *mobbing*, dalla dimensione individuale a quella collettiva delle relazioni di lavoro.

In una simile prospettiva, la stessa ‘autonomizzazione’ della subordinazione, da intendersi come spostamento verso una valutazione della prestazione orientata al risultato⁸, non costituirebbe più una semplice opzione

⁸ Sul punto v. ALES, *Subordination at Risk (of “Autonomisation”): Evidences and Solutions from Three European Countries*, in ILLJ, 2019, p. 1.

od opportunità per il datore di lavoro, diventando, piuttosto, un'azione necessitata da adottare al fine di realizzare il benessere psicosociale dei lavoratori, eliminando o riducendo *stress* e *strain*.

D'altro canto, il contributo può essere considerato biunivoco. Infatti, il Diritto Antidiscriminatorio può arricchire la nozione evolutiva di Sicurezza e Salute con concetti quali gli accomodamenti ragionevoli per i lavoratori disabili⁹, ai quali il datore di lavoro è obbligato non solo nella prospettiva del benessere dei lavoratori ma anche come misure antidiscriminatorie.

1.3. Nuovi confini della protezione

L'esistenza di una simile relazione biunivoca chiaramente richiede di porre attenzione all'aspetto immateriale dell'obbligo di sicurezza. Di conseguenza, essa può anche essere d'aiuto nell'ampliamento dei confini della protezione stabiliti dalla regolazione multilivello della Sicurezza e Salute, di norma limitati dal ragionevolmente praticabile¹⁰ o dal principio degli oneri sproporzionati¹¹. Tali principi sono patrimonio comune del Diritto Internazionale e dell'Unione Europea e risultano collegati ad una valutazione costi benefici della misura che il datore di lavoro sarebbe chiamato ad adottare al fine di eliminare o ridurre il pericolo e il rischio. Nel caso la valutazione produca un esito negativo, nel senso che l'onere economico risulti non ragionevole se comparato al basso livello di rischio di un evento comunque realizzatosi, il datore di lavoro può andare esente da ogni responsabilità. Questo modo di ragionare risulta chiaramente connesso alla dimensione fisica (materiale) della Sicurezza e Salute, alla quale la stessa nozione di accomodamento ragionevole per il lavoratore disabile può essere ricondotta.

Ci si potrebbe domandare se, nel caso in cui si sia in presenza di *stress* e *strain*, molestie e *mobbing* nonché discriminazioni, l'argomento economico possa ancora prevalere sul benessere del lavoratore, tenendo presente che, ad esempio, nel caso l'accomodamento sia ritenuto irragionevolmente gravoso, la conseguenza per il disabile sarebbe quella di un possibile licenziamento a motivo di incapacità sopravvenuta. Una soluzione che non sembrerebbe ac-

⁹ C. giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*.

¹⁰ C. giust. 14 giugno 2007, causa C-127/05, *Commissione c. Regno Unito*.

¹¹ C. giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, punto 53.

cettabile qualora la capacità lavorativa non sia in discussione, fosse anche in caso di *stress* e *strain*, se considerati come effetto di un'organizzazione del lavoro inefficiente.

Di conseguenza, potrebbe essere realistico concludere che la stessa nozione di benessere, con la sua dimensione immateriale immanente, porterebbe ad estendere i confini della protezione della Sicurezza e Salute oltre l'economicamente praticabile.

1.4. Nella Pandemia: quale benessere?

L'integrazione progressiva della dimensione immateriale nella materiale è stata fortemente rallentata, se non interrotta, dalla Pandemia, almeno in quei Paesi (molti) i cui governi hanno optato per la tecnica del *lock-down* delle attività produttive. Pur guardando al COVID-19 come rischio generico aggravato e al contagio da esso derivante come infortunio sul lavoro (causa virulenza = causa violenta), quelle autorità pubbliche hanno deciso di non affidarsi alla valutazione del pericolo e del rischio basata sui principi di prevenzione e protezione. Al contrario, esse hanno applicato il principio, altamente controverso, di precauzione, in nome della salute pubblica materiale, con la rilevante quanto inevitabile eccezione dei servizi sanitari ai quali i principi di prevenzione e protezione hanno continuato a trovare applicazione¹².

L'aver proibito o fortemente sconsigliato il lavoro in presenza ha prodotto due conseguenze alternative. La necessità di un sostegno al reddito in favore del lavoratore sospeso dalla prestazione ovvero un obbligo di lavoro a distanza, di norma presso la propria abitazione. Nel primo caso, il *welfare* ha sostituito il benessere al e dal lavoro¹³, nel senso dei benefici materiali e immateriali derivanti dall'essere economicamente e socialmente attivo. Nel secondo, il benessere al lavoro è stato semplicemente dimenticato, risultando impraticabile improvvisare l'unica forma di lavoro da casa già adeguatamente regolata anche dalle Parti Sociali Europee: il telelavoro. D'altro canto, non pare possibile sostenere in modo convincente che il lavoro 'forzato' a casa sia una forma di *smart working*, risultando, come noto,

¹² Sul punto v. ALES, *Quale Welfare ai tempi della pandemia?*, in *RDSS*, 2020, p. 339.

¹³ Sulla nozione v. ADDABBO, ALES, CURZI, SENATORI (a cura di), *Well-being at and through work*, Giappichelli, 2017.

la caratteristica più importante di quest'ultimo proprio la libertà di lavorare ovunque, unitamente al diritto di essere in contatto fisico con i propri colleghi di tanto in tanto.

Peraltro, come avremo modo di approfondire più avanti, per il lavoro mediante piattaforma (da casa), la questione del benessere lavorativo risultava già aperta.

2. *Individuale e collettivo*

Come evidenziato in precedenza, anche la dimensione fisica (materiale) della Sicurezza e Salute può essere considerata, allo stesso tempo, un tema individuale e collettivo. In una certa misura, ciò è ugualmente vero in una prospettiva di Sicurezza Sociale, nel senso che, come noto, un livello elevato di infortuni sul lavoro e malattie professionali determina un incremento dell'aliquota contributiva applicata all'impresa. L'aspetto che si intende qui sottolineare è che le due dimensioni, individuale e collettiva, non si prestano a essere trattate separatamente, dato che il benessere psicofisico, psicosociale e sociale del lavoratore non possono essere garantiti in un ambiente di lavoro negativo, non a caso richiamato dalle Convenzioni OIL quale concetto autonomo rispetto a quello di Sicurezza e Salute. Ciò non vuol dire, ovviamente, negare che il datore di lavoro sia responsabile per ogni singolo lavoratore e lavoratrice. D'altro canto, un ambiente di lavoro positivo può stimolare nei lavoratori quei comportamenti cooperativi attesi dalla regolazione multilivello della Sicurezza e Salute.

La stessa nozione di ambiente di lavoro, distinta da quella di Sicurezza e Salute, deve essere ricondotta agli aspetti immateriali dell'organizzazione, nei quali i comportamenti cooperativi individuali e collettivi contribuiscono con maggiore efficacia di qualsiasi esercizio del potere disciplinare all'adempimento dell'obbligo di sicurezza. Ciò ha a che fare con il tema, altamente sensibile, del dovere di vigilanza del datore di lavoro, normalmente aggiunto, quale articolazione autonoma, al rispetto dei principi di prevenzione e protezione¹⁴. Infatti, la responsabilità del datore non risulta esclusa se la corretta organizzazione del lavoro rimane pura teoria, senza venire attuata e rispettata

¹⁴ Sul quale, ALES, *La dimensione "doverosa" del potere di organizzazione*, in *Quad. DLM*, n. 8/2020, p. 363.

dai lavoratori, il cui concorso di colpa è raramente tenuto in considerazione dalla giurisprudenza¹⁵.

In una simile prospettiva, un ruolo fondamentale è giocato dalla partecipazione bilanciata introdotta dal Diritto dell'Unione e interpretata dalla Corte di giustizia¹⁶ nel senso di 'internalizzazione' di qualsiasi attività riconducibile alla Salute e Sicurezza, quale, ad esempio, il servizio di prevenzione e protezione, al fine di raggiungere il più elevato livello di coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza e di renderli pienamente consapevoli di tutte le possibili vie al benessere.

Nella prospettazione del legislatore dell'Unione, la partecipazione bilanciata è qualcosa di diverso dall'informazione e consultazione dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti nonché dall'informazione e dalla formazione che devono essere somministrate in favore del singolo lavoratore o dei rappresentanti stessi¹⁷. Si tratta di un punto importante da sottolineare, in quanto conferma l'esistenza di un'istanza di partecipazione funzionale della forza lavoro all'introduzione e alla gestione di un benessere onnicomprensivo, ulteriore rispetto all'esercizio possibile e auspicabile dei diritti individuali e collettivi. In quest'ottica, la partecipazione bilanciata non deve essere confusa con il coinvolgimento dei lavoratori nell'accezione prevista dalla Direttiva Quadro 2002/14/CE. Infatti, la partecipazione bilanciata deve essere realizzata senza pregiudicare la rappresentanza dei lavoratori, sia essa strutturata secondo il canale singolo o doppio.

Tenendo in conto tutto ciò, risulta anche possibile collegare meglio il ruolo di monitoraggio di cui i rappresentanti dei lavoratori sono titolari alla considerazione che, sebbene la Salute e Sicurezza risultino non scambiabili e irrinunciabili per finalità economiche, esse sono tuttavia negoziabili nella prospettiva di concludere accordi che garantiscano il più elevato grado di benessere. Solo in questo modo, infatti, la determinazione del ragionevol-

¹⁵ Sul punto v. ALES, *L'occasione di lavoro all'epoca del lavoro 'multi-locale': quale sicurezza per il lavoratore agile?* in CANAVESI, ALES (a cura di), *La tuela antinfortunistica oggi*, cit., p. 75.

¹⁶ C. giust. 22 maggio 2003, causa C-441/01, *Commissione c. Paesi Bassi*, punti 39-40 e 53-54, confermata da C. giust. 6 aprile 2006, causa C-428/04, *Commissione c. Austria*, punti 49 e ss.

¹⁷ Sul punto ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei Lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*, in *DLM*, 2020, p. 15; TULLINI, *Organizzazione e partecipazione nel sistema della sicurezza sul lavoro*, in *Quad. DLM*, n. 3/2017, p. 29; PERULLI, BRINO (a cura di), *Sicurezza sul lavoro. Il ruolo dell'impresa e la partecipazione attiva del lavoratore*, CEDAM, 2012.

mente ed economicamente praticabile non sarà più monopolio del datore di lavoro, avendo i rappresentanti dei lavoratori esercitato il loro diritto alla negoziazione collettiva, al quale, ora, anche gli accordi negoziati dai consigli di fabbrica nel canale singolo sono considerati appartenere¹⁸.

La sottoscrizione di un accordo collettivo sul benessere dei lavoratori comporta una necessaria assunzione di responsabilità condivisa riguardo la ragionevolezza delle soluzioni organizzative in materia di Salute e Sicurezza. D'altro canto, ciò non esclude la possibilità per il singolo lavoratore di affermare la responsabilità del datore di lavoro nel caso di infortuni sul lavoro o malattie professionali. Lo stesso può dirsi per un'organizzazione sindacale con riferimento alla legittimità di uno sciopero proclamato a causa della non attuazione o della violazione dell'accordo firmato dal datore.

La sottoscrizione di un contratto collettivo, soprattutto a livello di categoria, può rappresentare, inoltre, un modo per spezzare il monopolio legislativo nella regolazione della Salute e Sicurezza e del benessere dei lavoratori. Si tratta di un aspetto cruciale nella prospettiva di affermare il principio di sussidiarietà orizzontale, dato che le Parti Sociali e il Sistema di Relazioni Industriali sostituirebbero il proprio processo decisionale autonomo alla regolazione tradizionalmente eteronoma della materia. La questione è se lo possano fare anche in termini di modifica del quadro legislativo esistente o esclusivamente nella prospettiva di innalzare il livello di protezione, sebbene in alcuni casi la distinzione sia sottile. Più in generale, la domanda è se il legislatore sia disposto a consentire la 'interferenza' delle Parti Sociali in un ambito che, in molti Paesi, è considerato al di fuori del raggio di azione della libertà sindacale e del diritto alla contrattazione e all'azione collettiva¹⁹.

La situazione sembra essere viepiù complicata nel caso in cui la contrattazione collettiva assuma la forma del Dialogo Sociale Europeo cosiddetto autonomo che, "su richiesta congiunta delle parti contraenti", deve essere implementato (...) nelle materie ricomprese nell'art. 153 (...) mediante una decisione del Consiglio su proposta della Commissione." Un esempio paradigmatico della diffidenza delle Istituzioni dell'Unione è costituito dal caso, ancora irrisolto, dell'Accordo Quadro sulla protezione della salute e sicurezza nel settore parrucchiere, siglato nel 2012 e seguito, nel

¹⁸ C. giust. 4 aprile 2019, causa C-699/17, *Allianz Vorsorgekasse*, punto 55.

¹⁹ Ma v. ALES, *La tutela della salute sul lavoro nel prisma del metodo partecipativo*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, Quad. DLM, n. 11/2021, in corso di pubblicazione.

2017, da una Dichiarazione congiunta. Evidentemente, nonostante il sostegno ricevuto da parte della Commissione Europea, sembra che alcuni Stati membri percepiscano l'iniziativa delle Parti Sociali Europee come uno sconfinamento che introduce oneri eccessivi a carico delle piccole e medie imprese.

D'altro canto, lo stesso sembra essere accaduto per l'Accordo Quadro sui diritti di informazione e consultazione dei dipendenti delle amministrazioni centrali, firmato dalle Parti Sociali Europee nel 2015. In questo caso, la Commissione ha persino adottato una decisione di rifiuto formale a presentare una proposta di direttiva al Consiglio e al Parlamento. Decisione la cui legittimità è stata affermata dalla Corte generale²⁰ ed è ora in attesa di giudizio presso la Corte di giustizia. Sebbene riferito a un tema diverso quale l'informazione e la consultazione, il caso EPSU ha in comune con il benessere dei lavoratori il fatto che il coinvolgimento di questi ultimi nel settore pubblico, in particolare nelle amministrazioni centrali, sia visto come riserva esclusiva dei legislatori nazionali, intenzionati a mantenere i rappresentanti dei lavoratori fuori dal processo decisionale in materia organizzativa.

Si può, dunque, ritenere che la via della regolamentazione autonoma del benessere dei lavoratori, soprattutto a livello di categoria, sia ancora lunga e impervia, costituendo qualcosa di più della "consultazione con le organizzazioni maggiormente rappresentative dei datori e dei lavoratori [al fine di] formulare, attuare e rivedere periodicamente una politica nazionale coerente in materia di sicurezza e salute sul lavoro e di ambiente di lavoro", richiesta dalle Convenzioni OIL.

Si tratta, evidentemente, di un tema alquanto problematico nella prospettiva di dotare la dimensione individuale del benessere della cornice collettiva necessaria a consentire che un ambiente di lavoro positivo assurga a visione comune dei datori e dei lavoratori. Tuttavia, si può contare sul fatto che, a livello aziendale, le parti dovrebbero utilizzare l'informazione e la consultazione "nell'ottica del raggiungimento di un accordo", lavorando insieme "in uno spirito di cooperazione e prestando il dovuto rispetto ai loro reci-

²⁰ C. giust. 24 ottobre 2019, causa T-310/18, *EPSU e Goudriaan c. Commissione*. Sul tema, BORELLI, DORSEMONT (a cura di), *European Social Dialogue in the Court of Justice. An amicus curiae workshop on the EPSU case*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. *Collective Volumes – 10/2020*; DELFINO, *La reinterpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto sociale europeo*, in *DLM*, 2020, p. 155, nonché VAN MALLEGHEM, *Alcune considerazioni sulla sentenza EPSU nella prospettiva del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in questa rivista, 2020, p. 577.

proci diritti e doveri, tenendo conto degli interessi dell'impresa o dell'unità produttiva e dei lavoratori" (art. 1, dir. 2002/14/CE).

Ovviamente, come già sottolineato, il ricorso all'azione collettiva non è da escludersi in caso di violazione o mancato rispetto delle previsioni in materia di benessere, risultando esse il prodotto di una negoziazione autonoma. Al contrario, costituendo sempre una rivendicazione dei diritti fondamentali consustanziali al concetto di benessere adottato in questo saggio, l'azione collettiva eventualmente intrapresa potrà comunque essere considerata ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 28 della CDFUE, nonostante l'esclusivo riferimento operato da quest'ultimo ai conflitti su interessi.

Peraltro, per quanto riguarda il benessere dei lavoratori, l'idea di autotutela sottesa all'esercizio del diritto all'azione collettiva è supportata e completata dal Diritto Internazionale nella già menzionata Convenzione n. 155 del 1981. Infatti, tra le principali sfere di azione che le politiche nazionali in materia devono tenere in considerazione si ritrova "la protezione dei lavoratori e dei loro rappresentanti da sanzioni disciplinari quale conseguenza di azioni da loro legittimamente intraprese in conformità con quelle politiche" (art. 5, co. 1, lett. e)). Inoltre, un "lavoratore che si sia sottratto ad una situazione di lavoro che abbia ragione di ritenere presenti un pericolo serio e imminente per la sua esistenza o salute deve essere protetto da conseguenze ingiuste." (art. 13).

Di conseguenza, si può ritenere che al venir meno, da parte del datore di lavoro, dello spirito di cooperazione, il diritto di resistenza sia riconosciuto in maniera efficace a tutti i livelli.

3. @ lavoro

"Il termine luogo di lavoro ricomprende tutti i luoghi nei quali i lavoratori devono essere o recarsi a ragione del loro lavoro e che sono sotto il controllo diretto o indiretto del datore di lavoro": così recita la Convenzione n. 155 del 1981 (art. 3, co 1, lett. c)).

Un elemento cruciale rispetto al benessere del lavoratore è evidentemente costituito dal luogo dove il lavoro è prestato. Appare piuttosto chiaro che la struttura stessa della regolazione della Sicurezza e Salute sia stata pensata facendo riferimento alla presenza fisica del lavoratore in luoghi "che

sono sotto il controllo diretto o indiretto del datore di lavoro”, condizionando, così, la responsabilità di quest’ultimo all’esercizio di poteri direttivi e di controllo. D’altra parte, la presenza di un individuo in un luogo controllato da un datore di lavoro ha costituito un elemento molto utile nell’estendere l’ambito di applicazione della normativa in materia di Sicurezza e Salute al di là del lavoro subordinato, al lavoro autonomo o persino ai non lavoratori. D’altronde, una simile dimensione spaziale e fisica del controllo si rivela altamente problematica nel caso in cui il luogo di lavoro non è predeterminato, essendo il lavoratore libero di sceglierlo secondo le proprie preferenze, tenendo in considerazione i propri bisogni. Gli stessi strumenti di lavoro possono risultare non di proprietà e spesso neppure noti al datore di lavoro. In simili circostanze, la prestazione di lavoro eccede il controllo del datore di lavoro, mettendo in discussione la stessa esistenza di una relazione di lavoro subordinato, visto che il risultato della prestazione prevale sul tempo e sul luogo di svolgimento della prestazione²¹.

Si potrebbe arrivare a sostenere che, qualora il datore di lavoro non sia in grado esercitare il controllo nel e sul luogo di lavoro, l’obbligo di sicurezza venga meno. Si tratta di un’affermazione estrema e non necessariamente del tutto convincente. Infatti, se collegato in rete, un lavoratore su piattaforma può essere strettamente controllato da remoto. In questo caso, la misurazione del tempo di lavoro non costituisce un problema, a condizione che il lavoratore possa esercitare un diritto alla disconnessione, realizzando, così, un aspetto importante del proprio benessere organizzativo. Allo stesso tempo, quest’ultimo si concretizza nel diritto alla connessione, nel senso che al lavoratore su piattaforma deve essere consentito di conoscere e di entrare in contatto con i propri colleghi di lavoro, come, peraltro, previsto dall’Accordo Quadro sul telelavoro. Ciò consente, infatti, di preservare la dimensione collettiva del rapporto di lavoro in tutte le sue forme ed espressioni.

D’altro canto, se si esclude il telelavoro, la possibilità di prestare la propria attività ovunque, come consentito nel lavoro agile pre-pandemico, comporta che l’ovunque diventi il luogo di lavoro, potenzialmente estendendo l’obbligo di sicurezza al di là del ragionevolmente praticabile. La stessa nozione di infortunio sul lavoro, come evento accaduto in occasione di lavoro, o quella di malattia professionale, risultano messe in discussione. In una simile prospettiva, la garanzia del benessere del lavoratore in un ambiente di lavoro

²¹ V. ALES, *L’occasione di lavoro*, cit.

sicuro potrebbe essere considerata irrealizzabile. Tuttavia, un aspetto cruciale dell'obbligo di sicurezza, da enfatizzarsi nel caso del lavoro agile, è costituito dagli obblighi di informazione e formazione che rappresentano una sorta di cornice nell'ambito della quale inquadrare le fonti di pericolo e rischio conosciute o potenziali, che devono essere tenute comunemente in considerazione anche in assenza di una conoscenza specifica del luogo di lavoro. Luoghi, condotte, e comportamenti che devono essere assolutamente evitati; codici di condotta da condividere e rispettare da parte del lavoratore agile alla luce del principio di cooperazione, enfatizzato dalla circostanza che il lavoratore non può 'affidarsi' al dovere di vigilanza del datore, risultando un lavoratore 'fuori controllo'. In un simile contesto, si potrebbe sostenere che il concorso di colpa del lavoratore dovrebbe assumere una maggiore rilevanza a fronte dell'impossibilità assoluta del datore di lavoro di esercitare la sorveglianza.

Se analizzato nella prospettiva del benessere inteso quale raggiungimento del migliore equilibrio vita-lavoro, il lavoro agile porta con sé un prezzo da pagare, che consiste nello scambio tra responsabilità datoriale e corresponsabilità del lavoratore nell'adempimento dell'obbligo di sicurezza. Almeno dal punto di vista della responsabilità per danno, si potrebbe ritenere che qualora l'informazione e la formazione siano state somministrate correttamente dal datore, la violazione del codice di condotta da parte del lavoratore porti a escludere la responsabilità datoriale in caso di infortunio. Tutto ciò, ovviamente, ferma restando la dimensione psicofisica, psicosociale e sociale, che dovrebbero essere garantite da parte del datore di lavoro in termini di prevenzione protezione anche in favore del lavoratore agile.

Come anticipato, un'ultima specifica riflessione deve riguardare il lavoro prestato al di fuori dei locali del datore nella Pandemia e il suo rapporto con il benessere del lavoratore. La Pandemia ha reso quest'ultimo un tema di rilevanza sociale in senso ampio, enfatizzando e ricordandoci quanto importante sia il ruolo che il lavoro può svolgere quale strumento di benessere materiale e immateriale. Ciò è diventato palese nei Paesi che hanno adottato la tecnica del confinamento e del *lock-down*. Come già sottolineato, attraverso l'imposizione del lavoro presso la propria abitazione, le autorità pubbliche hanno privilegiato la tutela della salute fisica al benessere psicofisico, psicosociale e sociale dell'individuo. La questione delle alternative è materia di riflessione politica o persino giudiziaria. Più utilmente ci si potrebbe chiedere che cosa si possa fare nel caso, purtroppo realistico, di nuove ondate di contagio. Ciò che abbiamo imparato dall'emergenza COVID19 è che il lavoro

da casa senza un 'ufficio domestico' non può essere considerato un'opzione sostenibile nel medio-lungo periodo.

Utilizzando le parole della Convenzione n. 155, una simile sfida dovrebbe costituire una nuova "sfera di azione" nella prospettiva di una "politica nazionale coerente in materia di sicurezza e salute sul lavoro e di ambiente di lavoro" (art. 4 e 5) che "individui le rispettive funzioni e responsabilità delle autorità pubbliche, dei datori di lavoro, dei lavoratori e di chiunque altro, tenendo conto sia la natura complementare di quelle responsabilità sia le condizioni e pratiche nazionali." (art. 6).

Purtroppo, non pare che ciò stia accadendo. Anche la vicenda relativa alla didattica in presenza nelle scuole superiori conferma che la salute fisica sta prevalendo sul benessere così come inteso in questo saggio, finendo per concentrare gli investimenti sulla rincorsa degli eventi piuttosto che sulla costruzione di modelli capaci di gestirli.

Abstract

Adottando un approccio multilivello (internazionale, sovranazionale, nazionale), multidisciplinare (Diritto del Lavoro, Sicurezza Sociale, Relazioni Industriali e Gestione delle Risorse Umane) e multidimensionale (fisico, psicofisico, psicosociale, e sociale; individuale e collettivo), questo saggio ha l'ambizione di proporre la nozione di benessere sul lavoro quale nuovo paradigma protettivo per il Lavoro con uno sguardo alla Pandemia. Il saggio analizza, inoltre, le sfide con le quali detto paradigma è destinato a confrontarsi a seguito della crescente rilevanza assunta dallo *smart working* e dal lavoro mediante piattaforma, enfatizzati dalla pandemia nella forma di lavoro da remoto forzato.

Adopting a multi-level (international, supranational and national), multi-disciplinary (Labour Law, Social Security, Industrial Relations and Human Resources Management) and multi-dimensional (physical, psychophysical, psychosocial and social; individual and collective) approach, this essay aims at proposing well-being at work as a new protective paradigm for Labour with an eye to the pandemic. It also investigates the challenges that paradigm is confronted with due to the increasing importance of smart and platform working as emphasized by the pandemic in the form of 'forced home-working'.

Keywords

Multilivello, benessere al lavoro, pandemia, smart working, lavoro mediante piattaforma.

Multilevel, well-being at work, Pandemic, smart working, platform work.

Laura Calafà
Il lavoro intermittente tra politiche
e poteri del datore di lavoro

Sommario: **1.** Le ragioni di un intervento: lo Statuto in controllo e la ricomposizione teorica della marginalità. **2.** Il legame ontologico tra rapporto di lavoro e mercato nella giurisprudenza sul lavoro intermittente. **3.** Le causali del lavoro intermittente e la discontinuità potenziale della prestazione lavorativa. **4.** Il contratto collettivo e il divieto di lavoro intermittente.

I. *Le ragioni di un intervento: lo Statuto in controllo e la ricomposizione teorica della marginalità*

“Marginale (...) significa cittadino di serie B. Ma questa osservazione coglie un solo aspetto, e neppure il più significativo, del fenomeno. Da esclusi come sono, i gruppi marginali avanzano una domanda d’inclusione che, stante il loro scarso o nullo potere contrattuale, viene non tanto disattesa quanto ignorata”¹. L’ampia riflessione aperta da questa Rivista sullo Statuto dei lavoratori offre l’occasione per rileggere le suggestioni che Federico Mancini elaborò sul finire degli anni Settanta sullo “Statuto degli emarginati”, pubblicate nel volume *Terroristi e riformisti* nel 1981. Il pensiero offerto – al netto delle risposte di contesto sicuramente oggi da considerarsi datate – mostra una feroce lucidità che non può passare inosservata in questo lungo e difficile cinquantesimo compleanno della l. 20 maggio 1970 n. 300 a chiunque si dedichi all’esplorazione dei margini della *comfort zone* lavoristica².

La traiettoria è solo apparentemente criptica. Il ragionamento di base è

¹ MANCINI, *Terroristi e riformisti*, il Mulino, 1981, p. 153.

² Si rinvia a BORELLI, CALAFÀ, D’ONGHIA, LA FORGIA, RANIERI (a cura di), *L’altro art. 18. Riflessioni giuslavoristiche sullo sfruttamento del lavoro*, in *LD*, 2021, n. 2, in corso di pubblicazione.

semplice: il contesto cambia, ma la marginalità resta. Solo che assume diversi connotati. Si spinge – ora come allora – oltre “le rughe dello Statuto” e oltre “la fabbrica aperta”³, per introdurre i nodi di una riflessione che anticipa tutta la modernità successiva che si è abbattuta sul diritto del lavoro.

Con estrema lungimiranza, anticipando i tempi, si proponevano soluzioni che davano già per scontata la fine della classe generale di riferimento del pensiero lavoristico, l’emergere di nuove soggettività, la crisi di rappresentanza del sindacato, i pericoli della retorica del conflitto privato di regole, collegando marginalità ad invisibilità sociale, in generale, e nel lavoro, in particolare. È appunto l’invisibilità il carattere che maggiormente “identifica e che assimila i loro ghetti a serbatoi di pretese non negoziabili e di energie destabilizzanti”⁴.

Sono le stesse parole ripetute in apertura del presente paragrafo per spiegare le ragioni del contributo.

Sotto la marginalità, negli anni Settanta, venivano accesi i fiammiferi del terrorismo che produceva una violenza diffusa; oggi si possono proporre due ordini di considerazioni diverse, consapevoli del cambiamento sociale nel frattempo intervenuto, che ha plasmato anche la questione lavoristica.

Da una parte, le riflessioni che potrebbero collegarsi ai canali in cui si propagano le “energie destabilizzanti degli emarginati”⁵, riflessioni che necessitano di altre competenze scientifiche per essere approfondite, attente alla trasformazione della violenza e alle interazioni tra tecnologie e comunità, all’uso dei social, all’astensionismo alle elezioni con correlato studio del flusso di voti da sinistra alla destra estrema che non vengono affrontate in questa sede.

Dall’altra parte, però, consente di porre la questione dei poteri (in senso ampio sociali, in modo più ristretto, giuridici nel rapporto di lavoro) che merita una rinnovata attenzione come riflessione non retorica sui poteri da far confluire nel bilancio della giuslavoristica sull’attualità dello Statuto dei lavoratori.

In questo contributo si intende fissare alcuni punti fermi della disattenzione della disciplina al lavoro prestato ai margini del diritto a partire dal caso sintomatico del lavoro intermittente⁶.

³ MANCINI, *op. cit.*, rispettivamente pp. 147 e 149.

⁴ MANCINI, *op. cit.*, p. 153.

⁵ MANCINI, *op. cit.*, p. 153.

⁶ Per una recente eccezione, CENTAMORE, *Lo statuto intermittente dei lavoratori*, in *LD*, 2020, p. 589.

Sostenuto a fasi alterne dallo stesso legislatore dall'anno della sua introduzione, scomparso dall'ordinamento per un breve periodo tra il 2007 e il 2008, strumento contrattuale tipico del serbatoio di una manodopera elastica che condivide il mercato con il lavoro irregolare o, al limite, con quello accessorio, il lavoro intermittente diventa oggetto d'attenzione tardiva della giurisprudenza. Non è certo un caso: i ricorsi sono direttamente proporzionali alla richiesta di tutela attesa dall'ordinamento che un lavoratore intermittente può permettersi, una tutela attesa e una disponibilità economica davvero basse, se non nulle.

I lavoratori intermittenti ogni anno – escludendo l'impatto in corso dell'emergenza COVID-19 accuratamente registrato dall'Osservatorio sul precariato – sono circa la metà degli assunti a tempo indeterminato, un quinto dei lavoratori a termine, poco meno dei lavoratori somministrati, ma almeno il doppio degli apprendisti⁷.

Nell'universo dei lavori non standard regolati in Italia non possono essere considerati irrilevanti. La marginalità qui evocata, però, ha ragioni diverse, non certamente quantitative, ma di costruito teorico di riferimento. Le regole ad esso dedicate, oggi contenute nel d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, ne sono lo specchio evidente (art. 13 ss.). Chiarendo subito che il termine marginalità non sarà utilizzato come sinonimo di povertà, perché ha più a che fare con i poteri delle parti nel rapporto di lavoro, con i settori in cui si presta lavoro, con gli *status* della persona che lavora (lavoratori con o senza permesso di soggiorno, richiedenti asilo e protezione) che non alle conseguenze economiche e sociali che ne rappresentano uno degli effetti sicuramente tra i più evidenti⁸. Ha, invece, uno stretto collegamento con le logiche di *empowerment* rese evidenti dai percorsi interdisciplinari di studi dedicati alla salute dei migranti⁹.

Parte di una riflessione più ampia sul diritto del lavoro dei marginali, in questa sede si offre una chiave di lettura giurisprudenziale al “loro scarso o nullo potere contrattuale” già lucidamente riconosciuto – ragionando del rapporto tra fabbrica e società – tra le rughe dello Statuto. Mancini ricono-

⁷ I numeri dei contratti di lavoro intermittente in rapporto con le altre tipologie contrattuali sono pubblicati in <https://www.inps.it/nuovoportaleinps/default.aspx?itemdir=46919>.

⁸ Si rinvia a *Lavoratori poveri. Modelli e strumenti di tutela sociale*, BALANDI, NADALET (a cura di), in *LD*, 2018, 4; *La povertà nonostante il lavoro*, BORZAGA, FALERI, VALLAURI (a cura di), in *LD*, 2019, 1.

⁹ CALAFÀ, PROTOPAPA, *Logiche interdisciplinari e salute dei migranti*, in *LD*, 2021, p. 105.

sceva al termine degli anni Settanta, l'emergere di una "conflittualità frammentata o, peggio ancora, atomizzata"¹⁰, mettendo in relazione l'individuazione degli interessi con la consapevolezza della duttilità degli impieghi discontinui. Una duttilità che può risultare, cioè, schiacciata dalle pattuizioni individuali a cui sono destinati i lavori flessibili, senza ulteriori interventi sul rapporto di lavoro, mentre lo Statuto del 1970 è destinato a diventare "una sorta di fertilizzio praticamente inespugnabile"¹¹.

Con questa premessa teorica viene ricostruita la giurisprudenza in materia di lavoro intermittente (v. *infra* par. 2), quella stessa giurisprudenza che consente di ritornare sui problemi concreti aperti per il sindacato. Perché considerata una tragedia, quella della marginalità ha un punto d'attacco obbligato. Scriveva Mancini: "tutta la fantasia e gli sforzi del sindacato dovranno concentrarsi sul riconoscimento delle masse marginali", rese finalmente visibili promuovendo anche per loro uno "statuto" – senza la S maiuscola – "dove la parola vorrebbe non solo mobilitare emozioni collettive nel ricordo di una grande stagione riformatrice, ma evocare soluzioni tecniche adeguate al problema che ci troviamo di fronte"¹².

Se il lavoro intermittente (e la giurisprudenza recente collegata) costituisce l'occasione per riflettere dello Statuto come rappresentazione simbolica e, forse, retorica del diritto del lavoro¹³, lo stesso lavoro intermittente (sempre attraverso il vaglio della giurisprudenza recente) può essere l'occasione per riflettere sul concreto funzionamento dei poteri del datore di lavoro intermittente e sulle ragioni alla base del perdurante squilibrio che una rassegna aggiornata delle soluzioni tecnico-giuridiche esistenti consente di evidenziare. Perché è alle soluzioni tecnico-giuridiche che il diritto del lavoro deve principalmente prestare attenzione.

¹⁰ MANCINI, *op. cit.*, scriveva dell'emergere del "lavoratore singolo come giudice degli interessi e degli obiettivi operai", p. 154.

¹¹ MANCINI, *op. cit.*, rispettivamente pp. 149 e 150.

¹² MANCINI, *op. cit.*, p. 154.

¹³ CENTAMORE, *op. cit.*, che intitola il paragrafo finale del contributo "giustizia per lo Statuto".

2. *Il legame ontologico tra rapporto di lavoro e mercato nella giurisprudenza sul lavoro intermittente*

Riflettendo di poteri datoriali e attualità dello Statuto può apparire una mera provocazione intellettuale o, addirittura, un azzardo la proposta di includere un intervento dedicato al lavoro intermittente. Non è sicuramente un istituto lavoristico che consente una lettura classica del tema dei poteri datoriali collegati, o solo collegabili, allo *jus variandi* del datore di lavoro e ai poteri di controllo della prestazione in base all'art. 4 trasformato dai più recenti interventi normativi in un contesto organizzativo in continuo divenire, un potere direttivo adattato che comprende la trasformazione dei limiti al potere datoriale che derivano da un più intenso uso del diritto antidiscriminatorio nelle aule giudiziarie¹⁴. I divieti di discriminazione e l'art. 15 dello Statuto, in effetti, c'entrano nel ragionamento proposto, ma solo incidentalmente. Servono per tracciare la fisionomia attuale di un contratto che è stato solo di recente oggetto di alcune significative pronunce della giurisprudenza nazionale – di merito e di legittimità – e, appunto, di una pronuncia della Corte di giustizia dedicata al divieto di discriminazione fondato sull'età.

Dal punto di vista teorico, non si può negare che “il lavoratore *one-day* soddisfa un bisogno ancestrale dell'impresa: comprare lavoro solo quando serve”, una figura contrattuale che somma a questa esigenza ancestrale, “l'on-nivalenza temporale, ossia la disponibilità illimitata nell'arco della giornata”¹⁵.

Il lavoro intermittente proietta i giuslavoristi dalla simbolica discussione sui diritti di libertà e dignità affermati dallo Statuto dei lavoratori alla tenuta sistematica della cruda esigenza “comprensibilissima dal punto di vista economico, ma che il diritto del lavoro contiene in ragione di quel principio – la tutela della persona – che lo ispira e lo innerva. Usare il lavoro solo se, quando e come serve”¹⁶.

¹⁴ Si rinvia ai contributi pubblicati in *RGL*, 2020, 1, *Lo Statuto dei lavoratori, ieri, oggi, domani*; in *LD* 2020, 4, *Statuto 50*; in *Quad. DML*, 2020, I, *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*; in *LDE* 2020, 2, *I 50 anni dello Statuto dei lavoratori*. Con riguardo all'uso giudiziario dello Statuto, si rinvia a *PROTOPAPA, Strategie legali delle organizzazioni sindacali e Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2020, p. 655. In generale sul rapporto tra potere direttivo e trasformazioni organizzative, *TEBANO, Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, 2020.

¹⁵ *VOZA, Statuto, poteri dell'imprenditore e tutele della persona del lavoratore*, in *RGL*, 2020, I, p. 73.

¹⁶ *VOZA, op. cit.*, p. 73.

Dal punto di vista più tecnico-giuridico la riflessione sull'attualità dello Statuto non può non tener conto del consolidamento dello squilibrio tra le parti nel rapporto di lavoro intermittente, in almeno due diverse prospettive:

- l'esclusione della continuità (reale) della prestazione al fine di riqualificazione del rapporto di lavoro intermittente inizialmente concordato tra le parti; questo tema riapre vecchie questioni sulla qualificazione del contratto e del rapporto tra età e discontinuità della prestazione riproposte da una recente pronuncia della Cassazione¹⁷;

- l'interdizione (collettivamente contrattata) all'utilizzo del contratto di lavoro intermittente considerata illegittima da una poco meno recente sentenza sempre della Cassazione (v. *infra* par. 4)¹⁸.

Il filo conduttore della riflessione proposta è la Corte di giustizia 19 luglio 2017, caso *Abercrombie Fitch*¹⁹ che svela il legame ontologico tra rapporto di lavoro e mercato su cui sono stati costruiti quei ragionamenti giuridici sulla flessibilità del lavoro o, meglio, del rigetto della flessibilità come valore e della necessità di una flessibilità governata nel rapporto a cui idealmente ci si ispira²⁰.

In via di prima approssimazione, si deve tentare di dare una risposta sistematica a quello che la dottrina segnala da tempo e cioè che le stesse finalità di politica del diritto che già hanno ispirato gli artt. 33 ss., d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 risultano individuate in modo confuso o, comunque, funzionano in modo largamente contraddittorio perché il contratto di lavoro intermittente è apparso, a fasi alterne, come strumento contrattuale estremamente flessibile teso ad incrementare un tasso di occupazione in costante calo, alternativamente per lavoratori giovani o anziani, e/o volto a sostenere il lavoro

¹⁷ Cass. 11 dicembre 2020 n. 28345 in *D&G*, 2020, 14 dicembre 2020.

¹⁸ Cass. 13 novembre 2019 n. 29423, in *DRI*, 2020, p. 163, con nota di MARESCA, *Il contratto di lavoro intermittente tra selettività ed interdizione collettiva*.

¹⁹ Caso C-143/16. La sentenza è stata oggetto di ampia attenzione prima, durante e dopo la sua pubblicazione, una serie di letture che evidenziano chiaramente la parabola dell'ottimismo delle attese nei confronti della pronuncia. Si consenta un rinvio a CALAFÀ, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *LD*, 2014, p. 457 per un primo commento alla corte d'appello di Milano dello stesso anno; EAD, *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2016, II, p. 692; EAD, *Teoria e pratica del diritto antidiscriminatorio nel caso Abercrombie Fitch*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, 2017, Ediesse, p. 337. Si rinvia agli ulteriori commenti inseriti nella nota n. 22.

²⁰ MARIUCCI, *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, il Mulino, 2006, p. 12.

regolare che concorre esso stesso ad eludere, come vedremo in chiusura del presente par. ricordando il caso *StraBerry*²¹.

Il trasferimento dall'abrogato art. 34, d.lgs. 276/03 all'art. 13, d.lgs. 81/15 ha sicuramente completato il quadro dell'interesse *ex ante* per la pronuncia della Corte di Lussemburgo mediante coinvolgimento diretto, anche se mediato, di un decreto di attuazione del cd. *Jobs Act* (l. 10 dicembre 2014 n. 183): la parte del disposto in vigore dal 2003, risulta riproposta nel 2015 senza modifiche e il Governo italiano a Lussemburgo ha sostenuto la legittimità delle scelte effettuate. L'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, *ex post*, diventa però anche l'occasione per chiarire l'esegesi della più recente riforma condizionandone anche le complessive sorti nell'ordinamento italiano. È vero che dalla pronuncia della Corte di giustizia si sarebbe dovuto ricavare qualche elemento di chiarezza rispetto ad eventuali ed ulteriori requisiti che dovrebbero accompagnare la permanente vigenza del contratto di lavoro intermittente "in ogni caso" legittimo in ragione dell'età del lavoratore (ad esempio la differenza tra chi è in cerca della prima occupazione e chi no, scomparso lo stato di disoccupazione richiesto dalla versione originaria del d.lgs. 276 del 2003 che lo ha introdotto nell'ordinamento italiano). Il condizionale è d'obbligo perché né la pronuncia del 2017, né la successiva Cassazione del 2018 hanno concorso a chiarire se e quali limiti possono riconoscersi al contratto di lavoro intermittente²².

Il ragionamento sull'importanza della sentenza della Corte di giustizia 19 luglio 2017, caso *Abercrombie Fitch* merita di essere ripreso, per diverse ragioni: come ennesima tappa del percorso della Corte di Lussemburgo verso il perfezionamento o l'involuzione dell'uso del divieto di discriminazione in base all'età nel lavoro; come concreta verifica della non applicazione del diritto interno non conforme al diritto UE; come esercizio di una strategia giudiziaria di affermazione dei diritti dei lavoratori flessibili o precari attraverso tecniche diverse da quelle proprie dell'inderogabilità; come verifica *in action* dei rapporti tra le diverse Corti coinvolte. Il coro pressoché unanime

²¹ BATTISTELLI, *Cittadinanze e sfruttamento nel caso di un'azienda agricola "innovativa"*, in *LD*, 2020, p. 387.

²² Precedente alla pronuncia della C. Giust. è Cass. 29 febbraio 2016 n. 3982, in *ADL*, 2016, II, p. 928 con nota di FERRARA, *La tutela e il giudizio multilevel in crisi di identità: discriminazione per età e lavoro intermittente* e in *RIDL*, 2016, II, p. 692, con nota di CALAFÀ, *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*; successiva è Cass. 21 febbraio 2018 n. 4223, in *RIDL* 2018, II, p. 431, con nota di PERUZZI, *Giovani, carini e inoccupati: il caso Abercrombie alle battute finali. Oppure no?*

di critiche si fonda su argomenti tecnicamente corretti e condivisibili, nei confronti della pronuncia di per sé considerata o come parte della consistente giurisprudenza UE sulla discriminazione in cui si colloca senza soluzione di continuità, almeno apparente, ma il giudizio della Corte UE pesa anche sulla giurisprudenza domestica successiva.

Conviene approfondire questo specifico passaggio argomentativo.

Sappiamo che il giudizio antidiscriminatorio è complesso ed articolato in più fasi, dato che alla previa valutazione di legittimità del fine perseguito dal legislatore, segue la verifica sull'appropriatezza del mezzo utilizzato per raggiungere il fine (appropriatezza e necessità dello strumento).

Per quanto le ragioni dell'introduzione di una norma non debbano essere preventivamente esplicitate e nemmeno debbano restare invariate nel tempo, non vi è dubbio che le finalità del lavoro intermittente non sono mai state chiare, come ha concorso a confermare il Governo italiano in sede di discussione della causa: si alternano ragioni di promozione dell'occupazione variamente declinata per giovani ed anziani, proponendo una successione della finalità di pieno accesso al mercato del lavoro con una più leggera garanzia di prima possibilità di impiego dei titolari dei contratti; senza con ciò dimenticare l'istanza di emersione del sommerso e di prevenzione degli abusi che nel corso del tempo hanno accompagnato la ridefinizione dell'istituto²³.

La Corte di giustizia concorre ad enfatizzare la prima dimensione del giudizio antidiscriminatorio con indubitabili effetti a livello nazionale: quella sulla valutazione di legittimità del fine perseguito dal legislatore a cui riconosce ampia discrezionalità, è sicuramente un giudizio su cui pesano le difficoltà di misurare gli effetti delle riforme del lavoro, misurazioni permeate di argomenti più politici che tecnici, ma che oggi è considerato un punto di arrivo ineludibile dalla giurisprudenza nazionale, una giurisprudenza che riconosce di avere "le mani legate"²⁴ rispetto alla pronuncia UE²⁵.

Discrezionalità del legislatore è la parola chiave: collega la finalità di politica del lavoro avvalorata a livello UE al rapporto di lavoro intermittente come evidenza con chiarezza la pronuncia della Cassazione del dicembre 2020, n. 28345.

²³ BONARDI, *op. cit.*, pp. 551 e 552.

²⁴ PERUZZI, *op. cit.*, p. 431.

²⁵ BONARDI, *op. cit.*, pp. 551 e 552.

3. *Le causali del lavoro intermittente e la discontinuità potenziale della prestazione lavorativa*

Il lavoro intermittente pone problemi di qualificazione sollevati più volte dalla dottrina, ad oggi sospesi in attesa di una decisione di un giudice attento al concreto esercizio del potere direttivo del datore di lavoro intermittente²⁶.

Le questioni sospese dell'intermittente sono molte, a partire dalla domanda – di certo non oziosa – sulla collocazione sistematica del lavoro intermittente senza obbligo di risposta (la tipologia più utilizzata)²⁷ nell'alveo della subordinazione considerata l'aleatorietà dello scambio contrattuale²⁸ e che riguardano, inoltre, la qualificazione come tipologia di lavoro a tempo parziale²⁹, evocata dalla dottrina soprattutto all'indomani dell'introduzione del contratto nell'ordinamento italiano a cui si aggiunge la questione del rapporto tra la discontinuità della prestazione e l'età del lavoratore (rilevante anche in termini di finalità dell'intervento normativo in base alla dimensione UE delle regole antidiscriminatorie)³⁰.

Prima della pronuncia UE, la dicitura “in ogni caso” già presente nel d.lgs. 276/03 e riproposta nell'art. 13, co. 2, d.lgs. 81/15 è stata oggetto di una pronuncia di merito pubblicata³¹, da segnalare perché esclude ogni censura formale ad un contratto di lavoro intermittente privo di specifiche ragioni giustificative scritte riconoscendo che la condizione personale del lavoratore rileva oggettivamente ed indipendentemente dalla menzione di tale condizione nel corpo del contratto (è bastata la fotocopia della carta d'identità al-

²⁶ Per una sintesi delle questioni qualificatorie relative del lavoro intermittente si rinvia a FERRARA, *op. cit.*, p. 935 e dalla dottrina pubblicata a partire dall'introduzione del contratto nel 2003: BANO, *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *LD*, 2012, p. 497; ID., *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *LD*, 2006, p. 293. Parla di temporaneità scambiata per intermittenza, VOZA, *La flessibilità come alternanza tra lavoro e disponibilità nel part-time e nel lavoro intermittente*, in GAROFALO M. G., LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Cacucci, 2009, p. 85.

²⁷ CENTAMORE, *op. cit.*

²⁸ Sui problemi di qualificazione, BANO, *op. cit.*, p. 308; sul rapporto tra temporaneità della prestazione ed esigenze continuative, LECCESE, *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente nella l. n. 247 del 2007*, in *LD*, 2008, p. 475.

²⁹ ALESSI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 123, 2011; EAD., *Flessibilità e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012.

³⁰ FERRARA, *op. cit.*, p. 935.

³¹ Trib. Milano 1 agosto 2014 n. 1551, in *DeJure*.

legata al ricorso). Scontato che l'atto scritto è necessario ai fini della prova e non per la validità dello stesso. Valorizzando la mera *discontinuità potenziale* della prestazione di lavoro come caratteristica strutturale del lavoro intermittente per il quale non rileva la continuità effettiva della prestazione ai fini della richiesta di riqualificazione del rapporto di lavoro, il giudice rigetta la richiesta di un addetto alle pulizie, bonifica e deumidificazione in cantieri estromesso (come recita il ricorso) dal luogo di lavoro. Ma il cui contratto, senza preventiva indicazione della condizione di discontinuità della prestazione volta a renderlo legittimo, risulta sanato dall'età del lavoratore inferiore al limite previsto dalla legge. Discontinuità potenziale ed età del lavoratore sono gli argomenti posti alla base del rigetto della richiesta di riqualificazione del rapporto di lavoro, un rapporto di lavoro al quale non si è applicata la legislazione limitativa del licenziamento.

Nell'interpretare l'art. 34 del d.lgs. 276/03 così come modificato con la l. 28 giugno 2012 n. 92, Cassazione 11 dicembre 2020 n. 28345 tratta della questione del rapporto tra la discontinuità della prestazione e l'età del lavoratore con riferimento a un barman assunto da un grande albergo milanese, non senza aver prima ribadito la finalità della norma che è quella “di favorire l'accesso dei giovani al mercato del lavoro, ai sensi dell'art. 6, par. 1 della direttiva 2000/78 (...), una disposizione ritenuta adeguata e necessaria per ottenere una certa flessibilità sul mercato del lavoro onde fornire uno strumento di occupazione per le persone minacciate dalla esclusione sociale o coinvolte in forme di lavoro illegale” richiamando espressamente il caso *Abercrombie*.

Con riguardo al rapporto tra la discontinuità della prestazione e l'età del lavoratore, il giudice di legittimità risolve i dubbi più volte sollevati dalla dottrina rispetto all'autonomia tra discontinuità della prestazione ed età del lavoratore³², ricordando che il requisito anagrafico concorre, unitamente agli altri di natura oggettiva, ad individuare il campo di applicazione della disciplina del lavoro intermittente in quanto costituisce il presupposto per la stipulazione del contratto, la cui mancanza ne determina la nullità con

³² Di recente, PINTO, *La legge e i condizionamenti dell'autonomia collettiva. Considerazioni critiche a partire da una sentenza della Cassazione sul contratto di lavoro intermittente*, in *DLRI*, 2020, p. 636 favorevole all'interpretazione che non considera necessarie esigenze aziendali individuate dalla contrattazione collettiva o dal regolamento ministeriale oltre all'età del lavoratore e della lavoratrice, attribuendo valore alla posizione assunta dal Governo italiano davanti alla Corte di Giustizia nella causa *Abercrombie*.

possibilità di conversione dello stesso, previo accertamento della volontà delle parti da riservare al giudice di merito.

Il filo conduttore è la sentenza della Corte di giustizia perché concretizza l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto al legislatore italiano nel determinare non solo, nell'immediato, le ragioni che escludono la ricorrenza della discriminazione in base all'età (art. 6, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216), ma altresì, indirettamente, gli standard di tutela del lavoratore intermittente collegati alle ragioni del legislatore, fissando il concreto ed ampio perimetro del potere datoriale intermittente. Ampio è il potere di scelta del lavoratore da assumere, ampio è anche il margine di scelta della prestazione da richiedere visto il concetto di discontinuità potenziale legittimato, condizionato in modo certo e significativo dal solo adempimento di un requisito formale quale il documento di valutazione dei rischi per la salute e sicurezza³³.

Rimane da verificare se sarà confermata la richiesta congiunta della prestazione discontinua e dell'età del lavoratore confermata da Cassazione n. 28345/2020, un utilizzo congiunto delle causali oggettive e soggettive escluso fino ad ora dalla dottrina anche in ragione di una mera interpretazione letterale del disposto³⁴.

Non vi è dubbio che l'età come sottotipo della più generale previsione oggi contenuta nell'art. 13 del d.lgs. 81/15 rende più semplice all'interprete "intravedere una finalità di interesse generale" nell'intervento regolativo³⁵. Così facendo, si recuperano anche quei limiti al contratto di lavoro intermittente che la Corte di giustizia aveva ignorato perché "la platea dei potenziali soggetti interessati in ragione dell'età posseduta alternano periodi di lavoro con percorsi di studio o cercando occasioni per integrare il proprio reddito perché in pensione, sul presupposto che non è il fattore età a legittimare il diverso trattamento, ma la combinazione dell'età con la discontinuità/intermittenza delle prestazioni lavorative"³⁶.

Dopo le pronunce della giurisprudenza più recente, gli studiosi possono tentare un approccio sistematico alla "strategia del contenimento" al

³³ Tra le tante pronunce Trib. Perugia, 3 ottobre 2019 n. 231; Trib. Forlì 31 gennaio 2018 tutte in *DeJure*.

³⁴ ALBI, *Lavoro intermittente (artt. 13-18)*, in CARINCI E (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 48/2015, p. 127.

³⁵ FERRARA, *op. cit.*, p. 935.

³⁶ FERRARA, *op. cit.*, p. 935.

fine di tracciare una fisionomia aggiornata dei poteri del datore di lavoro intermittente perché – come anticipato poco sopra (v. par. 1) – la lettura giurisprudenziale conferma lo “scarso o nullo potere contrattuale” degli intermittenti. Perché il fulcro di ogni argomentazione è quello relativo alle finalità che il contratto soddisfa nell’ordinamento italiano a cui i giudici arrivano e che il confronto con la Corte di giustizia – con tutti i suoi limiti – ha concorso a consolidare³⁷.

Particolare rilevanza con riguardo all’ampiezza dei poteri del datore di lavoro intermittente assume, in particolare, il caso *StraBerry*, uno dei casi più importanti di denuncia per sfruttamento lavorativo ex art. 603-bis di un datore di lavoro-imprenditore agricolo che ha assunto a Milano oltre duecento lavoratori-richiedenti asilo o protezione internazionale con contratto di lavoro intermittente.

Dalle intercettazioni ricostruite nel decreto di convalida del sequestro disposto d’urgenza ex art. 321 cod. proc. pen. emerge con nitida chiarezza l’uso ricattatorio e/o punitivo del contratto: fai la pausa? Domani non ti chiamo!

La riflessione sulla marginalità in questo caso specifico è arricchita dalle questioni di *status* precari di chi presta lavoro in agricoltura come richiedente asilo o protezione internazionale. L’amministratore straordinario chiamato a continuare l’attività economica dopo il sequestro dell’azienda non ha dovuto assumere i lavoratori, nemmeno ha dovuto sanare i contratti di lavoro, tutti perfettamente regolari. Li ha solo applicati in modo diverso, esercitando il potere direttivo con diverse modalità, rispettose della dignità e della salute di chi lavora. Così facendo, conferma che la duttilità del contratto di lavoro intermittente è anche reversibile: può diventare lo strumento adeguato a sostenere – indifferentemente – il lavoro regolare e il suo esatto contrario.

4. *Il contratto collettivo e il divieto al lavoro intermittente*

Il rapporto contraddittorio tra lavoro intermittente e autonomia collettiva è simbolicamente rappresentato dalla rubrica dell’art. 40 del d.lgs. 276/2003, *Sostegno e valorizzazione della autonomia collettiva*. Legittimando il

³⁷ BONARDI, *Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie*, in *RGL*, 2017, II, p. 545.

ruolo sostitutivo dell'intervento amministrativo in caso di mancato intervento del contratto collettivo nazionale (chiamato ad individuare i casi di ricorso al lavoro intermittente), il legislatore del 2003 intendeva chiaramente depotenziare la contrattazione nel ruolo ad essa delegato "favorendo proprio l'inerzia di (almeno) un soggetto negoziale"³⁸.

La tecnica dell'indebolimento della contrattazione collettiva³⁹, si manifesta nell'anno del cinquantesimo compleanno dello Statuto con un segnale forte e chiaro, anche se il contesto è decisamente mutato e particolarmente confuso proprio con riguardo al rapporto tra legge e autonomia collettiva. Ironia della sorte, è proprio l'abrogato art. 40 del d.lgs. 276/03 con tutte le contraddizioni tra rubrica e contenuto, che concorre a sostenere il percorso argomentativo formalistico del giudice di legittimità.

Perché Cassazione 13 novembre 2021 n. 29423⁴⁰ promette riflessioni sul rapporto tra autonomia individuale e collettiva nel lavoro intermittente che si incarica immediatamente di frustrare in ragione degli esiti e del percorso argomentativo prospettato dal giudice di legittimità⁴¹.

La questione sollevata merita attenzione non solo perché per la prima volta si discute in sede di legittimità del rapporto tra legge e autonomia collettiva in generale, ma anche perché è un caso più unico che raro di riflessione sul sistema delle fonti del contratto di lavoro intermittente. Il caso è semplice: un autista assunto con contratto di lavoro intermittente chiede la riqualificazione del contratto al fine di ottenere la reintegra e il risarcimento del danno correlato ad illegittimo recesso del datore di lavoro, una società di prestazione di servizi di trasporto. Dopo pulizie, turismo e agricoltura⁴², si

³⁸ Come l'ha qualificata BELLARDI, *Concertazione, dialogo sociale, contrattazione e rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in GAROFALO D., RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 185. Più di recente, PINTO, *op. cit.*, p. 629 ss. in cui parla di "rivisitazione del modello regolativo consolidato qual era già in quel momento il c.d. rinvio legale all'autonomia collettiva".

³⁹ BELLARDI, *op. cit.*, p. 185. Sulle sorti del d.m. di attuazione approvato solo nel 2004, poco prima dell'abrogazione dell'art. 40 d.lgs. 276/03, MATTEI, *La continuità del lavoro intermittente*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 653.

⁴⁰ Per un primo commento alla pronuncia, MARESCA, *Il contratto collettivo tra selettività e interdizione collettiva*, in *DRI*, 2020, p. 163; ROMEI, *Vietato vietare: riflessioni sparse su una recente sentenza della Corte di Cassazione*, in *DLRI*, 2020, p. 609; MARAGA, *Lavoro intermittente: illegittimo il divieto previsto dal CCNL*, in *il Giuslavorista*, 9 dicembre 2019.

⁴¹ Negli stessi termini della pronuncia in oggetto, Trib. Trieste 18 giugno 2019 n. 110, in *DeJure*.

⁴² Sulla marginalità del settore agricolo, FALERI, *Il lavoro povero in agricoltura, ovvero lo sfrut-*

completa il quadro dei settori marginali di riferimento del lavoro intermittente con la logistica e i trasporti, un settore che tra il 2004-2007 vedeva applicarsi il divieto di ricorso a lavoro intermittente, un divieto riprodotto fino al 2017, anno di sottoscrizione di un nuovo contratto collettivo di lavoro. Sono due le argomentazioni utilizzate dalla Cassazione per rigettare la richiesta del lavoratore: la valorizzazione del dato testuale e sistematico dell'art. 34 del d.lgs. 276/03 applicabile alla causa *ratione temporis*; l'inequivoca volontà del legislatore di garantire l'operatività dell'istituto "a prescindere dal comportamento inerte o contrario delle parti collettive".

Il richiamo all'art. 40 del d.lgs. 276/03 (nel frattempo abrogato) fornisce un deciso supporto argomentativo ai giudici di legittimità: la contrattazione collettiva può solo individuare le esigenze per le quali è consentita la stipula del contratto di lavoro intermittente, ma le è precluso escluderne l'utilizzo⁴³. A chiusura del cerchio, viene utilizzato un argomento talmente formalistico da apparire imbarazzante: mancando il divieto contrattato collettivamente nell'elenco dei divieti di ricorso al lavoro intermittente (insieme al DVR, all'esercizio del diritto di sciopero e alle procedure di licenziamento collettivo) non può che escludersi la legittimazione dell'inerzia o del veto delle parti collettive al lavoro a chiamata. Il Tribunale di Trieste⁴⁴, in cui sono rinvenibili passaggi pressoché identici a quelli utilizzati dalla Cassazione, aggiunge in motivazione che il datore non può essere forzato ad escludere il contratto intermittente se e perché non firmatario all'associazione stipulante il contratto collettivo. Evidenziando, semmai ve ne fosse ancora bisogno, il problema in cui si dibatte da sempre il diritto sindacale italiano di cui si perdono le tracce nella successiva pronuncia della Cassazione.

tamento del (bisogno di) lavoro, in *LD*, 2019, p. 149. Per una recente analisi del settore della logistica, ALLAMPRESE, BONARDI, *Studio sulle condizioni di lavoro nella logistica: tempo e salute*, in *DSL*, 2020, p. 42 ss.

⁴³ Si rinvia a PINTO, *op. cit.*, p. 632 che sottolinea come la Corte abbia interpretato estensivamente l'art. 34, co. 1 e l'art. 40 del d. lgs. 276/03 omettendo di distinguere due piani diversi dell'azione collettiva: da una parte, il piano del rinvio al fine di individuare le esigenze per impiegare lavoratori intermittenti; dall'altra il rinvio finalizzato alla preclusione del ricordo al lavoro intermittente. La conseguenza è che "ritenendo indispensabile un rinvio legislativo affinché un contratto collettivo" possa "legittimamente assolvere alla funzione socialmente tipica di regolazione delle condizioni di lavoro e di occupazione, ha irrimediabilmente compromesso la libertà di cui all'art. 39, co. 1. Cost."

⁴⁴ Trib. Trieste n. 110/2019. Per una recente sintesi dedicata alle vicende della rappresentanza sindacale, SCARPONI, *Statuto, rappresentanza e contrattazione collettiva*, in *RGL*, 2020, I, p. 108.

Scontata la povertà di approccio ad un tema tanto delicato, colpisce la reazione di una parte della dottrina⁴⁵: da una parte⁴⁶, attraverso l'individuazione della tipologia di clausole collettive interdittive, enfatizza le potenzialità espansive della pronuncia a tutte quelle ipotesi in cui la valutazione del contratto collettivo sia divergente da quella del legislatore (riferendosi, *in primis*, agli accordi che escludono l'applicazione delle regole del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, dedicata al contratto di lavoro a tutele crescenti, ma anche alla somministrazione a tempo indeterminato e alle regole contrattate collettivamente dedicate a *part-time* con orari troppi esigui)⁴⁷. Dall'altra⁴⁸, criticando il solo percorso argomentativo, se ne condividono gli esiti cui giunge in virtù di un teso confronto tra dimensione privatistica, mappatura dei rinvii tra legge e contratto collettivo, principio del *favor* ritenuto non rilevante, come pure troppo semplicistico appare il riferimento di matrice costituzionale alla "libertà del datore di lavoro di accettare regole più stringenti di quelle previste dalla legge". Nella lettura proposta, la vera questione dovrebbe essere quella degli spazi lasciati alla contrattazione collettiva che detta una regola "che modifichi la previsione di legge o che addirittura contrasti con l'intento perseguito dal legislatore" come nel caso del lavoro intermittente. Se "in una cornice esclusivamente privatistica è il gioco delle reciproche convenienze ad essere arbitro esclusivo, ora la sentenza della Cassazione mette il Re a nudo e ci dice che trasposta in un contesto diverso, e nella tutto sommato secondaria cornice del lavoro intermittente, l'autonomia collettiva potrebbe non godere di quella sfera di libertà che le è invece propria in un contesto esclusivamente privatistico"⁴⁹.

La cornice del lavoro intermittente non pare affatto secondaria a chi scrive.

È lo specchio ideale in cui si deforma l'equilibrio individuale-collettivo che caratterizza lo Statuto del 1970⁵⁰. L'immagine non può che apparire di-

⁴⁵ Con esclusione di PINTO, *op. cit.*, p. 634 s. che approfondisce la graduazione degli interessi generali perseguiti dal legislatore soffermandosi, in particolare, su quello legato alla promozione dell'occupazione flessibile.

⁴⁶ MARESCA, *op. cit.*

⁴⁷ MARESCA, *op. cit.*

⁴⁸ ROMEI, *op. cit.*

⁴⁹ ROMEI, *op. cit.*, p. 620.

⁵⁰ Da ultimo, RUSCIANO, *I pilastri del diritto del lavoro: prima e dopo lo Statuto* e ROMAGNOLI, *Lo Statuto ha 50 anni!*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei*

storta: nemmeno l'esercizio dell'autonomia collettiva può diventare parte nella strategia del contenimento dei poteri datoriali che hanno rappresentato il filo conduttore del presente contributo.

Perché la riflessione sull'attualità dello Statuto dovrebbe tener conto anche della complessità che consolida lo squilibrio tra le parti nel rapporto di lavoro intermittente.

La duttilità del lavoro intermittente – così come validata dalla Corte di giustizia ed interpretata dai giudici – è sostenuta dalle “pattuizioni individuali” tradizionali già evocate (v. *supra* par. 1 e 2), ma è anche enfatizzata da una lettura formalistica del rapporto tra contratto collettivo di matrice privatistica, funzionale all'intento perseguito dal legislatore nazionale, validato a livello sovranazionale.

Richiamando l'artificio retorico delle “stanze” di una rinnovata radiografia della riforma del mercato del lavoro del 2003⁵¹, in quella in cui si trova il lavoro intermittente si enfatizza l'ambivalenza degli strumenti tecnico-giuridici che i giudici hanno iniziato ad interpretare. Rendendo sempre più attuale (non solo per il sindacato) il tema della promozione di uno “statuto” – senza la S maiuscola⁵² – che comprenda congegni (*rectius*, “ordigni”) di una marginalità da disinnescare.

lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica, in *Quad. DML*, 2020, I, rispettivamente a p. 17 e p. 31.

⁵¹ ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *LD*, 2004, p. 29.

⁵² MANCINI, *op. cit.*, p. 154.

Abstract

Il contratto di lavoro intermittente è stato di recente oggetto di un numero significativo di pronunce della giurisprudenza nazionale – di merito e di legittimità – e di una pronuncia della CGUE 19 luglio 2017, n. 143 *Abercrombie Fitch*. Il contributo offre un approccio sistematico alle diverse questioni trattate dai giudici al fine di tracciare una fisionomia aggiornata dei poteri del datore di lavoro intermittente. La riflessione sull'attualità dello Statuto, a cui l'articolo rinvia e che rappresenta il filo conduttore dei suoi contenuti, deve tener conto del consolidamento dello squilibrio tra le parti nel rapporto di lavoro intermittente, da almeno tre diversi punti di vista. Ci si sofferma, in particolare, sull'esclusione della continuità (reale) della prestazione al fine di riqualificazione del rapporto di lavoro intermittente inizialmente concordato, sulla legittimazione della selezione dei lavoratori in ragione dell'età al fine di incrementare l'occupazione di giovani e anziani nel mercato del lavoro ed, infine, sull'interdizione (collettivamente contrattata) all'utilizzo del contratto da considerarsi illegittima.

The on-call employment contract has recently been the subject of a significant number of rulings at the national level – both from courts of merit and the Supreme Court of Cassation – and of a ruling by the CJEU of 19 July 2017, n. 143 *Abercrombie Fitch*. The paper embraces a systematic approach to the many issues dealt with by the judges in order to trace an updated physiognomy of the powers of the intermittent employer. The reflection on the relevance of the Statute, to which the article refers, and which represents the underlying theme of its contents, must take into account the consolidation of the imbalance of power affecting on-call employment relationships, from at least three different points of view. More specifically, the exclusion of the (real) continuity of the service in order to requalify the initially agreed contract for on-call employment, on the legitimacy of the selection of workers on the basis of age in order to increase the employment of young and elderly people in the labor market and, finally, on the (collectively negotiated) ban on the use of the contract being considered as illegitimate.

Keywords

Lavoro intermittente, Statuto dei lavoratori, ruolo del contratto collettivo, età e continuità della prestazione di lavoro intermittente.

On-call employment, Worker's Statute, Collective agreements' role, Age and continuity of service.

Paolo Tomassetti

Dal carbone al sole.

Diritto del lavoro e identità sindacale
nella transizione energetica (1800-2050)*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Carbone, democrazia e sindacato nell'era industriale. 3. Ascesa e declino del potere sindacale: dal carbone al petrolio. 4. *Segue:* la parentesi del nucleare. 5. Metamorfosi. 6. Il ruolo del sindacato nella *Just Transition*. 7. *Segue:* la *Just Transition* come percorso di *capability*. 8. *Segue:* percorsi di relazioni industriali. 9. 2050.

1. *Introduzione*

Gli anni che stiamo vivendo sono segnati da una nuova transizione, quella energetico-ambientale, dentro la quale il sindacato è chiamato a ripensare il senso della propria esistenza, nel tentativo di comprendere se, dissipato l'incantesimo di una crescita infinita su un pianeta finito, l'avvento di una nuova era di progresso più compatibile con le ragioni dell'ambiente possa rappresentare per il diritto e la rappresentanza del lavoro un fattore di rivitalizzazione o se, all'opposto, sia destinato a decretare il venir meno dei loro presupposti essenziali. Il cambiamento di cui si discute non ha paragoni nella storia recente del capitalismo occidentale. Preso atto della crescente competizione globale per l'accesso a risorse naturali scarse e in via di esaurimento, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro segnala che non esiste un precedente nella sua storia per cui una questione di simile portata – la decarbonizzazione del sistema capitalistico industriale – “passa dall'essere relativamente periferica a ricoprire

* Questo articolo è stato presentato e discusso nell'ambito del ciclo di seminari “Flexicurity e mercati transizionali del lavoro: una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro? Nuovi percorsi di studio e ricerca per la (giovane) dottrina giuslavorista”. È dedicato alla memoria di Lorenzo Maria Pelusi.

un'importanza centrale nelle sue attività"¹. Sebbene nella costituzione dell'ILO del 1919 e nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944 non compaia alcun riferimento agli effetti e ai limiti dello sviluppo, negli ultimi due decenni i costituenti di tutto il mondo hanno maturato la convinzione che l'Organizzazione possa compiere pienamente il suo mandato per la giustizia sociale "solo integrando la sostenibilità ambientale nella sua agenda sul lavoro dignitoso"². E ciò in coerenza con l'obiettivo 8 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile³, tramite il quale la comunità internazionale auspica la promozione di una crescita economica "duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti", da realizzare attraverso il miglioramento progressivo dell'efficienza globale "nel consumo e nella produzione di risorse" rispetto al quale diviene fondamentale "scollegare la crescita economica dalla degradazione ambientale".

Certo potrebbe essere solo un tentativo di manutenzione di un sistema contestato. Ma anche se fosse solo questo, la transizione energetica avrebbe conseguenze comunque rilevanti per il diritto e la rappresentanza del lavoro: per gli effetti sociali e le implicazioni occupazionali che coinvolge, ma anche perché le istanze più severe di verifica e discernimento della crisi ecologica globale, provenienti dalla comunità internazionale, dalla società civile e dai movimenti studenteschi, non sono comprensibili se non in relazione alla crisi del modello di sviluppo socioeconomico che il sindacato ha contribuito ad edificare e, quindi, agli assetti giuridico-istituzionali che di esso sono il simbolo. È attraverso il lavoro, infatti, che la specie umana si inserisce nel suo ambiente e lo trasforma, "a tal punto che la questione dell'organizzazione del lavoro e quella dell'impronta ecologica diventano le due facce della stessa medaglia"⁴. Da qui l'opportunità di una analisi retrospettiva sulle implicazioni giuslavoristiche della c.d. *Just Transition*⁵, utile a collocare il processo di transizione *dal carbone al sole*⁶ in una prospettiva storico-evolutiva che ambisca non solo a re-

¹ ILO, *Work in a changing climate: The Green Initiative*, International Labour Office, 2017, p. 1.

² *Ibidem*.

³ UN, *2030 Agenda for Sustainable Development*, 2015.

⁴ SUPIOT, *Homo faber: continuità e rotture*, in HONNETH, SENNETT, SUPIOT, *Perché lavoro? Narrative e diritti per lavoratrici e lavoratori del XXI secolo*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2020, pp. 21-54, qui p. 51.

⁵ ILO, *Guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all*, 2015.

⁶ Il riferimento al sole, nel titolo e nel testo dell'articolo, è ovviamente metaforico: ri-

stituire un più corretto inquadramento del fenomeno sul piano giuridico e delle relazioni industriali, quanto a gettare luce sulle ragioni profonde di una sfida epocale che, contrariamente a quanto un approccio semplicistico al tema potrebbe indurre a credere, non è un problema dell'oggi. Nel presente, semmai, si manifestano gli effetti di una crisi di sistema le cui radici devono essere ricercate nelle fasi di ascesa e declino del capitalismo industriale, nell'ambito del quale il rapporto tra modello di produzione energetica e tecniche di tutela del diritto e della rappresentanza del lavoro è stato socialmente e giuridicamente costruito. Anziché porci dinnanzi a una cesura tra due momenti della storia, invero, l'analisi retrospettiva sulla transizione energetica offre l'opportunità di saldare due semicerchi di una medesima circonferenza: quello che ripercorre il percorso di razionalizzazione del diritto del lavoro classico, il cui statuto epistemologico ha trovato fondamento, a partire dalle conquiste sindacali nel settore minerario, nella tutela selettiva del contraente debole e nella disciplina dei mercati interni, e quello che coincide con un tendenziale processo di universalizzazione delle tutele⁷, il cui punto di caduta potrebbe trovare corrispondenza nelle suggestive ma ancora incerte prospettive teoriche delle *capabilities* e dei mercati transizionali del lavoro.

2. *Carbone, democrazia e sindacato nell'era industriale*

Tra la prima e la seconda rivoluzione industriale, i grandi distretti tessili e siderurgici si svilupparono in prossimità delle miniere di carbone. Dall'Inghilterra al Nord America, dalla Germania alla Francia, il carbone favorì lo sviluppo dei canali per trasportarlo e dei processi industriali di fusione per la fabbricazione di acciaio, delle ferrovie e più tardi per la produzione di energia elettrica. Nel suo *The Coal Question*, Jevons osservava come il carbone si trovasse non di fianco ma al di sopra di tutte le merci: "è l'energia materiale del paese – l'aiuto universale – il fattore di tutto quello che facciamo. Col carbone, quasi ogni impresa è possibile o facile. Senza di esso saremmo riacciati nella laboriosa povertà dei tempi che furono"⁸.

manda all'ampia varietà di fonti energetiche cc.dd. rinnovabili, alternative ai combustibili fossili (carbone, petrolio e gas naturale).

⁷ DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2016.

⁸ JEVONS, *The Coal Question: An Inquiry Concerning the Progress of the Nation, and the Probable Exhaustion of Our Coal-mines*, Macmillan, 1866, p. 2.

La miniera, più che la fabbrica, è stata il teatro della società industriale. La miniera, in particolare, ha contribuito ad edificare un immaginario collettivo pervaso da sofferenze umane e lotte operaie, concorrendo alla costruzione identitaria del diritto e della rappresentanza del lavoro. Norme fondamentali del costituzionalismo contemporaneo – come l'articolo 23 della Dichiarazione universale dei diritti umani – nascono nelle miniere di carbone.

L'importanza storica che il sindacato dei minatori ha avuto nella definizione delle categorie e dei meccanismi giuridici fondamentali del diritto del lavoro e delle relazioni industriali è messa in evidenza da Sidney e Beatrice Webb nei loro scritti seminali. In *Storia delle unioni operaie*, ad esempio, i due studiosi danno conto della costruzione sociale del principio di indelegabilità nel diritto del lavoro delle origini, notando come la Federazione dei minatori inglesi, grazie al potere di controllo che esercitava sui processi di estrazione del carbone, “mise innanzi recisamente e con insistenza la richiesta che il tenore di vita degli operai non dovesse dipendere dalla fortuna o dall'insuccesso dei proprietari di miniere nel contrattare coi grandi consumatori; che, volessero gl'imprenditori impiegare molti o pochi operai, questi dovessero ricevere un salario sufficiente per vivere (*Living Wage*); e che questo salario minimo fosse considerato, al pari delle rendite pagate ai proprietari delle miniere, come un onere fisso sull'industria”⁹. Malgrado il sindacato dei minatori non riuscisse ad ottenere alcun immediato assenso alle sue rivendicazioni, il risultato delle vertenze fu di rafforzare il movimento sindacale nel suo complesso, “in favore di un minimo fisso al disotto del quale i salari non potessero cadere”¹⁰; i proprietari di miniere di carbone neppure tentarono di ridurre i guadagni al disotto del *minimum* imposto dalla loro federazione, consapevoli che i lavoratori avrebbero resistito “con tutte le forze contro qualsiasi tentativo in questo senso”¹¹.

Il potere di conflitto degli operai delle miniere era del resto enorme¹². Ed era di gran lunga più radicale rispetto a quello che riuscivano a mobilitare

⁹ WEBB S., WEBB B., *Storia delle unioni operaie in Inghilterra*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913 (ma già 1894), p. 10. Cfr. WEBB S., *The Story of the Durham Miners (1662-1921)*, The Fabian Society & The Labour, 1921.

¹⁰ WEBB S., WEBB B., *op. cit.*, p. 10.

¹¹ *Ibidem*.

¹² CHALLINOR, RIPLEY, *The Miners' Association: A Trade Union in the Age of the Chartist*, Bewick Press, 1968, *passim*.

i sindacati delle altre industrie. Consentiva loro, di fatto, di controllare “il rubinetto” della linfa vitale della società industriale nascente: l’energia prodotta dal carbone.

Jevons racconta che se i minatori inglesi avessero deciso di abbandonare il lavoro avrebbero potuto “paralizzare l’industria del paese” e “compromettere i mezzi di sussistenza”, mettendo così “in pericolo la salute di milioni di loro concittadini”¹³. Il carbone, insomma, era diventato “la forza motrice di tutta l’industria e la sua fonte di sussistenza”, al punto che uno sciopero totale da parte dei minatori avrebbe gettato il paese “in un completo stato d’assedio, simile a quello a cui Parigi fu sottoposta dagli eserciti germanici”¹⁴.

Le condizioni di lavoro che subivano i minatori di carbone rendevano le loro rivendicazioni non solo giuste in sé, ma anche socialmente accettabili rispetto agli effetti indesiderabili dello sciopero sulla vita sociale ed economica¹⁵. La cittadinanza e gli altri lavoratori si rendevano solidali nei loro confronti perché lavoravano in condizioni intollerabili e di gran lunga peggiori di quelle degli operai impiegati nelle fabbriche tessili e siderurgiche. La descrizione dei Webb sul punto è emblematica: “essi [i minatori] erano appena appena liberati dalla servitù, poiché la legge che li emancipava completamente non era stata approvata che nel 1799. Nell’Inghilterra settentrionale l’obbligo di un anno di lavoro (*yearly bond*), il sistema del *truck*, e le multe arbitrarie per un rendimento di lavoro inferiore ad una certa misura (*short measure*) mantenevano i lavoratori del sottosuolo in completa soggezione. Il risultato di questo stato di cose è dimostrato dalla turbolenza dei loro frequenti scioperi durante i quali si dovette sovente ricorrere alla truppa per reprimere la loro violenza”¹⁶.

La situazione dei minatori in altri paesi non era affatto migliore. Nel tratteggiare il profilo storico dell’industria mineraria sarda, Serra racconta che, a partire dagli anni Sessanta del 1800, “i bassi salari (dai quali si doveva pagare perfino l’esplosivo che si usava in miniera, l’olio da illuminazione delle candele, etc.), l’orario di lavoro (si lavorava 12 ore in condizioni drammatiche), i ritmi e l’ambiente di lavoro, la mancanza di abitazione per i la-

¹³ JEVONS, *Lo stato in relazione al lavoro*, in ARENA (a cura di), *Lavoro*, volume XI della *Nuova collana di economisti stranieri e italiani*, a cura di BOTTAI, ARENA, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1936, p. 274.

¹⁴ *Ivi*, pp. 274-275.

¹⁵ CHALLINOR, RIPLEY, *op. cit.*

¹⁶ WEBB S., WEBB B., *op. cit.*, p. 91.

voratori, che hanno caratterizzato, sempre, le zone minerarie, aprono la strada ad aspri conflitti sociali, segnando le prime forme di resistenza operaia (le Leghe di Resistenza) ed i primi scioperi nel mondo industriale¹⁷.

Ma vi è di più. In parallelo alla costruzione del potere e della identità politica del sindacato nelle città-miniera, le vertenze dell'industria del carbone contribuirono alla nascita e all'affermarsi dei principi e delle istituzioni alla base delle democrazie sociali contemporanee, espandendo la capacità di crescita economica dei paesi industrializzati e influenzando la conformazione del loro assetto istituzionale¹⁸. Attraverso l'utilizzo dell'arma dello sciopero, attuato nella forma del sabotaggio, del rallentamento o delle deviazioni dei flussi di energia, i minatori di carbone consolidarono la loro "spiccata tendenza a ricorrere sempre maggiormente all'azione parlamentare"¹⁹, per sostenere rivendicazioni sociali e politiche di più ampio respiro: pensioni, sanità, diritto di voto ecc.

Il flusso e la concentrazione dell'energia permisero di collegare il potere vulnerante dei minatori a quello degli altri lavoratori, e di dare alle loro rivendicazioni una forza tecnica che non poteva più essere ignorata. Ciò valse non solo per Gran Bretagna e Stati Uniti, ma anche per altri paesi dotati di ingenti giacimenti di carbone, nei quali cominciarono a diffondersi le prime forme di legislazione sociale in risposta alla recrudescenza delle vertenze sindacali nell'industria mineraria²⁰. In tutta Europa, nei territori a maggiore vocazione estrattiva, i primi anni del Novecento furono teatro di forti contestazioni da parte degli operai delle miniere per il miglioramento delle condizioni di lavoro: riduzione dell'orario ad otto ore, abolizione del cottimo, applicazione dei concordati di tariffa contrattati col sindacato. Molte di quelle vertenze, che in nome della continuità produttiva e dell'ordine pubblico furono represses con la violenza, sfociarono in eccidi, segnando uno spartiacque nella storia del movimento operaio europeo e non solo. Oltre a determinare la nascita del diritto del lavoro, quegli elementi sociotecnici forniranno un contributo fondamentale alla definizione dei nuovi regimi politici democratici nella prima metà del Novecento.

¹⁷ SERRA, *Un'antica civiltà del futuro. Profilo storico del settore minerario sardo nella storia della Sardegna dalle origini ai giorni nostri*, Cooperativa Tipografica Editoriale, 1997, p. 70. Cfr. SELLA, *Sulle condizioni dell'industria mineraria in Sardegna*, Ilisso, 1999 (ma già 1871), *passim*.

¹⁸ MITCHELL, *Carbon Democracy*, Verso, 2011, p. 26.

¹⁹ WEBB S., WEBB B., *op. cit.*, p. 277. Sull'azione parlamentare del sindacato dei minatori, cfr. LOUIS, *Historie du mouvement syndical en France (1789-1906)*, Félix Alcan, 190, p. 262.

²⁰ MITCHELL, *op. cit.*, pp. 21-24.

3. *Ascesa e declino del potere sindacale: dal carbone al petrolio*

Il legame tra sovranismo statale, potere economico e carbone non fu scalfito neppure dentro le “parentesi” delle due guerre mondiali, che anzi lo rinforzarono sotto molteplici punti di vista²¹. Le principali miniere europee furono militarizzate. La corsa agli armamenti che precedette i due conflitti mondiali e le leggi speciali varate in tempo di guerra comportarono una intensificazione delle attività estrattive e dei ritmi lavorativi: molti dei minatori che i campi di battaglia avevano risparmiato, persero la vita in incidenti sul lavoro, tecnopatie e malattie professionali di vario tipo. Con la fine del secondo conflitto mondiale e la caduta dei regimi totalitari in Italia e Germania, i minatori ricevettero simboliche medaglie al valore dalle nascenti istituzioni democratiche. Mentre il Trattato di Parigi del 18 aprile 1951 istituiva la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), quale massima espressione del sodalizio tra economia di mercato e democrazia, il sindacato otteneva il pieno riconoscimento istituzionale in tutti i paesi industrializzati dell'Europa occidentale e del Nord America. Fondato sul trinomio democrazia, stato-nazione e crescita economica, lo “spirito di Filadelfia” consentì al sindacato di legittimarsi come istituzione cardine della società industriale del secondo dopoguerra²². Ma si trattò di una “vittoria di Pirro”.

La stretta dipendenza del potere sindacale dalla economia del carbone, e da tassi di crescita tanto sostenuti da favorire la formazione e lo sviluppo dei c.d. mercati del lavoro interni²³, ridurrà sensibilmente il potenziale di mobilitazione del sindacato attraverso i metodi organizzativi classici (sciopero e contrattazione collettiva), nel momento in cui l'impiego di risorse alternative di produzione energetica e l'adozione di tecniche estrattive a minore intensità di manodopera *low skilled* diventeranno una prospettiva via via più concreta. Nel suo *Strikes*, Hyman testimonia come la progressiva introduzione di tecnologie estrattive sempre più sofisticate produsse, a partire dal secondo dopoguerra, un duplice effetto sul mercato del lavoro nell'industria

²¹ GILDART, *Coal Strikes on the Home Front: Miners' Militancy and Socialist Politics in the Second World War*, in *TCBH*, 2009, pp. 121-151; LEIGHTON, *War and Industry: A Study of the Industrial Relations in the Mining Regions of South Wales and the Ruhr During the Great War, 1914-1918*, in *LHR*, 2003, pp. 195-215.

²² SUPIOT, *Lo spirito di Filadelfia: giustizia sociale e mercato totale*, Feltrinelli, 2011.

²³ GAUTIÉ, *Lavoro: dai mercati interni ai mercati di transizione. Implicazioni sulla solidarietà, le tutele, la formazione*, in *AS*, 2003, pp. 45-46.

mineraria: se da un lato comportò una maggiore sostenibilità delle lavorazioni attraverso la eliminazione delle mansioni più usuranti e l'aumento del valore aggiunto prodotto, dall'altro implicò una più accentuata divisione, specializzazione e professionalizzazione del lavoro all'interno delle miniere, riducendo significativamente le possibilità di coordinamento, conflitto e controllo collettivo del processo estrattivo²⁴.

Questa tendenza si consoliderà con l'avvento del petro-capitalismo. Mentre il carbone aveva reso possibile lo sviluppo e l'espansione (della società) industriale nel diciannovesimo e nella prima parte del ventesimo secolo, la progressiva produzione di energia attraverso altri combustibili fossili ha favorito la crescita manifatturiera nel corso della seconda metà del Novecento, consentendo il rapido sviluppo di nuovi mercati del lavoro ad elevata intensità di manodopera, nell'ambito dei quali il sindacato ha continuato ad esercitare un potere vulnerante (si pensi, in particolare, al settore dell'auto). A partire dagli anni Sessanta, tuttavia, il petrolio ha iniziato ad imporre la retrocessione della dinamica sociale indotta dal carbone: risorsa ad elevata intensità di capitale, trasportata in tutto il pianeta e lontana dai luoghi di lavoro, l'oro nero è diventato l'energia della globalizzazione, che ha permesso di indebolire la capacità dell'uomo di interferire con l'attività economica²⁵. Contrariamente a quanto riscontrabile in altre filiere produttive, l'industria del petrolio non è stata oggetto di stringenti normative antimonopolio, rendendo di fatto impraticabile qualsiasi tentativo di controllo sociale da parte delle istituzioni nazionali e dei lavoratori nei riguardi di un sistema fortemente concentrato e in grado di mettere in gioco una forza economica e politica di portata pari o superiore a quella degli stati-nazione²⁶.

Le crisi energetiche del 1973 e del 1979 hanno concorso a mettere in evidenza la vulnerabilità delle istituzioni democratiche occidentali nei confronti della forza geopolitica dei Paesi esportatori di greggio, come pure la sostanziale dipendenza del potere sindacale dall'andamento del prezzo del petrolio, accentuando tutti i fattori di destabilizzazione dei mercati del lavoro interni (globalizzazione e finanziarizzazione dell'economia, rallentamento della crescita nelle economie avanzate, progresso tecnico e nuove forme di organizzazione del lavoro, indebolimento dei lavoratori poco qualificati)²⁷,

²⁴ HYMAN, *Strikes*, Fontana, 1971, pp. 63-64.

²⁵ MITCHELL, *op. cit.*, *passim*.

²⁶ ERIKSEN, *Fuori controllo. Un'antropologia del cambiamento accelerato*, Einaudi, 2017, p. 49.

²⁷ GAUTIÉ, *op. cit.*, p. 44 ss.

attorno ai quali l'identità sindacale era stata costruita. Le conseguenze sociali della crisi energetica furono pesanti: dopo le mobilitazioni del 68', gli operai ripiegarono sulla difensiva e "all'attacco non torneranno più, salvo incursioni vincenti in territori come l'ambiente e la nocività"²⁸. Le roccaforti sindacali dell'industria dell'auto e della chimica furono i settori dove la crisi petrolifera ebbe il più grande impatto: la chimica di base, in particolare, che utilizzava il greggio come materia prima, "vide schizzare in aria i suoi costi a un livello tale che numerosi impianti (...) furono messi fuori mercato"²⁹.

I combustibili fossili, insomma, hanno contribuito a creare la possibilità della moderna democrazia ma anche i suoi limiti³⁰. Le élite politiche liberali ne erano consapevoli. Mitchell racconta che "già all'inizio degli anni Quaranta gli ideatori del piano Marshall a Washington proponevano di sovvenzionare i costi dell'importazione del petrolio dal Medio Oriente all'Europa occidentale, per indebolire i minatori e sconfiggere la sinistra"³¹. A questa logica rispondevano, ad esempio, gli investimenti nell'Inghilterra meridionale che portarono alla ristrutturazione, alla espansione e al rilancio della raffineria Esso di Flawley, divenuta famosa nel corso degli anni Sessanta per la conclusione dei primi accordi di produttività che la storia delle relazioni industriali abbia conosciuto³². Non solo. Tutte le politiche neocoloniali intraprese da Stati Uniti, Francia, Germania e Regno Unito nella seconda metà del Novecento furono indirizzate ad espandere il controllo geopolitico sulle fonti e sulle rotte del petrolio, a fronte della lenta ma progressiva dismissione della produzione industriale legata al carbone. A posteriori, scrive Eriksen, "è facile vedere che l'atto finale della vecchia sinistra in Gran Bretagna fu durante il lungo sciopero dei minatori nel 1984-1985, quando il leggendario sindacalista Arthur Scargill perse contro il neoliberalismo di Margaret Thatcher"³³. L'esito di questi accadimenti fu davvero emblematico: alcune delle storiche miniere del Paese vennero dismesse e furono varati provvedimenti di liberalizzazione selvaggia della legislazione sul lavoro e sulle relazioni industriali.

²⁸ BOLOGNA, *Il "lungo autunno". Le lotte operaie degli anni Settanta*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2019, p. 35.

²⁹ *Ivi*, p. 36.

³⁰ MITCHELL, *op. cit.*, p. 1.

³¹ *Ivi*, p. 236.

³² FLANDERS, *The Fawley Productivity Agreements: A Case Study of Management and Collective Bargaining*, Faber and Faber, 1964.

³³ ERIKSEN, *op. cit.*, p. 51.

4. Segue: *la parentesi del nucleare*

Lo sviluppo delle tecnologie di produzione energetica nucleare, registrato a partire dalla metà degli anni Sessanta, non ha spostato di molto l'ago della bilancia. Sebbene l'industria nucleare si caratterizzi per una sostanziale integrazione geografica della produzione energetica, l'elevatissima intensità di capitale tecnologico, la presenza di professionalità altamente specializzate e la impossibilità di interruzione del ciclo produttivo hanno reso scarsamente praticabili percorsi di socializzazione del potere economico tramite l'azione collettiva. E in molti casi l'intervento pubblicistico da parte dello stato ha finito per depotenziare anziché ampliare le possibilità di democratizzazione della produzione di energia nucleare sia verso le comunità che nei confronti dell'organizzazione del lavoro.

Il disastro nucleare di Chernobyl (26 aprile 1986) è esemplificativo in questo senso³⁴. Al netto di un difetto di progettazione della centrale, a scatenare l'esplosione e la nube radioattiva fu un litigio tra gli ingegneri e il dirigente responsabile della sala di controllo circa i livelli di potenza da cui far partire il test di sicurezza sul reattore nucleare. Il vicecapo ingegnere, responsabile della sala di controllo, ignorò deliberatamente i protocolli di sicurezza: nonostante l'opposizione dei tecnici da lui coordinati, non vi era nessun superiore o pari grado che potesse impedire la realizzazione del test secondo le sue direttive. Al rifiuto di alcuni lavoratori di adempiere, il vicecapo ingegnere oppose il ricatto di licenziamento per insubordinazione, sollevandoli momentaneamente dall'incarico e sostituendoli con lavoratori più compiacenti, perché contrattualmente più vulnerabili. Tra i motivi dell'intransigenza del vicecapo ingegnere, vi era la prospettiva di una promozione e di un premio di produzione in caso di buona riuscita del test, sollecitato dall'autorità sovietica sull'energia atomica per verificare la tenuta della centrale in caso di attacco nemico.

5. *Metamorfosi*

In parallelo al declino della società industriale, la storia del diritto ambientale iniziava il suo corso, nel momento in cui l'età d'oro del diritto del

³⁴ CATINO, *Da Chernobyl a Linate. Incidenti tecnologici o errori organizzativi?*, Mondadori, 2006.

lavoro aveva esaurito la sua spinta propulsiva. Se il sindacato era stato il protagonista del doppio-movimento Polanyiano nel diciannovesimo e nella prima parte del ventesimo secolo³⁵, la normativa pubblicistica rivolta alla tutela dell'ambiente diventerà il principale vincolo alla crescita capitalistica nell'ultimo trentennio del Novecento industriale, innescando effetti sostitutivi rispetto alla tutela dei redditi e dell'occupazione dei lavoratori impiegati nei paesi industrializzati e dando ulteriore slancio ai processi di esternalizzazione dei costi sociali e ambientali del capitalismo occidentale verso il Sud Globale. In questo contesto, almeno in una prima fase, le organizzazioni sindacali adotteranno un approccio protezionistico nei confronti dei cicli industriali e dei mercati del lavoro fortemente dipendenti dai combustibili fossili, al punto da rendere la propria posizione inconciliabile rispetto alle istanze emergenti della società civile e dei movimenti ambientalisti³⁶.

Un po' per ragioni di opportunità politica, un po' "per consapevolezza gradualmente acquisite", scriveva Gino Giugni, "a partire dagli anni Ottanta i programmi socialdemocratici si aprono ad accogliere i temi dello sviluppo sostenibile"³⁷. Si trattava di "un ambientalismo in versione moderata, naturalmente, in nulla indulgente verso interpretazioni e velleità di marcia a ritroso nell'evoluzione dei modi di vita", ma nondimeno la tutela dell'ambiente entrava nell'agenda delle relazioni industriali come tema che si poneva a fianco, integrandoli, dei "progetti di civiltà del benessere"³⁸.

Di fronte al fallimento delle politiche energetiche e ambientali di prima generazione, testimoniato dall'aumento esponenziale del consumo di energia nel corso dell'ultimo ventennio e dal conseguente deterioramento della crisi climatica globale, il definitivo abbandono dei combustibili fossili in favore delle fonti rinnovabili è divenuto un percorso obbligato non solo per contrastare le ricadute sociali e ambientali che i problemi legati alla sostenibilità energetica coinvolgono, ma anche per consentire il mantenimento di tassi di crescita compatibili con le mete basilari del progresso umano. Incapace di cogliere i limiti delle risorse naturali, il capitalismo industriale ha determinato il loro sovrasfruttamento, ritrovandosi "a fare i conti con i propri errori sotto

³⁵ POLANYI, *La grande trasformazione*, Einaudi, 2010 (ma già 1944).

³⁶ È la tesi del c.d. *Treadmill of Production* elaborata da SCHNAIBERG, *The environment: From surplus to scarcity*, Oxford University Press, 1980, *passim*. In argomento, cfr. DEL PUNTA, *Tutela della sicurezza sul lavoro e questione ambientale*, in *DRI*, 1999, pp. 151-160.

³⁷ GIUGNI, *Socialismo: l'eredità difficile*, Il Mulino, 1996, p. 25.

³⁸ *Ibidem*.

forma di minaccia oggettiva alla propria esistenza”³⁹. Tradotto in chiave di politiche energetiche globali, sarebbe impossibile immaginare che miliardi di persone seguitino a consumare energia con gli stessi standard di consumo attualmente praticati nelle economie occidentali e nei paesi di recente, rapido sviluppo. In previsione dell’aumento esponenziale della popolazione mondiale, il modello di produzione energetica sarebbe destinato al collasso, rendendo impossibile il reperimento delle risorse necessarie a sostentarlo e innescando crisi geopolitiche, demografiche e ambientali destinate a cambiare per sempre il destino della storia.

6. *Il ruolo del sindacato nella Just Transition*

Il crollo di molte civiltà umane è spesso dipeso dall’incapacità dell’uomo “di adattare l’organizzazione del lavoro ai vincoli dell’ambiente naturale”⁴⁰. Efficacemente Carver ha affermato che la storia della “lotta umana per l’adattamento prende la forma di uno sforzo comune per aumentare la provvista di quei beni dei quali la natura ha fornito una quantità insufficiente. Questo è ciò che s’intende per civiltà industriale”⁴¹. Se nell’era del riscaldamento globale l’industria in quanto tale diventa un “business a rischio”, si comprendono le ragioni per cui il cambiamento climatico produce una metamorfosi del sistema valoriale della società industriale: “dal relativismo culturale post-moderno a una nuova stella fissa della storia verso la quale mobilitare la solidarietà e l’agire”⁴².

Comprendibilmente, lo scenario energetico planetario spinge verso la produzione di energia da fonti rinnovabili. E le organizzazioni sindacali in ogni paese iniziano a cogliere l’opportunità di questo passaggio⁴³, come pure la necessità di ripensare le tecniche di tutela del lavoro non più secondo la logica difensiva tipica dei mercati del lavoro interni, ma in termini di contributo collaborativo alla formazione, alla organizzazione e allo sviluppo di mercati del lavoro sostenibili, nell’ambito dei quali la vera cifra del capitalismo

³⁹ BECK, *La metamorfosi del mondo*, Laterza, 2017, p. 39.

⁴⁰ SUPLOT, *La sovranità del limite*, Mimesis, 2020, p. 136.

⁴¹ CARVER, *La distribuzione della ricchezza*, in ARENA (a cura di), *Lavoro*, cit., p. 61.

⁴² BECK, *op. cit.*, p. 47.

⁴³ RATHZEL, UZZELL (a cura di), *Trade Unions in the Green Economy: Working for the Environment*, Routledge, 2013.

industriale, cioè la contrapposizione tra tutela del lavoro e dell'ambiente, possa essere più adeguatamente decostruita.

Dall'inizio del Duemila l'ambizione di creare c.d. *green jobs* è iniziata a penetrare, non senza resistenze e diffidenze di natura ideologica e culturale, nelle politiche di relazioni industriali in tutti i paesi occidentali⁴⁴. Quella dei lavori e delle competenze verdi è divenuta una formula capace di racchiudere, insieme, una istanza normativa di progresso e un possibile percorso di emancipazione per il sindacato: anzitutto da un immaginario collettivo legato ad una produzione industriale basata sui combustibili fossili e, quindi, incompatibile con le ragioni dell'ambiente.

Una delle definizioni più accreditate a livello internazionale considera i *green jobs* come tali per due fattori fondamentali: il prodotto e il processo. I lavori verdi per prodotto sono tali perché “offrono beni e servizi a beneficio dell'ambiente o della conservazione delle risorse naturali”⁴⁵, mentre i lavori *green* per processo lo sono nel momento in cui “coinvolgono la trasformazione dei modelli di produzione dell'impresa in processi più ecologici e che utilizzano meno risorse naturali”⁴⁶. Secondo la definizione offerta dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, i lavori sono verdi quando contribuiscono a “ridurre le conseguenze negative per l'ambiente promuovendo lo sviluppo di imprese ed economie sostenibili da un punto di vista ambientale, economico e sociale [...]. Lavori dignitosi che aiutano a preservare o a ripristinare un ambiente sostenibile, sia nei settori tradizionali che nei nuovi settori emergenti”⁴⁷.

Ma la formula dei lavori verdi, come altri slogan che popolano le politiche sindacali di nuova generazione, nasconde anche molte insidie. La prima risponde alla sfida di costruire politiche (di relazioni) industriali di lungo periodo, che preparino la strada alla metamorfosi del sistema produttivo industriale, assumendo nel presente decisioni che comportano sacrifici il cui costo-opportunità può essere valutato, comunicato e compreso solo nel futuro. L'idea per cui *there are no jobs on a dead planet* propugnata dall'ILO e dal sindacato internazionale si colloca in questa direzione⁴⁸, come pure i connessi

⁴⁴ RUSTICO, TIRABOSCHI, *Le prospettive occupazionali della green economy tra mito e realtà*, in *DRI*, 2010, p. 931 ss.

⁴⁵ U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, *Green Jobs Definition*, 2019.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ ILO, *Frequently Asked Questions on Green Jobs*, 2019.

⁴⁸ ITUC, *Climate Justice: There are No Jobs on a Dead Planet*, Frontlines Briefing, Marzo

programmi di cooperazione tra mondo del lavoro e sistema educativo che tentano di orientare l'offerta formativa di competenze verso la costruzione delle professionalità richieste dai mercati della *green economy*⁴⁹. Accanto a queste difficoltà, che impongono al sindacato di sfidare le imprese, i governi e gli stessi lavoratori sul terreno a loro più congeniale – quello del breve-terminismo – si amplia la complessità del processo di rappresentanza dell'interesse collettivo nella fase di transizione dalle attività con una impronta ecologica elevata a quelle a minore impatto ambientale, stante la moltiplicazione degli interessi in gioco che reclamano pari riconoscimento e dignità: quelli variamente espressi dalle diverse categorie di aziende e lavoratori che operano in settori più o meno colpiti dalla decarbonizzazione; quelli delle comunità locali investite dai processi di desertificazione industriale; quelli espressi dalla società civile e dai movimenti ambientalisti che possono assumere posizioni radicali, talvolta contrapposte all'atteggiamento massimalista di una parte del movimento sindacale; quelli non meno importanti delle generazioni future di cittadini e lavoratori che abitano i territori di transizione.

In questo quadro di complessità, al sindacato si richiede di contribuire al completamento del lungo processo di decarbonizzazione senza snaturare i presupposti esistenziali che giustificano il suo ruolo nella storia. Senza cioè abdicare alla missione di emancipazione della persona attraverso percorsi di solidarietà che diano luogo ad una ricomposizione tra società e mercato. Alle origini della società industriale questa missione ha consistito nel rendere il mercato più umano attraverso la umanizzazione del lavoro. Ciò che viene richiesto al sindacato, oggi, è rendere il lavoro più umano attraverso la umanizzazione del mercato.

Nel segnare il punto di svolta dal modello della *flexicurity* a quello dei mercati transizionali del lavoro⁵⁰, l'intervento sindacale non si dovrebbe più declinare soltanto nei termini di una regolazione del mercato in cui “una certa quantità di tempo (la durata del lavoro) viene offerta in cambio di una certa quantità di denaro (il salario), escludendo qualsiasi rivendicazione sui prodotti del lavoro e sul modo in cui vengono realizzati”⁵¹. Lungi dal ridursi alla sola assegnazione di attributi (di status) e diritti al singolo lavoratore secondo una logica normativa tesa a proteggere la persona dalla legge della

⁴⁹ RUSTICO, TIRABOSCHI, *op. cit.*, spec. § 4 e 5.

⁵⁰ CASANO, *Contributo all'analisi giuridica dei mercati transizionali del lavoro*, ADAPT University Press, 2021, spec. p. 21 ss.

⁵¹ SUPIOT, *Homo faber: continuità e rotture*, cit., qui p. 37.

domanda e dell'offerta, la tutela sindacale dovrebbe ambire a realizzare un percorso di costruzione sociale del mercato più ampio e complesso⁵². Questa sostanziale differenza di approccio comporta, inevitabilmente, un diverso posizionamento dell'azione collettiva all'interno del triangolo di Hyman⁵³, con l'enfasi che si sposta dalla dialettica tra classe e mercato, a quella tra mercato e società. È comprensibile che in alcuni sistemi di relazioni industriali, e per talune tradizioni di rappresentanza sindacale, questo riposizionamento dell'asse sindacale generi sgomento. E non a torto. La classe come simbolo e come soggetto giuridico *corale* è esistita e continuerà ad esistere finché esisterà una cesura tra mercato e società: nel chiaroscuro della transizione energetica, dove aspetti positivi e nuove opportunità di sviluppo coesistono con fenomeni di involuzione e nuovi rischi, quella cesura è ben lontana dall'essere ricucita. Se è quindi condivisibile che il mercato del lavoro non debba più essere concepito come “il luogo in cui si verifica automaticamente l'incontro tra domanda e offerta di competenze specifiche, ma come sistema sociale aperto, in cui diversi attori devono collaborare al fine di creare le condizioni per la giusta transizione”⁵⁴, questa idea resta una istanza normativa tutta da costruire, che nella maggior parte dei casi risulta ancora priva di riscontro nella realtà. Proprio le esperienze più dure di transizione energetica dimostrano che i lavoratori e la cittadinanza anziché essere dotati di forza e messi nelle condizioni di esprimere quella libertà necessaria per costruirsi una vita dignitosa grazie alle proprie capacità e ai propri interessi, “sono diventati dipendenti dal mercato e non hanno alcuna altra alternativa se non quella di piegarsi alle sue esigenze, imposte dall'esterno, e che loro non possono influenzare affatto”⁵⁵. In molti casi, neppure col sostegno del sindacato.

⁵² GAUTIÉ, *op. cit.*, p. 64.

⁵³ HYMAN, *Understanding European Trade Unionism: Between Market, Class and Society*, Sage, 2001.

⁵⁴ CASANO, *Skills and Professions for a “Just Transition”*. *Some reflections for Legal Research*, in *EJCLS*, 2019, p. 42.

⁵⁵ KEUNE, *Shaping the future of industrial relations in the EU: Ideas, paradoxes and drivers of change*, in *ILR*, 2015, p. 49.

7. Segue: *la Just Transition come percorso di capability*

Nella fase di transizione alla società industriale, scriveva Richard T. Ely, le organizzazioni sindacali consentivano al lavoratore di astenersi temporaneamente da offrire la propria forza lavoro sul mercato, in attesa che si creassero condizioni più favorevoli rispetto a quelle che sarebbe stato costretto ad accettare in maniera incondizionata⁵⁶. In questo modo, il lavoratore poteva trarre vantaggio dalla maggiore domanda di lavoro, ottenendo non solo “una occupazione più soddisfacente di quella che avrebbe potuto auspicare alle normali condizioni di mercato”, ma anche la possibilità di “influenzare l’offerta di lavoro in futuro”⁵⁷. Attraverso l’intervento del sindacato, il lavoro divenne per la prima volta “una vera merce, e il lavoratore un vero uomo”⁵⁸.

Queste acquisizioni divennero popolari con gli scritti dei coniugi Webb di circa un decennio successivi⁵⁹. Ma finirono per adombrare alcune delle funzioni coesenziali alla costruzione solidaristica del monopolio sindacale dell’offerta di lavoro quale presupposto per condizionare il modo di essere della domanda di lavoro. Ely, infatti, osservava come le organizzazioni sindacali e le altre istituzioni ad esse collegate si adoperassero anche e soprattutto per “assistere i lavoratori nella ricerca del migliore mercato”⁶⁰. E nella misura in cui il migliore mercato coincideva con il miglior contesto produttivo dal punto di vista qualitativo, l’azione del sindacato produceva effetti benefici per la società nel suo complesso⁶¹. Questi effetti erano amplificati quando il sindacato, accanto alla funzione di regolazione del mercato e di tutela assicurativa in caso di infortunio, malattia professionale o disoccupazione involontaria, si adoperava per promuovere l’educazione del lavoratore come persona, da intendere secondo il significato della nozione tedesca di *Bildung*, vale a dire “lo sviluppo integrale dell’uomo in tutte le sue relazioni: sociali, individuali, religiose, etiche e politiche”⁶².

⁵⁶ ELY, *Labor Movement in America*, Thomas Y. Crowell & Co., 1886, p. 114.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ WEBB S., WEBB B., *op. cit.*; WEBB S., WEBB B., *Industrial Democracy*, Longmans, Green & Co., 1897.

⁶⁰ ELY, *op. cit.*, p. 114.

⁶¹ Sulla stessa lunghezza d’onda, cfr., *ex multis*, ICHINO, *Le conseguenze dell’innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2017, pp. 525-563, spec. p. 557 e, da ultimo, ICHINO, *L’intelligenza del lavoro*, Rizzoli, 2020, *passim*.

⁶² ELY, *op. cit.*, p. 120.

Le migliori esperienze di giusta transizione dai combustibili fossili alle energie rinnovabili, che vedono il protagonismo delle organizzazioni sindacali espandere il proprio campo di azione collettiva a interessi diffusi e di carattere generale, vanno esattamente nella direzione di integrare i tradizionali percorsi di tutela del lavoro con politiche sociali e industriali di più ampio respiro⁶³. Rispetto a questi percorsi di ricomposizione tra società e mercato, il discorso sulle competenze verdi e sulle professionalità emergenti nei mercati della *green economy*, se non vuole essere idealizzato, va contestualizzato e relativizzato. Va considerato, cioè, come un tassello di un mosaico più ampio che il sindacato può contribuire a comporre insieme ad altre istituzioni e formazioni sociali (diversi ministeri competenti, associazioni ambientaliste, autonomie locali, terzo settore ecc.) secondo logiche di coordinamento complesse, che travalicano la semplice regolazione di diritti-doveri in un mercato del lavoro dato: il sindacato è chiamato a concorrere alla costruzione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, estendendo la propria autonoma capacità normativa tanto alla definizione delle regole di struttura, di funzionamento e di accesso al mercato⁶⁴, quanto e soprattutto alla realizzazione dei presupposti materiali affinché la domanda (e non solo l'offerta) di professionalità sia orientata alla progettazione, allo sviluppo e alla realizzazione di prodotti, di servizi e di processi produttivi con un impatto ambientale neutrale. Ancorare il diritto del lavoro alla proposta dello sviluppo sostenibile, nella peculiare prospettiva offerta dalla teoria delle *capabilities*⁶⁵, consente di cogliere appieno questa sfumatura nel momento in cui si valorizza il legame inscindibile tra i tre pilastri della sostenibilità: quella economica, quella sociale e quella ambientale⁶⁶.

C'è consenso in letteratura sul fatto che il successo delle politiche di *Just Transition* dipenda dalla capacità dei settori e dei territori investiti dai processi di decarbonizzazione di offrire ai lavoratori concrete alternative pro-

⁶³ LIPSIG-MUMME, McBRIDE (a cura di), *Working in a Warming World*. McGill-Queens University Press, 2015.

⁶⁴ GAUTIÉ, *op. cit.*, p. 64 ss.

⁶⁵ Per una declinazione del tema, oltre a DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability Approach*, in *Intern. Journ. of Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, 2016, pp. 383-406 e CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, pp. 1-134, cfr. i saggi raccolti in LANGILLE (a cura di), *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2019.

⁶⁶ CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 2020.

fessionali dentro e fuori il mercato del lavoro produttivo⁶⁷. Il dato della libertà di scelta del lavoro, in particolare, è decisivo affinché i lavoratori possano preferire occupazioni verdi a lavori ambientalmente e socialmente non sostenibili⁶⁸. La esistenza di mercati del lavoro trasparenti e fortemente concorrenziali è un fattore chiave per garantire una giusta transizione, come pure la presenza di un tessuto sociale coeso, nel quale la condizione di disoccupazione non necessariamente comporti esclusione sociale, ma apra possibilità di emancipazione e sviluppo umano non ancorate allo status professionale. All'opposto, nel contesto delle politiche industriali di decarbonizzazione il *trade-off* tra lavoro e ambiente tende a materializzarsi in aree geografiche che presentano i tratti tipici del sottosviluppo⁶⁹, dove elevati tassi di disoccupazione sono associati a una struttura monopsonistica dei mercati del lavoro; alla inefficienza delle istituzioni locali nel pianificare percorsi di istruzione, formazione e ricollocazione professionale allineati ai fabbisogni occupazionali di medio-lungo termine; alla carenza di infrastrutture e di politiche industriali capaci di favorire la mobilità e attrarre investimenti necessari per la riconversione, la riqualificazione e la bonifica delle aree produttive dismesse o poste in stato di conservazione⁷⁰. È questa la ragione per cui le ingenti risorse stanziati dall'Unione europea nell'ambito del c.d. *Green Deal*, tra le quali spicca la costituzione del c.d. *Just Transition Fund*, sono rivolte prioritariamente al sostegno dei percorsi di transizione energetica delle aree, dei settori e delle professionalità più vulnerabili in quanto maggiormente dipendenti dai combustibili fossili⁷¹. Accanto all'attivazione e implementazione di politiche passive e attive, pur indispensabili per gestire le ricadute occupazionali della transizione energetica⁷², la rimozione dei fattori di vul-

⁶⁷ SNELL, 'Just transition'? *Conceptual challenges meet stark reality in a 'transitioning' coal region in Australia*, in *Globalizations*, 2018, pp. 550–564; SODER, NIEDERMOSER, THEINE, *Beyond growth: new alliances for socio-ecological transformation in Austria*, in *Globalizations*, 2018, pp. 520–535; ABRAHAM, *Just transitions for the miners: Labor environmentalism in the Ruhr and Appalachian coalfields*, in *New Political Science*, 2017, pp. 218–240.

⁶⁸ ROUTH, *Embedding Work in Nature: The Anthropocene and Legal Imagination of Work as Human Activity*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 2018, pp. 29–60.

⁶⁹ BARCA, LEONARDI, *Working-class ecology and union politics: a conceptual topology*, in *Globalizations*, 2018, pp. 487–503.

⁷⁰ OEI, BRAUSERS, HERPICH, *Lessons from Germany's hard coal mining phase-out: policies and transition from 1950 to 2018*, in *Climate Policy*, 2020, pp. 963–979.

⁷¹ EUROPEAN COMMISSION, *The European Green Deal*, COM (2019) 640 final, Bruxelles, 11.12.2019, p. 1.

⁷² GHALEIGH, *Just Transitions for Workers: When Climate Change Met Labour Justice*, in BOGG,

nerabilità che impediscono la libera scelta di lavori sostenibili rispetto a occupazioni ad elevata impronta ecologica si rende necessaria e propedeutica per immaginare qualsiasi progetto di relazioni industriali che, prendendo in prestito le parole più belle della Costituzione italiana, ambisca a realizzare “il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese” (art. 3, comma 2, Cost.).

8. Segue: *percorsi di relazioni industriali*

Di fianco ai tanti “casi Ilva” che popolano la storia industriale degli ultimi trent’anni⁷³, è positivo registrare esperienze sindacali che, in quella terra di mezzo tra (diritto) pubblico e privato⁷⁴, dove anche la dottrina civilistica ha trovato terreno fertile per lo sviluppo di nuovi percorsi di promozione integrale della persona e dell’ambiente⁷⁵, cercano di interpretare un ruolo attivo nelle dinamiche della *Just Transition*. Nel panorama contrattuale di ambito nazionale, i rinnovi del ccnl elettrici⁷⁶ e del ccnl energia e petrolio⁷⁷ spiccano per la previsione di importanti seppur ancora non particolarmente incisive misure indirizzate ad anticipare e gestire gli effetti sociali e occupazionali della transizione energetica. Innanzitutto, attraverso adattamenti dei sistemi classificatori necessari ad intercettare e regolare i nuovi segmenti di business e le nuove professionalità coinvolte nel processo di transizione verso la produzione di energia da fonti rinnovabili. Ma anche e soprattutto per la condivisione di un approccio partecipativo al cambiamento, che risponde al

ROWBOTTOM, YOUNG (eds.), *The constitution of social democracy. Essays in honour of Keith Ewing*, Hart, 2020, pp. 458-475, spec. p. 469 ss.

⁷³ PASCUCCI, *La salvaguardia dell’occupazione nel decreto “salva Ilva”. Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in questa rivista, 2013, pp. 671-688.

⁷⁴ RUSCIANO, *Il diritto del lavoro tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, 1995, tomo II, pp. 1205-1233; ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *RTDPC*, 2005, pp. 53-76.

⁷⁵ PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Esi, 2016.

⁷⁶ Accordo del 9 ottobre 2019, sottoscritto da Elettricità Futura Confindustria, Utilitalia, Energia Libera e Filtem-Cgil, Flaei-Cisl e Uiltec-Uil.

⁷⁷ Accordo del 19 settembre 2019, sottoscritto da Confindustria Energia e Filtem-Cgil, Femca-Cisl e Uiltec-Uil.

modello prefigurato nell'avviso comune sull'efficienza energetica sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil⁷⁸, ora riproposto in un importante documento programmatico sullo sviluppo sostenibile condiviso dalle tre confederazioni sindacali⁷⁹.

L'intesa nel settore dell'energia e del petrolio, in particolare, aggiorna e semplifica l'intero impianto normativo e salariale del contratto nazionale, nell'ottica di anticipare e gestire le implicazioni sociali della transizione energetica. Si prevede, tra le altre cose, la costituzione di un fondo bilaterale di solidarietà finalizzato ad accompagnare le aziende e i lavoratori nella fase transizionale. L'accordo di categoria ha già trovato una prima declinazione nell'ambito della contrattazione aziendale di alcune importanti realtà industriali del settore. Insieme a Filctem-Cgil, Femca-Cisl e Uiltec-Uil, il 3 dicembre 2020 l'ENI ha sottoscritto un *Protocollo per un modello di relazioni industriali a supporto del percorso di transizione energetica* che, entro il 2050, dovrebbe portare l'azienda alla totale decarbonizzazione del business e dei relativi servizi. In questo scenario di politica industriale, l'intesa delinea un percorso di partecipazione su numerosi aspetti dell'organizzazione del lavoro (formazione, salute e sicurezza, welfare e appalti), presidiato da un c.d. comitato strategico paritetico che, con cadenza semestrale, si riunisce per discutere e programmare le strategie aziendali in materia di ingegneria e tutela dell'ambiente; ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica; economia circolare; sviluppo delle rinnovabili; organizzazione del lavoro e occupazione.

Anche nel settore elettrico, il rinnovo del ccnl ha disposto la costituzione di un fondo di solidarietà, insieme alla messa a punto di nuovi strumenti di gestione delle modifiche dei processi aziendali che, entro il 2025, dovranno condurre al definitivo abbandono della produzione di energia da carbone, con la contestuale chiusura delle relative centrali elettriche presenti sul territorio nazionale. In questo quadro di complessità, le parti riconoscono nell'osservatorio bilaterale di settore la sede ideale per esaminare gli scenari della decarbonizzazione, affrontare le politiche di contrasto ai cambiamenti climatici e concertare i percorsi di riduzione delle emissioni inquinanti. Si richiama il protocollo di solidarietà sulle politiche attive come strumento per gestire le ricadute occupazionali della transizione energetica, confer-

⁷⁸ CONFINDUSTRIA, CGIL, CISL, UIL, *Avviso Comune. Efficienza energetica, opportunità di crescita per il Paese*, 21 dicembre 2011.

⁷⁹ CGIL, CISL E UIL, *Per un modello di sviluppo sostenibile*, 26 settembre 2019.

mando l'impegno delle aziende ad acquisire curricula e candidature delle risorse eccedentarie, per le quali siano state espletate procedure di licenziamento collettivo. Nell'ottica di favorire la ricollocazione dei lavoratori coinvolti in questi percorsi, e non disperdere il loro bagaglio di competenze, il ccnl prevede che le offerte di nuova occupazione non saranno vincolate agli inquadramenti, ai profili professionali e alle sedi di provenienza.

Non minore importanza rivestono quegli accordi locali per lo sviluppo delle aree di crisi complessa nell'ambito dei quali il sindacato ha contribuito con le istituzioni pubbliche e le associazioni datoriali alla definizione dei piani per la riconversione e la riqualificazione del territorio e del patrimonio di professionalità in esso presenti, nonché alla rimodulazione del relativo accordo di programma finalizzato alla ricerca di attività produttive sostenibili che investissero nell'area industriale interessata⁸⁰. Simili iniziative sindacali sono state intraprese, in partnership con gli enti locali, anche in relazione a percorsi di sviluppo sostenibile di tipo espansivo, destinati a generare benefici per i lavoratori e per la cittadinanza, attraverso l'integrazione delle politiche di inclusione e solidarietà sociale nei processi di transizione energetica⁸¹. Casi di collaborazione interaziendale promossi dalle autonomie locali in tandem col sindacato, percorsi negoziati di outplacement dalle e nelle aziende del territorio, mobilità intersettoriale e programmi di orientamento di lungo periodo testimoniano come sistemi di relazioni industriali maturi possano essere il contesto ideale per ricucire il tessuto sociale e colmare il vuoto che si è creato tra mercato e società.

9. 2050

La visione di un'Europa (e di un pianeta) a impatto climatico zero entro il 2050 propugnata dalla Commissione europea spinge non solo verso la decarbonizzazione, ma anche verso l'autoproduzione di energia da fonti rinnovabili. Un ruolo di primo piano è riconosciuto al protagonismo delle

⁸⁰ BATTAGLINI, *La negoziabilità territoriale dell'innovazione nell'era digitale. Generatività sociale come nuova prospettiva interpretativa?*, in PEPE, LEONARDI (a cura di), *La contrattazione che cambia*, Annali della Fondazione Di Vittorio, 2019, pp. 199-260.

⁸¹ RUGIERO, *Decarbonisation in the Italian energy sector: the role of social dialogue in achieving a just transition – the case of Enel*, in GALGÓCZI (a cura di), *Towards a just transition: coal, cars and the world of work*, Etui, 2019).

comunità locali e ai cittadini-consumatori che autoproducono e consumano energia nell'esercizio dei loro diritti e delle loro libertà fondamentali (mobilità, trasporto, accesso ai beni e servizi essenziali ecc.)⁸², anche in funzione di contrastare la piaga dilagante della povertà energetica⁸³. Se la prospettiva di un totale distacco dalla rete elettrica è ancora difficile da immaginare, domani potrà essere una reale alternativa per raggiungere la indipendenza di famiglie e imprese che scambiano, attraverso comunità energetiche locali e forme di autoconsumo collettivo, l'energia in surplus con altri utenti presenti sul territorio. Il progresso tecnologico sarà un fattore decisivo per favorire la transizione verso un'economia climaticamente neutrale. Non meno delle variabili istituzionali, politiche e giuridiche necessarie a chiudere il processo di transizione energetica e ad edificare la società che ci attende sull'altro lato della sponda.

Norme derelitte della Costituzione italiana potrebbero essere ripensate, attualizzate e valorizzate nella prospettiva di offrire una cornice assiologica e normativa che accompagni il cambiamento verso l'orizzonte del 2050. A cominciare dal terzo comma dell'art. 41, da leggere alla luce di altre disposizioni costituzionali consegnate alla storia, ma che oggi riaffiorano in tutta la loro lungimiranza e attualità, come l'art. 42 commi terzo e quarto e, soprattutto, l'art. 43 nella parte in cui prospetta che la legge possa riservare o trasferire a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia che abbiano carattere di preminente interesse generale. La stessa direttiva prevista dall'art. 44, originariamente pensata per le attività agricole, può restituire tutta la complessità del cambiamento strutturale che la transizione energetica sta imponendo al sistema socioeconomico capitalistico quando, al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, riserva al legislatore la possibilità di imporre obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata e promuovere al contempo la bonifica delle terre e la ricostituzione delle unità produttive. Il valore di queste disposizioni diventa tanto più apprezzabile quando si pone in relazione alle norme successive della costituzione economica. L'art. 45, innanzitutto, nel quale la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza

⁸² COMMISSIONE EUROPEA, *Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, COM(2018) 773 final, p. 10.

⁸³ GONZÁLEZ-EGUINO, *Energy poverty: An overview*, in *Ren. and Sust. En. Rev.*, 2015, pp. 377-385.

fini di speculazione privata, ma anche il successivo art. 46 sulla collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, così come l'art. 47, che incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme.

Nel segnare il definitivo passaggio da un modello economico estrattivo ad uno generativo e autenticamente partecipativo, la diffusione delle energie rinnovabili e la prospettiva dell'autoproduzione energetica potranno restituire alla persona il contatto con le forze della natura, il senso del limite e della responsabilità, la possibilità di assaporare il ritorno a forme autentiche di solidarietà e partecipazione politica, economica e sociale. Se la maggiore indipendenza dal mercato dell'energia comporterà una minore dipendenza della persona dal mercato del lavoro, grazie alla possibilità dei lavoratori e delle loro rappresentanze di incidere sulle dinamiche di costruzione, accesso e funzionamento del mercato stesso, il cambiamento che si profila potrà contribuire a creare nuovi spazi di democrazia, di libertà e di convivenza sostenibile tra uomo e natura. Si tratterebbe di un altro modo di garantire al cittadino-lavoratore la possibilità di vivere una esistenza libera e dignitosa. Un altro modo di socializzare il potere politico ed economico dell'energia, riconoscendo al lavoro e alle risorse naturali il carattere che gli è proprio: quello di essere un bene comune a servizio del bene comune⁸⁴.

Un barlume di speranza si scorge in fondo al cunicolo più angusto della miniera esistenziale in cui la società tardo-industriale ci ha ricacciati. È la luce del sole. La tecnologia potrà aiutarci a percorrere l'ultimo miglio per raggiungerla o destinarci per sempre al buio delle tenebre. Che il diritto e la rappresentanza del lavoro ci aiutino a orientare il corso della storia nella direzione del progresso.

⁸⁴ Oltre ai numerosi itinerari di ricerca promossi dalla *Rivista critica del diritto privato* sul tema dei beni comuni, cfr. MATTEI, *Il benecomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, 2015, *passim*; RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, 2013, p. 459 ss.; GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Giuffrè, 1977, *passim*.

Abstract

L'articolo offre una analisi retrospettiva sulle implicazioni giuslavoristiche della c.d. *Just Transition*. L'obiettivo dell'articolo è spiegare le ragioni del legame che esiste tra categorie del diritto del lavoro, identità sindacale e transizione energetica dai combustibili fossili alle energie rinnovabili. Si sostiene che l'assetto energetico dominante nelle diverse fasi del capitalismo industriale abbia concorso a plasmare il modo di essere del diritto e della rappresentanza del lavoro.

Through a retrospective analysis, the article discusses the labour law implications of the Just Transition. The article seeks to explain the rationale behind the link between labour law categories, trade unions identity and the energy transition from fossil-fuels to renewable energies. The author argues that the energy paradigm dominating in different phases of industrial capitalism contributed to shape labour law and trade unions ways of being.

Keywords

Just Transition, ambiente, diritto del lavoro, sindacato, sviluppo sostenibile.

Just Transition, environment, labour law, trade unions, sustainable development.

Pasquale Passalacqua

Lavoro gratuito e Codice del Terzo Settore

Sommario: **1.** Spunti dal Codice del Terzo settore per una nuova indagine sul volontariato e sul lavoro gratuito. **2.** La perdurante tendenza alla giuridificazione “leggera” del volontariato e le sue complicazioni. **3.** Dalla previgente definizione del volontariato solo “associativo” alla nuova definizione “generale” con il Codice del Terzo settore: l’emergere di una fattispecie tipica di lavoro gratuito con tendenziale portata generale. **4.** L’approccio empirico della giurisprudenza sul lavoro gratuito: la permanente valenza probatoria del regime delle presunzioni. **5.** Il vaglio dei precedenti approdi della dottrina nel prisma della nuova fattispecie: *a)* dalla mancanza di spazio per il lavoro subordinato gratuito al superamento del contratto atipico e ai perduranti dubbi sul contratto tipico di volontariato. **6.** *Segue. b)* Il problematico inquadramento dell’attività di volontariato in schemi associativi. **7.** *Segue. c)* il difficile ricorso allo schema della donazione. **8.** *Segue. d)* l’impervia strada dell’obbligazione di protezione da contatto sociale. **9.** La proposta di inquadramento dell’attività di volontariato nello schema dell’obbligazione naturale tipica. **10.** Gli effetti della lettura avanzata. La compatibilità con il sistema delle convenzioni. **11.** La scarna disciplina legale dettata nel Codice del Terzo settore per l’attività di volontariato “associato”: il divieto di retribuzione; il regime dei rimborsi spese e le forme di assicurazione obbligatoria a favore dei volontari.

1. Spunti dal Codice del Terzo settore per una nuova indagine sul volontariato e sul lavoro gratuito

Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, quasi quattro anni or sono¹, ha voluto delineare una nuova disciplina organica per un settore oggetto in passato di una pluralità di interventi regolativi non sempre omogenei².

¹ Il d.lgs. n. 117/2017 è stato pubblicato in Gu 2 agosto 2017, n. 179 ed è entrato in vigore il 3 agosto 2017 (art. 104, co. 3, d.lgs. n. 117/2017).

² Per un riepilogo del “groviglio” normativo precedente (così definito dall’autore citato) e dell’iter che ha condotto all’intervento del 2017, v. MENGHINI, *Riforma del terzo settore e nuovi*

Si tratta di una normativa in via di continua implementazione, sia da parte dello stesso legislatore, sia ad opera di altre fonti di rango regolamentare.

Nella formula offerta dal nostro legislatore nazionale “Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi”³. Si è definito il Terzo settore come un progetto di “economia civile”, luogo di quei processi di “reciprocità istituzionale”, necessari al “coordinamento orizzontale” della società⁴. È un terreno nel quale si può sviluppare il perseguimento dell’interesse generale valorizzando il principio di sussidiarietà, nella direzione indicata dall’art. 118, quarto comma Cost.⁵, a garanzia dei diritti sociali⁶, come ribadito di recente a chiare lettere dalla Corte costituzionale⁷.

In una tale prospettiva, lo stesso legislatore colloca tra i principi e criteri direttivi della vigente normativa sul Terzo settore quello di “riconoscere e favorire l’iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali”⁸. Si possono così instaurare rapporti tra lo Stato e gli enti del Terzo settore per l’affidamento a questi ultimi di servizi

soggetti della gratuità del lavoro: prime valutazioni, in Giuseppe Santoro Passarelli - *Giurista della contemporaneità, Liber amicorum*, t. 1, Giappichelli, 2018, p. 683 ss.

³ Art. 1, co. 1, l. 6 giugno 2016, n. 106 (*Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*).

⁴ ZAMAGNI, *Organizzazioni non profit e economia di mercato: un progetto di economia civile*, in *SInf.*, 1996, p. 8 ss.; per una prospettiva tesa a far assumere al Terzo settore un ruolo “propositivo di un paradigma generale” di azione delle persone nella società cfr. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *RTDPC*, 2018, p. 637 ss.

⁵ QUADRI E., *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *NGCC*, 2018, p. 708; *amplius* CONSORTI, GORI, ROSSI E., *Diritto del terzo settore*, il Mulino, 2018.

⁶ Cfr. già RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *DP*, 2002, p. 5 ss.; SIMONCINI, *Il terzo settore ed il nuovo Titolo V della Costituzione*, in CARROZZA, ROSSI E. (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Giappichelli, 2004, p. 72 ss.

⁷ Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131; v. ROSSI E., *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Forum QC*, 2020, p. 3.

⁸ Art. 2, co. 1, lett. b), l. 106/2016.

di pubblico interesse, attraverso i previsti strumenti della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento⁹, nonché attraverso il sistema delle convenzioni. Invero, la legge prescrive che le pubbliche amministrazioni possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale iscritte da almeno sei mesi nell'apposito Registro nazionale del Terzo settore "convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato"¹⁰. La convenienza si gioca proprio sull'apporto dell'attività dei volontari e la scelta dell'ente avviene attraverso procedure comparative riservate¹¹.

Tra i variegati ambiti di intervento del *Codice*, che interessano molteplici settori del diritto, trovano spazio anche previsioni di precipuo interesse giuridico-lavoristico. Tra queste, al fine di svolgere una nuova indagine in generale sul lavoro gratuito, vogliamo in questa sede soffermarci soltanto sulle disposizioni relative alla nuova definizione di attività di volontariato, nonché su quelle ad essa direttamente connesse, rinviando fin d'ora per le altre disposizioni di contenuto lavoristico, dedicate al lavoro "di mercato" svolto presso tali enti, ritenute eccentriche al fine della presente analisi, alla letteratura edita¹².

Il tentativo precipuo, lo si dichiara sin d'ora, è quello di evincere dalla nuova definizione di attività di volontariato la fattispecie generale di lavoro gratuito, da inquadrare, a nostro avviso, nello schema dell'obbligazione naturale.

⁹ Art. 55, d.lgs. 117/2017.

¹⁰ Art. 56, d.lgs. 117/2017; cfr. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" di una riforma culturale prima che giuridica*, in *CI*, 2017, p. 1258 ss.; EAD., *Il codice attuativo della riforma del Terzo settore. Profili ricostruttivi e spunti problematici*, in *ODCC*, 2019, p. 30 ss.; CLARICH, BOSCHETTI, *Il Codice Terzo Settore: un nuovo paradigma*, in *JusOnline*, 2018, p. 28 ss.; CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in *Federalismi*, 31 gennaio 2018, p. 10 ss.; FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2018, 2, p. 1123 ss.; RICCOBONO, *Diritto del lavoro e Terzo settore*, *ESI*, 2020, p. 286 ss.

¹¹ Art. 56, co. 3, d.lgs. 117/2017, cfr. GAROFALO D., *Il lavoro nel terzo settore*, in *MGL*, 2018, p. 116 ss.

¹² V. GAROFALO D., *Il lavoro*, cit., p. 106 ss.; MENGHINI, *Riforma del terzo*, cit., p. 704 ss.; BOZZAO, *La soggettività giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici*, in *Federalismi*, 21 novembre 2018, p. 2 ss.; RANIERI, *La nozione di "Terzo Settore" e la sua rilevanza per i rapporti di lavoro*, in *VTDL*, 2019, p. 1047 ss.; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 59 ss.; VISONÀ, *Il lavoro nella riforma del Terzo settore*, in *AGE*, 2018, p. 71 ss.

2. *La perdurante tendenza alla giuridificazione “leggera” del volontariato e le sue complicazioni*

Una volta calati nel versante del volontariato brevi premesse sono d’obbligo, per affrontare il tema in relazione al dettato della normativa oggi vigente. Considerato fenomeno emergente quale fatto metagiuridico, la Corte costituzionale ha avuto modo di collocare il volontariato nell’alveo dell’art. 2 Cost, quale forma di solidarietà spontanea che esprime “un modo di essere della persona nell’ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell’azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui”¹³. Nella medesima prospettiva, più di recente la stessa Corte ha ritenuto la partecipazione a forme volontarie e non doverose di solidarietà quale espressione dei “valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza normativamente prefigurata dal Costituente”¹⁴. Sul piano generale l’apporto dell’attività del volontario resta ineludibile e coesistente nella prospettiva dell’auspicato successo del Terzo settore come luogo di attuazione della sussidiarietà¹⁵, nel quadro della società pluralista¹⁶.

E così il volontariato viene a muoversi in un’area che da sempre sfugge alla regolazione, in particolare di fonte legale, o comunque alla riconduzione alle note categorie giuridiche, proprio in quanto la spontaneità che lo caratterizza rischia di infrangersi nelle regole dettate dalla legge¹⁷. L’opinione da

¹³ Così C. Cost. n. 75 del 1992; sullo stretto rapporto tra liberalità e solidarietà BOZZAO, CELOTTO, *Volontariato (Lavoro nelle organizzazioni di)*, in *DDPCom*, vol. XVI, UTET, 1999, p. 472 ss.; LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», in *RTDPC*, 1997, p. 11 ss.

¹⁴ C. Cost. n. 309 del 2013; cfr. GORI, *La disciplina del volontariato individuale, ovvero dell’applicazione diretta dell’art. 118, ultimo comma, Cost.*, in *Riv. AIC*, 2018, p. 4 ss. e ivi ulteriori riferimenti; per un inquadramento del volontariato nel prisma della solidarietà cfr. ZOPPOLI L., *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* - 356/2018, p. 15 ss., il quale (p. 18) lamenta l’insufficiente spinta propulsiva in tale direzione del Codice del Terzo settore del 2017.

¹⁵ Per un’analisi anche quantitativa del fenomeno v. GORI, *op. cit.*, p. 1 ss.; OCCHINO, *Volontariato, diritto e modelli organizzativi*, Hoelpli, 2019.

¹⁶ Cfr. già RESCIGNO P., *Autonomia privata e legge nella disciplina del volontariato*, in *GI*, 1993, IV, p. 1 ss.; OLIVETTI, *Volontariato*, in *EGT*, v. XXXII, Treccani, 1994, p. 2; BRUSCUGLIA, PELLEGRINI, *Volontariato*, in *DDPCiv.*, *Aggiornamento*, II, UTET, 2003, p. 1288 ss.

¹⁷ Cfr. già LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *RDC*, 1982, II, p. 822.; RESCIGNO P., *Autonomia privata*, cit., c. 2; nella medesima direzione si è osservato a riguardo che la “peculiarità più appariscente del volontariato consiste” (...) “nel singolare

tempo condivisa vede il volontariato come un mondo che si presta così al più a forme di giuridificazione “leggera”, volta a non soffocarne i variegati modi di espressione, sicché, come si è detto, “il diritto del lavoro deve accettare di rimanere, fondamentalmente, fuori dalla porta”¹⁸.

Al contempo, la “scelta astensionistica” è stata messa in crisi dalle pressanti istanze volte al riconoscimento statutale, funzionale a fondare conseguenti benefici normativi, sia sul piano tributario sia di altro tipo, che hanno dato luogo in tempi più recenti a interventi del legislatore più profondi. Inoltre, si intersecano in un tale settore altre esigenze e preoccupazioni, quali quelle legate all’uso simulato o anche, diremmo, semi-simulato del fenomeno, volto a nascondere forme di lavoro “di mercato”, con pregiudizio degli interessi dei soggetti lavoratori coinvolti.

3. *Dalla previgente definizione del volontariato solo “associativo” alla nuova definizione “generale” con il Codice del Terzo settore: l’emergere di una fattispecie tipica di lavoro gratuito con tendenziale portata generale*

Date in breve le necessarie premesse, possiamo ora soffermarci sull’attività di volontariato. Per la previgente legge quadro sul volontariato¹⁹ tale era “quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l’organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà”²⁰. Si doveva ritenere che quella definizione potesse assumere carattere solo “indicativo” a livello generale, in quanto posta “ai fini della presente legge”, tanto a essere qualificato come “volontariato associativo” per distinguerlo appunto da quello individuale²¹.

rapporto che si instaura tra tale fenomeno e il diritto”, in quanto la sua “insorgenza è caratterizzata dalla spontaneità e dal suo manifestarsi in attività non giuridicamente regolate anche se indubbiamente meritevoli di tutela”, così BUSNELLI, *Brevi considerazioni introduttive*, in BRUSCUGLIA, ROSSI E. (a cura di), *Il volontariato a dieci anni dalla legge quadro*, Giuffrè, 2002, p. X; più di recente, in direzione analoga cfr. ZOPPOLI L., *Volontariato e diritti dei lavoratori dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* - 289/2016, p. 9 ss., spec. II, il quale rimarca che lo *status* di volontario “non deve avere tratti in comune con la condizione del lavoro subordinato: due situazioni da regolare diversamente perché proiezioni giuridiche di diverse scelte esistenziali”.

¹⁸ Così DEL PUNTA, *Diritto del Lavoro e Terzo settore*, in *RIDL*, 2001, I, p. 342.

¹⁹ L. 11 agosto 1991, n. 266.

²⁰ Art. 2, co. 1, l. 266/1991.

²¹ Cfr. PIZZOFERRATO, *Gratuità e lavoro subordinato*, in *LD*, 1995, p. 451.

Come già premesso, ne parliamo, tuttavia, oramai al passato, dato il suo superamento da parte del Codice del Terzo settore²², che offre la seguente nuova definizione: “Il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà”²³. Dal confronto con quella delineata dalla previgente legge quadro sul volontariato emerge una formula più articolata, ma al contempo più ampollosa, dove l’accento è posto sulle finalità dell’azione del volontario, sempre ispirata a fini di solidarietà, ma ora meglio delineata (con tono, invero, non privo di una certa enfasi).

Quel che, tuttavia, rappresenta la novità più rilevante dal punto di vista giuridico risiede nell’esplicita previsione che l’attività di volontariato per essere definita tale *non* debba necessariamente, come invece in passato, essere svolta tramite l’ente del Terzo settore, giacché ora la legge a tal proposito usa l’avverbio “anche” e, quindi, deve intendersi, *non solo* attraverso quella modalità. La lettera della legge corrisponde alla *ratio* generale della legge delega n. 106 del 2016, che ha richiesto la “valorizzazione delle diverse esperienze di volontariato, anche attraverso il coinvolgimento delle organizzazioni di volontariato”²⁴, da intendere dunque comprensiva del volontariato individuale, fino alla normativa del 2017 lasciato in una sorta di “limbo”, in quanto ritenuto unanimemente legittimo sul piano dell’ordinamento giuridico, ma al contempo non espressamente considerato dal legislatore²⁵.

Una tale novità produce a nostro avviso significativi effetti su un piano più generale, quale ponte attraverso il quale giungere a fondare una nuova fattispecie generale di lavoro gratuito come tipizzata dal legislatore. A ben vedere, invero, anche le altre ipotesi socialmente tipiche di lavoro gratuito, come il lavoro reso entro la comunità familiare e il lavoro dei religiosi possono essere ricomprese nella definizione oggi fornita dal Codice del Terzo

²² Con il Codice del Terzo settore insieme alla l. 266/1991 è stata abrogata anche la legge sulle associazioni di promozione sociale (l. n. 383 del 2000) *ex art.* 102, co. 1, lett. a), d.lgs. 117/2017, a decorrere dal 3 agosto 2017 *ex art.* 104, co. 3, del medesimo d.lgs. 117/2017.

²³ Art. 17, co. 2, d.lgs. 117/2017.

²⁴ Art. 5, co. 1, lett. d), l. 106/2016.

²⁵ Cfr. GORI, *op. cit.*, p. 3 ss.

settore. Ne potrebbe derivare, cioè, una linea interpretativa tesa a far coincidere l'attività volontaria con ogni forma di lavoro gratuito, caratterizzato appunto dal carattere della spontaneità e del fine di solidarietà.

In una tale prospettiva includente, possiamo preliminarmente osservare che dalla richiamata definizione fornita dalla legge non sia necessario evincere un carattere necessariamente continuativo dell'attività di volontariato²⁶. Una lettura del genere pare basarsi sulla previsione per cui "Ai fini del presente Codice non si considera volontario l'associato che occasionalmente coadiuvi gli organi sociali nello svolgimento delle loro funzioni"²⁷. Tuttavia, la norma vale, a nostro avviso, al limitato fine di considerare volontari degli enti del Terzo settore ("Ai fini del presente Codice") solo i soggetti che svolgono in favore di questi attività non occasionali, tanto da imporre la loro iscrizione in un apposito registro²⁸. Invece, la definizione fornita dall'art. 17, co. 2, d.lgs. n. 117 del 2017 è, come già notato, più ampia, tale da ricomprendere anche il volontariato individuale, senza necessità del carattere non occasionale dell'attività prestata, che, quindi, può risolversi in ipotesi anche in una singola prestazione.

Allo stesso tempo, non pare ostare a tale proposta interpretativa la previsione declinata dal medesimo art. 17, co. 7, d.lgs. n. 117/2017, per cui "Le disposizioni di cui al presente titolo non si applicano agli operatori volontari del servizio civile universale²⁹, al personale impiegato all'estero a titolo volontario nelle attività di cooperazione internazionale allo sviluppo³⁰, nonché

²⁶ Così, invece, RENNA, *La dimensione privatistica del volontariato*, in *RCD*, 2018, pp. 582-583, per il quale (p. 583) la prestazione del volontario sarebbe necessariamente "contraddistinta da una regolarità cronologica nella frequenza".

²⁷ Art. 17, co. 6, d.lgs. 117/2017.

²⁸ Art. 17, co. 1, d.lgs. 117/2017.

²⁹ Il Servizio civile universale è disciplinato dal d.lgs. 6 marzo 2017, n. 40. Ai sensi dell'art. 16, co. 1, d.lgs. 40/2017 "Il rapporto di servizio civile universale si instaura con la sottoscrizione del relativo contratto tra il giovane selezionato dall'ente accreditato e la Presidenza del Consiglio dei ministri, non è assimilabile ad alcuna forma di rapporto di lavoro di natura subordinata o parasubordinata e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o dalle liste di mobilità". Ai giovani ammessi a svolgere il servizio civile universale è corrisposto un assegno mensile per il servizio effettuato nella misura prevista dall'apposito Documento di programmazione finanziaria dell'anno di riferimento (art. 17, co. 1, d.lgs. 40/2017).

³⁰ Il riferimento è alla legge 11 agosto 2014, n. 125, *Disciplina generale sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo*. Il rapporto con il personale volontario impiegato in tali attività "non è assimilabile ad alcuna forma di rapporto di lavoro di natura subordinata o parasubordinata e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o dalle liste

agli operatori che prestano le attività di cui alla legge 21 marzo 2001, n. 74³¹. Invero, tali espresse esclusioni paiono potersi riferire agli aspetti diremmo “di disciplina”, che restano peculiari della *species* di attività di volontariato delineata dal d.lgs. 117/2017 (riferiti alla sua declinazione “associativa”)³², ma non toccano una definizione, che ben può attagliarsi, quale *genus*, come meglio vedremo in seguito, a tutte le ipotesi di lavoro gratuito.

4. *L'approccio empirico della giurisprudenza sul lavoro gratuito: la permanente valenza probatoria del regime delle presunzioni*

Mentre, come osserveremo appena più avanti, la dottrina si è fisiologicamente arrovellata sull'inquadramento sistematico dell'attività di volontariato e, in generale, del lavoro gratuito, per avere un quadro compiuto occorre fare subito i conti anche con l'apporto della giurisprudenza, che per sua naturale propensione alla deduzione dal caso concreto, è risultata condizionata dal contenzioso formatosi in senso unidirezionale sull'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato, a fronte dello svolgimento di un'attività resa, invece, almeno formalmente a titolo gratuito.

Si è così concentrata in quella sede l'attenzione sull'indagine volta a determinare la prova della natura onerosa o gratuita dell'attività di lavoro svolta, senza sviluppare la questione della qualificazione giuridica del lavoro gratuito³³. In estrema sintesi, su queste basi la giurisprudenza ritiene che in generale sussista una presunzione di onerosità della prestazione di lavoro³⁴. Questa, tuttavia, assume carattere relativo, con ammissione della prova contraria (presunzione *iuris tantum*). Pertanto, ai fini dell'ammissibilità e della legittimità del lavoro gratuito si richiede debba essere rigorosamente accertato

di mobilità. Il trattamento economico di detto personale è parametrato su quello stabilito dall'articolo 17, comma 1, del decreto legislativo 6 marzo 2017, n. 40” (art. 28, co. 2, l. 125/2014).

³¹ Il riferimento alla l. n. 74/2001 vale a individuare gli operatori che prestano attività le attività svolta dal Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico (CNSAS) che “si considera prestata in modo volontario e senza fine di lucro” (art. 3, l. 74/2001).

³² V. *infra*, § 11.

³³ Cfr. MENGHINI, *Volontariato e gratuità del lavoro*, in *ED, Annali VI*, Giuffrè, 2013, p. 1041, il quale rimarca il “modo empirico” di risoluzione del problema da parte della giurisprudenza.

³⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 28 marzo 2017 n. 7925; Cass. 29 settembre 2015 n. 19304; Cass. 3 luglio 2012 n. 11089; Cass. 26 gennaio 2009 n. 1833; Cass. 20 febbraio 2006 n. 3602; Cass. 18 agosto 2004 n. 16171; Cass. 3 agosto 2004 n. 14849; Cass. 9 maggio 2003 n. 7154.

che l'attività lavorativa risulti effettuata *affectionis vel benevolentia causa*, ovvero connotata da un particolare *animus* che valga ad escludere in radice la causa onerosa della prestazione³⁵, attraverso una rigorosa indagine sulla reale natura degli interessi in gioco³⁶.

Se quella descritta può essere definita la regola generale, in direzione contraria, invece, la presunzione opposta di gratuità della prestazione (sempre relativa ovvero *iuris tantum*) si ritiene sussistente solo in relazione a particolari ipotesi, in cui normalmente ha modo di manifestarsi un'attività resa a titolo gratuito. Fra queste, si possono annoverare, come già notato, quella del lavoro svolto nell'ambito della comunità familiare, allorché venga svolta fra persone conviventi legate da vincoli di parentela o affinità³⁷ e quella del lavoro dei religiosi svolto nell'ambito delle rispettive comunità³⁸, che si ritengono appunto normalmente rese "*affectionis vel benevolentiae causae*".

La descritta impostazione, tuttavia, non pare esente da critiche. La dottrina più attenta, invero, ha osservato che nello schema del lavoro subordinato non è desumibile alcuna presunzione di onerosità, né in senso assoluto né in senso relativo, in quanto "l'onerosità non è configurabile come 'notorietà' di un fatto sulla base di una regola d'esperienza (*l'id quod plerumque accidit*), ma come requisito essenziale imposto dal precetto legale categorico"³⁹. Potremmo dire, dunque, che mascherata dalle presunzioni, il giudice si trova sempre di fronte a un'operazione di qualificazione. Qui, pur tramite la medesima attività cognitiva giudiziale, logicamente si tratta prima di qualificare il rapporto come gratuito "fuori mercato" o oneroso "di mercato" e, solo

³⁵ Cfr., ad es., Cass. 26 gennaio 2009 n. 1833, per cui "Ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso, ma può essere ricondotta ad un rapporto diverso, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, caratterizzato dalla gratuità della prestazione, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa".

³⁶ La prova, a prescindere dal formale schema negoziale predisposto dalle parti, "deve consistere nell'accertamento, specie attraverso le modalità di svolgimento del rapporto, di particolari circostanze, oggettive o soggettive (modalità, quantità del lavoro, condizioni economico-sociali delle parti, relazioni tra esse intercorrenti), che giustificano la causa gratuita e consentano di negare, con certezza, la sussistenza di un accordo elusivo dell'irrinunciabilità della retribuzione", così Cass. 28 marzo 2017 n. 7925.

³⁷ Cfr. Cass. 20 aprile 2011 n. 9043.

³⁸ Cfr. Cass. 7 novembre 2003 n. 16774; Cass. 2 dicembre 2002 n. 17096; Cass. 22 febbraio 1992 n. 2195; Cass. 8 gennaio 1991 n. 69.

³⁹ Così GRANDI, *Osservazioni critiche sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato*, in *ADL*, 2000, p. 442.

in questa seconda eventualità, successivamente qualificare lo stesso rapporto di lavoro come subordinato o autonomo, nelle sue varie declinazioni.

In ogni caso, sembra che il sistema delle presunzioni – pur impropriamente – possa anche continuare a operare sul piano che le è proprio, quello della prova e della sua ricerca. Con riguardo in particolare al volontariato nei rari riscontri nella giurisprudenza edita a volte non si è fatto ricorso al sistema delle presunzioni⁴⁰, ma più di recente la stessa giurisprudenza di legittimità ne ha fatto uso, con riguardo all'attività di volontariato “associativo”, svolto cioè per il tramite di un ente del Terzo settore⁴¹. Priva di valore sistematico volto all'inquadramento sistemico del lavoro gratuito, il descritto apporto della giurisprudenza basato sulle presunzioni può dunque continuare a valere come strumento di accertamento della reale natura dell'attività lavorativa svolta. In una tale prospettiva resta apprezzabile, a nostro avviso, una differenziazione tra volontariato “associativo”, dove la presunzione di gratuità opera secondo appunto l'*id quod plerumque accidit* e, invece, il volontariato individuale, rispetto al quale può e deve permanere l'opposta presunzione di onerosità della prestazione lavorativa resa⁴².

5. *Il vaglio dei precedenti approdi della dottrina nel prisma della nuova fatti specie: a) dalla mancanza di spazio per il lavoro subordinato gratuito al superamento del contratto atipico e ai perduranti dubbi sul contratto tipico di volontariato*

A questo punto passiamo a dar conto degli approdi in ordine all'inquadramento sistemico del lavoro gratuito e, in particolare, del volontariato, qui sottoposti a partite analisi in relazione al mutato assetto normativo.

Da quanto si è potuto notare, il tema ha suscitato nel tempo un interesse rapsodico da parte della dottrina, in prevalenza giuslavoristica, registrandosi

⁴⁰ Cfr. Cass. 21 maggio 2008 n. 12964, in *LG*, 2009, p. 53 ss., con nota di MENGHINI, *Il volontariato visto dalla Cassazione*, *ivi*, p. 56 ss.

⁴¹ Cfr. Cass. 28 marzo 2018 n. 7703, richiamata da VISONÀ, *op. cit.*, p. 77, in cui la Corte, dopo aver fatto riferimento al consueto regime delle presunzioni, ha concluso, nel caso al suo esame, per l'onerosità della prestazione, anche in quanto la prestazione era stata resa in favore di un'associazione non qualificabile come ente del Terzo settore.

⁴² Cfr. in termini già DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 342; MENGHINI, *Le novità in tema di lavoro gratuito*, in *RGL*, 2005, I, p. 46 ss.

in tempi più recenti un sostanziale stallo, in mancanza di interventi del legislatore o di casi giurisprudenziali eclatanti che potessero ravvivare e riavviare il dibattito⁴³.

Così, in generale, la configurabilità stessa di una fattispecie di lavoro subordinato gratuito – che, da *genus* a *species*, si è ritenuto comprendere anche l'attività di volontariato⁴⁴ – è stata messa in forte discussione, giacché il tipo contrattuale previsto dall'art. 2094 cod. civ. pone, come noto, la retribuzione quale elemento essenziale del contratto di lavoro, sicché ove questa sia espunta dalla fattispecie non risulta possibile applicare e ritenere cogenti gli obblighi per le parti che dalla subordinazione derivano⁴⁵.

Allora, quale variante della citata prima ricostruzione, si è giunti a ritenere configurabile la fattispecie del lavoro gratuito facendo riferimento alla figura del contratto atipico *ex art.* 1322, co. 2, cod. civ. La meritevolezza dell'interesse in questi casi è stata ritenuta sussistente sulla base dei principi di ordine morale o religioso che connotano l'attività resa a titolo gratuito⁴⁶.

Nondimeno anche questa lettura ha suscitato diffuse critiche, sul presupposto che anche nello schema atipico la subordinazione non potrebbe mai sussistere in mancanza della retribuzione, in quanto alle parti risulta precluso porre in essere una variazione incompatibile con la struttura regolativa del tipo: insomma, se c'è subordinazione la fattispecie atipica viene assorbita interamente dalla fattispecie legale⁴⁷. Possiamo altresì oggi considerare in ogni caso superata la prospettiva del contratto atipico *ex art.* 1322 cod. civ., data

⁴³ Sulle diverse posizioni dottrinali v. fin d'ora BOZZAO, CELOTTO, *op. cit.*, p. 472 ss.; MENGHINI, *L'attività di volontariato*, in VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in *Tr. contr. Rescigno*, UTET, 2009, p. 1567 ss.; PIZZOFRERATO, *op. cit.*, p. 430 ss.; SCARTOZZI, *Volontariato (attività di)*, in *EGT*, v. XXXII, Treccani, 1996, p. 2 ss.

⁴⁴ Già TREU, *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1968, p. 45 ss., nonché, più di recente, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Tr. Cicu-Messineo*, v. XVII, Giuffrè, 2000, p. 304 ss.

⁴⁵ Cfr. GRANDI, *op. cit.*, p. 443 ss., il quale sottolinea (p. 444) che “la trasformazione del contratto di lavoro da oneroso a gratuito determina una mutazione genetica del tipo contrattuale incompatibile con la sua struttura regolativa: lo schema tipico del lavoro subordinato include l'onerosità come elemento causale essenziale”, in questa linea DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 337, osserva che “il grado di soggezione giuridica tipica del lavoro dipendente può essere giustificato soltanto nell'ambito di un rapporto contrattuale oneroso”.

⁴⁶ Già TREU, *op. cit.*, p. 18 ss.; MAGRINI, *Lavoro (Contratto individuale)*, in *ED*, XXIII, Giuffrè, 1973, p. 389 ss.; DELL'OLIO, *Retribuzione e tipo di rapporto: lavoro in cooperativa, impresa familiare, volontariato*, in *DL*, 1986, I, p. 7.

⁴⁷ GRANDI, *op. cit.*, p. 448; BANO, *Il lavoro senza mercato*, il Mulino, 2001, p. 73 ss.

l'attuale "positività" della fattispecie, cui riteniamo di poter far assumere valenza generale di riferimento per il lavoro gratuito.

Altra parte della dottrina, invece, ha ritenuto che la legge quadro n. 266 del 1991 avesse effettuato una tipizzazione contrattuale dell'attività di volontariato, con scambio di tale attività gratuita con la controprestazione costituita dalla realizzazione di scopi solidaristici⁴⁸.

Rispetto a una soluzione del genere, in una prospettiva critica si è mosso chi ha ritenuto che la legge del 1991 non delinei una specifica figura contrattuale, in mancanza peraltro di un apposito nucleo di disciplina⁴⁹. Il rilievo in verità non pare insormontabile, rispetto al diffondersi di fattispecie "deboli", in quanto prive di apposita disciplina, come l'eclatante caso delle collaborazioni coordinate e continuative *ex art.* 409, n. 3, cod. proc. civ. Maggiormente plausibili, a mio avviso, risultano le critiche di chi ha osservato che una tale impostazione non consente di identificare il comportamento dovuto dal debitore (il volontario), e in ogni caso rende arduo configurare la realizzazione degli scopi solidaristici alla stregua di una controprestazione, in assenza di sua valutazione economica⁵⁰. Insomma, si tratterebbe di una tipizzazione alquanto labile e indistinta.

6. Segue. b) *Il problematico inquadramento dell'attività di volontariato in schemi associativi*

In una diversa direzione altri hanno ritenuto comunque non incompatibile la prestazione di lavoro gratuito con la presenza della subordinazione, collocata tuttavia nella fattispecie delineata dall'allora vigente normativa del 1991 in un'area separata da quella del mercato. In questa prospettiva la subordinazione andrebbe intesa come "modalità del comportamento solutorio"⁵¹.

La presenza, tuttavia, in letture del genere, della subordinazione e, quindi, comunque di vincoli in capo al soggetto che rende l'attività lavorativa volontaria, ci pare rappresenti un ostacolo insormontabile alla sua accoglibilità,

⁴⁸ R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 338; MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro tra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *LD*, 1993, p. 34.

⁴⁹ PIZZOFRERATO, *op. cit.*, pp. 451-452.

⁵⁰ MENGHINI, *L'attività di volontariato*, cit., p. 1590.

⁵¹ MENGHINI, *Le novità*, cit., p. 47 ss.; la posizione è ribadita in *ID.*, *Volontariato e gratuità*, cit., p. 1044.

giacché viene a scontrarsi con il carattere spontaneo e non coercibile che deve e non può non connotare tale attività. Proprio da una consapevolezza del genere dovrebbe scaturire un'applicazione necessariamente selettiva dei caratteri e degli obblighi derivanti dalla subordinazione (obbligo di fedeltà, *ius variandi*, potere disciplinare e di controllo). Così, lo stesso autore citato propone di lasciare in prima battuta tali aspetti all'eventuale disciplina degli statuti e dei regolamenti delle organizzazioni di volontariato, ma in loro mancanza applicando la disciplina del tipo legale⁵², in ogni caso con l'applicazione delle sole tutele da offrire al volontario derivanti dalla subordinazione, tra le quali pone in evidenza quella contro gli infortuni e le malattie professionali, nonché la tutela preventiva sul versante della sicurezza sul lavoro⁵³. Tuttavia, possiamo replicare, una subordinazione privata dei poteri del datore di lavoro o, comunque, a geometria variabile disponibile dalle parti, non può dirsi subordinazione; peraltro, non vi è necessità di ancorare la tutela antinfortunistica e quella sulla sicurezza sul lavoro alla prestazione subordinata, come dimostra proprio l'evoluzione della normativa, che ora impone entrambe le tutele in caso di volontariato "associato"⁵⁴.

Sui descritti presupposti, lo stesso filone di pensiero giunge a configurare la prestazione resa dal volontario come adempimento di un contratto di tipo associativo che lega il singolo volontario con l'organizzazione, in cui la prestazione di lavoro costituirebbe l'oggetto del contributo degli associati⁵⁵. Il portato dei precedenti rilievi si riverbera qui nel considerare possibile che in base alle norme generali dell'associazione, alle delibere degli organi associativi o, in base agli accordi attuativi del rapporto associativo, l'attività di volontariato venga effettuata con eterodirezione, cioè con i caratteri della subordinazione, oppure con autonomia, con i caratteri della prestazione autonoma⁵⁶.

In una direzione in parte analoga a questa e in parte assimilabile a quella in precedenza ricordata del contratto tipico di volontariato⁵⁷, muove chi ritiene che il volontario sia legato all'organizzazione da un "contratto di associazione", che determina un rapporto obbligatorio nel quale l'attività

⁵² MENGHINI, *Le novità*, cit., p. 49.

⁵³ MENGHINI, *Le novità*, cit., p. 50.

⁵⁴ V. *infra*, § 11.

⁵⁵ Cfr. BANO, *op. cit.*, p. 116 ss.; MENGHINI, *Volontariato e gratuità*, cit., p. 1045 e LAMBERTI, *Il lavoro nel terzo settore. Occupazione, mercato e solidarietà*, Giappichelli, 2005, p. 97 e ivi ulteriori riferimenti.

⁵⁶ MENGHINI, *Le novità*, cit., p. 58; ID., *Volontariato e gratuità*, cit., p. 1046.

⁵⁷ V. *supra*, § 5.

prestata trova causa nella realizzazione della persona, senza implicare al presenza della subordinazione, ritenuta anche qui incompatibile con la gratuità che deve connotare l'attività del volontario⁵⁸.

Le descritte letture, nelle loro pur differenti articolazioni, facevano leva sul fatto che la previgente legge del 1991 inquadrasse il solo volontariato "associativo", elemento che induceva a ritenere necessaria l'esistenza di una struttura dotata della stabilità assicurata solo da un vincolo contrattuale o negoziale⁵⁹.

Tuttavia, anche rispetto a questa prospettiva sembra davvero arduo derivare dai rapporti dei volontari con l'organizzazione impliciti vincoli negoziali, che si porrebbero in contrasto con la garanzia della spontaneità e libertà dell'attività prestata. Inoltre, il riferimento generico a vincoli di carattere associativo dovrebbe implicare quella comunanza di interessi e quella condivisione di impegno economico e di partecipazione alla *governance* tipica di quegli schemi, ma che, invece, non si può affatto considerare implicita e scontata nel rapporto tra organizzazione di volontariato e singolo volontario.

Peraltro, anche l'inclusione del volontariato individuale contribuisce a rendere superabile il riferimento a schemi associativi, implicanti il necessario coinvolgimento di un'organizzazione di volontariato, che oggi rappresenta un elemento solo eventuale della fattispecie, declinata dall'art. 17, co. 2, d.lgs. 117/2017.

7. Segue. c) *il difficile ricorso allo schema della donazione*

Pari attenzione merita poi, la proposta interpretativa che fa riferimento allo schema della donazione⁶⁰, giacché lo spirito di liberalità che caratterizza il lavoro gratuito rende naturale il riferimento a quel tipo consolidato⁶¹.

⁵⁸ CANAVESI, *Associazioni e lavoro*, Giuffrè, 2003, p. 170 ss.

⁵⁹ Cfr. MENGHINI, *Volontariato e gratuità*, cit., p. 1044, il quale sul punto aderisce e cita ANGELONI, *Aspetti civilistici degli enti non profit e dell'attività di volontariato*, in *Non profit e volontariato*, a cura di CARINCI E, Giuffrè, 1999, p. 34.

⁶⁰ La tesi risale a CATAUDELLA A., *La donazione mista*, Giuffrè, 1970, *passim*; nella civilistica, cfr., più di recente, nella prospettiva della donazione obbligatoria, ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, CEDAM, 1994, p. 196 ss.; OPPO, *La prestazione in adempimento di un dovere giuridico (cinquant'anni dopo)*, in *RDC*, 1997, I, p. 534.

⁶¹ Tra i giuslavoristi taglia positivamente una tale proposta PIZZOFERRATO, *op. cit.*, p. 442 ss., ma al contempo lo stesso autore esprime alcune perplessità, in una lettura che giunge a rimarcare le difficoltà di una prospettiva unitaria, data "l'incostanza causale nelle ipotesi concrete

Tuttavia, anche qui lo sforzo necessario per inquadrare il lavoro gratuito nello schema della donazione pare in definitiva non sostenibile, scontrandosi con diverse e incrementali obiezioni, che andiamo a vagliare.

Invero, come noto, è lo stesso art. 769 cod. civ. a definire la donazione un contratto. Occorrerebbe allora intanto inquadrare l'attività di volontariato (*rectius* ogni attività resa a titolo gratuito nella nostra proposta interpretativa) nello schema del contratto tipico di donazione quale "prestazione di fare", possibilità che rimane alquanto discussa nella civilistica⁶². Pare altresì difficile poi sostenere che nel lavoro gratuito – volontario sia con facilità individuabile un arricchimento dell'altra parte e ancor più un depauperamento del donante, carattere che si assume normalmente tipico, e anzi essenziale, di tale schema negoziale.

Inorgano poi problemi di forma dell'ipotetico negozio. Per sfuggire infatti alla forma dell'atto pubblico occorrerebbe ascrivere la fattispecie all'ipotesi declinata dall'art. 783 cod. civ. sulle donazioni di modico valore e necessariamente intendere la ivi imposta *traditio* come riferita alla prestazione dell'attività. Ulteriori evidenti problemi paiono porsi anche in relazione all'applicabilità alla fattispecie del lavoro gratuito delle norme in materia di impugnazione della donazione per errore sul motivo *ex* art. 787 cod. civ. o per motivo illecito *ex* art. 789 cod. civ.

Orbene, anche al netto di tali obiezioni, una volta giunti ad assimilare la fattispecie alla donazione obbligatoria, l'art. 769 cod. civ. prevede che questa può dar luogo a responsabilità del donante, pur solo per dolo o colpa grave, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione *ex* art. 789 cod. civ. In concreto: se ad es. il volontario offre la propria attività presso una casa di riposo per anziani e concluso il suo impegno per quel giorno si accorda con i beneficiari della sua opera che tornerà la settimana successiva

in cui si manifesta il lavoro subordinato gratuito". A nostro avviso, invece, pare possibile fondare sulla nuova definizione del Codice del Terzo settore una fattispecie a valenza generale, v. *infra*. §§ 9 ss.

⁶² Cfr. CONTE G., *Il contratto di donazione tra liberalità e gratuità*, in *Trattato Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Giuffrè, 2009, p. 69 ss., spec. p. 75, il quale esprime condivisibili critiche, motivate in sostanza dalla difficoltà di inquadrare una prestazione di *facere*, come l'attività di volontariato, nello schema *reale* della donazione; da ultimo, per la ricostruzione del dibattito sul punto, PELLEGRI, *Donazione obbligatoria*, in *DDPCiv.*, *Aggiornamento XII*, UTET, 2019, p. 199 ss., il quale pur favorevole all'inclusione della donazione di prestazioni di fare nell'alveo della donazione obbligatoria prevista dall'art. 769 cod. civ., esclude che la prestazione resa dal volontario per scopo di solidarietà possa rientrare nello schema della donazione.

alla stessa ora a offrire di nuovo quell'attività di assistenza, *quid iuris*? Occorre cioè chiedersi se nel caso in cui non si presenti la settimana successiva senza alcuna spiegazione si possa parlare di inadempimento, ma la risposta non può che essere negativa se vogliamo restare alla logica del dono incondizionato e incondizionabile che caratterizza l'attività di volontariato e il lavoro gratuito in generale⁶³.

Anche in ordine all'inquadramento della fattispecie nella forma della donazione mista, necessario al fine di rendere possibile inserire norme di disciplina all'interno di una simile fattispecie, possono esprimersi incrementali perplessità. Infatti, lo schema della donazione mista (donazione mista con contratto di lavoro) implica la possibilità di un compenso inferiore al valore della prestazione dedotta in obbligazione, elemento che finisce col determinare un'alterazione della causa di scambio per l'immissione di un elemento di liberalità, che determina uno "squilibrio delle prestazioni implicate con la categoricità del regolamento legale della retribuzione"⁶⁴. In tal modo ricadremmo allora di nuovo nell'ipotesi già criticata del contratto di lavoro atipico a titolo gratuito.

Insomma e in sintesi, quello che non tiene nella prospettiva della donazione è proprio la ricostruzione su base contrattuale, pur a causa donativa di liberalità, dell'attività di lavoro gratuita, che, invece, per rimanere tale e fedele alla propria natura, non tollera assunzioni di obbligazioni *ex contractu*.

8. Segue. d) *l'impervia strada dell'obbligazione di protezione da contatto sociale*

Occorre a questo punto dar conto di una recente ricostruzione⁶⁵, tesa a inquadrare il lavoro gratuito, tra cui includere l'attività di volontariato, nella sfera del contatto sociale, da cui scaturirebbe la cd. obbligazione di protezione ex artt. 1175 cod. civ. sulla correttezza e 1176 cod. civ. sull'obbligo di diligenza

⁶³ Cfr. RODOTÀ, *Il dono*, in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, p. 117 ss.

⁶⁴ GRANDI, *op. cit.*, p. 452, dove l'autore conclude nel senso che "Non è consentito all'autonomia privata di utilizzare il contratto di lavoro per uno scopo indiretto di liberalità: la sproporzione tra prestazione lavorativa e controprestazione retributiva non potrà mai violare, quali che siano le intenzioni dei contraenti, il minimo di adeguatezza imposto dalla norma costituzionale (art. 36)".

⁶⁵ Cfr. OCCHINO, *op. cit.*, p. 24 ss.

nell'adempimento dell'obbligazione⁶⁶. Una simile lettura si fonda sul presupposto che possa esistere un'obbligazione nascente dal contatto sociale, configurabile in base al dettato dell'art. 1173 cod. civ., che, come noto, pone tra le fonti delle obbligazioni anche “ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico”⁶⁷.

La responsabilità che viene in rilievo, dunque, sarebbe quella da inadempimento di un'obbligazione preesistente, qui per violazione della relazione (il contatto sociale) che si è instaurata tra il volontario e l'organizzazione di volontariato. Seguendo una tale impostazione, gli obblighi conseguenti ricadrebbero sia sull'organizzazione di volontariato nei confronti dei beneficiari, implicando, ad es., l'impegno a sostituire il volontario assente, sia in capo al volontario, implicando l'obbligo di consentire la sua sostituzione, nonché di comportarsi in modo da rendere possibile l'efficace organizzazione del servizio⁶⁸.

Ora, pare utile ricordare che la ricostruzione basata sul contatto sociale, funzionale a costruire una responsabilità di tipo contrattuale – risalente in verità alla dottrina tedesca degli inizi del secolo scorso – si è fatta largo più di recente in vari campi, in funzione di agevolazione del danneggiato sotto il profilo dell'onere della prova, non senza suscitare diffuse critiche in dottrina⁶⁹.

Un certo riscontro è stato ottenuto al fine di spiegare la responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria nei confronti del paziente, in funzione di agevolazione della posizione di quest'ultimo nel provare la colpa del medico⁷⁰. Tuttavia, un tale lettura ha perso forza proprio nell'alveo dove aveva riscosso maggior successo, in quanto il legislatore, prima tramite il cd. decreto Balduzzi⁷¹ e poi, ora con la cd. legge

⁶⁶ Gli obblighi di protezione gravanti sulle parti per comune opinione fondati sulla buona fede o correttezza valgono ad assicurare che la persona e i beni dell'altro non subiscano danni. Questi doveri hanno una collocazione autonoma nella struttura dell'obbligazione e non sono strumentali all'esecuzione della prestazione principale. Il riferimento al contatto sociale rappresenta allora una strada attraverso la quale si tenta di individuare doveri di protezione non collegati a un obbligo principale di prestazione, v., in questi termini, VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *EDP*, 2014, p. 109.

⁶⁷ Cfr. nella civilistica più recente, GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia*, in *NGCC*, 2017, p. 1759 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

⁶⁸ OCCHINO, *op. cit.*, pp. 29-30.

⁶⁹ GALLO, *op. cit.*, p. 1761 ss. e ivi ampi riferimenti.

⁷⁰ GALLO, *ivi*, p. 1763 ss.

⁷¹ V. art. 3, co. 1 del cd. decreto Balduzzi, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, poi abrogato dall'art. 6, co. 2, l. 8 marzo 2017, n. 24 (cd. legge Galli).

Galli annovera quella responsabilità in quella extracontrattuale aquiliana *ex art. 2043 cod. civ.*⁷².

La tesi pertanto, pur intrigante, si scontra tuttavia, a nostro avviso, con il fatto che un'obbligazione preesistente resta davvero difficile da configurare⁷³. Invero, la ricostruzione basata sul contatto sociale ha avuto spazio in campo medico, proprio in quanto in quel caso comunque vi è a monte un rapporto contrattuale fonte di precisi obblighi e responsabilità tra il medico e il suo datore di lavoro, tanto che il “contatto sociale” vale a riempire il rapporto a valle di fatto tra medico e paziente.

Nell'attività di volontariato, invece, tutto questo manca, in quanto il volontario spontaneamente e senza promessa o pretesa di controprestazione sinallagmatica offre la propria attività, libera per sua natura da vincoli o da responsabilità da contratto che non possono sussistere.

In mancanza di qualsivoglia vincolo contrattuale, non sembrano altresì trovare spazio letture tese a gravare il volontario, in caso di interruzione dell'attività sino a quel momento resa o di non espletamento dell'attività promessa, di una responsabilità di tipo precontrattuale *ex art. 1337 cod. civ.*, per l'affidamento ingenerato nel beneficiario. La norma codicistica invero, lo si deve ricordare, fa riferimento allo svolgimento delle trattative nella formazione del contratto (*culpa in contrahendo*), che qui non esiste, né prima, ma neanche successivamente⁷⁴.

Non sembrano esservi ragioni, dunque, atte a favorire l'eventuale danneggiato nei confronti del volontario: il ricorso alla responsabilità aquiliana extracontrattuale *ex art. 2043 cod. civ.* resta qui rimedio del tutto adeguato⁷⁵.

⁷² V. art. 7, co. 3, della legge Galli (l. n. 24/2017) per cui espressamente “L' esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”; cfr., da ultimi, SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *NGCC*, 2018, p. 1676 ss.; SINISCALCHI, *Il doppio regime di responsabilità del medico: ritorno al passato o nuova prospettiva di tutela per il paziente?*, in *DR*, 2019, p. 461 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

⁷³ Cfr. le serrate critiche mosse su tali basi, sul piano generale, da ZACCARIA A., “*Contatto sociale*” e *affidamento*, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci, in *JC*, 2017, p. 185 ss. L'autore al termine dell'analisi conclude (pp. 191-192), in una linea a nostro avviso da condividere, nel senso che il semplice, generico “contatto sociale”, anche se eventualmente “qualificato” dall'affidamento che sia in grado di ingenerare, fino a quando non si trovi una base legale di riferimento, non può avere spazio nel nostro ordinamento.

⁷⁴ Cfr., invece, nella prospettiva della responsabilità precontrattuale, RICCOBONO, *op. cit.*, p. 157.

⁷⁵ V. *amplius*, *infra*, § 10.

Sul piano degli effetti, quindi, da un lato non si vede come il volontario potrebbe mai opporsi a una sua sostituzione, mentre al contempo la sua attività, liberamente e spontaneamente offerta, deve comunque conformarsi alle esigenze di organizzazione del servizio da parte dell'organizzazione di volontariato, che, almeno sul piano giuridico, non ha il potere di condizionare, sicché non è necessaria reperire una fonte contrattuale per un tale doveroso comportamento.

9. *La proposta di inquadramento dell'attività di volontariato nello schema dell'obbligazione naturale tipica*

Una volta rimarcate le perduranti difficoltà nel seguire le interpretazioni sopra vagliate, a questo punto, a nostro avviso, anche sulla base della fattispecie delineata dall'art. 17, co. 2, d.lgs. 117/2017, può essere riproposta e approfondita, a distanza ormai di venti anni, una lettura già avanzata, favorevole all'inquadramento della fattispecie del lavoro gratuito nello schema dell'obbligazione naturale *ex art. 2034 cod. civ.*, sia pur quale mero riferimento analogico, nella ivi ritenuta perdurante diversità di struttura ed effetti⁷⁶.

Pare, invero, possibile sviluppare ulteriormente un simile spunto. In questa prospettiva ci troviamo, come noto, così al di fuori di una fattispecie causale negoziale, dove i doveri posti alla base dell'attività non costituiscono un obbligo giuridico, giacché non è concessa azione per far valere in giudizio la pretesa a quella prestazione, ma si pongono solo come motivo per lo svolgimento spontaneo del soggetto dell'attività, che tuttavia, non legittima lo stesso soggetto alla ripetizione di quanto spontaneamente prestato (*soluti re tentio*) *ex art. 2034 cod. civ.*⁷⁷.

⁷⁶ Cfr. GRANDI, *op. cit.*, p. 462 ss., per il quale nelle obbligazioni naturali l'adempimento risulta qualificato "essenzialmente da logiche oggettive di realtà e da idoneità a costituire titolo sufficiente di attribuzione patrimoniale". Cioè, se si è ben compreso, quello schema non si può ridurre alla logica della liberalità. Se il rilievo è di per sé incontrovertibile, a nostro avviso ciò non implica necessariamente che l'obbligazione naturale *non* possa essere resa *anche* per fini di liberalità e solidarietà. Nella civilistica cfr., per spunti a favore dell'inquadramento dell'attività di volontariato nell'obbligazione naturale, CIOCIA, *L'obbligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, 2000, pp. 76-80.

⁷⁷ La bibliografia sul tema è, ovviamente, sconfinata e non riproducibile in questa sede: in ogni caso cfr. almeno BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tr. Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2004; BARNINI, *Obbligazione naturale*, in *EGT*, v. XXI, Treccani, 1990, p. 1 ss.; NIVARRA, *Obbligazione na-*

Occorre considerare che l'ordinamento delinea i tratti caratteristici dell'obbligazione naturale nell'art. 2034, co. 1, cod. civ., assunta a ipotesi generale (il *genus*), giacché poi, lo stesso articolo al secondo comma fa riferimento a singole *species* dello stesso dovere tipizzate dal legislatore, tra le quali troviamo nel Codice la disposizione testamentaria fiduciaria⁷⁸; il gioco e la scommessa⁷⁹, nonché il pagamento del debito prescritto⁸⁰. Si tratta, dunque, per unanime ricostruzione, di una fattispecie aperta⁸¹, nel senso che il nostro ordinamento conosce obbligazioni naturali atipiche, di cui al primo comma e obbligazioni naturali tipiche, cui si riferisce il secondo comma dell'art. 2034 cod. civ.⁸². Ciò consente, a nostro avviso, un'interpretazione includente il lavoro gratuito volontario prestato per solidarietà, espressiva delle sue multidirezionali potenzialità di sistema⁸³, nel quadro della rilevata funzione adeguatrice delle obbligazioni naturali, come punto d'incontro tra diritto positivo e realtà sociale⁸⁴.

Non nascondiamo al contempo che parte della dottrina ritiene incompatibile la solidarietà che permea il volontariato e l'adempimento di un dovere morale o sociale che connota, invece, lo schema dell'obbligazione naturale⁸⁵. In questa prospettiva, dall'attività di volontariato non deriverebbe alcuna sanzione morale per chi non la pratica, ma solo un impegno etico di

turale, in *DDPCiv.*, v. XII, UTET, 1995, p. 372 ss. e ivi ulteriori riferimenti, nonché quelli indicati nelle note successive.

⁷⁸ Art. 627, co. 2, cod. civ.

⁷⁹ Art. 1933 cod. civ.

⁸⁰ Art. 2940 cod. civ. In verità, la dottrina esprime più di qualche dubbio in merito all'ascrivibilità di tale ipotesi all'obbligazione naturale, cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 583; ROCCHIO, *Le obbligazioni naturali*, in *CI*, 2011, p. 517 ss.

⁸¹ Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 582; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, XVIII, ESI, 2018, p. 572.

⁸² Cfr. già MOSCATI L., *Obbligazioni naturali*, in *ED*, v. XXIX, Giuffrè, 1979, p. 353 ss.; BARBINI, *Obbligazione naturale*, cit., p. 1 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

⁸³ Cfr. GAZZONI, *op. cit.*, p. 573, il quale, ribadita la funzione di valvola di sicurezza, ovvero, richiamando Francesco Carnelutti (*Rapporto giuridico naturale*, in *RDComm.*, 1936, I, p. 171), di "organo respiratore dell'intero ordinamento" dell'obbligazione naturale, rimarca appunto che per il suo tramite "trapassano nel mondo del diritto, attraverso la tecnica del rinvio recettizio, le esigenze, i valori, i convincimenti della collettività, espressi mediante quel sistema di regole non scritte e sempre mutevole denominato morale sociale".

⁸⁴ Così MOSCATI E., *Clauseole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *GI*, 2011, p. 8.

⁸⁵ Cfr. RENNA, *op. cit.*, p. 570, il quale, in verità, sul punto appare apodittico, concentrandosi maggiormente sulla difficoltà di inquadrare l'attività volontaria di stampo solidaristico negli schemi della donazione, in una linea su questo versante qui condivisa.

chi la stima⁸⁶. Tuttavia, pur ritenendo plausibili simili rilievi, al contempo si può sostenere che il volontario svolga oggettivamente alla stregua di un dovere di solidarietà l'attività che offre: questo passaggio pare sufficiente a integrare i presupposti per l'attivazione dell'art. 2034 cod. civ. In questa chiave è possibile apprezzare il carattere di giuridicità dell'adempimento spontaneo di "doveri" legati alla solidarietà, apprezzabile pur *ex post* dagli effetti imposti dall'art. 2034 cod. civ.

Crediamo, quindi, che vi sia spazio perché la fattispecie delineata dall'art. 17, co. 2, d.lgs. 117/2017 possa assurgere a nuova ipotesi (implicita ma) tipica di obbligazione naturale. Si tratta di una giuridificazione leggera – in coerenza con la natura del fenomeno⁸⁷ – ma non per questo indifferente, a nostro avviso in piena coerenza con la funzione attribuita dall'ordinamento all'obbligazione naturale. La ricostruzione proposta, invero, si pone a garanzia della genuinità dell'atto di solidarietà del volontario, che, una volta qualificato alla stregua di obbligazione naturale, impedisce ogni azione di ripetizione, tesa al recupero del valore di quanto adempiuto per tali fini, conferendo in tal modo definitività dell'attribuzione operata mediante l'esecuzione dell'attività di volontariato.

In una tale prospettiva, riteniamo di preferire nella civilistica l'impostazione di chi legge l'adempimento dell'obbligazione naturale non alla stregua dell'adempimento di un atto negoziale, ma come atto giuridico in senso stretto, da cui deriva l'irrilevanza di ogni possibile errore sull'esistenza di un obbligo giuridico a effettuare la prestazione, che impedisce di perseguire un'azione di ripetizione del presunto indebito⁸⁸. Dobbiamo aggiungere che per l'identificazione della fattispecie declinata dall'art. 17, co. 2, d.lgs. n. 117/2017 i requisiti ivi prescritti devono trovare riscontro nella realtà oggettiva dell'assetto di interessi in concreto realizzato. Si vuol dire che i doveri morali e sociali tipici dell'obbligazione naturale, vengono qui delineati e oggettivizzati dal legislatore, dato acquisito con riguardo in generale all'obbligazione naturale⁸⁹, senza possibilità, in mancanza di questi, che assurga rilievo autonomo l'*animus*, ovvero il profilo meramente soggettivo dell'attività del

⁸⁶ Cfr., in questa prospettiva, MOROZZO DELLA ROCCA, *Obbligazioni naturali e donazione remuneratoria*, in PALAZZO (a cura di), *I contratti di donazione*, UTET, 2009, p. 234 ss.

⁸⁷ V. *supra*, § 2.

⁸⁸ BALESTRA, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁹ Già OPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, 1947, p. 230, per il quale l'art. 2034 cod. civ. fa riferimento ai doveri della morale sociale e non già individuale.

volontario, nel suo ruolo di *solvens* dell'obbligazione naturale⁹⁰. Va invero rimarcato che la sola mera convinzione del singolo di voler svolgere attività volontaria gratuita, anche palesata all'esterno in modo formale, non può *di per sé* legittimare la fuoriuscita dai tipi imposti dall'ordinamento dalla normativa inderogabile lavoristica, come invece è possibile al ricorrere delle condizioni delineate dalla individuata fattispecie dell'obbligazione naturale tipica.

10. *Gli effetti della lettura avanzata. La compatibilità con il sistema delle convenzioni*

Occorre a questo punto esplicitare gli effetti che derivano dalla ricostruzione proposta. In coerenza con quanto prescritto dall'art. 2034 cod. civ., non possono così sorgere obblighi tra le parti, né tra il volontario e l'eventuale ente per il tramite del quale presta l'attività, né con riferimento ai beneficiari delle sue prestazioni. Seguendo lo schema dell'obbligazione naturale, le prestazioni del volontario vengono di volta in volta rese in favore dei beneficiari e come tali non possono essere né remunerate né ripetute.

Così, il lavoro gratuito *sub specie* del volontariato individuale, solo a livello descrittivo può risultare assimilabile alla prestazione di lavoro autonomo, giacché l'attività viene resa senza il tramite di un ente che la organizza, ma nessuna delle regole tipiche di quella forma contrattuale "di mercato" può trovare applicazione.

Nel caso, invece, di prestazione resa per il tramite di un ente (qui del Terzo settore), il volontario dovrà attenersi alle sue regole di organizzazione e di erogazione dell'attività resa dai volontari. Non si tratterà mai di esercizio del potere direttivo tipico della subordinazione, ma solo del rilievo dei profili organizzativi propri dell'ente, cui il volontario deve attenersi, non in virtù di un inesistente vicolo di subordinazione, ma in osservanza delle regole che l'ente come soggetto privato ha la libertà di darsi e che i soggetti terzi sono tenuti a rispettare.

⁹⁰ Valgono anche in questo caso acquisizioni consolidate, cfr., per tutti, le osservazioni di FALZEA, *Fatto di sentimento*, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, II ed., Giuffrè, 1978, p. 443, per il quale normalmente "il sentimento, anche quando rileva come fatto di coscienza individuale, rileva nella misura in cui è collegato a un fatto non individuale, appunto ad un modo di sentire sociale, a un'atmosfera emozionale socialmente diffusa e condivisa in più o meno larghi ambienti da un'intera comunità".

In ogni caso, l'ente può legittimamente rinunciare all'attività del volontario in qualsiasi momento, senza alcuna motivazione necessaria. Al contempo, l'assenza di un vincolo contrattuale implica che il volontario possa in ogni momento interrompere la propria attività, senza che né da parte del beneficiario diretto, né da parte dell'ente per il tramite del quale eventualmente sia stata svolta l'attività, possa essere esercitata un'azione per l'adempimento.

Resta possibile, tuttavia, che una forma di responsabilità possa emergere, ma sul versante extracontrattuale di quella aquiliana *ex art. 2043 cod. civ. (neminem ledere)*, allorché l'improvvisa interruzione dell'attività ponga, ad es., in pericolo il beneficiario o rechi ad esso pregiudizio. Si può fare l'esempio (in verità più di scuola) di un volontario che presti assistenza in una casa di cura e di punto in bianco vada via durante il turno previsto, senza avvertire e lasciando il degente bisognoso di assistenza in balia di sé stesso.

A questo punto, la ricostruzione proposta deve confrontarsi con altre disposizioni del d.lgs. 117/2017 a prima vista apparentemente distoniche con l'impostazione qui seguita, ma che, a nostro avviso, restano, invece, pienamente compatibili, una volta spiegate. Si tratta delle previsioni dettate nel medesimo Codice in riferimento alle caratteristiche che devono contenere le convenzioni stipulate tra le amministrazioni pubbliche e le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale⁹¹, cui abbiamo fatto riferimento in apertura del presente contributo⁹².

In particolare, per quanto può rilevare sul punto, tali convenzioni devono innanzitutto “contenere disposizioni dirette a garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività oggetto della convenzione”⁹³. Qui l'elemento della continuità attiene al servizio reso, che va opportunamente organizzato a tali fini, ma non può riguardare l'obbligo del volontario di rendere con continuità la sua attività, che può e deve restare libera e spontanea. Insomma, non ci si può obbligare, neanche volendo, a svolgere attività di volontariato. Potrà nascere così un'eventuale responsabilità dell'ente che ha assicurato la continuità del servizio, in caso di sua mancanza, anche se si tratta di un requisito alquanto generico, tanto da non implicare che lo stesso numero di volontari debba costantemente esservi dedicato.

⁹¹ Art. 56, d.lgs. 117/2017.

⁹² V. *supra*, § 1.

⁹³ Art. 56, primo periodo, d.lgs. 117/2017.

Le medesime convenzioni – sempre con riguardo agli aspetti solo apparentemente problematici – devono altresì prevedere “le modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici”⁹⁴. Il riferimento alle modalità di coordinamento dei volontari può essere inteso nel senso, già sopra chiarito, del rispetto dei necessari profili organizzativi cui l’attività in convenzione deve attenersi, ma non implica alcun esercizio di potere direttivo da lavoro di mercato da parte dell’ente o degli operatori dei servizi pubblici sui volontari.

11. *La scarsa disciplina legale dettata nel Codice del Terzo settore per l’attività di volontariato “associato”: il divieto di retribuzione; il regime dei rimborsi spese e le forme di assicurazione obbligatoria a favore dei volontari*

Proposta la qualificazione alla stregua di una nuova fattispecie legale di lavoro gratuito, occorre far i conti col fatto che il Codice del Terzo settore, come in precedenza anche la l. 266/91, si limita a porre alcune peculiari regole, nella prospettiva della giuridificazione “leggera”, già indicata come naturale connotazione del fenomeno⁹⁵. Osserviamo, al contempo, che qui si tratta di misure valevoli solo per la fattispecie dell’attività di volontariato “associato”, da qualificare – come già notato⁹⁶ – alla stregua di una *species* del *genus* del lavoro gratuito, cui, nella nostra lettura, pare potersi riferire la fattispecie delineata ora dall’art. 17, co. 2, d.lgs. 117/2017.

Così, innanzitutto, ribadendo sul punto quanto già imposto dalla previgente normativa sul volontariato, a garanzia della sua natura gratuita, la legge prescrive che “L’attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario”⁹⁷. La necessaria assenza della retribuzione rappresenta il tratto distintivo di una simile fattispecie, dove l’attività del singolo è volta a fini solidaristici, “senza fine di lucro”, che vanno a giustificare lo “sganciamento” dalla necessità di una controprestazione⁹⁸. Proprio

⁹⁴ Art. 56, secondo periodo, d.lgs. 117/2017.

⁹⁵ V. *supra*, § 2.

⁹⁶ V. *supra*, § 3.

⁹⁷ Art. 17, co. 1, d.lgs. n. 40 del 2017.

⁹⁸ Osserva, con riguardo alla legge sul volontariato, Pietro Rescigno (*Le formazioni sociali intermedie*, in RESCIGNO P., *Persona e comunità*, III, CEDAM, 1999, p. 15), che “l’esigenza della retribuzione del lavoro è sì un principio di rango costituzionale, ma non può soverchiare la vo-

per questa ragione l'assenza di retribuzione, carattere di fattispecie più che di disciplina, può assurgere a regola generale anche del volontariato nella sua declinazione individuale, svolto cioè al di fuori di un ente del Terzo settore.

Ciò non toglie che in base all'eventuale normativa di settore (le *species*) il volontario possa aver diritto, ad es., a un assegno mensile, come avviene nel già ricordato caso del servizio civile universale, che non assume, tuttavia, la natura di controprestazione⁹⁹.

Inoltre, se è vero che ci troviamo al di fuori del lavoro “di mercato”, con conseguente assenza dell'apparato garantistico e delle regole tipiche del lavoro remunerato, nondimeno nell'ambito esaminato emergono esigenze peculiari, che si ricollegano alla mera fattualità della prestazione di un'attività lavorativa, che inducono, ieri come oggi, a delineare alcuni diritti in capo al volontario che operi nell'ambito di un ente del Terzo settore.

La legge, quindi, sempre a garanzia della genuinità della natura gratuita dell'attività di volontariato regola, nel dettaglio, il regime dei rimborsi spese in modo più stringente rispetto a quanto previsto dalla previgente normativa, imponendo che le spese possano essere rimborsate dall'ente del Terzo settore solo in quanto documentate ed entro limiti massimi e alle condizioni stabilite dall'ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario¹⁰⁰. La medesima regola è stabilita in relazione alle convenzioni stipulate tra i suddetti enti e le amministrazioni pubbliche finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale¹⁰¹. Il divieto di rimborsi forfetari si spiega anche con la necessità di evitare che attraverso tale forma di rimborso possa essere mascherata una retribuzione¹⁰². Le suddette spese sostenute possono anche essere rimborsate a fronte di autocertificazione¹⁰³.

lontà del privato di muoversi su un terreno di puro solidarismo e di libera volontarietà dell'agire”); nella medesima prospettiva già DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 4; TREU, *op. cit.*, p. 34 ss.

⁹⁹ Art. 17, co. 3, primo periodo, d.lgs. 117/2017.

¹⁰⁰ Art. 17, co. 3, secondo e terzo periodo, d.lgs. 117/2017.

¹⁰¹ Art. 56, co. 2, d.lgs. 117/2017.

¹⁰² Cfr. Tar Puglia Bari Sez. II, 11 gennaio 2019, n. 48, che ha ritenuto illegittima la *lex specialis* di una gara riservata ad associazioni di volontariato, bandita per l'affidamento del servizio di emergenza territoriale 118, che in più punti contemplava un rimborso forfetario mensile fisso in misura massima, in quanto in evidente violazione delle innovative disposizioni del d.lgs. 117/2017, che viceversa impongono in via esclusiva il rimborso sulla base delle spese effettivamente sostenute dagli enti no profit; cfr. anche GAROFALO D., *op. cit.*, p. 114.

¹⁰³ Art. 17, co. 4, d.lgs. 117/2017.

Va rimarcato che in caso di violazione della regola dell'incompatibilità con la retribuzione, nonché di quelle, animate dalla medesima *ratio*, sui rimborsi, la fattispecie non può che essere qualificata dal giudice nell'alveo del lavoro di mercato e delle sue figure tipiche di rapporto di lavoro.

Inoltre, al fine di offrire garanzie e tutele minimali ai soggetti impegnati in attività di volontariato, la legge prescrive che “Gli enti del Terzo settore che si avvalgono di volontari devono assicurarli contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi”¹⁰⁴. Si prevede altresì che un (ancora) emanando decreto ministeriale individui meccanismi assicurativi semplificati, con polizze anche numeriche, oltre a disciplinare i relativi controlli¹⁰⁵. Al fine di incentivare l'adempimento dei suddetti obblighi la legge dispone che “La copertura assicurativa è elemento essenziale delle convenzioni tra gli enti del Terzo settore e le amministrazioni pubbliche, e i relativi oneri sono a carico dell'amministrazione pubblica con la quale viene stipulata la convenzione”¹⁰⁶.

Occorre infine ricordare che anche nei confronti dei volontari opera il sistema prevenzionistico sulla sicurezza sul lavoro, imposto già da tempo dalla normativa in materia¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Art. 18, co. 1, d.lgs. 117/2017.

¹⁰⁵ Art. 18, co. 2, d.lgs. 117/2017.

¹⁰⁶ Art. 18, co. 3, d.lgs. 117/2017.

¹⁰⁷ V. art. 3, co. 3-*bis* e 12-*bis*, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, TU in materia di sicurezza sul lavoro. In base a tale normativa i volontari sono ora tenuti, come i lavoratori autonomi, a munirsi di dispositivi di protezione individuale, mentre al contempo specifici obblighi ricadono in capo al soggetto ivi definito impropriamente “datore di lavoro” ove il volontario svolga la propria prestazione nell'ambito dell'organizzazione del datore di lavoro stesso; sul punto *amplius* cfr. MENGHINI, *Volontariato e gratuità*, cit., pp. 1047-1048.

Abstract

L'Autore concentra l'analisi sui profili giuslavoristici del Codice del Terzo settore. Dopo un inquadramento del fenomeno del volontariato, particolare attenzione è dedicata alla nuova definizione "generale" di attività di volontariato, di cui l'autore sottolinea i riflessi sul piano sistemico. Dopo aver vagliato le diverse tesi proposte in dottrina sull'inquadramento del lavoro gratuito e del volontariato, l'autore propone la sua lettura quale obbligazione natura tipica.

The Author focuses on the employment law profiles of the Third Sector Code. After an overview of the phenomenon of volunteering, particular attention is paid to the new "general" definition of volunteering, of which the Author underlines the systemic reflections. After examining the different theses proposed in the doctrine on the classification of free work and voluntary work, the Author proposes his reading as a typical natural obligation.

Keywords

Codice del Terzo Settore, lavoro gratuito, volontariato, riflessi sistematici della nuova definizione di volontariato, obbligazione naturale.

Third Sector Code, free work, voluntary work, systemic reflections of new definition of volunteering, natural obligation.

Carlo Pisani

Divieto di licenziamento per emergenza Covid e tipologie di giustificato motivo oggettivo

Sommario: **1.** Premessa di metodo, ovvero il richiamo alla concretezza. **2.** Il blocco nel periodo del *lockdown* generalizzato. **3.** Il mutato contesto nel post *lockdown* e il permanere del divieto di licenziamento. **4.** Il razionale bilanciamento del divieto di licenziamento nel caso di soppressione del posto o di esuberi strettamente collegati alla emergenza sanitaria, “presumibilmente” non definitivi. **5.** Dubbi di costituzionalità del divieto di licenziamenti per soppressione effettivamente definitiva del posto. **6.** L’esclusione dal divieto dei licenziamenti per fatti inerenti alla persona del lavoratore mediante l’interpretazione costituzionalmente orientata. **7.** L’interpretazione costituzionalmente orientata in ordine al regime sanzionatorio per la violazione del divieto.

1. Premessa di metodo, ovvero il richiamo alla concretezza

Il dibattito sulla legittimità costituzionale del blocco dei licenziamenti a causa della pandemia forse soffre un po’ di astrattezza, oltre che di “pre-comprensione” di carattere politico-ideologica. Questo secondo aspetto è controllabile con maggiore difficoltà, considerato che si tratta dell’interpretazione di nozioni “sfuggenti e indecifrabili” e di “irriducibile poliedricità”, come quella di “utilità sociale”, di cui all’art. 41, co. 2, Cost.¹, e che quindi si prestano a letture in cui fa capolino la sensibilità politica. Il primo aspetto è invece più “asettico”, e chiama l’interprete ad uno sforzo di concretezza.

A tal fine sembra più utile, da un punto di vista esegetico, andare a confrontare le singole fattispecie di licenziamento che sollevano i maggiori dubbi, per verificare da “vicino”, a seconda delle tipologie di giustificato motivo oggettivo o di licenziamento collettivo, se le discipline dei vari “bloc-

¹ BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *ED*, XXI, Giuffrè, 1971, p. 603.

chi” succedutisi da marzo 2020 a marzo 2021, ed ora fino al 30 giugno o al 31 ottobre 2021 (art. 8, commi 9 e 10, d. l. 22 marzo 2021, n. 41), siano state e siano rispettose o no dei criteri di sufficienza e di proporzionalità, che devono presiedere alla valutazione della “razionalità” della norma nell’ambito del giudizio sul bilanciamento dei contrapposti diritti di rango costituzionale che vengono potenzialmente in conflitto².

Tra l’altro questo modo di procedere consente più agevolmente di valorizzare eventuali spazi per una interpretazione costituzionalmente orientata al fine di escludere dal blocco particolari ipotesi di licenziamento, che normalmente la giurisprudenza riconduce al motivo oggettivo, oppure di evitare effetti sanzionatori paradossali derivanti dalla violazione del divieto.

2. *Il blocco nel periodo del lockdown generalizzato*

Proprio il richiamo alla concretezza non può far prescindere dalla contestualizzazione delle varie norme sul blocco succedutesi dall’inizio dello stato pandemico, valendo più che mai qui la considerazione che “l’interpretazione esige la contestualizzazione e l’attualizzazione del precetto normativo”³.

Infatti il primo divieto, per sessanta giorni, del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e per quelli collettivi, è stato adottato con d.lgs. del 17 marzo 2020, n. 18, contestualmente ad una delle più drastiche misure mai adottate dal dopoguerra in Italia, consistente nella chiusura di tutte le attività produttive, non essenziali alla sopravvivenza, per tentare di fronteggiare una emergenza pandemica sconosciuta⁴. Sicché è inevitabile che qualsiasi discorso giuridico sulla compatibilità costituzionale di questa misura debba fare i conti con una simile situazione da “bollettino di guerra”.

² Cfr. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, 2010, pp. 182 e ss.; PALLADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *ED, Agg. I*, Giuffrè, 1997, p. 415; BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012, p. 77; LUCIANI M., *Avviso ai navigatori del Mar pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2/2020, p. 7; COSIO, *Il blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19. Tra Corte e Conti*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, novembre 2020, pp. 9 ss.

³ Così, LUCIANI M., *Interpretazione conforme e costituzione*, in *ED, Annali*, IX, Giuffrè, 2016, p. 435.

⁴ PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, in *MGL*, 2020, p. 683.

In un tale clima si affaccia anche tra i giuristi la tentazione di cedere all'argomento emotivo che ha fatto affermare: "ha ancora senso discutere di diritto mentre si è assediati dall'epidemia e i morti vengono portati fuori dalle città a bordo di mezzi militari"⁵. Ma non occorre che l'interprete sacrifichi la propria razionalità di fronte a una situazione che non è uno "stato di eccezione", che presuppone uno spazio vuoto e deregolato, bensì è di "emergenza", che quindi impone nel più breve tempo possibile il ritorno alla normalità⁶. Per il periodo del *lockdown* generalizzato, la razionalità del bilanciamento tra i contrapposti diritti di rango costituzionale, secondo i criteri della proporzionalità dei sacrifici e della congruenza delle limitazioni rispetto ai valori di insieme, poggia sulle caratteristiche del tutto peculiari di misura di ordine pubblico che assume il divieto di licenziamento per motivi oggettivi, nel senso stretto del termine, per evitare forti tensioni sindacali e moti di piazza⁷, ma anche di ordine pubblico sanitario, per impedire violazioni di massa nel *lockdown*.

In questo contesto il legislatore ha voluto dunque evitare, non solo la perdita del reddito da parte del lavoratore, ma anche quella, sia pure in molti casi virtuale, del posto di lavoro, in una fase in cui, proprio a causa della chiusura generalizzata delle aziende, il mercato del lavoro non avrebbe avuto alternative⁸. Il distinguo "perdita del posto-perdita del reddito" acquisterà invece rilevanza successivamente con la riapertura delle attività produttive.

Anche le ricadute negative per le aziende, strettamente collegate al divieto di licenziamento, in questo periodo sono tutto sommato relativamente modeste, con la cassa Integrazione che copre il costo dei dipendenti non utilizzati⁹, il blocco dell'intera attività produttiva, unitamente al contesto generale anch'esso "congelato", con la sospensione degli altri diritti di libertà di rango costituzionale,

Risulta dunque evidente che, in una tale cornice, i parametri per valutare la costituzionalità del divieto dei licenziamenti assumono connotazioni anch'esse peculiari.

⁵ Cfr. EPIDEMIO, *Il diritto nello «stato di eccezione» ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in www.giustiziasieme.it. 28, 4, 2020.

⁶ COSIO, *op. cit.*, pp. 4-5, che richiama per questa alternativa, ZAGREBELSKI, *Non è l'emergenza che mina la democrazia. Il pericolo è l'eccezione*, in *La Repubblica*, 29 luglio 2020.

⁷ GARILLI, *Il blocco dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in *MGL*, 2020, p. 595.

⁸ Cfr. SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *RIDL*, 2020, I, p. 315.

⁹ Cfr. GARILLI, *op. cit.*

Da questo punto di vista si può vedere un'analogia con l'altra misura drastica, adottata nello stesso periodo, costituita dal massiccio ricorso al telelavoro da casa, erroneamente definito lavoro agile o *smart working*, per i dipendenti pubblici, che, laddove inefficiente, come spesso accaduto, non solleva problemi di costituzionalità, proprio in ragione del *lockdown* generalizzato, trattandosi di una misura estrema di ordine pubblico sanitario per favorire il distanziamento; i problemi di costituzionalità con gli artt. 97, 3 e 36 Cost.¹⁰, si porranno invece anche per questa misura, laddove inefficace e inefficiente, successivamente con la riapertura delle attività economiche e con il ritorno dei lavoratori privati nei luoghi di lavoro, a cui non ha fatto seguito però una analogia normalizzazione da parte dei dipendenti pubblici, contribuendo così, tra l'altro, ad allargare il fossato della disparità di trattamento tra gli uni e gli altri, particolarmente avvertita in periodi di emergenza, quale uno dei tanti frutti avvelenati di questa pandemia¹¹.

Infine, per quanto riguarda questi primi sessanta giorni, non bisogna dimenticare che ci sono state anche imprese e settori che hanno continuato la loro attività. Per loro cominciano ad emergere le criticità analoghe a quelle che vedremo si porranno, per tutte una volta terminato il *lockdown*, nei confronti del divieto di licenziare un lavoratore la cui prestazione sia divenuta inutilizzabile per le più svariate ragioni "oggettive", non dipendenti dall'emergenza Covid, ovvero il cui posto si sarebbe dovuto sopprimere, ad esempio, per una programmata ristrutturazione finalizzata a nuove acquisizioni o a rimodulazione della produzione. Tuttavia, la direttiva dell'ordine pubblico *tout court* e di quello sanitario, deve far ritenere, nell'ottica del bilanciamento dei contrapposti interessi, che per un limitato periodo di sessanta giorni nell'ambito di un *lockdown* generalizzato, sia stato costituzionalmente ragionevole dare prevalenza all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, e non solo alla conservazione del reddito; anche se, nell'economia globalizzata, per chi deve competere sui mercati internazionali, sessanta giorni sono un'eternità e bastano a far sfumare importanti occasioni imprenditoriali.

¹⁰ PISANI, *Il lavoro agile nella P.A.: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *GL*, 2020, pp. 19.

¹¹ Cfr. CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working*, in *RIDL*, 2020, I, pp. 241-242.

3. *Il mutato contesto nel post lockdown e il permanere del divieto di licenziamento*

Il blocco quasi totale della attività produttive terminava a partire dal 18 maggio 2020, ma il divieto dei licenziamenti per motivi oggettivi è proseguito con un susseguirsi di provvedimenti e si stenderà fino al 30 giugno o 31 ottobre 2021.

La prima proroga è stata di cinque mesi con l'art. 80 del d.l. 19 maggio n. 34; il contesto produttivo stava mutando rispetto al *lockdown* generalizzato, le imprese stavano riprendendo la loro attività e le libertà individuali basilari venivano ripristinate.

Nei mesi successivi, mentre la vita riprendeva quasi normalmente, tant'è che si andava al mare, in discoteca, alla movida, l'art. 14 del d.l. 14 agosto n. 104, di nuovo prorogava il blocco dei licenziamenti, anche se in modo mobile e articolato, per alcuni un po' pasticciato, "frutto di un evidente e mal riuscito compromesso politico"¹².

A queste incertezze ha posto fine il d.l. 28 ottobre n. 137, prorogando di nuovo il divieto dei licenziamenti fino al 31 gennaio 2021, con un blocco a tappeto generalista.

Il divieto è stato nuovamente prorogato fino al 31 marzo 2021, dal co. 309 dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2020 n. 178.

La seconda e/o terza ondata della pandemia, con annesse varianti del virus, ha poi indotto il nuovo Governo Draghi all'ennesima proroga del blocco fino al 30 giugno 2021 (art. 9, d.l. 22 marzo 2021 n. 41), e fino al 31 ottobre 2021, ma solo per i datori di lavoro che sospendono o riducono l'attività lavorativa per eventi riconducibili all'emergenza Covid, che possono utilizzare la Cassa Integrazione in deroga, per un massimo di ventotto settimane per il periodo dal 1° aprile al 31 dicembre 2021, oltre che per le aziende agricole che abbiano anch'esse accesso alla Cassa Integrazione.

L'interprete, nel valutare la compatibilità costituzionale di un blocco di una simile entità temporale, non può ignorare che esso si è protratto e si protrarrà per oltre tredici mesi, o addirittura diciassette mesi, successivamente alla ripresa dell'ordinaria attività produttiva, con tutto quello che ciò comporta.

Anche quest'ultima proroga è stata decisa in una situazione che, se ac-

¹² Così, CARUSO, *op. cit.*, p. 27.

costabile a quella del marzo 2020 in termini di diffusione della pandemia, non lo è da un punto di vista delle attività economiche, che hanno continuato e continueranno regolarmente l'attività senza subire limitazioni; la caratteristica della strategia delle nuove restrizioni alle libertà individuali è infatti proprio quella di comprimere tutte quelle che riguardano il temo libero e anche, per certi versi, l'istruzione, pur di mantenere aperta il più possibile l'attività economica e produttiva.

A ciò deve aggiungersi che, a differenza di quanto accade per queste limitazioni, per il divieto di licenziamento non è previsto invece alcun "allentamento" neppure con il progredire della campagna vaccinale.

Pertanto il legislatore, anche dopo il *lockdown*, ha proseguito nell'intento di tutelare non solo il reddito del lavoratore, ma, in aggiunta, anche il suo posto di lavoro. È su questa scelta che devono appuntarsi le riflessioni sull'eventuale incostituzionalità della protrazione delle misure, o sugli spazi per una interpretazione costituzionalmente orientata delle varie disposizioni sul divieto, diretta a restringere il loro campo di applicazione e gli effetti sanzionatori.

4. *Il razionale bilanciamento del divieto di licenziamento nel caso di soppressione del posto o di esuberi strettamente collegati alla emergenza sanitaria, "presumibilmente" non definitivi*

Nel selezionare le varie fattispecie di giustificato motivo oggettivo, si deve iniziare da quella "classica", motivata dalla soppressione del singolo posto di lavoro, nel licenziamento individuale, o di una pluralità di posti, con conseguenti esuberi, in quello collettivo.

Ovviamente il presupposto di qualsiasi ragionamento è che si tratti di un licenziamento che, senza il divieto, sarebbe giustificato. Il che implica che si verta in un caso di soppressione del posto effettiva, non pretestuosa e, soprattutto, "definitiva", per quello che può esserlo con una valutazione effettuata in concreto *ex ante*¹³.

Il concetto di "definitività" può aiutare ad individuare una delle fattispecie che presenta meno incertezze riguardo alla legittimità del blocco ed

¹³ Cass. 1° giugno 2009, n. 12721, in *GL*, 2009, n. 30, 52; Cass. 28 gennaio 2004, n. 1591, *MGL*, 2004, n. 4, 315; Cass. 5 maggio 2003, n. 6803, *ivi*, n. 8-9, 696.

è la situazione in cui senza l'emergenza Covid il datore di lavoro non si sarebbe determinato a sopprimere quel posto.

Vi è infatti da considerare che la crisi economica causata dall'epidemia avrebbe potuto o potrebbe indurre a sopprimere posti di lavoro senza valutazioni ponderate sul loro carattere definitivo, senza, cioè, distinguere tra una soppressione strettamente dipendente dalla contrazione di mercato, di ordini, di servizi, dovuta appunto al Covid e, come tali, suscettibili di essere riattivati al termine della pandemia, e quelli invece autenticamente definitivi; si tratta, in sostanza, della parte dell'economia che più ha sofferto e soffre in ragione dell'emergenza.

Ad esempio, il ristoratore che decide di chiudere uno dei suoi due ristoranti e che, vista l'esperienza della pandemia, si convince che, anche per il futuro, è preferibile avere un solo ristorante perché con due si corrono troppi rischi. Qui il divieto dei licenziamenti accompagnato dalla Cassa Integrazione, risponde ad una finalità di razionale e proporzionato bilanciamento dei contrapposti interessi, in quanto fa prevalere la tutela di una (ri)occupazione che ha qualche speranza, per cui il lavoratore è tenuto coattivamente "avvinghiato" a quel posto, appunto sperando che il datore di lavoro sia in grado di reimpiegare (cfr. art. 4, co. 1, l. 23 luglio 1991, n. 223), una volta finita l'emergenza. Pertanto anche la Cassa integrazione viene utilizzata con maggiore coerenza rispetto a quella che dovrebbe essere la sua genuina finalità¹⁴ in relazione ad un posto di cui vi sia qualche probabilità di una sua riattivazione.

La norma, in sostanza, si basa su una sorta di "presunzione" di non definitività della soppressione del posto o degli esuberi, proprio in considerazione dell'eccezionalità dell'emergenza sanitaria, e per questo costringe il datore a conservare, almeno formalmente, quel posto, sia pure senza costi diretti, per consentirgli di rivedere la sua decisione in tempi migliori. Questa è l'unica spiegazione razionale della scelta del legislatore di tutelare non solo il reddito ma anche il posto del lavoratore, o quantomeno l'aspettativa di una sua riattivazione: la speranza che, terminata l'emergenza, la conservazione dei rapporti di lavoro cessi di essere fittizia. In questo senso è condivisibile l'affermazione secondo cui la *ratio* del provvedimento è quella di tutelare temporaneamente i lavoratori dal licenziamento esclusivamente quando questo è "diretta conseguenza del Covid"¹⁵

¹⁴ Cfr., ad es., art. 4, co. 1, l. n. 223/91.

¹⁵ Così GARILLI, *Il blocco dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in *MGL*, 2020, p. 597.

5. *Dubbi di costituzionalità del divieto di licenziamenti per soppressione effettivamente definitiva del posto*

Le situazioni in cui invece si affacciano dubbi di legittimità costituzionale del divieto di licenziamento protratto per oltre un anno nel post *lock-down*, sono quelle in cui la soppressione del posto, o gli esuberi, sono caratterizzati da sicura definitività e sono dettati da vari fattori, o già preesistenti, o aggravatisi definitivamente con l'emergenza sanitaria, che possono essere, ad esempio, l'andamento economico negativo, la necessità di riorganizzarsi per motivi tecnologici, di concorrenza, per acquisire nuove commesse, ecc. Insomma si tratta di quella parte dell'economia, dalla manifattura, al terziario avanzato, all'agricoltura, alle società di rete, ecc., che è tornata per prima alla normalità, in relazione alla quale, se vi è una soppressione del posto o esuberi, deve essere esclusa quella sorta di presunzione, o di speranza, che si è vista prima, che il blocco dei licenziamenti non si traduca in una conservazione fittizia di rapporti di lavoro. Senza dire poi dell'assurdo vincolo, saggiamente espunto dall'art. 1, comma 11, d.l. n. 41/21, che imponeva il divieto di licenziamento nonostante la cessazione dell'attività dell'impresa ove questa non avesse comportato anche la messa in liquidazione della società.

Per questi motivi non convince, quindi, l'opinione secondo cui, nel periodo di pandemia, la riduzione di attività sarebbe sempre in qualche modo collegabile, quasi "ontologicamente" con il Covid¹⁶.

In tutti i suddetti casi il divieto di licenziamento, in realtà, si presenta solo come un temporaneo rinvio di un provvedimento inevitabile, nonché come una modalità surrettizia di ampliamento del periodo di godimento dell'ammortizzatore sociale da parte del lavoratore, anticipando, in sostanza, quello previsto per la disoccupazione involontaria erogato sotto forma di Cassa Integrazione, ovvero, come è stato sostenuto, come un *escamotage* del legislatore per sottrarsi ai propri obblighi previdenziali, sanciti dall' art. 32, co. 2, Cost.¹⁷.

¹⁶ Così, invece, BALLESTRERO, *Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura controversa*, in *DLM*, 2020, p. 505.

¹⁷ Così, PROIA, *op. cit.*, p. 692 e ss. Secondo BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 493, invece, il blocco dei licenziamenti potrebbe essere visto come costitutivo dell'assunzione da parte dello Stato della copertura dei costi sopportati dai datori di lavoro per garantire la continuità dell'occupazione dei propri dipendenti. Più in generale sull'argomento PROIA (a cura di), *Divieto di licenziamenti e libertà di impresa nell'emergenza Covid. Principi costituzionali*, Giappichelli, 2020.

Occorre dunque valutare la razionalità del bilanciamento attuato con questo tipo di blocco dei licenziamenti tra i contrapposti diritti di rango costituzionale del datore di lavoro e del lavoratore.

In queste situazioni il problema non può essere risolto aprioristicamente evocando il motivo dell'ordine pubblico anche sanitario, una volta terminato il periodo di *lockdown*, allorquando le attività economiche hanno continuato ad essere aperte, anche durante le chiusure parziali regionali. Non è credibile che simili timori sarebbero, o sarebbero stati, prospettabili solo in Italia, giacché negli altri paesi del G20 non è stato adottato un blocco così drastico; eppure, per quanto riguarda le altre misure di *lockdown* parziali, che hanno colpito più che altro le attività non produttive, si è assistito invece ad una sostanziale omogeneità nella tipologia dei provvedimenti restrittivi adottati nei vari paesi.

Né pare decisivo l'altro argomento costituito dalle maggiori difficoltà che incontrerebbe il lavoratore licenziato per reperire altra occupazione in conseguenza del periodo di emergenza sanitaria, nel momento in cui gli viene egualmente assicurato il reddito mediante l'ammortizzatore previsto per la disoccupazione, che poteva essere eventualmente essere rafforzato o prolungato. Nel mentre, perseverare nel blocco, in relazione alle suddette situazioni di effettiva e irreversibile soppressione del posto, porta ad aggravare questa difficoltà in considerazione dell'effetto "*rebound*", per cui maggiore è la protrazione del divieto di licenziamento per posti definitivamente soppressi, tanto più elevato sarà il numero di licenziamenti che si concentreranno in un periodo circoscritto, e tanto più ridotte saranno le probabilità di reperire altra occupazione nel breve periodo successivo al blocco. L'analogia con la disintossicazione dalle sostanze che danno dipendenza, che tanto più è difficile quanto più è protratto il periodo di assunzione, non è fuor di luogo.

L'interrogativo di cui sopra è dunque ineludibile per il giurista. Al riguardo è noto che la soglia minima, e quindi insuperabile, oltre la quale non c'è bilanciamento ma solo violazione del diritto alla libera iniziativa economica prevista dall'art. 41 Cost., è stata individuata nella libertà del datore, non solo di cessare l'iniziativa economica intrapresa o di proseguirla, ma anche in quella di determinare le proprie dimensioni organizzative e quindi il numero dei dipendenti¹⁸, come sancito dalla Consulta perfino per le tutele delle fasce deboli prevista dal collocamento ordinario o obbligatorio, la cui quota

¹⁸ Cfr. PROIA, *op. cit.*, p. 693.

riservata, normalmente commisurata all'organico, non configura un'imponibile di manodopera poiché è rispettata la determinazione del datore di lavoro relativa alle dimensioni del suo organico, attenendo il vincolo legale solo alla individuazione dei lavoratori destinati ad occupare alcuni dei posti pur sempre previsti¹⁹.

È altresì noto che tramite il giustificato motivo oggettivo e il licenziamento collettivo, l'imprenditore, attraverso il mutamento dell'organizzazione, può regolare la dimensione complessiva del numero degli addetti²⁰. Sicché, qualsiasi intervento legislativo che vada ad incidere ancor più restrittivamente su di esse, deve necessariamente "fare i conti" con il suddetto diritto di libertà economica del datore di lavoro; tanto più quindi l'attenzione deve essere rivolta ad una norma che sospenda quel potere per un periodo così protratto nel tempo, "ingessando" l'organico e le dimensioni delle aziende.

Il problema si pone in quanto evidentemente non è sufficiente, per la sua soluzione, l'aspetto della semplice non definitività del divieto²¹. L'unica "temporaneità" che può di per sé giustificare tale limitazione è quella attuata per i primi sessanta giorni nel periodo di *lockdown* generalizzato, per le ragioni che si sono viste sub par. 2. Dopodiché però, la protrazione per oltre un anno di una simile compressione di un diritto di libertà economica di rango costituzionale fa comunque emergere un tale problema, con l'unica incertezza sulla individuazione del preciso momento nel quale esso si pone nel post *lockdown*, se dopo la proroga stabilita ad agosto con il d.l. n. 104/2020²², o anche prima.

L'elemento che invece va valutato in relazione al problema della conformità a costituzione è quello dell'esclusione del costo rappresentato dalla retribuzione mensile per il datore di lavoro a cui è imposto il divieto, resa possibile dall'utilizzazione della Cassa Integrazione.

Al riguardo vi è una prima obiezione, forse formalistica, che però non si può ignorare e cioè quella secondo cui l'accesso alla Cassa Integrazione è

¹⁹ Corte Cost. 30 dicembre 1958, n. 78, in *MGL*, 1958, 721; Corte cost. 29 settembre 1983, n. 279, in *FI*, 1983, I, 2946; Corte cost. 21 marzo 1994, n. 449, in *MGL*, 483.

²⁰ Cfr., NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1990, p. 314.

²¹ Cfr. ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica tra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, p. 442 e ss.

²² Cfr., COSIO, *op. cit.*, p. 28; VIDIRI, *La nuova storia del diritto del lavoro e l'incostituzionalità del blocco dei licenziamenti*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, agosto 2020-marzo 2021, 9 e ss.

consentito da questa disciplina emergenziale, per i datori di lavoro che “sospendono o riducono l’attività lavorativa per eventi riconducibili all’emergenza Covid”. Pertanto, in teoria, l’ammortizzatore non potrebbe essere concesso se la sospensione o riduzione non sia “riconducibile” a tale emergenza. Qui dunque si prospetta la seguente alternativa: adottare la tesi, sopra esposta, ma che non convince, secondo cui qualsiasi riduzione di attività è ontologicamente e per definizione ricollegabile all’epidemia, anche se poi nella realtà non è così, e allora in tal caso vi è una coincidenza perfetta tra concessione della Cassa Integrazione e blocco dei licenziamenti; oppure, nei casi in cui non ci sia configurabile questa riconducibilità in concreto, prendere atto della sussistenza dell’emersione di una grave asimmetria tra divieto del licenziamento e copertura della Cassa Integrazione, che costituisce un motivo in più per alimentare il sospetto di incostituzionalità del blocco.

Ove si acceda alla prima delle suddette opzioni, facendo prevalere un’interpretazione molto elastica del testo della norma, sparisce l’asimmetria e quindi occorre ammettere che l’ammortizzatore viene a costituire una “compensazione” seria che già di per sé rende non del tutto conferente il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale sull’imponibile di manodopera, soprattutto in agricoltura, giacché in quei casi l’imposizione dei rapporti di lavoro, non solo era a tempo indeterminato, ma ovviamente comportava l’aggravio del costo delle retribuzioni integralmente a carico del datore di lavoro²³.

Tuttavia ciò non significa che qui non assuma rilevanza il suddetto principio affermato dalla Consulta, riguardante il nocciolo duro costituito dal diritto del datore di lavoro di determinare la dimensione della sua attività economica; occorre però adattarlo alle peculiarità della questione in esame; il ché comporta rispondere all’interrogativo se tale interesse del datore di lavoro, costituzionalmente protetto, non venga sacrificato allorché egli non debba comunque sopportare i costi della retribuzione mensile dei rapporti di lavoro la cui conservazione gli viene imposta dalla legge; in altre parole, se la lesione di quell’interesse risulti sufficientemente indennizzato o controbilanciato con l’esonero dal pagamento della retribuzione mensile, assicurato dalla Cassa Integrazione.

Tale quesito ne presuppone uno più generale, e cioè se l’interesse costituzionalmente protetto del datore alla autodeterminazione del numero dei

²³ C. Cost. n. 78/1158.

propri dipendenti sia soltanto quello strettamente riguardante la decisione in ordine al costo in termini di retribuzione mensile del proprio organico, oppure si tratti di un interesse più ampio riguardante i vincoli organizzativi di efficienza, burocratici, normativi, di costi complessivi, diretti e indiretti, ecc., che scaturiscono da tale scelta, per cui si debba affermare la violazione di quell'interesse anche quando la conservazione fittizia di rapporti di lavoro in relazione a posti di lavoro definitivamente soppressi non comporti l'onere della retribuzione mensile.

Indubbiamente si tratta di un aspetto delicato, perché l'argomento "emotivo" che fa leva sull'emergenza sanitaria²⁴ potrebbe indurre a ritenere che far valere il diritto soggettivo alla libera iniziativa economica, quando lo Stato esonera dal costo della retribuzione mensile i rapporti "parcheggiati" presso il datore di lavoro in tempi di pandemia, si traduca in una sorta di atto emulativo o abuso del diritto.

Sembra però riduttivo concepire il contenuto di quel diritto di libertà economica limitata ai costi mensili della retribuzione dei dipendenti, non solo perché non eliminano l'intero "costo azienda" gravante sul datore di lavoro, né tutti gli altri costi relativi all'amministrazione e alla gestione dei rapporti di lavoro che rimangono pur sempre a suo carico; ma, inoltre, in quanto vanno messi nel conto tutti i vincoli o pregiudizi organizzativi che ciò comporta in termini di ritardo nelle ristrutturazioni e riorganizzazioni, di deprezzamento del valore dell'azienda, anche ai fini di alienazioni e di altre operazioni economico-commerciali, che non possono attendere il termine di un periodo così lungo post *lockdown*.

Tutti fattori, questi, che risultano ancora più rilevanti per i piccoli e piccolissimi datori di lavoro, piccoli imprenditori, artigiani ecc., anch'essi coinvolti indiscriminatamente nel divieto²⁵.

Inoltre, sempre al fine del bilanciamento, occorre individuare anche quale sia il "nocciolo duro" dei diritti di rango costituzionale del lavoratore in questa situazione. Può esserlo quello che si è visto nel par. 4, cioè di conservare temporaneamente un posto sulla cui soppressione definitiva può residuare qualche dubbio nella misura in cui la sua eliminazione è conseguenza dell'emergenza pandemica. Ma, al di là di questa ipotesi, si può ragionevolmente escludere che sia configurabile un diritto costituzionale intangibile

²⁴ SCARPELLI, *op. cit.*, p. 351.

²⁵ Cfr. PROIA, *op. cit.*, p. 697.

del lavoratore di mantenere, sia pure temporaneamente, un posto sulla cui definitiva soppressione non può sorgere alcun dubbio; sostenere che così facendo, in epoca di pandemia, si tutela l'occupazione di quel lavoratore, appare una *factio juris*, se non una vera e propria ipocrisia, che anzi può alimentare aspettative suscettibili, queste sì, di generare malcontento e rabbia sociali.

Il diritto costituzionalmente inviolabile del lavoratore è quello ad una certa protezione sociale in presenza del licenziamento, che viene assicurata con la conservazione del reddito derivante da quel posto soppresso ai sensi dell'art. 38, co. 2 Cost., per la disoccupazione involontaria.

È invece difficile individuare in tal caso l'interesse costituzionalmente tutelato del lavoratore, una volta assicuratogli il reddito, tale da comportare il sacrificio del contrapposto interesse del datore di lavoro sopra individuato. Persino il timore di lasciare momentaneamente senza reddito il lavoratore subito dopo il licenziamento non sussiste in quanto, anche in caso di impugnazione giudiziale, egli inizia immediatamente a percepire la Naspi.

Da quanto sopra osservato emerge dunque un non razionale bilanciamento dei contrapposti diritti di rango costituzionale poiché, come è noto, non vi è alcun diritto "tiranno" nella nostra costituzione in quanto tutti i diritti fondamentali "si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata"²⁶.

Infatti qui non appare rispettato né il criterio della sufficienza, né quello della proporzionalità.

Quanto al criterio della sufficienza, esso impone di valutare se sia stata, appunto sufficientemente, tenuta in conto dal legislatore l'esigenza di garanzia del diritto oggetto di limitazioni alla luce dell'"interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente limitazione di garante dell'altro"²⁷. Nel nostro caso, come si è visto, poteva essere adottata solo la misura dell'ammortizzatore, se del caso aumentandone la durata, per ottenere l'analogo risultato di garantire un reddito al lavoratore il cui posto era stato definitivamente soppresso, senza la necessità di limitare la libertà d'impresa, a fronte di una tutela solo fittizia e apparente dell'occupazione.

Per la stessa ragione non risulta rispettato neppure il test di proporzionalità rispetto al sacrificio del principio di libertà di determinare le dimen-

²⁶ Così C. Cost., n. 85/2013 relativa al caso ILVA.

²⁷ C. Cost., 14 novembre 2006, n. 372, opportunamente citata da COSIO, *op. cit.*, 10.

sioni del proprio organico da parte del datore, inutilmente compresso per garantire il principio di tutela del reddito da lavoro del dipendente, egualmente conseguibile tramite il solo ammortizzatore.

La violazione del criterio di proporzionalità tra i contrapposti sacrifici risulta ancora più evidente in tutti quei casi in cui la soppressione definitiva del posto sia stata motivata non dalla finalità di incrementare i profitti, bensì dall'esigenza di fronteggiare situazioni sfavorevoli o stati di crisi, anche per evitare che, come affermato dalla Suprema Corte, "il beneficio attuale per un lavoratore possa tradursi in pregiudizio futuro per un numero maggiore di essi", dovendosi tener conto che "la prospettiva individuale del singolo rapporto di lavoro potrebbe anche pregiudicare ... l'intera comunità dei lavoratori dell'azienda interessata"²⁸.

Il risultato è dunque la violazione del canone di ragionevolezza²⁹ a presidio di quella tutela sistemica ai principi in conflitto che serve per evitare la tirannia dei valori di schmidiana memoria³⁰.

Il suddetto deficit di razionalità del divieto di licenziamento trova conferma anche nelle valutazioni di incongruenza sotto l'aspetto della politica economica e dell'occupazione; tant'è vero che una simile scelta non è stata adottata da paesi come Germania e Francia, o Gran Bretagna e Stati Uniti³¹, e l'Italia si segnala come l'unico tra i membri del G20 a vietare i licenziamenti per oltre un anno.

Al riguardo è stato infatti osservato che conservare il singolo posto di lavoro artificialmente non equivale sempre a raggiungere l'obiettivo di difendere e incrementare l'occupazione complessiva, così come offrire sempre nuovo credito a un'azienda non redditizia non la rimetterà in piedi³². Ed infatti, l'Italia, nella classifica dei peggiori Paesi per risultati economici e sociale nell'affrontare la pandemia, si colloca al quarto posto³³.

L'"eccezione italiana", cioè il puntare prevalentemente sul mix di sussidi e blocco licenziamenti, è stata ritenuta scelta miope di corto respiro, poiché

²⁸ Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201.

²⁹ Cfr., per tutti, PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *ED*, Agg. I, Giuffrè, 1997, p. 899.

³⁰ SCHMIDT, "La tirannia dei valori", Adelphi, 2008, pp. 88 e ss.

³¹ PROIA, *op. cit.*, pp. 687 e ss.

³² DRAGHI, *Rapporto al G30*.

³³ Fonte: Centro Studi Itinerari Previdenziali, che ha preso come riferimento vari indici, tra i quali quello dei decessi ogni 100 mila persone, e quello della variazione PIL 2020.

gli ammortizzatori dovrebbero essere utilizzati per accompagnare il cambiamento non per congelare lo *status quo* improduttivo. Più si protrae una tale situazione, e più le misure di sussidio di lavoro improduttivo, che non crea valore, diventano insostenibili, soprattutto in riferimento alla dimensione del debito italiano³⁴. A ciò si aggiunga l'effetto della scarsa efficienza/efficacia economica e di mercato per queste misure, in quanto molte imprese rischiano di emergere comunque in dissesto dalla crisi, con un tasso di insolvenza che, a fine 2020, è risultato pari a 16,7%; sicché i lavoratori rimangono vincolati a imprese poco produttive³⁵.

Queste considerazioni di *law & economics* contribuiscono a fondare l'ipotesi che, una volta soddisfatte le esigenze sociali dei lavoratori mediante il ricorso a pioggia degli ammortizzatori, la protrazione del divieto di licenziamento di posti soppressi assuma la connotazione, oltre che di una sorta di ansiolitico di massa, anche di un provvedimento caratterizzante la politica del lavoro di un governo che, trovatosi a fronteggiare la pandemia, si è rivelato molto attento alle richieste di determinate organizzazioni sindacali e, nel contempo, ha mostrato di adottare scelte a breve, se non brevissimo termine, tipiche di una fase politica di solidarismo populista.

Purtroppo, non sembra vi siano margini per una interpretazione costituzionalmente orientata delle varie norme sul blocco, in quanto, per come sono (mal)formulate, con quel loro rinvio indiscriminato al giustificato motivo oggettivo, sarebbe una forzatura testuale eccessiva riuscire a "ritagliare", all'interno di tale nozione, un distinguo nell'ambito dei licenziamenti a seconda delle varie tipologie di soppressione del posto.

6. *L'esclusione dal divieto dei licenziamenti per fatti inerenti alla persona del lavoratore mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata*

I problemi di costituzionalità sopra esposti si acuiscono al cospetto di tutte le fattispecie in cui il licenziamento è motivato, non dalla soppressione del posto, né quindi da una decisione organizzativa aziendale, bensì da fatti inerenti alla persona del lavoratore che lo rendono inidoneo, per svariati mo-

³⁴ FERRERA, *Lavoro l'eccezione italiana*, in *Corriere della Sera*, 7 agosto 2020; BOERI, *Perché il divieto di licenziamento non è una buona idea*, in *Repubblica*, 4 agosto 2020.

³⁵ CARUSO, *op. cit.*, p. 28.

tivi, alla svolgimento delle mansioni, venendo a configurare una sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione, oppure che possono comunque causare pregiudizi all'attività aziendale o al suo regolare funzionamento, come nel caso di condotte che incidano negativamente sulla credibilità e/o immagine dell'azienda, anche se non integrano un inadempimento³⁶.

Si tratta di fattispecie che la prevalente giurisprudenza e dottrina³⁷, hanno ricondotto nell'ampio contenitore del giustificato motivo oggettivo, la cui norma a precetto generico si presta a ricomprendere tutti i fatti estranei all'inadempimento che presentino le suddette caratteristiche. Neppure mancano sentenze che ritengono applicabile la giusta causa nella sua versione "oggettiva", che prescinde da un inadempimento, anche qui utilizzando l'altra norma a precetto generico dell'art. 2119 cod. civ.

La casistica al riguardo è variegata: si va dalla sopravvenuta inidoneità fisica³⁸, alla perdita dei requisiti indispensabili per lo svolgimento della prestazione, quali, ad esempio, il titolo di studio, il porto d'armi³⁹, il permesso di soggiorno⁴⁰, la patente di guida, il tesserino doganale⁴¹, fino ad arrivare alla sopravvenuta inidoneità professionale per la perdita dei requisiti anche morali o di immagine della persona oggettivamente richiesti per lo svolgimento di particolari mansioni, come, ad esempio, la fattispecie prevista dall'art. 3, co. 6, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, riguardante "la legittimità degli atti diretti all'esclusione dello svolgimento della prestazione che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile".

Il problema si pone in quanto tutte le norme che si sono susseguite sul divieto del licenziamento fanno indiscriminato riferimento al recesso per "giustificato motivo oggettivo" senza alcuna distinzione.

È però evidente che si tratta di tipologie di licenziamenti che nulla hanno a che vedere con l'emergenza sanitaria causata dal Covid. Anche in

³⁶ Per quest'ultimo aspetto, cfr., ad esempio, Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in *NGL*, 1998, 731.

³⁷ Cfr. da ultimo, FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016, pp. 84 e ss.; DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Cleup, 2018, pp. 105 e ss.; PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004, 147 e ss.

³⁸ Cfr., ad es., Cass. 31 gennaio 2004, n. 1404, in *MGL*, 2004, 570; Cass. 26 maggio 2001, n. 7192, in *RIDL*, 2002, II, 205.

³⁹ Cfr., ad es., Cass. 25 luglio 2006, n. 16924, in *MGL*, 2007, 77.

⁴⁰ Cfr., ad es., Cass. 11 luglio 2001, n. 9407, in *MGL*, 2001, 1842.

⁴¹ Cfr., ad es., Cass. 16 maggio 2000, n. 6363, in *MGL*, 2000, 937.

queste situazioni, l'inutilizzabilità del lavoratore, qui per fatti estranei alla volontà del datore di lavoro, non è suscettibile di venire meno una volta terminato lo stato di emergenza, non essendo quindi prospettabile quella sorta di speranza o presunzione di riattivazione del rapporto di lavoro nel post pandemia, come si è visto sopra (par. 4 e 5). Tutto si ridurrebbe, dunque, ad un improprio, o fraudolento, utilizzo della Cassa Integrazione. Sicché il divieto nei confronti di tali licenziamenti non si giustifica con nessuna delle ipotizzabili *rationes* collegate con la pandemia, a meno che non si intenda farsi trascinare dall'argomento emotivo c.d. "Epidemio"⁴² che si è visto sub par. 2. Neppure l'argomento "finale" dell'ordine pubblico anche sanitario può essere invocato per impedire che il datore licenzi, ad esempio, il maestro pedofilo nella vita privata, o il cassiere di Banca condannato per truffa nella sua vita privata, ecc., oltretutto costringendolo a collocare in Cassa Integrazione il dipendente con una falsa dichiarazione nel momento in cui la deve avanzare la relativa richiesta con la causale "Emergenza Covid". Nè vale obiettare che in questi casi si potrebbe evitare il divieto qualificando il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, in quanto spesso è difficile rintracciare un inadempimento contrattuale del lavoratore, trattandosi di condotte extra lavorative, per cui dottrina e giurisprudenza tendono a ricondurre questi licenziamenti al giustificato motivo oggettivo per sopravvenuta inidoneità professionale⁴³.

L'irrazionalità dell'inclusione nel divieto di questa tipologia di licenziamenti emerge anche sul piano sanzionatorio, in quanto, indipendentemente dalla volontà del datore di lavoro, il più delle volte risulterà impossibile ottemperare all'ordine di reintegrazione, proprio perché il lavoratore non è più idoneo fisicamente o non possiede più i titoli indispensabili per lo svolgimento della prestazione, dando per scontata, ovviamente, la sua inutilizzabilità alternativa.

Pertanto una norma il cui effetto fosse quello di vietare, per oltre un anno, un licenziamento del tipo sopra individuato, che non ha alcuna attinenza con la pandemia, violerebbe l'art. 41 Cost., perché attuerebbe un bilanciamento tra i valori della libertà d'impresa e tutela del lavoro "in modo irragionevole e sproporzionato"⁴⁴; e ciò sempre sul presupposto che il reddito

⁴² Cfr. par. 2.

⁴³ PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004.

⁴⁴ GARILLI, *op. cit.*, 604; DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca*

al lavoratore licenziato è comunque assicurato dall'ammortizzatore sociale, senza necessità di limitare la libertà economica del datore di lavoro.

Non si pone invece nessuno di questi problemi una delle prime pronunce di merito che acriticamente ha sancito la nullità, con reintegrazione piena, di un licenziamento intimato per sopravvenuta e definitiva inidoneità a qualsiasi mansione proprie della categoria operaia di appartenenza⁴⁵; la decisione tenta di sfuggire alla questione di costituzionalità sostenendo che solo all'esito della parentesi pandemica si sarebbe potuto verificare la possibilità del ripescaggio, senza rendersi conto che, così ragionando, è andata anche in contrario avviso con il consolidato orientamento della Cassazione secondo cui il giudizio sulla definitività dell'inidoneità e del *repechage* deve essere effettuato con valutazione *ex ante*⁴⁶; oltretutto, nel caso di specie, con l'ulteriore effetto paradossale di una reintegrazione impossibile da effettuare, stante il divieto per il datore di adibire il lavoratore a qualsiasi mansione a tutela della salute dello lavoratore stesso, restando quindi come unica alternativa una richiesta di Cassa integrazione per fittizia causale "emergenza Covid", salvo che il lavoratore non opti per l'indennità sostitutiva alla reintegra, con buona pace della finalità della tutela dei posti di lavoro perseguita dal blocco (cfr. par. 7).

Proprio per evitare simili applicazioni irragionevoli della disciplina speciale e emergenziale del blocco, occorre dunque verificare se sussistano gli estremi per un'eventuale interpretazione costituzionalmente orientata di quel riferimento al "giustificato motivo oggettivo", presente in tutte le norme sul divieto, che porti ad escludere la tipologia di licenziamenti che non consistono nella soppressione del posto occupato dal lavoratore licenziato. Qui infatti appare esserci un qualche margine per un'operazione interpretativa conforme a Costituzione rispetto invece al licenziamento per motivi oggettivi in senso stretto, cioè motivati appunto dalla soppressione del posto.

Al riguardo si può anche supporre la scarsa consapevolezza del legislatore in ordine alla vastità dell'ambito di applicazione giurisprudenziale della nozione di giustificato motivo oggettivo; altrimenti, probabilmente, si sarebbero utilizzate altre espressioni, quali licenziamenti "economici" o, appunto,

delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", it – 424/20, 9; *contra* SCARPELLI, *op. cit.*, p. 322.

⁴⁵ Trib. Ravenna, 7 gennaio 2021, in *GL*, 2021, 25.

⁴⁶ Cfr. giurisprudenza citata a nota 13.

per “soppressione del posto”, oppure si sarebbe recepita la medesima formulazione della norma del blocco postbellico dei licenziamenti, la quale prevedeva la non applicabilità del divieto nei casi in cui la risoluzione fosse consentita “per fatto del lavoratore”⁴⁷. Ma questa considerazione non è sufficiente, perchè si potrebbe sempre opporre l’argomento dell’*ubi lex voluit ibi dixit, ubi noluit tacuit*, anche se l’approssimazione tecnica dei testi normativi della legislazione emergenziale potrebbe suggerire di non dare eccessivo peso a detto canone interpretativo.

Per tentare di evitare l’incostituzionalità della norma, le opzioni sembrano allora due.

La prima consiste nell’interpretare restrittivamente il riferimento al “giustificato motivo oggettivo”, per assegnargli lo stesso significato della precedente norma sul blocco dei licenziamenti post bellico, che, come si è visto, opportunamente escludeva dal divieto tutti quelli “per fatto del lavoratore”; si tratterebbe, in sostanza, di riportare l’espressione al suo campo originariamente segnato dall’art. 3, l. 15 luglio 1966 n. 604, che pone una distinzione netta tra eventi che si riferiscono alla sfera giuridica del lavoratore, espressa con il giustificato motivo soggettivo, e quelli che invece “prescindono totalmente dalla persona del lavoratore, rientranti nell’altra ipotesi di giustificato motivo oggettivo”⁴⁸. È ovvio che una simile lettura si allontanerebbe dall’interpretazione comunemente accolta, secondo cui nell’art. 3 rientrano anche i fatti attinenti alla persona del lavoratore, ma è altrettanto evidente che qui si tratterebbe di un’interpretazione applicabile solo in relazione alla norma eccezionale sul divieto di licenziamenti al fine di evitarne l’incostituzionalità.

Una simile interpretazione restrittiva del rinvio all’art. 3, l. 604/66, da parte della disciplina emergenziale sul blocco, si spiega con la natura di norme eccezionali di tali disposizioni, nella misura in cui vanno a limitare un diritto costituzionale di libertà economica; ciò consente di enucleare una nozione di giustificato motivo oggettivo più circoscritta, appunto di carattere emergenziale, conforme a Costituzione, per il necessario bilanciamento del con-

⁴⁷ DE LUCA, *op. cit.*, p. 9; sulla vicenda storica del blocco post bellico dei licenziamenti, cfr. per tutti GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell’industria*, in Quaderni della RIDL, 1954, p. 8 e ss.

⁴⁸ Così, NAPOLI, *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Giuffrè, 1980, pp. 235 e ss., 353, 358 e ss. Per questa originaria interpretazione cfr. anche TOSI, *Il dirigente d’azienda*, FrancoAngeli, 1974, p. 193.

trapposto diritto del datore di lavoro, applicabile alla sola disciplina sul divieto del licenziamento dovuta al Covid. Del resto, si è pur sempre al cospetto di interpretazioni di una norma a precetto generico, che non specifica in cosa consistano le “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esse”. Oltretutto nella stessa giurisprudenza non sono mancate sentenze che hanno applicato a questo tipo di licenziamenti non l’art. 3, l. 604/66, bensì gli istituti risolutivi di diritto comune delle obbligazioni e dei contratti, previste dagli artt. 1256, 1463 e 1464 cod. civ.⁴⁹.

La seconda opzione interpretativa per escludere dal divieto i licenziamenti per fatti inerenti alla persona del lavoratore, è quella di applicare a tali fattispecie l’art. 2119 cod. civ., estraneo alla normativa sul blocco. Il richiamo alla giusta causa non deve meravigliare in quanto in giurisprudenza si è ritenuto legittimo il recesso in tronco, senza preavviso, anche in presenza di fatti che non costituivano inadempimento, bensì comportavano la inutilizzabilità della prestazione, per le ragioni che si sono viste sopra. Ad esempio, la Cassazione ha ritenuto giustificato ai sensi dell’art. 2119 cod. civ. il licenziamento motivato per sopravvenuta inidoneità, totale e definitiva, del lavoratore allo svolgimento delle mansioni, laddove non vi era alcuna possibilità di svolgere mansioni alternative neppure per il periodo del preavviso⁵⁰; oppure ha applicato la giusta causa anche ai licenziamenti motivati da comportamenti extralavorativi, non comportanti un inadempimento, tenuti dal dipendente nella sua vita privata, tali da renderlo professionalmente inidoneo alla prosecuzione del rapporto, soprattutto nei casi in cui tali comportamenti, in ragione della particolarità delle mansioni, erano tali da incidere negativamente sull’immagine del datore di lavoro, come ad esempio, nel caso di cassiere di banca trovato in possesso di notevoli quantitativi di materiale di contrabbando ovvero di sostanze stupefacenti nella propria abitazione⁵¹.

⁴⁹ Cfr. ad es. Cass. 28 gennaio 2014, n. 1591, in *MGL*, 2014, n. 4, 315; Cass. 24 febbraio 2003, n. 2803, in *FI*, 2003, I, 2764; Cass. 14 agosto 1991, n. 8855; Cass. 17 giugno 1997, n. 5416, in *FI*, Rep. 1997, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1528; Cass. 14 dicembre 1999, n. 14065, in *FI*, 2000, I, 51; Cass. 5 agosto 2000, n. 10322, in *FI*, Rep. 2000, voce *Sanità pubblica*, n. 369.

⁵⁰ Cass. 9 maggio 2019, n. 12372, in *DRI*, 2020, n. 2, 540, con nota di PISANI, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e giusta causa*; Cass. 29 marzo 2010, n. 7531, in *MGL*, 2011, 59; Cass. 21 luglio 2017, n. 18020, in *GL*, 2017, n. 36, 44; Cass. 29 luglio 2013, n. 18196, in *FI*, Rep. 2013, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 639.

⁵¹ Cass. 2 agosto 2010, n. 17969, in *MGL*, 2011, n. 3, 158; Cass. 10 novembre 2017, n. 26679, in *GL*, 2017, n. 50, 32; Cass. 21 luglio 2004, n. 13526, in *GL*, 2004, n. 40, 36; Cass. 10 dicembre

La nozione di giusta causa rappresenta dunque un'altra risorsa interpretativa per evitare l'incostituzionalità del rinvio indiscriminato al giustificato motivo oggettivo operato dalla normativa sul divieto del licenziamento, in relazione a quei licenziamenti basati su fatti estranei all'emergenza Covid, pur non integranti un inadempimento, la cui impellenza e gravità non consente oggettivamente "la prosecuzione anche provvisoria del rapporto". Sicché probabilmente non occorre neppure ricorrere all'interpretazione costituzionalmente orientata, in ragione dell'ampiezza della norma a precetto generico di cui all'art. 2119 cod. civ., dalla quale enucleare anche una componente "oggettiva" della giusta causa, distinta solo quantitativamente dal giustificato motivo oggettivo e modellata simmetricamente rispetto alla giusta causa in senso soggettivo. Resta infatti indimostrato, apparendo più oggetto di rifiuto aprioristico che di convincente confutazione, perché la perdita del preavviso per il concorso di una giusta causa sia inaccettabile o improponibile in caso di licenziamento per un motivo oggettivo, qualora questo sostanzi una ragione tale da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto⁵².

7. *L'interpretazione costituzionalmente orientata in ordine al regime sanzionatorio per la violazione del divieto*

Un altro aspetto critico riguarda le conseguenze sanzionatorie, sulle quali le norme che dispongono il blocco nulla prevedono.

Che si tratti di un divieto di licenziamento non pare dubbio; i problemi sorgono in relazione alla individuazione della disciplina applicabile a quella che deve essere ritenuta una nullità del licenziamento intimato in violazione appunto del divieto, e non semplicemente una sua provvisoria inefficacia.

2002, n. 17562, *ivi*, n. 5, 2003, 37; Cass. 19 febbraio 1988, n. 1762, in *GI*, 1989, I, 1202; Cass. 3 luglio 1985, n. 4336, in *RIDL*, 1986, II, 609.

⁵² MAZZIOTTI F., *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, 1983, pp. 115 e 116; MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza*, Cedam, 1983, pp. 100-101; VALLEBONA, *Lavoro e vita privata*, in *MGL*, 1999, 1154; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, pp. 115-116; anche prima della l. n. 604/66, in relazione agli accordi interconfederali, GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Quaderni della RIDL*, 1954, p. 53; Cfr. MANCINI, in relazione al rapporto, prima della l. n. 604/66, tra l'art. 2119 cod. civ. e l'art. 1464 cod. civ., *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro, II, Il recesso straordinario*, Giuffrè, 1965, p. 131.

Al riguardo il richiamo, che si da generalmente quasi per scontato, al regime di tutela reale piena di cui agli artt. 18, co. 1 e 2, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, va rimeditato, alla luce di alcune conseguenze paradossali e irrazionali, e quindi incostituzionali, che potrebbe condurre l'applicazione di tale apparato sanzionatorio speciale rispetto a quello previsto dalla nullità di diritto comune, soprattutto in riferimento alle fattispecie di licenziamenti estranei all'emergenza Covid, visti nei paragrafi precedenti, ove non si ritenesse di escluderli dal blocco.

Occorre infatti tenere conto che il regime di tutela reale piena prevede anche la facoltà per il lavoratore, una volta ottenuta la reintegra, di optare per l'indennità sostitutiva, rinunciando così al rapporto.

Questo effetto non è affatto coerente con la finalità della norma imperativa in questione, che è quella di evitare problemi di ordine pubblico, tensioni sociali, ecc., derivanti dalla "perdita" dei posti di lavoro. Il diritto costituzionale di libertà economica del datore è sacrificato dalla normativa emergenziale non certo per far monetizzare al dipendente la rinuncia al posto di lavoro, oltretutto in aggiunta al risarcimento per il medio tempore e al sussidio derivante dall'ammortizzatore sociale. Pertanto, la norma sull'indennità sostitutiva alla reintegra è contraria alla *ratio* del divieto del licenziamento, diretta invece a preservare il posto e non solo il reddito del lavoratore, a costo di sacrificare la libertà economica di impresa.

La norma emergenziale che consentisse simili conseguenze non attuerebbe un bilanciamento razionale tra i contrapposti diritti costituzionali, violando quindi il criterio della ragionevolezza e proporzionalità (cfr. par. 5).

Anche per questo aspetto vanno dunque valutati i margini per una interpretazione costituzionalmente orientata. In tal senso, pare ragionevole applicare alla violazione del divieto il regime della nullità di diritto comune, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, come per il blocco post bellico negli anni 1945-47, per contrarietà dell'atto a norma imperativa, invece di quello speciale previsto dagli artt. 18, co. 1, St. lav., 2, d.lgs. 23/15. Si tratta, del resto, del regime già applicato, ad esempio, per i licenziamenti orali nell'area della tutela obbligatoria prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 18 St. lav.

Oltretutto, a questa conclusione si potrebbe giungere senza neppure ricorrere alla interpretazione conforme a costituzione per quanto riguarda i licenziamenti collettivi in violazione del divieto, poiché non ricorre nessuna delle ipotesi regolate dalla l. 223/91, nonché, in relazione ai licenziamenti a

cui è applicabile l'art. 2, d. lgs. 23/15, valorizzando il richiamo ivi contenuto soltanto ai casi di nullità previsti “espressamente” dalla legge, che non è il nostro caso⁵³.

⁵³ Cfr. GARILLI, *op. cit.*, p. 605; più in generale, cfr. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *GL*, 2015, p. 2015; M. C. CATAUDELLA, *Nullità testuali e virtuali al tempo del Jobs Act*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro-Passarelli, “Giurista della contemporaneità”*, Liber Amicorum. Giappichelli, 2018, p. 84; BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, 2017, pp. 101 e ss.

Abstract

L'articolo esamina criticamente la normativa sul blocco dei licenziamenti, reiterata anche dopo il *lockdown*. Si evidenziano i profili di incostituzionalità nei casi di licenziamenti per soppressione del posto che prescinde totalmente dagli aspetti economici dell'emergenza sanitaria; i dubbi su un razionale bilanciamento tra il diritto di protezione sociale del lavoratore e quello di libertà economica del datore di lavoro, sorgono soprattutto di fronte al fatto che al lavoratore viene comunque garantito il reddito anche in caso di licenziamento, per cui il sacrificio del datore di lavoro non sembra indispensabile per la tutela del diritto sociale del lavoratore, nei casi in cui si tratti di un licenziamento basato sulla soppressione autenticamente definitiva di un posto di lavoro che non ha alcuna speranza di essere ripristinato anche dopo la pandemia. Questi problemi si acuiscono al cospetto dei licenziamenti motivati da fatti inerenti alla persona del lavoratore, che nulla hanno a che vedere con l'emergenza sanitaria. L'articolo pertanto tenta di individuare alternative interpretative, costituzionalmente orientate, che consentano di escludere queste fattispecie dal blocco dei licenziamenti.

This article critically examines the legislation on the freezing of dismissals, which has been repeated even after the lockdown. It highlights the profiles of unconstitutionality in cases of dismissal due to the job suppression that is totally unrelated to the economic aspects of the health emergency. Doubts over a rational balance between the employee's right to social protection and the employer's right to economic freedom arise especially in view of the fact that the employee is guaranteed an income even in the event of dismissal – the sacrifice imposed on the freedom of the employer doesn't seem so indispensable for the protection of the employee's income, especially if the dismissal is due to a real suppression of the job that cannot be restored even after the pandemic. These problems intensify in the case of dismissals based on personal circumstances, that have nothing to do with the health emergency. This article therefore tries to identify some constitutionally oriented interpretative alternatives that would make it possible to exclude these cases from the freezing of dismissals.

Keywords

Blocco dei licenziamenti, lockdown, emergenza sanitaria, incostituzionalità.

Freezing of dismissals, lockdown, health emergency, unconstitutionality.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Seconda Sezione) – 16 luglio 2020 – C-658/18; Pres. e Rel. Arabadjiev, Avv. Gen. Kokott – UX c. Governo della Repubblica italiana

Rinvio pregiudiziale – Ricevibilità – Art. 267 TFUE – Nozione di “giurisdizione nazionale” – Criteri – Politica sociale – Direttiva 2003/88/CE – Ambito di applicazione – Art. 7 – Ferie annuali retribuite – Direttiva 1999/70/CE – Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato – Clausole 2 e 3 – Nozione di “lavoratore a tempo determinato” – Giudici di pace e magistrati ordinari – Differenza di trattamento – Clausola 4 – Principio di non discriminazione – Nozione di “ragioni oggettive”.

L'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che il Giudice di pace (Italia) rientra nella nozione di “giurisdizione di uno degli Stati membri”, ai sensi di tale articolo.

L'art. 7, paragrafo 1, della dir. 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'art. 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che un giudice di pace che, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di “lavoratore”, ai sensi di tali disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che la

nozione di “lavoratore a tempo determinato”, contenuta in tale disposizione, può includere un giudice di pace, nominato per un periodo limitato, il quale, nell’ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

La clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura nell’allegato della direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che non prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell’ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di “lavoratore a tempo determinato”, ai sensi della clausola 2, punto 1, di tale accordo quadro, e in cui si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

★ ★ ★

Edoardo Ales, Antonio Riefoli*

Funzionari “onorari” o lavoratori?

Lo status dei giudici di pace italiani nella sentenza della Corte di Giustizia: primi riflessi sull’ordinamento interno

Sommario: 1. Premessa. 2. Il caso sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia. 3. Riconducibilità del giudice di pace alla nozione di lavoratore. 4. Applicabilità del principio di non discriminazione: il magistrato ordinario “comparabile” e la sussistenza di ragioni oggettive idonee ad escludere l’operatività del principio. 5. I riflessi sull’ordinamento interno: le prime decisioni applicative dei principi enunciati dalla Corte di giustizia e la posizione della Corte costituzionale.

1. Premessa

Dopo alcuni (non riusciti) tentativi di sottoporre alla Corte di Giustizia la questione inerente alla propria situazione di (asserita) precarietà¹ sotto il profilo delle condizioni di impiego/servizio, la caparbietà dei giudici di pace italiani è stata premiata e per la prima volta la Corte, dichiarando ricevibili due (dei tre) quesiti pregiudiziali formulati dal giudice di pace di Bologna², si è pronunciata, con la sentenza che qui si annota³, sul loro peculiare *status* di magistrati “onorari” e, più specificamente, sul diritto, dagli stessi reclamato, di fruire, in quanto “lavoratori” ai fini dell’applicazione delle direttive sul-

* La nota è frutto di una riflessione comune. Devono, tuttavia, essere attribuiti a Edoardo Ales i par. 1 e 2 e ad Antonio Riefoli i par. 3, 4 e 5.

¹ V. C. Giust., ordinanza del 6 settembre 2018, *Di Girolamo*, C-472/17, ordinanza del 17 gennaio 2019, *Cipollone*, C-600/17, ordinanza del 17 gennaio 2019, *Rossi ed altri*, C-626/17, ordinanza del 17 dicembre 2019, *Di Girolamo*, C-618/18. Tali ordinanze hanno dichiarato irricevibili quattro rinvii pregiudiziali formulati da giudici di pace italiani (L’Aquila e Roma) e vertenti sulla medesima materia decisa dalla sentenza qui in commento.

² La Corte ha statuito, con la sua prima pronuncia (di tipo procedurale), rispondendo al primo quesito pregiudiziale posto dal magistrato remittente, che l’art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice di pace italiano rientra nella nozione di giurisdizione di uno degli Stati membri in quanto organismo di origine legale, a carattere permanente, deputato all’applicazione di norme giuridiche e in condizioni di indipendenza.

³ Per un primo commento alla sentenza qui annotata v. DE MICHELE, *La sentenza della Corte di giustizia sui magistrati onorari italiani*, in *Europeanrights.eu*, 2020. Con riferimenti alla giurisprudenza domestica, v. POSO, *Ufficiale (di complemento) e gentiluomo, ma anche subordinato? Iudex honorarius, de te fabula narratur*, in *Labor*, 23 gennaio 2021.

l'orario di lavoro e sul contratto a tempo determinato, di ferie annuali retribuite in misura equivalente a quella riconosciuta dalla normativa italiana ai magistrati ordinari. La sentenza non giunge, tuttavia, inaspettata, essendo rinvenibili, quali (autorevoli) prodromi della stessa, due (quasi coeve) “decisioni” con cui la Commissione Europea e il Comitato Europeo dei diritti sociali si erano pronunciati in senso favorevole alle rivendicazioni formulate dai giudici onorari italiani. Con nota del 10 giugno 2016 la Commissione Europea aveva, infatti, comunicato allo Stato italiano il rigetto della risposta dallo stesso fornita alla richiesta di chiarimenti formulata, attraverso il sistema *Eu-Pilot*⁴, in merito “all’incompatibilità delle condizioni di lavoro dei magistrati onorari e dei vice procuratori onorari in Italia con diverse disposizioni della normativa *Ue*” e, per quel che qui più interessa, in merito ad alcune denunce, ricevute dai servizi ispettivi della Commissione, secondo le quali “i magistrati onorari e i vice procuratori onorari non beneficiano di alcun diritto a un periodo minimo di ferie annuali retribuite”. Con decisione del 5 luglio 2016 (pubblicata il 16 novembre 2016)⁵, poi, il Comitato Europeo dei diritti sociali accoglieva il reclamo collettivo n. 102/2013 con cui l'Associazione nazionale dei giudici di pace aveva dedotto la violazione, da parte dello Stato italiano, dell'art. 12 (“Diritto alla sicurezza sociale”) della Carta sociale europea e la sussistenza di una discriminazione, in materia di tutele previdenziali e assistenziali, rispetto ai magistrati ordinari e ad altre categorie di magistrati onorari.

La “reazione” del Governo italiano alle “sollecitazioni” della Commissione Europea e del Comitato Europeo dei diritti sociali si è concretata nell'emanazione del d.lgs. 13 luglio 2017 n. 116, recante “Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della l. 28 aprile 2016 n. 57”⁶. Le nuove disposizioni sulla magistratura onoraria conte-

⁴ La nota della Commissione europea del 10 giugno 2016 (procedura 7779/15/EMPL) è riportata integralmente in calce al contributo di PROTO PISANI, *La magistratura onoraria tra commissione europea e (tentata) furbizia italiana*, in *FI*, 2018, n.1, parte V, pp. 42-47.

⁵ Rinvenibile, in lingua inglese, al seguente link: <http://hudoc.esc.coe.int/eng?i=a-102-2013-dmerits-en>. Per un approfondito commento sulla decisione v. BIONDI, *Il diritto alla sicurezza sociale: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo dell'Associazione Nazionale dei Giudici di pace e le sue ricadute sulla riforma della magistratura onoraria*, in *OC*, 2017, 2.

⁶ Con il d.lgs. 116/17 il legislatore ha, infatti, come noto, introdotto alcune forme di tutela in favore dei giudici onorari, quali: il pagamento di un'indennità annua che si compone di una parte fissa (pari ad euro 16.140 lordi e che viene corrisposta anche durante il periodo feriale in

nute nel d.lgs. 116/17 non sono, tuttavia, applicabili, *ratione temporis*, alla fattispecie concreta sulla quale la Corte di Giustizia ha dovuto pronunciarsi nella sentenza qui in commento.

2. Il caso sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia

La ricorrente nel procedimento principale (“UX”) svolge la funzione di giudice di pace dal 2002 e, nel periodo compreso tra il 1° luglio 2017 e il 30 giugno 2018, ha definito circa 1.800 procedimenti, tenendo due udienze alla settimana, tranne che nel periodo di agosto, durante il quale i termini processuali sono sospesi. A fronte dello svolgimento di tali attività, UX ha percepito le indennità previste dalla l. 21 novembre 1991 n. 274⁷. Nell’agosto 2018, UX, stante la sospensione feriale, non ha svolto alcuna attività e, di conseguenza, non ha percepito alcuna indennità. L’8 ottobre 2018 UX ha presentato, quindi, al giudice di pace di Bologna un ricorso per decreto ingiuntivo volto ad ottenere la condanna del Governo della Repubblica italiana al pagamento dell’importo di euro 4.500, corrispondente alla retribuzione per il mese di agosto 2018 che spetterebbe ad un magistrato ordinario (che, in base alla normativa italiana, ha diritto a 30 giorni di ferie retribuite) con la sua stessa anzianità di servizio, a titolo di risarcimento dei danni che essa ritiene di aver subito per la manifesta violazione, da parte dello Stato italiano, della clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e dell’art. 7 della dir. 2003/88 sull’orario di lavoro, nonché dell’art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea⁸. Il giudice remittente ritiene, contrariamente ai supremi organi giurisdizionali italiani⁹, che i giudici di pace debbano essere considerati “lavoratori” ai sensi delle disposizioni della di-

cui l’attività è sospesa), e di una parte variabile di risultato; l’iscrizione (e il conseguente versamento dei contributi) alla gestione separata dell’INPS; la sospensione (con esclusione della dispensa) dell’incarico durante la malattia, l’infortunio e la gravidanza.

⁷ Circa 35 euro per ciascuna udienza, circa 55 euro per ogni processo assegnato e comunque definito o cancellato dal ruolo e, infine, circa 250 euro per ciascun mese di effettivo servizio a titolo di rimborso spese per l’attività di formazione, aggiornamento e per l’espletamento dei servizi generali di istituto.

⁸ In via subordinata, UX ha chiesto al giudice di pace di Bologna la condanna, allo stesso titolo, del Governo italiano al pagamento della minore somma di euro 3.039,76, calcolata sulla base dell’indennità netta percepita nel mese di luglio 2018.

⁹ Sulla posizione della giurisprudenza di vertice italiana si veda *infra* par. 5.

rettiva sull'orario di lavoro e dell'accordo quadro sul lavoro a termine. L'art. 24 del d.lgs. 116/17, che ora prevede, in favore dei giudici di pace, un'indennità per il periodo feriale, non è, del resto, evidenza il giudice remittente, applicabile, *ratione temporis*, alla ricorrente nel procedimento principale. Il giudice di pace di Bologna ha deciso, quindi, di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia cinque questioni pregiudiziali, ridottesì successivamente a tre a seguito del ritiro, da parte del medesimo giudice, della quarta e della quinta, con conferma, invece, delle questioni dalla prima alla terza. La Corte di Giustizia ha dichiarato irricevibile la terza questione e si è pronunciata, nel modo che analizzeremo *infra*, sulle prime due.

3. *Riconducibilità del giudice di pace alla nozione di lavoratore.*

I passaggi di maggior interesse della sentenza in commento sono quelli in cui la Corte affronta la (dirimente) questione della configurabilità del giudice di pace italiano come “lavoratore” ai fini dell'applicazione della direttiva sull'orario di lavoro e di quella sul contratto a tempo determinato. Nell'esaminare la prima delle tre “sotto-questioni”, in cui la Corte ha ritenuto “scomponibile” il secondo quesito pregiudiziale, i giudici lussemburghesi entrano subito *in medias res* evidenziando come, ai fini dell'applicazione della dir. n. 2003/88/CE, la nozione di “lavoratore” abbia una portata autonoma, propria del diritto dell'Unione e “...non possa, conseguentemente, essere interpretata in modo da variare a seconda degli ordinamenti nazionali”, occorrendo garantire l'uniformità dell'ambito di applicazione, *ratione personae*, del diritto dei lavoratori a fruire di ferie annuali retribuite. Tale nozione “autonoma” di lavoratore è desumibile, in tale ambito, dal consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario¹⁰ secondo il quale “...deve essere qualificata come ‘lavoratore’ ogni persona che svolga attività reali ed effettive, restando escluse quelle attività talmente ridotte da poter essere definite puramente marginali e accessorie” nonché dall'altrettanto costante indirizzo interpretativo¹¹ secondo il quale “...la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, pre-

¹⁰ Cfr., *ex pluribus*, sentenza della C. Giust. del 26 marzo 2015, *Fenoll*, C 316/13, punto 27.

¹¹ Cfr. sentenze della C. Giust. del 14 ottobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, punto 28 e del 20 novembre 2018, *Sindicatul Familia Constan a e a.*, C-147/17, punto 41.

stazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione”. Si tratta dell’ampia nozione “euro-unitaria” di lavoratore subordinato¹² inizialmente elaborata dalla Corte di giustizia nell’ambito della libertà di circolazione di cui all’art. 45 del TFUE e successivamente estesa ad altri settori di intervento dell’Unione come quelli, di matrice sociale, della parità di trattamento tra uomini e donne e, per ciò che qui più interessa, della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Come noto, infatti, la dir. n. 2003/88/CE stabilisce (art. 1, par. 1) “prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell’orario di lavoro” e, dunque, l’utilizzo, in tale contesto, della suddetta nozione “euro-unitaria” di lavoratore subordinato si giustifica “in ragione dell’esigenza di scongiurare applicazioni disomogenee, all’interno degli Stati membri, di principi di tutela che costituiscono parte centrale dell’*ordre public social* europeo”¹³. Al contempo, il diritto alle ferie annuali retribuite viene costantemente individuato, nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁴, quale “*fundamental social right* sovranazionale”¹⁵.

I giudici di Lussemburgo rammentano, poi, come la valutazione circa la riconducibilità, in concreto, di una determinata figura alla suddetta nozione “comunitaria” di lavoratore spetti al giudice nazionale il quale deve basare tale valutazione su criteri obiettivi che tengano conto di tutte le circostanze del caso e, in particolare, della natura delle attività interessate e del rapporto (diritti ed obblighi) esistente tra le parti. I giudici europei evidenziano, tuttavia, come la Corte possa fornire al giudice remittente canoni interpretativi di cui questi dovrà tener conto. Nel caso in esame, la Corte indica una serie di criteri ermeneutici molto stringenti che ben poco spazio paiono, in realtà, lasciare alle valutazioni del giudice del rinvio. Anzitutto, la Corte precisa come la natura giuridica *sui generis* attribuita dal diritto nazionale ad un rapporto di lavoro (nella fattispecie concreta *de qua*, la natura “onoraria”) non abbia alcuna rilevanza ai fini dell’accertamento dello *status* di “lavoratore” ai

¹² V. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell’Unione europea*, in *RDSS*, 2018, pp. 207-227. V. anche ALES, ‘Worker’ (and) ‘Mobility’ in the Case Law of the Court of Justice EU on Free Movement: A Critical Appraisal, in MÜLLER, RUDOLPH, SCHNYDER, VON KÄNEL, WAAS (Hrsg.), *Festschrift für Wolfgang Portmann*, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, p. 31.

¹³ Così GIUBBONI, *op. cit.*, p. 220.

¹⁴ Cfr., *ex multis*, sentenze della C. Giust. del 6 novembre 2018, *Bauer e Willmeroth*, C-569/16 e C-570/16, punto 58 e del 12 giugno 2014, *Bollacke*, C-118/13, punto 22.

¹⁵ Così BRONZINI, *Il “trittico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza*, in *Federalismi.it*, 2019, 10, p. 6.

sensi del diritto comunitario¹⁶. La Corte, poi, rileva come le prestazioni svolte dalla ricorrente nel procedimento principale siano “reali ed effettive” e ritiene “considerevoli” i compensi percepiti dalla stessa.

La Corte soggiunge, infine, come il giudice del rinvio dovrà, per completare l’opera qualificatoria *de qua*, accertare la sussistenza di un “vincolo di subordinazione” tra le parti (*id est* tra i giudici di pace e il Ministero della Giustizia). Anche a tal riguardo, la Corte fornisce criteri di valutazione piuttosto stringenti. Ai fini della verifica della sussistenza del vincolo di subordinazione occorre prendere in esame, evidenzia, infatti, la Corte, le (concrete) modalità di organizzazione dell’attività dei giudici di pace, modalità che si caratterizzano per i seguenti (salienti) aspetti: obbligo di rispettare tabelle che indicano la composizione dell’ufficio di appartenenza, le quali regolano, nel dettaglio e in maniera vincolante, l’assegnazione dei fascicoli, le date e gli orari di udienza; obbligo di osservanza degli ordini di servizio del Capo dell’Ufficio giudiziario di appartenenza; obbligo di osservanza dei provvedimenti organizzativi speciali e generali del Consiglio superiore della magistratura; obbligo di costante reperibilità. Sulla base di tali circostanze, conclude perentoriamente la Corte, “risulta che i giudici di pace svolgono le loro funzioni nell’ambito di un rapporto giuridico di subordinazione sul piano amministrativo che non incide sulla loro indipendenza nella funzione giudicante”. In evidente linea di continuità con l’approccio “sostanzialista” costantemente tenuto nella pregressa giurisprudenza in materia, la Corte attribuisce, quindi, decisiva rilevanza al concreto atteggiarsi del rapporto *inter partes* e afferma, rispondendo alla prima “sotto-questione”, che “l’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88 e l’articolo 31, paragrafo 2, della Carta devono essere interpretati nel senso che un giudice di pace che, nell’ambito delle sue funzioni, effettua prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, può rientrare nella nozione di ‘lavoratore’, ai sensi di tali disposizioni”.

Risolta, nel modo sopra illustrato, la prima “sotto-questione”, la Corte affronta la seconda, inerente alla riconducibilità del giudice di pace alla nozione di “lavoratore a tempo determinato”. La Corte, pur seguendo un *iter* argomentativo diverso, reso necessario dalle specifiche previsioni concernenti

¹⁶ In tal senso la Corte si era già espressa in diverse pronunce. Tra le più recenti v. la sentenza del 26 marzo 2015, *Fenoll*, C-316/13, punto 31.

il campo di applicazione, *ratione personae*, contenute nella direttiva sul lavoro a termine, giunge a conclusioni sostanzialmente coincidenti con quelle formulate in riferimento alla direttiva sull'orario di lavoro. Mentre, invero, nell'esaminare la prima "sotto-questione", i giudici di Lussemburgo, vertendosi in materia di tutela della salute e della sicurezza, hanno potuto, come detto, far leva sulla nozione "comunitaria" (di matrice giurisprudenziale) di lavoratore, nel vagliare la seconda gli stessi hanno dovuto confrontarsi con un dato normativo (clausola 2 dell'accordo quadro) che, notoriamente, riserva agli Stati membri il compito di definire i termini "contratto di assunzione" o "rapporto di lavoro".

La Corte, tuttavia, richiamando alcuni propri (significativi) precedenti¹⁷, precisa come il potere definitorio rimesso agli Stati membri non sia illimitato, posto che esso deve essere esercitato in modo da "rispettare l'effetto utile della direttiva e i principi generali del diritto dell'Unione"¹⁸. Applicando tale portato al caso in esame, la Corte evidenzia, quindi, come la mera circostanza che un'attività professionale sia qualificata come "onoraria" dal diritto nazionale sia priva di rilievo ai fini dell'applicabilità dell'accordo quadro. Attribuire, infatti, rilevanza a tale definizione di diritto interno pregiudicherebbe seriamente l'efficacia pratica della direttiva nonché la sua applicazione uniforme negli Stati membri.

Affinché, infatti, l'esclusione di una categoria di persone, come i giudici di pace, dalle tutele di cui alla direttiva *de qua* possa considerarsi giustificata e non arbitraria è necessario che la natura del rapporto di lavoro intercorrente tra tali giudici e il Ministero della Giustizia sia sostanzialmente differente da quella che lega, secondo il diritto nazionale, i datori di lavoro ai propri dipendenti, dovendosi aver riguardo, a tal fine, alla distinzione tra lavoro subordinato e professione autonoma. Tale valutazione, sottolineano i giudici di Lussemburgo, è rimessa al giudice di rinvio al quale, tuttavia, la Corte può fornire alcuni criteri di cui lo stesso dovrà tener conto. Ebbene, gli elementi su cui il giudice remittente dovrà soffermarsi sono, in particolare, a giudizio

¹⁷ In particolare sentenza del 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, C 307/05, e sentenza del 1° marzo 2012, *O'Brien*, C 393/10.

¹⁸ Come evidenziato nelle conclusioni (par. 92) dell'Avvocato generale KOKOTT, la parità di trattamento e il divieto di discriminazione sanciti nella clausola 4 dell'accordo quadro fanno parte, infatti, dei principi generali del diritto comunitario e costituiscono "norme di diritto sociale dell'Unione di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela".

della Corte, le modalità di designazione e revoca dei giudici di pace e quelle di organizzazione del loro lavoro. I giudici lussemburghesi non sembrano attribuire particolare rilievo alle prime mentre, per quanto concerne le modalità di organizzazione del lavoro, richiamano quanto già affermato nell'ambito della risposta alla prima "sotto-questione" e, pur ribadendo che la valutazione circa la sussistenza di un rapporto giuridico di subordinazione spetta al giudice remittente, evidenziano come tale rapporto di subordinazione, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, sembri ricorrere nel caso di specie¹⁹. La Corte afferma, quindi, rispondendo alla seconda "sotto-questione", che "la clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che la nozione di 'lavoratore a tempo determinato', contenuta in tale disposizione, può includere un giudice di pace, nominato per un periodo limitato, il quale, nell'ambito delle sue funzioni, svolge prestazioni reali ed effettive, che non sono né puramente marginali né accessorie, e per le quali percepisce indennità aventi carattere remunerativo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare".

Dall'analisi delle argomentazioni formulate dalla Corte pare potersi desumere come, anche nell'ambito delle direttive concernenti i cosiddetti lavori "atipici", le cui disposizioni rimettono al legislatore nazionale l'individuazione del campo soggettivo di applicazione, la nozione "comunitaria" di lavoratore, di cui sopra si è detto, vada ormai affermandosi, in ragione di quella *vis expansiva* che le ha consentito di "conquistare" settori ben distanti da quello, in cui originariamente si è forgiata, della libera circolazione *ex art.* 45 TFUE²⁰.

¹⁹ Nessun dubbio, inoltre, sussiste, rileva la Corte (paragrafo 132), circa la durata determinata del rapporto, posto che l'incarico attribuito ai giudici di pace era limitato, ai sensi della disciplina previgente, ad un periodo di quattro anni, sia pure rinnovabile.

²⁰ Appare significativo, in tal senso, quanto previsto dall'art. 1, co. 2, della dir. (UE) 2019/1152 del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea. Si legge, infatti, in tale disposizione che "La presente direttiva stabilisce diritti minimi che si applicano a tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia".

4. *Applicabilità del principio di non discriminazione: il magistrato ordinario “comparabile” e la sussistenza di ragioni oggettive idonee ad escludere l’operatività del principio*

Statuizioni dal tono meno perentorio e, in generale, una maggiore cautela caratterizzano la risposta della Corte alla terza “sotto-questione”. Infatti, per quanto riguarda la questione della (piena) comparabilità tra i magistrati ordinari e i giudici di pace ai fini del riconoscimento, in favore di questi ultimi, delle medesime condizioni di impiego godute dai primi, il margine di “manovra” lasciato dalla Corte al giudice del rinvio è più ampio. L’articolato ragionamento della Corte prende avvio dall’affermazione (avallata da uniforme giurisprudenza²¹) secondo la quale il divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato costituisce un principio cardine del diritto sociale dell’Unione che, come tale, non può essere interpretato in modo restrittivo nonché dal rilievo per cui il diritto alle ferie annuali retribuite rientra incontrovertibilmente nella nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro.

Venendo, poi, alle questioni più rilevanti ai fini del decidere, i giudici di Lussemburgo rammentano come la clausola 3, punto 2, dell’accordo quadro definisca il “lavoratore a tempo indeterminato comparabile” come quel lavoratore che svolge un lavoro identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze, a quello espletato dal lavoratore a termine, evidenziando, a tal riguardo, come la valutazione sulla (effettiva) comparabilità vada effettuata tenendo conto di fattori quali la natura dell’attività, le condizioni di formazione e quelle di impiego²². Così delimitato il perimetro di indagine, la Corte osserva, quindi, come, in base ai dati che emergono dal fascicolo sottoposto alla propria attenzione, la ricorrente nel giudizio *a quo* potrebbe essere considerata comparabile ad un giudice togato che ha superato la terza valutazione di idoneità professionale e ha maturato un’anzianità di servizio di almeno quattordici anni, poiché essa ha svolto un’attività giurisdizionale equivalente a quella di un siffatto magistrato ordinario, con le medesime responsabilità sul piano amministrativo, disciplinare e fiscale, ed è stata conti-

²¹ La Corte cita, tra le più recenti, la sentenza del 5 giugno 2018, *Montero Mateos*, C-677/16, punto 41.

²² Il richiamo della Corte è ancora alla sentenza del 5 giugno 2018, *Montero Mateos*, C-677/16, punto 51, nonché alla sentenza del 18 ottobre 2012, *Valenza e a.*, da C-302/11 a C-305/11, punto 42.

nuativamente inserita nell'organico degli uffici presso i quali ha lavorato, percependo, a fronte dell'attività svolta, i compensi di cui all'art. 11 l. n. 374/1991. Dall'esame del fascicolo di causa emergono, tuttavia, evidenzia la Corte, anche elementi distintivi tra le due figure quali, in particolare, la minore complessità e importanza delle controversie rientranti nella competenza dei giudici di pace e la circostanza per cui questi ultimi possono svolgere, ai sensi dell'art. 106, co. 2²³, della Costituzione italiana, solo le funzioni attribuite ai giudici singoli e non possono, quindi, far parte di organi collegiali.

Spetta, in ogni caso, precisano i giudici di Lussemburgo, al giudice del rinvio, unico competente a valutare i fatti, stabilire, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto e sulla scorta degli elementi di valutazione forniti dalla Corte, se un giudice di pace come la ricorrente nel procedimento principale si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario che abbia superato la terza valutazione di idoneità professionale e maturato un'anzianità di servizio di almeno quattordici anni.

Le statuizioni di maggior cautela, cui già si accennava, e, per la prima volta, di (parziale) "apertura" nei confronti di alcune delle argomentazioni difensive formulate dal Governo italiano, sono, tuttavia, contenute nei passaggi conclusivi della sentenza, dedicati all'esame della questione inerente alla possibile sussistenza, nel caso in esame, di "ragioni oggettive" idonee, ai sensi dell'art. 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, a giustificare differenze di trattamento tra giudici di pace e giudici togati. La Corte rammenta, *in primis*, come la nozione di "ragioni oggettive" richieda, secondo una consolidata giurisprudenza²⁴, che la disparità di trattamento sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti che contraddistinguono la condizione di impiego e basata su criteri oggettivi e trasparenti, tali da consentire di accertare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti, a tal fine, necessaria. I suddetti elementi, precisa la Corte, possono riguardare la particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e le caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, concernere il perseguimento di una legittima finalità di politica so-

²³ L'art. 106, co. 2, Cost. prevede infatti, come noto, che "La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli".

²⁴ Cfr., tra le più recenti, la sentenza del 5 giugno 2018, *Montero Mateos*, C 677/16, punto 57.

ciali di uno Stato membro. La Corte si sofferma, quindi, sulle difese svolte dal Governo italiano secondo le quali costituirebbero “ragioni oggettive” la mancanza, in relazione ai giudici di pace, di un concorso pubblico iniziale nonché la diversa qualità (differente competenza giurisdizionale e minore complessità delle materie da trattare) e quantità (minor volume di casi da gestire) dell’attività dagli stessi prestata, rispetto a quella espletata dai giudici professionali.

Con riguardo a tali argomentazioni, la Corte osserva, preliminarmente, come gli Stati membri possano, in linea di principio, senza violare la direttiva (o l’accordo quadro) sul lavoro a termine, stabilire le condizioni di accesso alla magistratura, nonché condizioni di impiego applicabili sia ai magistrati ordinari che ai giudici di pace. Tuttavia, evidenzia la Corte, l’applicazione dei criteri che gli Stati membri stabiliscono deve essere effettuata in maniera trasparente e deve poter essere controllata al fine di impedire qualsiasi trattamento sfavorevole dei lavoratori a tempo determinato sulla sola base della durata dei rapporti di lavoro. Qualora, invece, aggiunge la Corte, il trattamento differenziato derivi dalla necessità di tener conto di esigenze oggettive attinenti all’impiego che deve essere ricoperto mediante la procedura di assunzione e tali esigenze siano estranee alla durata determinata del rapporto di lavoro, detto trattamento potrebbe essere giustificato, ai sensi della clausola 4 dell’accordo quadro.

Tornando, dunque, all’esame del caso concreto, le differenze tra le procedure di assunzione delle due categorie di magistrati, rileva la Corte, non risultano, in sé, idonee a giustificare l’esclusione dei giudici di pace dal diritto alla fruizione di ferie annuali retribuite in misura equivalente a quella riconosciuta ai giudici professionali ma paiono, tuttavia, rispecchiare la particolare (più complessa) natura delle mansioni di cui i giudici togati devono assumere la responsabilità e un diverso (superiore) livello delle qualifiche richieste ai fini dell’assolvimento delle mansioni a questi ultimi affidate. Pur spettando, quindi, al giudice di rinvio la valutazione degli elementi di distinzione, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, tra le funzioni svolte dalle due categorie di magistrati, le ragioni addotte dal Governo italiano, in merito alle differenze sussistenti nell’attività lavorativa, potrebbero essere ritenute idonee a rispondere ad una reale necessità e la disparità di trattamento esistente tra tali due categorie, anche in materia di ferie annuali retribuite, potrebbe essere considerata proporzionata agli obiettivi perseguiti dal Governo medesimo. La Corte afferma, pertanto, rispondendo alla terza “sotto-questione”, che “la

clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che non prevede il diritto per un giudice di pace di beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni, come quello previsto per i magistrati ordinari, nell'ipotesi in cui tale giudice di pace rientri nella nozione di 'lavoratore a tempo determinato', ai sensi della clausola 2, punto 1, di tale accordo quadro, e in cui si trovi in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario, a meno che tale differenza di trattamento sia giustificata dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare". Come è evidente, il margine di apprezzamento lasciato dalla Corte al giudice del rinvio (e, più in generale, ai giudici nazionali che saranno chiamati a pronunciarsi su controversie simili) è, con riguardo all'ultima questione affrontata, più ampio (tenuto conto anche delle, sia pur parziali e condizionate, "aperture" alle tesi difensive del Governo italiano) e complesso da "gestire". Dall'esito di tale apprezzamento dipende, del resto, la soluzione di una questione delicata quale quella dell'eventuale riconoscimento, in favore dei giudici di pace, delle medesime condizioni di impiego, ivi compreso il trattamento retributivo, riservato ai magistrati ordinari. La Corte sembra, peraltro, come pare potersi evincere (sia pure indirettamente) da alcuni passaggi della sentenza *supra* riportati, nutrire i dubbi maggiori non tanto sul diritto dei giudici di pace di fruire del medesimo periodo di ferie goduto dai magistrati ordinari, quanto sul diritto degli stessi di percepire, durante tale periodo, una retribuzione equivalente a quella dei "colleghi" togati.

I dubbi della Corte in merito a tale aspetto della controversia potrebbero trovare origine nelle conclusioni rese, su questa specifica questione, dall'Avvocato generale Kokott, secondo le quali "...ricorre la comparabilità sotto il profilo della durata del diritto alle ferie. I giudici di pace italiani, poiché svolgono un'attività simile, hanno un'esigenza comparabile a quella dei magistrati professionali di riposarsi e di godere del loro tempo libero... Per contro, i due gruppi non sono comparabili per quanto riguarda l'ammontare del compenso durante le ferie ...". Come si vedrà subito, le prime decisioni emesse, su controversie simili a quella esaminata dalla pronuncia qui annotata, dai Tribunali italiani si differenziano maggiormente tra loro proprio con riguardo ai profili concernenti il livello di "retribuzione" da riconoscere ai giudici (onorari) ricorrenti.

5. *I riflessi sull'ordinamento interno: le prime decisioni applicative dei principi enunciati dalla Corte di giustizia e la posizione della Corte costituzionale*

I principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza qui in commento e, in particolare, la qualificazione del giudice di pace italiano come “lavoratore” (destinatario, come tale, delle norme protettive contenute nelle direttive comunitarie di matrice sociale), si pongono in aperto contrasto con la risalente e consolidata posizione assunta, nella materia *de qua*, dalla giurisprudenza interna (di vertice).

La Corte di Cassazione ha, infatti, costantemente affermato che il giudice onorario non è equiparabile ad un (pubblico) dipendente, facendo leva sulla qualificazione legislativa dell'incarico (onorario/volontario, appunto) e sulla mancanza degli elementi tipici che caratterizzano l'impiego pubblico²⁵. Su posizioni analoghe si è attestato il Consiglio di Stato, secondo il quale la natura di funzionario onorario del giudice di pace è incompatibile con il rapporto di pubblico impiego, con conseguente inapplicabilità delle direttive europee che concernono il lavoro subordinato²⁶. Anche la Corte costituzionale ha ripetutamente statuito come la posizione giuridico-economica dei magistrati professionali non si presti ad un'estensione automatica, attraverso l'evocazione del principio di eguaglianza, nei confronti dei magistrati onorari, in quanto il rapporto in base al quale questi ultimi esercitano le proprie funzioni è privo dei connotati di continuità, esclusività e sinallagmaticità tipici del pubblico impiego²⁷.

Ebbene, le prime decisioni emesse dai Tribunali italiani dopo la pronuncia della sentenza qui annotata confermano come il sopra riportato orientamento giurisprudenziale interno sia destinato a cedere il passo ai (contrari) principi espressi dalla Corte di giustizia. Nei tre provvedimenti (due sentenze e un'ordinanza)²⁸ sinora adottati *in subiecta materia*, infatti, i

²⁵ Cfr., solo tra le più recenti, Cass. Sez. Un. 9 maggio 2017 n. 13721 e Cass. 5 giugno 2020 n. 1074.

²⁶ Così, tra le ultime, Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 2020 n. 1326.

²⁷ Cfr., tra le altre, C. Cost. ord. 8 novembre 2000 n. 479.

²⁸ In ordine cronologico, Trib. Vicenza, Sez. Lav., 29 dicembre 2020 n. 343, Trib. Napoli, Sez. Lav., 11 gennaio 2021 n. 6015, Trib. Roma, Sez. II civile, ordinanza del 13 gennaio 2021 (emessa all'esito di un procedimento sommario di cognizione ex art. 702 bis c.p.c.). È opportuno segnalare come nel giudizio svoltosi innanzi al Trib. di Napoli i ricorrenti fossero tutti giudici di pace mentre nel giudizio tenutosi innanzi al Tribunale di Vicenza l'unica ricorrente fosse giudice onorario di Tribunale (GOT). Nel giudizio conclusosi con l'ordinanza del Tribunale

giudici (togati) italiani, attenendosi alle stringenti indicazioni ermeneutiche fornite dalla Corte, affermano concordemente che i giudici onorari rientrano nella nozione “euro-unitaria” di lavoratore, con conseguente applicabilità, nei confronti degli stessi, dello statuto protettivo previsto dalle direttive comunitarie. Nelle tre decisioni *de quibus* si rinviene, inoltre, il (comune) avviso secondo cui la riforma della magistratura onoraria, operata dal legislatore italiano con il già citato d.lgs. 116/17, non contiene elementi di novità idonei a condurre ad un esito differente (da quello *supra* indicato) l’applicazione (in concreto) dei criteri, volti all’accertamento della riconducibilità del giudice onorario alla nozione di “lavoratore”, formulati dalla Corte nell’ambito della cornice normativa previgente. Una maggiore divaricazione di posizioni si riscontra, invece, nelle tre pronunce, in merito alle questioni sulle quali, come si è rilevato *supra*, la Corte di giustizia ha lasciato più ampi margini di apprezzamento alle corti nazionali, questioni inerenti alla (piena) comparabilità tra giudici onorari e giudici togati nonché alla (possibile) sussistenza di “ragioni oggettive” idonee a giustificare alcune disparità di trattamento tra le due categorie. Mentre, infatti, il Tribunale di Roma, valorizzando fortemente i passaggi finali della sentenza in cui la Corte si esprime (sia pure in forma dubitativa) nel senso della (possibile) fondatezza delle argomentazioni difensive formulate dal Governo italiano, rileva come la “differenza quantitativa e qualitativa” esistente tra le funzioni svolte dalle due categorie di magistrati costituisca “ragione oggettiva” idonea a giustificare un diverso trattamento sotto il profilo retributivo, il Tribunale di Napoli e quello di Vicenza individuano nel magistrato ordinario “di prima nomina” il lavoratore a tempo indeterminato comparabile, riconoscendo, quindi, ai giudici onorari ricorrenti il diritto al trattamento economico corrispondente a tale “classe stipendiale” di primo accesso alla magistratura professionale (con esclusione, quindi, degli aumenti retributivi correlati al conseguimento delle valutazioni di professionalità superiori a quella di ingresso). Le motivazioni che sorreggono tale (ultima) simile conclusione sono, però, differenti.

Il Tribunale di Napoli, invero, dopo aver rimarcato come sussistano notevoli differenze, tra giudici di pace e magistrati togati, sotto il profilo della qualità e quantità delle funzioni svolte, evidenzia come tali differenze, pur essendo idonee (quali “ragioni oggettive” *ex art. 4* dell’accordo quadro) a giu-

di Roma, infine, alcuni dei ricorrenti erano giudici di pace, altri giudici onorari di Tribunale (GOT) e altri ancora vice procuratori onorari (VPO).

stificare talune disparità di trattamento tra le due categorie, non siano, tuttavia, sufficienti a giustificare la totale esclusione dei giudici di pace dalla fruizione del trattamento riservato alla magistratura professionale poiché tale esclusione viola, secondo il giudice del lavoro partenopeo, il parametro della “proporzionalità” richiamato dalla Corte di Giustizia nella pronuncia qui in commento. La disparità di trattamento, sottolinea il Tribunale di Napoli mutuando le parole utilizzate dalla Corte europea nella sentenza qui annotata, deve, infatti, rispondere ad una reale necessità, deve essere idonea a conseguire l’obiettivo perseguito e deve risultare, a tal fine, necessaria. Ebbene, chiosa il Tribunale di Napoli, la scelta del legislatore italiano di privare i giudici di pace di un trattamento retributivo analogo a quello dei magistrati ordinari non può considerarsi “adequata e necessaria” al fine di salvaguardare le (pur rilevanti) differenze rinvenibili nell’attività lavorativa svolta dalle due categorie di giudici.

Il Tribunale di Vicenza, invece, preliminarmente rileva come, nella fattispecie concreta sottoposta al proprio giudizio (ricorso presentato da un GOT), non risulti integrato l’elemento di diversità tra giudici di pace e magistrati togati riscontrato dalla Corte di Giustizia. Mentre, infatti, evidenzia il Tribunale vicentino, i giudici di pace “trattano principalmente cause di minore importanza rispetto ai magistrati togati e possono svolgere soltanto le funzioni attribuite a giudici singoli, i GOT possono prestare la loro attività non solo in supplenza dei giudici togati, bensì anche tramite assegnazione di ruoli in via stabile ed ordinaria, a prescindere dalla mancanza o impedimento del giudice togato ... il CSM ha inoltre previsto che i GOT possano essere destinati, in supplenza, anche a comporre collegi, sia civili che penali”. Da ciò consegue, rileva il giudice del lavoro di Vicenza, non solo la piena equiparabilità tra il GOT ricorrente e i magistrati togati ma anche l’insussistenza di “ragioni oggettive” che giustificano una diversità di trattamento. Per ciò che concerne, poi, il trattamento retributivo da riconoscere al GOT ricorrente, il Tribunale di Vicenza ritiene che il parametro economico sia quello riferibile alla classe stipendiale (HH03) in cui rientra il magistrato ordinario nel periodo tra la fine del tirocinio e il riconoscimento della prima qualifica di professionalità. Va infatti considerato, a questo proposito, sottolinea il giudice vicentino, che “l’art. 11 del D.Lgs. 160/2007 prevede per la progressione in carriera del magistrato togato un meccanismo di valutazione di professionalità, disciplinato in modo articolato, sulla base di parametri specifici, integrati e arricchiti dalla normazione secondaria del CSM, a cui la magistratura onoraria non è sottoposta”.

Sempre in riferimento alla questione inerente al trattamento economico da riconoscere al giudice onorario, va segnalato quanto deciso dal giudice di pace di Bologna nell'ambito del procedimento monitorio che ha dato origine alla sentenza qui annotata. Ebbene, il giudice remittente, sulla scorta di una sintetica motivazione, sostanzialmente fondata sul rilievo per cui la Corte di Giustizia ha accolto "... integralmente le prime due questioni pregiudiziali sollevate ...", ha ingiunto al Governo italiano il pagamento, in favore della giudice di pace ricorrente, della somma netta di 4.500,00 euro, corrispondente alla retribuzione mensile spettante, per il mese di agosto 2018, ad un magistrato togato che ha superato la terza valutazione di professionalità ed ha maturato un'anzianità di servizio di almeno 14 anni.

Deve, in ultimo, darsi conto della recente sentenza 18 novembre 2020 n. 267 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 18, co. 1, del d.l. 25 marzo 1997 n. 67, convertito in l. 23 maggio 1997 n. 135, nella parte in cui esso non prevede che il Ministero della Giustizia rimborsi ai giudici di pace le spese di difesa sostenute nei giudizi di responsabilità civile, penale e amministrativa, promossi per fatti di servizio e conclusi con provvedimento di esclusione della responsabilità. Ebbene, nella suddetta sentenza il giudice delle leggi, nel prendere atto dei principi enunciati, in materia di *status* ("di subordinazione sul piano amministrativo") del giudice di pace italiano, dalla Corte di giustizia nella pronuncia qui annotata, valorizza, tuttavia, il passaggio di tale pronuncia in cui i giudici di Lussemburgo evidenziano come differenze di trattamento rispetto ai magistrati professionali possano essere giustificate dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui detti magistrati devono assumere la responsabilità e riporta la statuizione della Corte UE secondo la quale, nell'ambito della valutazione comparativa tra le due categorie di giudici, assume rilievo la circostanza che per i soli magistrati ordinari la nomina debba avvenire per concorso, a norma dell'art. 106, primo co., Cost., e che a questi l'ordinamento riservi le controverse di maggiore complessità o da trattare negli organi di grado superiore. Con riferimento a tali statuizioni, estrapolate dalla sentenza qui in commento, la Corte costituzionale evidenzia, quindi, con argomentazioni che sembrano riecheggiare l'inveterato indirizzo giurisprudenziale seguito dalla giurisprudenza italiana di vertice, come "la differente modalità di nomina, radicata nella previsione dell'art. 106, secondo co., Cost., il carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta e il livello di complessità degli affari trattati rendono conto dell'eterogeneità dello *status* del giudice di pace,

dando fondamento alla qualifica “onoraria” del suo rapporto di servizio, affermata dal legislatore fin dall’istituzione della figura e ribadita in occasione della riforma del 2017”. Questi tratti peculiari, soggiunge la Corte costituzionale, “non incidono tuttavia sull’identità funzionale dei singoli atti che il giudice di pace compie nell’esercizio della funzione giurisdizionale, per quanto appunto rileva agli effetti del rimborso di cui alla norma censurata”. La Corte osserva, infine, richiamando un proprio recente precedente, come “il beneficio del rimborso delle spese di patrocinio ‘attiene non al rapporto di impiego ...bensì al rapporto di servizio’, trattandosi di un presidio della funzione, rispetto alla quale il profilo organico appare recessivo”.

Le affermazioni contenute nella sopra esaminata sentenza della Consulta non appaiono, con riguardo alle tematiche che qui interessano, univoche e lasciano, in ogni caso, presagire come la *vexata quaestio* relativa allo “status” dei giudici onorari non possa considerarsi definitivamente risolta dalla pronuncia della Corte di giustizia qui in commento. Ciò sembra, in particolare, valere, alla luce di quanto è emerso dall’esame delle prime decisioni di merito e della recente sentenza della Corte costituzionale di cui si è dato conto, con riguardo alla specifica questione inerente alla effettiva comparabilità, ai fini della parificazione delle condizioni di impiego, tra magistrati onorari e magistrati professionali.

Keywords

Giudici onorari italiani, nozione di “lavoratore”, ferie annuali retribuite, rapporto di lavoro a tempo determinato, principio di non discriminazione, nozione di “ragioni oggettive”.

Italian honorary judges, concept of “worker”, paid annual leave, fixed-term work, principle of non-discrimination, concept of “objective grounds”.

Corte Costituzionale 25 giugno 2020 n. 128

Impiego pubblico – Norme della Regione Toscana – Disposizioni transitorie e urgenti in materia di incarichi di posizione organizzativa della Regione Toscana – Prosecuzione dell'efficacia degli incarichi di posizione organizzativa della Regione fino al completamento delle procedure di attribuzione attivate successivamente all'entrata in vigore del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di cui all'articolo 23, comma 4, del d.lgs. n. 75 del 2017 e, comunque, non oltre il 31 ottobre 2019.

È infondata la questione di legittimità costituzionale della l. reg. Toscana 7 maggio 2019, n. 22, nella parte in cui prevede la proroga degli incarichi di posizione organizzativa, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 2, lett. L), Cost.

Corte Costituzionale 24 luglio 2020 n. 164

Impiego pubblico – Organizzazione dell'Agenzia delle entrate e dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli – Previsione che autorizza l'istituzione, mediante i rispettivi regolamenti di organizzazione, di posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione – Individuazione delle modalità di conferimento, dei destinatari, dei poteri attribuiti ai titolari delle posizioni, delle modalità di articolazione delle posizioni organizzative.

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 93, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, in riferimento agli artt. 3, 51, 97 e 136 della Costituzione, nella parte in cui prevede posizioni organizzative che non coincidono con la qualifica di dirigente e – pertanto – per la copertura

di queste posizioni non è necessario bandire una apposita procedura concorsuale.

★ ★ ★

Vincenzo Bavaro

Le “posizioni organizzative” nelle Pubbliche Amministrazioni secondo la Consulta

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La sentenza n. 128/2020 e la disciplina delle posizioni organizzative: macro-organizzazione o micro-organizzazione? Sulla competenza regolativa. **3.** La sentenza n. 164/2020 e la natura giuridica delle posizioni organizzative: impiegati o dirigenti? Sulla fattispecie legale... **4.** Nota conclusiva fra dubbi di costituzionalità e ragioni materiali.

I. *Premessa*

Fra giugno e luglio del 2020, la Corte costituzionale italiana è intervenuta due volte su un tema che apparentemente è poco frequentato dalla giurisprudenza: le posizioni organizzative. Si tratta delle sentenze n. 128 e n. 164 che hanno valutato la legittimità costituzionale di due leggi, diverse fra loro sia riguardo alla fonte sia al contenuto. Nel primo caso si tratta di una legge della Regione Toscana mentre nell'altro caso si tratta di una legge statale; inoltre – come spiegherò nel seguito – si tratta di questioni specifiche differenti. Nondimeno, poiché si tratta in entrambi i casi di sentenze sulla legittimità costituzionale di leggi che disciplinano le posizioni organizzative, mi pare giustificato dedicare attenzione a entrambe le sentenze, come pure già si è già fatto¹.

Un primo interrogativo discende dalla circostanza che sulle posizioni organizzative vi sia stato un intervento di fonte legislativa. Com'è ben noto, l'art. 40, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, attribuisce ai contratti collettivi nazio-

¹ BELLÈ, *Posizioni organizzative e dirigenza amministrativa: aperture di credito della Consulta per l'efficienza della P.A. (nota a Corte Costituzionale 25 giugno 2020, n. 128 e Corte Costituzionale 24 luglio 2020, n. 164)*, in www.giustiziainsieme.it, 2020.

nali di comparto la facoltà di prevedere “apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità”². Vale la pena ricordare a tal proposito che la “posizione organizzativa” non modifica il profilo professionale del dipendente cui viene assegnata, dal momento che quest’incarico matura nell’ambito dell’area di inquadramento.

Si tratta di una precisazione fatta dalla giurisprudenza di Cassazione, unanime e costante, secondo cui l’Amministrazione Pubblica – attraverso l’istituzione delle posizioni organizzative – “ha solo la possibilità di adattare i profili professionali, indicati a titolo esemplificativo nel contratto collettivo, alle sue esigenze organizzative, senza modificare la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie, in quanto il rapporto è regolato esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato”³. Insomma, le posizioni organizzative specificano le funzioni di una certa area contrattuale di inquadramento (in genere la più elevata fra i dipendenti), richiedendo una specifica professionalità, ma senza mutare il contenuto professionale relativo all’inquadramento contrattuale⁴. Per esempio, secondo Cass. 27 gennaio 2017, n. 2141 “la posizione organizzativa non determina un mutamento di profilo professionale che rimane invariato, né un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni, le quali cessano al cessare dell’incarico. Si tratta, in definitiva, di una funzione *ad tempus* di alta responsabilità la cui definizione – nell’ambito della classificazione del personale di ciascun comparto – è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva”.

Ebbene, se le posizioni organizzative configurano nient’altro che una specificazione professionale del contenuto obbligatorio della prestazione do-

² Rinvio per tutti a SPINELLI, *Posizioni organizzative e valorizzazione delle alte professionalità*, in *LPA*, 2005, p. 55 e ss.

³ Cass. 1 ottobre 2018 n. 23757, in *DeJure*.

⁴ Negli stessi termini v. Cass. S.U. 18 giugno 2008 n. 16540; Cass. S.U. 14 aprile 2010 n. 8836; Cass. 30 marzo 2015 n. 6367, in *DeJure*; Cass. 15 ottobre 2015 n. 20855. Abbiamo conferma di questa giurisprudenza anche fra i Giudici amministrativi, anche se al fine di giustificare l’inammissibilità dei ricorsi in ragione dell’incompetenza del Giudicante. Cfr. per esempio, da ultimo, T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III quater, 25 febbraio 2020 n. 2443, in *DeJure*, secondo cui “considerato che, per giurisprudenza costante...nell’impiego pubblico il conferimento di posizioni organizzative esula dall’ambito delle procedure concorsuali di cui all’art. 63, comma 4, D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 in quanto la posizione organizzativa non determina un mutamento di profilo professionale, che rimane invariato, né un mutamento di area, ma comporta soltanto un mutamento di funzioni”.

vuta, occorre chiarire su quale profilo sono intervenute le due leggi oggetto dello scrutinio di costituzionalità perché la regolazione giuridica delle posizioni organizzative può intaccare direttamente il contenuto obbligatorio del contratto di lavoro. Insomma, quando si tratta di posizioni organizzative, dal punto di vista dell'obbligazione contrattuale, si tratta di una materia che attiene alla struttura stessa del contratto di lavoro subordinato.

2. *La sentenza n. 128/2020 e la disciplina delle posizioni organizzative: macro-organizzazione o micro-organizzazione? Sulla competenza regolativa*

Fatta questa premessa, comincerei con la sentenza della Corte Cost. n. 128/2020. La questione – come detto – attiene alla legittimità di una legge della Regione Toscana (la n. 22/2019) con la quale si è provveduto a prorogare gli incarichi di posizione organizzativa che erano già in essere nell'organizzazione di lavoro dell'apparato amministrativo regionale. La Corte scrive espressamente che questa legge “è stata dettata da evidenti ragioni di natura organizzativa, volte ad assicurare – specie in settori interessati dal trasferimento di personale e delle relative funzioni ai sensi della legge n. 56 del 2014 – la necessaria continuità dell'azione amministrativa”. In particolare, la legge regionale toscana ha prorogato la durata degli incarichi di posizione organizzativa attribuite ad alcune figure professionali oltre il termine massimo di durata previsto dall'art. 14 ccnl Funzioni Locali, pari a tre anni.

In ragione del fatto che si trattava di dipendenti provenienti da altri Enti, per i quali non si era ancora completato l'iter procedurale per il definitivo passaggio fra amministrazioni, la Regione Toscana ha ritenuto necessario derogare la disciplina del ccnl Funzioni Locali in materia di durata e proroga delle posizioni organizzative, mediante una legge regionale. Questo intervento è stato ritenuto legittimo da parte della Corte costituzionale perché – riprendendo le sue stesse parole – “a questo non semplice innesto di personale in mobilità nell'assetto organizzativo regionale si collega una scelta discrezionale ispirata al principio di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97, secondo comma, Cost.”. Peraltro, a supporto della sua decisione, la stessa Corte si è preoccupata di precisare esplicitamente che a distanza di pochi giorni dall'entrata in vigore della legge regionale in giudizio entrò in vigore il D.P.C.M. 8 marzo 2019, recante “Disposizioni, in via sperimentale, sul trattamento accessorio del personale in servizio presso le regioni a statuto

ordinario e le Città metropolitane”. Sicché – prosegue la Corte – la Regione Toscana, subito dopo, “*si è prontamente attivata per concludere, entro tempi ragionevoli, il procedimento volto alla definizione delle nuove posizioni organizzative, ai sensi degli artt. 13 e seguenti del ccnl sottoscritto il 21 maggio 2018*” (punto 5).

Se stiamo al fatto specifico, si può ben comprendere la ragione che può aver indotto la Consulta a ritenere condivisibile la preoccupazione della Regione Toscana di garantire la continuità di un certo assetto organizzativo che, invece, sarebbe venuto meno con la cessazione degli incarichi di posizione organizzativa. Ma qui vogliamo valutare le ragioni tecnico-giuridiche che sono state addotte dalla Corte costituzionale. La domanda che ci dobbiamo porre è abbastanza semplice: è legittimo che una Regione possa derogare, mediante legge regionale, a una disposizione di un ccnl di comparto al fine di regolare un istituto sui rapporti di lavoro? Questo è il punto in questione.

L’istituzione delle posizioni organizzative, cioè la delimitazione della funzione nell’assetto istituzionale dell’amministrazione è un elemento di macro-organizzazione che, perciò, spetta alla determinazione unilaterale dell’Amministrazione. Troviamo indiretta conferma di ciò nell’art. 13 del ccnl Funzioni Centrali che esordisce così: “Gli enti istituiscono posizioni di lavoro che richiedono, con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato: a) lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa...”. Però, una volta che la posizione organizzativa è stata istituita (con quale contenuto, lo preciseremo dopo), l’attribuzione e la regolazione dell’incarico sono elementi che attengono alla disciplina del rapporto di lavoro, che è ordinamento civile, e perciò fuori della competenza regolativa delle regioni⁵.

La Corte, non a caso, nella motivazione ha insistito su questo punto perché è quello nodale della sua argomentazione a favore della legittimità della legge toscana. Nella sentenza si rimarca il fatto che, “*nel procedere all’assegnazione delle posizioni organizzative e nell’adibire il personale alle funzioni..., la Regione esprime dunque la propria discrezionalità nell’organizzazione amministrativa di uffici che impongono un alto livello di professionalità*” (punto 4.2). Al punto 5 della sentenza, si legge in termini ancor più chiari, che la legge re-

⁵ Ciò trova conferma anche nel fatto che la competenza giudiziaria in materia di posizioni organizzative è del Giudice del Lavoro e non del Giudice amministrativo. Sul punto, invece, BELLÈ, *op. cit.*, condivide la decisione della Consulta.

gionale impugnata “è stata dettata da evidenti ragioni di natura organizzativa, volte ad assicurare – specie in settori interessati dal trasferimento di personale e delle relative funzioni... – la necessaria continuità dell’azione amministrativa (sentenza n. 252 del 2016). A questo non semplice innesto di personale in mobilità nell’assetto organizzativo regionale si collega una scelta discrezionale ispirata al principio di buon andamento e di imparzialità dell’amministrazione, di cui all’art. 97, comma 2, Cost. (sentenze n. 23 del 2019 e n. 15 del 2017)”.

Orbene, anche a voler condividere l’opportunità di un provvedimento legislativo riguardo all’efficacia di una misura organizzativa, il problema è che la Corte costituzionale ha deciso il caso concreto alla luce di norme costituzionali generali. Nel far ciò la Corte ha sostenuto che la durata temporanea dell’incarico di posizione organizzativa non sarebbe un elemento del rapporto di lavoro subordinato, quindi materia di ordinamento civile di competenza statale, ma sarebbe materia macro-organizzativa. Questo è il punto in diritto che è criticabile.

Lo è tanto più perché la Corte si è preoccupata di giustificare la legittimità della legge toscana rammentando che “la Regione Toscana, nel prorogare le posizioni già attribuite, anche oltre il termine indicato dal ccnl sottoscritto il 21 maggio 2018, ha quindi ritenuto di esercitare i poteri discrezionali di cui è titolare, premurandosi al contempo di consultare le parti sociali (come riferito in giudizio dalla Regione stessa, senza che ciò sia stato smentito dallo Stato) in vista dell’imminente riassetto delle posizioni organizzative”. Se si trattasse davvero di prerogative unilaterali non si comprende per quale motivo la regione Toscana si sia preoccupata di consultare le parti sociali e la Consulta – poi – si sia premurata di darne conto.

Certo, si potrebbe criticare il fatto stesso che la Presidenza del Consiglio abbia deciso di impugnare una legge regionale emanata a seguito del ritardo di un atto normativo di competenza proprio della Presidenza del Consiglio dei Ministri Italiano (il DPCM di cui si è detto). Sta di fatto che, a leggere la sentenza n. 128/2020, le posizioni organizzative nelle P.A. sembrano essere inquadrate dalla Corte costituzionale come se fossero soltanto un tassello della macro-organizzazione delle Amministrazioni Pubbliche anziché una “specifica professionalità” che conforma le mansioni oggetto del contratto di lavoro subordinato. L’interesse macro-organizzativo delle Amministrazioni al buon andamento ex art. 97 Cost. prevale su altri argomenti, in questo caso presentato sotto forma di competenza regolativa fra stato e regioni.

3. *La sentenza n. 164/2020 e la natura giuridica delle posizioni organizzative: impiegati o dirigenti? Sulla fattispecie legale...*

Diverso è il problema giuridico affrontato nella sentenza n. 164/2020 della Corte costituzionale. Il caso ha un'origine articolata che è stata puntualmente ricostruita nella sentenza e che rimanda alla questione della mancata istituzione di un livello di inquadramento intermedio fra le aree contrattuali dei dipendenti e l'area della dirigenza⁶.

La Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 93, della Legge n. 205/2017 in base al quale “l'Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle dogane e monopoli, mediante i rispettivi regolamenti di amministrazione... possono: a) istituire posizioni organizzative per lo svolgimento di incarichi di elevata responsabilità, alta professionalità o particolare specializzazione, ivi compresa la responsabilità di uffici operativi di livello non dirigenziale”. L'eccezione di costituzionalità sollevata dal TAR Lazio si è basata sulla violazione dell'art. 97 Cost. nella parte in cui prevede l'obbligo del pubblico concorso: questa violazione deriverebbe dal fatto che le posizioni organizzative previste da questa legge sarebbero in realtà posizioni dirigenziali e, pertanto, vincolate all'accesso per pubblico concorso e non per selezione interna, come invece accade per le posizioni organizzative.

Quindi, la questione di fondo sottesa a questa sentenza riguarda la configurazione della fattispecie legale delle cc.dd. POER nelle agenzie fiscali (Posizioni Organizzative di Elevata Responsabilità) che sarebbe tale da renderla del tutto identica alla fattispecie legale del dirigente, per com'è prevista nell'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001. La Corte costituzionale ha respinto l'eccezione di costituzionalità negando l'identità fra le due fattispecie legali con argomenti che meritano di essere analizzati.

Innanzitutto giova tenere bene a mente quanto si è detto in precedenza, con riferimento alla sentenza n. 128/2020, e cioè che le posizioni organiz-

⁶ La vicenda è stata ricostruita recentemente da CARINCI, *Il middle management nel pubblico impiego privatizzato*, in *LPA*, 2019, 3 e ss. Sul tema v. anche, in precedenza, CARINCI, *La vice-dirigenza in dirittura d'arrivo*, in *LPA*, 2005, 747 e ss.; LAMBERTUCCI, *Brevi note sull'emersione della categoria dei quadri nella pubblica amministrazione: l'istituzione dell'area della vice-dirigenza*, in *LPA*, 2003, 1, 33 e ss.; DURAZZO, *La via per il riconoscimento della categoria dei quadri nel pubblico impiego non può che essere contrattuale*, in *LPA*, 2003, 104; SODA, *Riflessi organizzativi dell'istituzione di un'area quadri nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2001, 1031.

zative sono posizioni identificate nell'organizzazione del lavoro per la cui assegnazione è richiesta una "specificità professionalità" che, però, deve essere desumibile dall'ambito d'inquadramento contrattuale dei dipendenti di terza fascia (nel caso in cui si applichi il ccnl Funzioni Centrali) o, comunque, di dipendenti inquadrati nella categoria *non-dirigenziale*.

Naturalmente – anche questo giova ripeterlo – la legge può istituire posizioni organizzative (come avviene nel caso delle POER in seno alle Agenzie delle Entrate) nell'esercizio della potestà macro-organizzativa dell'Amministrazione Pubblica. Nondimeno, una volta individuate le posizioni nell'organizzazione, ai fini della conformazione delle mansioni necessarie a svolgere le relative funzioni si deve tenere presente che si tratta pur sempre di dipendenti inquadrati nelle categorie impiegate e non dirigenziali. In altre parole, nell'istituire la posizione organizzativa occorre tenere presente che il lavoratore che dovrà ricoprirne le funzioni è obbligato a svolgere mansioni e funzioni comunque compatibili col suo inquadramento contrattuale, che non è da dirigente⁷.

Il fulcro della questione sottoposta al giudizio di costituzionalità sta nella configurazione della fattispecie legale operata dalla legge oggetto del giudizio in rapporto alla fattispecie legale della dirigenza pubblica. Questione, peraltro, che potrebbe porsi in tutti i casi in cui un Ente istituisse una posizione organizzativa le cui funzioni dovessero essere compatibili con la qualifica funzionale di impiegato (seppur di più alto livello) e non di dirigente. Ebbene, tanto è vero che questo è il fulcro della decisione in commento – come dicevo – che la Corte vi dedica i punti 8 e ss. della motivazione per spiegare che *“l'assetto organizzativo così delineato dalle norme censurate è incompatibile con l'attribuzione di funzioni dirigenziali ai titolari delle POER”*. Inoltre – prosegue la Corte – *“dal confronto fra i compiti dei titolari delle POER e quelli dei dirigenti, emerge, infatti, la loro non omogeneità”*.

Proviamo a vedere più da vicino quali sono i compiti delle POER secondo quanto prescritto nell'art. 1, comma 93, lett. c) della legge in giudizio:

⁷ Non a caso, come accennato in precedenza, da molti anni si è posta l'esigenza di istituire legalmente la qualifica dei c.c. "quadri" nella P.A. Esigenza che aveva trovato spazio nell'art. 17 bis, d.lgs. n. 165/2001 (cfr. PANTANO, *L'applicazione in via giudiziale dell'art. 17 bis del d.lgs. 165/2001: il riconoscimento della vice-dirigenza*, in *LPA*, 2008, 345 ss.), successivamente abrogato (v. anche ZOPPOLI L., *Alla ricerca di una nuova riforma della dirigenza pubblica: reclutamento e incarichi tra confusione e rilegificazione*, in *RGL*, 2015, I, 517 ss.; RICCI, *La dirigenza pubblica rivisitata: luci ed ombre*, in *LPA*, 2016, 3 ss.).

“attribuire ai titolari delle posizioni il *potere di adottare atti e provvedimenti amministrativi*, compresi *gli atti che impegnano l’Agenzia verso l’esterno*, i *poteri di spesa* e quelli di acquisizione delle entrate rientranti nella competenza dei propri uffici, di livello non dirigenziale, e la *responsabilità dell’attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo*” (corsivi miei). Quindi a questi impiegati di terza fascia, titolari di posizione organizzativa, devono esercitare 1) il “potere di adozione di atti e provvedimenti amministrativi (compresi impegno verso l’esterno)”, 2) “potere di spesa”, 3) “potere di organizzazione delle risorse umane”, 4) “poteri strumentali e di controllo”.

Nel giudizio costituzionale, l’organizzazione sindacale ricorrente in sede amministrativa (Dirpubblica) ha sostenuto che le funzioni attribuite ai titolari di POER coincidono con quelle che la legge attribuisce ai dirigenti. In effetti, se andiamo a rileggere l’art. 4, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001 nel quale sono prescritti i compiti dei dirigenti pubblici troviamo quanto segue: “ai dirigenti spetta *l’adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l’amministrazione verso l’esterno*, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi *poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo*” (corsivi miei). Le parti in corsivo evidenziano come si tratti di funzioni e compiti identici a quelli previsti per le POER. Qui sta il cuore della questione di costituzionalità sottoposto al giudizio della Corte.

Ebbene, le quattro funzioni che ho appena evidenziato per le POER sono integralmente coincidenti (anche sul piano letterale) con le funzioni e i compiti previsti da altra legge per i dirigenti. Su questo credo ci sia poco da obiettare. Non a caso, la Corte costituzionale, per negare l’identità di funzioni fra POER e dirigenza, ha dovuto basare la sua argomentazione su altri elementi che a me sembrano molto discutibili.

Innanzitutto la Consulta ricorre a un argomento che – sul piano logico – è assertivo e non probatorio: al punto 8.I. scrive che “*adottare atti e provvedimenti amministrativi, compresi gli atti che impegnano l’Agenzia verso l’esterno, i poteri di spesa e quelli di acquisizione delle entrate ... è – a differenza di quanto previsto per i dirigenti dall’art. 4 del d.lgs. n. 165 del 2001 – limitata a quelli rientranti nella competenza dei propri uffici, di livello non dirigenziale*”. Quindi mi sembra che la Corte riconosca che le funzioni attribuite alle POER sono le medesime della dirigenza, ma ciò non le rende uguali perché quelle previste per

le POER sarebbero relative a “uffici di livello non dirigenziale”. Il difetto di quest’argomento è che finisce per confondere l’ufficio con le mansioni; cioè confonde la macro-organizzazione con le mansioni che configurano la prestazione di lavoro subordinato. L’esercizio di quei poteri e di quelle funzioni configura la prestazione di lavoro del dirigente pubblico, non già il suo ufficio che – dal punto di vista del contratto di lavoro – non è ben chiaro cosa sia effettivamente. Insomma, chi esercita quelle funzioni non può non essere qualificato come dirigente⁸. L’atto di macro-organizzazione mediante il quale s’istituiscono le posizioni organizzative non può istituire anche uno speciale regime per le qualifiche professionali, nel senso di contenuto qualitativo della prestazione di lavoro subordinato nelle P.A.

Per questa ragione, a mio parere, la Corte costituzionale adduce un secondo argomento che, a ben vedere, è la chiave di volta della sua motivazione: a differenza delle POER, secondo l’art. 4 citato, i dirigenti “*sono responsabili in via esclusiva dell’attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati*”. La responsabilità esclusiva sarebbe dunque la sola differenza fra dirigenti e POER. In effetti, questo elemento è presente nell’art. 4 mentre non lo è nella legge istitutiva delle POER. Mi pare di poter dire, allora, che la differenza fra la fattispecie legale delle posizioni organizzative del tipo POER attribuite a impiegati di terza fascia e la fattispecie legale dei dirigenti deriva esclusivamente dalla sussistenza in capo a questi secondi della responsabilità esclusiva dell’attività amministrativa e gestionale.

Eppure non credo sia corretto questo modo di configurare due fattispecie di rapporti di lavoro (da impiegati, seppur con posizione organizzativa, e da dirigenti) qualificati secondo il contenuto professionale della prestazione.

La Corte fa bene a richiamare proprio la sentenza n. 128/2020 cui ci siamo riferiti all’inizio di queste note, allorché sostiene che le posizioni or-

⁸ Anche perché, se così fosse, ci sarebbe da chiarire “quando” e “come” un ufficio è da considerare “dirigenziale”; tanto più – ripeto – che nell’ordinamento giuridico italiano esiste la fattispecie legale che configura i compiti e le funzioni (le mansioni) del dirigente e non gli uffici dirigenziali che attengono alla macro-organizzazione di ciascun Ente. Sebbene sul punto non mi sembri ci sia specifica letteratura, ciò mi sembra desumibile da BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell’attività amministrativa*, in LPA, 2009, 57; SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, Bari, 2012; GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in LPA, 2016, 33 e ss. D’altronde, il discorso potrebbe valere similmente anche per l’assetto organizzativo di imprese private e dei corrispondenti inquadramenti contrattuali e mansioni dei dirigenti; da ultimo v. GALARDI, *Il dirigente d’azienda. Figure sociali, fattispecie e disciplina*, Giappichelli, 2020.

ganizzative sono “*creat[e] per sottrazione dalle funzioni dirigenziali*” e che “*non sono equiparabili al più elevato profilo dei dirigenti*” perché “*a questi ultimi, al contrario, sono riservati ancor più pregnanti compiti strategici e di coordinamento, discendenti dalla loro esclusiva responsabilità nell’attuazione e specificazione dei piani, dei programmi e delle direttive generali fissate dall’organo politico (art. 16, comma 1, lettera b, del d.lgs. n. 165 del 2001, con riferimento ai dirigenti generali), nonché nell’attuazione dei progetti e delle gestioni assegnati da quest’ultimi (art. 17, comma 1, lettera b, con riferimento ai dirigenti); responsabilità, pertanto, che ha presupposti specifici e del tutto peculiari (art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001), per ciò solo non estensibili ai titolari delle posizioni organizzative*”.

Ma proprio quest’argomento contiene in sé seri dubbi sull’applicabilità al caso di specie dal momento che l’esclusività della gestione cui si riferisce la norma di legge, con riferimento ai dirigenti, non è un elemento della fattispecie che ci permette di individuare chi è “dirigente”, ma piuttosto è un effetto conseguente alla qualifica come “dirigente”; in altre parole si tratta dell’autonomia del dirigente nella gestione dei programmi e direttive stabiliti dall’organo di indirizzo politico (per tutti i dirigenti) e/o dal dirigente di livello generale (per i dirigenti di seconda fascia o addirittura per i dirigenti convenzionali). Una volta individuato chi è dirigente (attraverso l’individuazione di cosa fa) ne consegue la responsabilità gestionale esclusiva. Pertanto, non è negando la responsabilità esclusiva nell’attività gestionale che si può negare che una certa prestazione di lavoro sia di tipo dirigenziale.

Beninteso, non si può certo negare che i confini fra dirigenza e posizioni organizzative siano talvolta sfumati. Prendiamo l’elenco esemplificativo di funzioni attribuite ai dirigenti dall’art. 17 del d.lgs. n. 165/2001: essi “formulano proposte ed esprimono pareri ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, curano l’attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate; svolgono tutti gli altri compiti ad essi delegati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali; dirigono, coordinano e controllano l’attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia; provvedono alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici”. Allo stesso tempo, in base all’art. 18 del ccnl dei Ministeri del 16 febbraio 1999, comma 2 (ancora valido per il comparto Funzioni Centrali), “le posizioni organizzative possono riguardare settori che richiedono l’esercizio di

funzioni di direzione di unità organizzativa, caratterizzate da un elevato grado di autonomia gestionale ed organizzativa”.

Tuttavia, occorre configurare queste fattispecie tenuto conto che da ciò dipendono effetti di notevole rilievo in ordine alla disciplina del rapporto di lavoro (cioè a dire, un rapporto di lavoro da impiegato o da dirigente). Sicché, tenendo in debita considerazione le prescrizioni letterali della legge, l'unico elemento che differenzia la formulazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 165/2001 dalla formulazione dell'art. 1, comma 93, della Legge n. 205/2017 sarebbe la “responsabilità esclusiva” la quale, però, non sembra essere un elemento utile a configurare la fattispecie “dirigente” bensì rappresenta un effetto che consegue a quella qualifica. Insomma, non è la responsabilità esclusiva che configura la prestazione del dirigente bensì – all'inverso – è la prestazione di lavoro del dirigente che implica responsabilità esclusiva.

4. *Nota conclusiva fra dubbi di costituzionalità e ragioni materiali*

Se dunque si convenisse sul fatto che gli art. 1, comma 93, legge 205/2017 (giudicata dalla Consulta) e 4 del d.lgs. n. 165/2001 indicano uno stesso profilo professionale (cioè le stesse mansioni e funzioni), riproducendo una stessa fattispecie legale, la questione di costituzionalità sollevata con riferimento all'art. 97 Cost. e alle modalità di accesso alla qualifica dirigenziale, rappresenta solo una parte del problema e neanche quella più grave. Siamo in presenza di una legge (nel caso specifico, una legge speciale valida solo per le Agenzie fiscali) che nega la qualificazione giuridica di una prestazione di lavoro come dirigente, qualificandola piuttosto come dipendente di terza fascia con posizione organizzativa, pur avendo tutti i caratteri tipologici del dirigente.

Prima ancora di sollevare la questione relativa all'accesso al ruolo dirigenziale senza un regolare concorso (da cui, quindi, la questione di costituzionalità riguardo all'art. 97 Cost.) occorre porsi un'altra domanda: può la legge negare che una prestazione di lavoro possa essere qualificata come “dirigente” pur in presenza di indici definitivi del contenuto obbligatorio del contratto di lavoro (le mansioni dovute) che sono uguali a quelli che qualificano un dirigente? Insomma, può una legge (per quanto speciale) negare la qualificazione di un rapporto di lavoro, sotto il profilo dell'inquadramento professionale, al solo fine di negare che quel rapporto di lavoro possa essere qualificato come dirigenziale?

Ribadisco che in questa occasione non sto discutendo del diritto dei titolari di POER all'inquadramento come dirigenti senza passare attraverso la procedura concorsuale. Qui discuto del fatto che la legge del 2017 individua compiti e funzioni in modo identico a come fa in altra norma per i dirigenti senza trattarli, normativamente ed economicamente, come tali. Insomma, discuto del fatto che quelle posizioni organizzative sono obbligate per legge a svolgere mansioni superiori, senza il relativo trattamento economico e normativo. Può la legge disporre degli indici qualificatori delle prestazioni di lavoro oggetto di contratto, da cui deriva l'inquadramento contrattuale e il relativo trattamento, in modo tale da impedire che quei dipendenti delle Agenzie fiscali possano almeno rivendicare l'applicazione dell'art. 52 del d. lgs. n. 165/2001, e cioè il diritto alla retribuzione corrispondente alla mansione effettivamente svolta, se superiore?

Peraltro, casi del genere non sono ignoti alle P.A. Se prendiamo in esame l'istituto della c.d. “reggenza”, un dipendente può essere legittimamente adibito a mansioni superiori di rango dirigenziale solo a precise condizioni. Come ha riconosciuto in una recente sentenza la Corte di Cassazione⁹, l'assegnazione a mansioni superiori tramite l'istituto della c.d. “reggenza” non implica la costituzione di un rapporto di lavoro da dirigente. E fin qua *nulla quaestio*. Nondimeno, lo svolgimento di tali mansioni da dirigente, obbliga a riconoscere ai funzionari cui è attribuito tale incarico il medesimo trattamento economico dei dirigenti. Ciò perché – lo precisa la Cassazione – la reggenza “deve essere contrassegnata dalla straordinarietà e temporaneità... solo allorquando sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante...*Al di fuori di tale ipotesi la reggenza concreta lo svolgimento di mansioni superiori e il lavoratore ha diritto a percepire l'intero trattamento economico riservato al dirigente, ivi compresi gli elementi retributivi accessori*”¹⁰.

Ebbene, nel caso delle POER in esame, si tratta di riconoscere ai funzionari delle Agenzie fiscali lo svolgimento di mansioni superiori che, invece, la legge nega.

Se è così, a me pare che si prospetta un problema di legittimità costituzionale con riferimento, quantomeno, all'art. 3 Cost.¹¹. Mi sembra difficile

⁹ Cass. 10 luglio 2020 n. 14814, in *DeJure*.

¹⁰ Cass. 5 dicembre 2019 n. 31842, in *DeJure* (corsivo mio).

¹¹ Aggiungo che, questa disparità di trattamento, provoca pure una possibile violazione dell'art. 36 Cost. dal momento che, riconoscendo invece che siamo in presenza di mansioni (dirigenziali) uguali qualificate diversamente, si nega ai titolari di POER di chiedere il riconoscimento

negare la disparità di trattamento fra dipendenti pubblici adibiti a mansioni uguali eppur trattati diversamente (cioè le POER delle Agenzie fiscali trattate diversamente dai dirigenti delle medesime Agenzie nonché di tutte le altre P.A.). Non trova alcuna giustificazione ragionevole dal punto di vista costituzionale negare a un dipendente delle Agenzie fiscali cui vengano assegnate mansioni formalmente uguali a quelle dei dirigenti formalmente assunti in tale inquadramento. Peraltro, che non vi sia ragionevolezza nella disparità di trattamento è dimostrato dal fatto che l'argomento principale della sentenza della Corte costituzionale n. 164/2020 è stato proprio quello di negare che si tratta di situazioni uguali. Insomma, di certo nella sentenza in commento non troviamo nessun argomento che giustifichi la ragionevolezza della disparità di trattamento fra dipendenti pubblici cui vengono assegnate mansioni equivalenti, se non proprio uguali¹².

In ogni caso, anche questa sentenza segue la prassi (o se si vuole, cede alla tentazione) di giustificare la ragionevolezza della legge (e quindi della propria decisione di rigetto) sulla base del contesto politico in cui è maturato il *thema decidendum*. Si tratta di una prassi che è diffusa nella giurisprudenza, soprattutto costituzionale, e che merita di essere almeno accennata. Mi riferisco al corredo di “fatti materiali” richiamati nella sentenza per giustificare la scelta legislativa (se la sentenza respinge le eccezioni di costituzionalità) oppure – al contrario – per giustificare l'accoglimento delle eccezioni.

La sentenza n. 164/2020 (in particolare nel punto 7) ha dato ampio risalto alla vicenda storico-evolutiva dell'organizzazione delle Agenzie fiscali (la questione della vice-dirigenza) e – soprattutto – alle ragioni politiche che

di adibizione a mansioni superiori di livello dirigenziale, con il corrispondente diritto alla retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro dirigenziale svolto, ai sensi dell'art. 36 Cost.

¹² A mio parere sussiste anche un dubbio a monte che attiene alla indisponibilità della legge stessa delle fattispecie legali allorché se ne facciano derivare disparità di trattamento ingiustificate. Se ammettiamo che anche le qualifiche professionali, soprattutto quando sono tipizzate dalla legge, costituiscono tipi legali di lavoro subordinato, c'è da chiedersi se vale anche in questo caso quanto sancito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 121/1993, tenuto conto che “non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato” (punto 2). Si può negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato dirigenziale a rapporti che legalmente hanno tale natura? In questo caso la legge oggetto del giudizio costituzionale non nega la qualificazione come lavoro subordinato, ma nega la qualificazione come lavoro subordinato dirigenziale a rapporti che *normativamente* hanno tale natura.

hanno ispirato la legge in giudizio: “*snellimento e agilità operativa, ritenuta più consona alla naturale dinamicità dei rapporti economici nazionali ed internazionali con cui esse si confrontano*”. La Corte ha addirittura richiamato le opinioni degli “esperti” convocati in camera di consiglio nonché la tesi de “l’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) nel report *Tax Administration 2013: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, e il Fondo monetario internazionale (FMI) nello studio *Fiscal Affairs Department, Revenue Administration: Autonomy in Tax Administration and the Revenue Authority Model, Technical Notes and Manuals, 2010*”.

L’orizzonte politico è quello dell’efficienza delle Pubbliche Amministrazioni, perseguita attraverso una tecnica nota e tradizionale: maggiore produzione di servizi con minore costo del lavoro. In fin dei conti, la legge oggetto della sentenza n. 164/2020 ha previsto per le Agenzie fiscali un’operazione semplice: ha sostanzialmente dimezzato le posizioni da dirigente utilizzando le risorse risparmiate per istituire oltre 1.400 POER che, però, svolgono compiti e funzioni identici a quelli previsti per i dirigenti. Operazione impeccabile sul piano contabile. Nel caso della sentenza n. 128/2020, la Corte costituzionale ha condiviso la scelta della Regione Toscana di rimediare al ritardo normativo nazionale con una soluzione temporanea che fungesse da ponte in attesa della soluzione definitiva.

Non discuto dell’opportunità di riorganizzare un’Amministrazione Pubblica perché non compete a un commentatore di una sentenza, sebbene si possa anche comprendere la motivazione meta-giuridica che ha indotto la Corte costituzionale a decidere in un certo modo. Discuto invece gli argomenti tecnico-giuridici adottati dal Giudice delle Leggi per giustificare la sua scelta. Se volessimo trovare un punto comune alle due sentenze, credo che debba essere ricercato nella comune volontà di assumere come precondizione la supremazia delle scelte politiche di macro-organizzazione delle Amministrazioni Pubbliche e fare della disciplina giuridica del rapporto di lavoro delle Posizioni Organizzative una propaggine della volontà macro-organizzativa. In questa giurisprudenza costituzionale, le posizioni organizzative appaiono essere una variabile dipendente dall’indirizzo politico delle P.A. non soltanto quando sono istituite, ma anche quando sono regolate perché esse sono il contenuto oggettivo del rapporto di lavoro. Nelle due sentenze commentate, la legge è *dominus* in materia di posizioni organizzative, al contrario dell’ispirazione dell’art. 40, d.lgs. n. 165/2001 e della prospettiva contrattualista nel lavoro pubblico.

Keywords

Posizioni organizzative, Pubblica amministrazione, Dirigenza, Contratto collettivo, Mansioni superiori.

Organizational positions, Public administration, Management, Collective agreement, Higher duties.

Silvia Borelli, Maura Ranieri*
Lavoro e criminalità organizzata
di origine mafiosa

Sommario: 1. Scenario. 2. Norme. 3. Decisioni. 4. Rapporti istituzionali e prassi. 5. Ricerche.

I. *Scenario*

Prosegue, con questo numero, l'esperienza dell'osservatorio sugli intrecci tra diritto del lavoro e strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso ospitato, con cadenza annuale, dalla Rivista.

L'osservatorio si propone di seguire l'insegnamento di chi ha invitato a considerare il diritto del lavoro come "una finestra sul mondo", sottolineando che, per occuparsi correttamente del diritto del lavoro, bisogna "avere una idea della società e, appunto, del grande mondo"¹. Nel gettare uno sguardo dalla finestra giuslavorista sui fenomeni mafiosi, ci accorgiamo subito che, da un anno a questa parte, il "grande mondo" è cambiato, devastato da una pandemia che, oltre alle innumerevoli vittime, sta lasciando sul campo elevati tassi di povertà e ha messo in crisi il già provato sistema economico italiano.

Da subito, i lettori più attenti della criminalità organizzata di stampo mafioso hanno allertato sugli spazi che la stessa potrebbe conquistarsi nel corso della pandemia.

Tra tutti i pericolosi intrecci tra pandemia e mafie, ai fini del presente

* Il presente lavoro è frutto di una comune riflessione delle Autrici; tuttavia, la stesura dei paragrafi 1, 4 e 5 è da attribuire a Silvia Borelli, quella dei paragrafi 2 e 3 a Maura Ranieri. Si ringrazia Riccardo Tonelli per la collaborazione nella ricerca dei materiali. Per segnalazioni, commenti e idee sull'osservatorio è possibile scrivere a silvia.borelli@unife.it e ranieri@unicz.it.

¹ MARIUCCI, *Riflessioni su "L'idea di diritto del lavoro, oggi"*, in *LD*, 2016, p. 132.

osservatorio ne rilevano, in particolare, tre: la possibilità che le mafie si propongano come forma di “welfare alternativo” a fronte del crescente disagio sociale e dell’incremento della povertà; il rischio che le mafie intercettino gli ingenti contributi erogati dallo Stato e dall’Unione europea per sostenere le attività economiche costrette a sospendere o ridurre la propria attività durante la crisi²; il pericolo di infiltrazioni nell’ambito degli appalti pubblici per la produzione dei beni e la fornitura dei servizi necessari per la prevenzione dei contagi e la cura delle persone malate.

Quanto al primo aspetto, viene da più parti sottolineato che la liquidità e i mezzi di cui le mafie dispongono, provenienti spesso da attività illecite, potrebbero essere messi a disposizione di persone bisognose, ciò permetterebbe alle mafie di aumentare il proprio consenso sociale e di crearsi un bacino di potenziali “debitori” a cui, in futuro, si potrà chiedere qualche attività in cambio (ad esempio, a fini elettorali)³.

Le mafie potrebbero altresì giocare un ruolo sostitutivo allo Stato nell’erogazione di contributi alle imprese messe in crisi dalla pandemia, al fine di fagocitarle, anche mediante l’usura e l’estorsione⁴. Per evitare tale rischio e garantire il doveroso sostegno economico, durante l’emergenza epidemiologica sono state velocizzate le procedure di erogazione del credito, evitando o riducendo i controlli sui soggetti beneficiari. È evidente però che un sistema di controlli “labile” favorisce l’accesso alle risorse pubbliche da parte di imprese mafiose.

Analogamente, si ripresentano le mai sopite pressioni per semplificare il Codice dei contratti pubblici, così da rendere più spedite le procedure di evidenza pubblica⁵. Anche in questo caso, però, l’abolizione o la limitazione

² I rischi di infiltrazioni mafiose nella gestione emergenziale delle risorse pubbliche e dell’elargizione di aiuti economici ai privati è messo in evidenza da Maurizio De Lucia, Lia Sava e Dino Petralia nell’intervista di Andrea Apollonio, in www.giustiziainsieme.it, 20 aprile 2020.

³ Si è osservato che “la mafia strumentalizza il disagio sociale, se non si riesce a dare risposte adeguate, in primo luogo sul piano istituzionale, non delegando tutto al privato sociale” SANTINO, *La pandemia, lo “stato d’eccezione” e la mafia*, in SANTINO, PUGLISI (a cura di), *La memoria e il progetto. Dal Centro Impastato al No Mafia Memoria*, Di Girolamo, 2020, p. 242.

⁴ SCIARRONE, *Fase 2, gli interessi delle mafie nella ricostruzione*, in http://unitoneus.it/index.php/it/news_detail/fase-2-gli-interessi-delle-mafie-nella-ricostruzione, 12 maggio 2020. Sul tema cfr. altresì BRANCACCIO, METE, *Se nemmeno il Covid ferma le mafie*, in www.ilmulino.it, 27 aprile 2020 e RANIERI, *La longa manus della camorra e gli effetti della pandemia*, in www.ilmattino.it, 8 maggio 2020.

⁵ Per approfondimenti su questo tema v. DONATO (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d’Italia, n. 89, 2020.

dei controlli rischiano di favorire il pilotaggio da parte delle organizzazioni mafiose dell'assegnazione degli appalti pubblici e le infiltrazioni mafiose nella gestione dell'appalto⁶. Tale pericolo è oggi ulteriormente incrementato dalla numerosità degli appalti per la realizzazione e il potenziamento di opere e infrastrutture sanitarie e per i servizi connessi al “ciclo della sanità”⁷.

L'osservatorio ripropone la struttura delle precedenti edizioni ovvero un'articolazione in quattro sezioni volte a dar conto delle innovazioni normative intervenute ai vari livelli regolativi, delle principali decisioni giurisprudenziali, delle più interessanti prassi messe in atto e dei rapporti pubblicati, così come degli studi e delle ricerche destinati a suscitare curiosità per esiti e/o approcci innovativi.

Nella prima sezione sono messe in luce le disposizioni che, sparse tra le innumerevoli misure adottate per affrontare le conseguenze sociali ed economiche della pandemia, trattano, direttamente o indirettamente, della lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso e della connessa tutela del lavoro.

Nella parte dedicata alla giurisprudenza sono invece analizzate le tante pronunce, di ogni ordine e grado, che nel corso del 2020 si sono occupate di mafie, impresa e lavoro. Il corposo contenzioso è stato raggruppato in due macroaree, attinenti alle misure interdittive e all'amministrazione e al controllo giudiziario delle imprese.

La sezione relativa ai Rapporti istituzionali e alle prassi è invece interamente occupata dai numerosi studi sul pericolo di diffusione delle mafie nel corso della crisi generata dal COVID-19.

La parte conclusiva dell'osservatorio è infine riservata agli studi e alle ricerche pubblicate durante lo scorso anno. Analogamente a quanto avvenuto negli anni precedenti, si conferma la scarsa attenzione dei giuristi, e in particolare dei giuristi del lavoro, sugli intrecci tra criminalità organizzata di stampo mafioso e lavoro, mentre la letteratura storica, sociologica o antropologica continua a essere più florida.

⁶ Sul tema dei controlli si sofferma TONELLI, *L'emergenza del COVID-19 e il condizionamento dell'economia legale da parte della criminalità organizzata*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l'emergenza COVID-19*, 2020, p. 21, disponibile sul sito <http://www.giuri.unife.it/-it/coronavirus/diritto-virale>.

⁷ Sul punto v. il Rapporto di Libera, *InSanità. L'impatto della corruzione sulla nostra salute*, Edizioni Lavalibera, 2020.

2. *Norme*

Per affrontare la severa crisi economica e sanitaria generata dalla pandemia, il Governo ha emanato un'articolata serie di provvedimenti che non ha eguali, nella storia repubblicana, per quantità⁸.

Solo alcune (poche) delle misure adottate possono annoverarsi tra gli interventi diretti sugli aspetti lavoristici della normativa antimafia, mentre ben più numerosi sono i provvedimenti che incidono indirettamente sul contrasto alle infiltrazioni mafiose e che hanno una rilevanza per lo studioso di diritto del lavoro.

Nella prima categoria si segnala innanzitutto l'inserimento di una disposizione (l'art. 83 *bis*) all'interno del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, fortemente sollecitata dal Consiglio di Stato. Nella sentenza del 20 gennaio 2020, n. 452, il giudice amministrativo aveva rilevato che l'art. 83 del Codice antimafia, nell'individuare i soggetti che devono acquisire la documentazione antimafia prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e i subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67 del codice, prevede solo soggetti pubblici. Nulla era quindi previsto, fino alla modifica introdotta con d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), per gli appalti tra privati.

Tale vuoto normativo si era creato a seguito della modifica dell'art. 87, co. 1, d. lgs. 159/11 (che, nel testo originario, prevedeva la possibilità, per il privato, di richiedere la comunicazione antimafia) da parte dell'art. 4 d. lgs. 15 novembre 2012, n. 218. Di conseguenza, la novella del 2012 lasciava "alle imprese 'più probabilmente che non' colluse o in contatto con le mafie la possibilità di operare nel settore privato, nel quale probabilmente è ancora più forte la capacità 'persuasiva' delle minacce e della violenza fisica o psicologica, tipica della mafia"⁹. Il Consiglio di Stato invitava quindi il legislatore a intervenire sul punto.

Recependo tale sollecitazione, pertanto, il legislatore ha previsto che i protocolli per la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità organizzata, sottoscritti dal Ministero dell'interno con le imprese di rilevanza

⁸ Per una ricostruzione in materia di diritto del lavoro v. BONARDI, CARABELLI, D'ONGHIA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, 2020.

⁹ Cons. St. n. 452/2020.

strategica per l'economica nazionale, con le associazioni datoriali maggiormente rappresentative a livello nazionale o con le organizzazioni sindacali, “possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati” (art. 83 *bis*, co. 1, d. l.gs. 159/11). Tali protocolli possono altresì applicare le disposizioni del Codice antimafia “anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi” (art. 83 *bis*, co. 1, d. l.gs. 159/11).

L'art. 83 *bis* d. lgs. 159/11 obbliga inoltre le stazioni appaltanti a prevedere “negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto dei protocolli di legalità costituisce causa di esclusione dalla gara o di risoluzione del contratto”.

La disposizione appena esaminata è certamente molto importante per garantire una maggiore effettività ai protocolli di legalità sottoscritti dal Ministero dell'interno. Si è però sottolineato che l'estensione delle interdittive ai rapporti tra privati rischia di gravare le Prefetture e gli organi di polizia preposti agli accertamenti antimafia di un'enorme mole di lavoro¹⁰. Ciò potrebbe indurre a sveltire le indagini, peggiorando la qualità dei provvedimenti adottati, con il pericolo di incrementare ulteriormente il già cospicuo contenzioso amministrativo (v. *infra*). A destare preoccupazione è poi l'estensione dell'ambito di applicazione di un istituto (l'interdittiva) che rischia di decretare la morte dell'impresa sospettata di infiltrazione mafiosa, senza neppure averle offerto le garanzie del contraddittorio (v. *infra*).

L'art. 83 *bis* prevede, infine, l'equipollenza tra l'iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui all'art. 1, co. 52 ss., l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. *white list*)¹¹ o l'iscrizione nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'art. 30 d.l. 17 ottobre 2016, n. 189 e il rilascio dell'informazione antimafia. Non è chiaro, tuttavia, se tale equipollenza abbia valenza generale o sia limitata solo ai protocolli di legalità. Vi è inoltre il rischio di discrasie tra *white list*, anagrafe antimafia e banda dati delle interdittive, dato che non vi è una comunicazione immediata dei dati da parte delle Prefetture.

Altra disposizione che rileva ai fini del presente osservatorio è l'art. 39,

¹⁰ Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti*, Relazione semestrale gennaio-giugno 2020, p. 475 reperibile sul sito https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/-page/relazioni_semestrali.htm.

¹¹ L'elenco dei campi economici a rischio di infiltrazioni mafiose per cui è obbligatoria l'iscrizione nelle liste è stato aggiornato dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23.

co. 5 *bis*, del d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (conv. con l. 17 luglio 2020, n. 77) il quale dispone un cospicuo stanziamento a favore del Fondo per la crescita sostenibile, di cui all'art. 23 d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. con l. 7 agosto 2012, n. 134), destinato all'erogazione di finanziamenti agevolati anche "per la promozione e lo sviluppo di società cooperative che gestiscono aziende confiscate alla criminalità organizzata"¹². Per le medesime ragioni, gli enti diversi dalle banche, che senza fini di lucro, raccolgono in ambito locale somme di modesto ammontare ed erogano piccoli prestiti, possono concedere finanziamenti a condizioni più favorevoli di quelle esistenti sul mercato.

Fra gli interventi che, invece, incidono indirettamente sul contrasto alla criminalità organizzata e che hanno una rilevanza per lo studioso di diritto del lavoro, meritano di essere ricordate le tante modifiche del Codice dei contratti pubblici, volte ad accelerare e semplificare le procedure per l'approvvigionamento di beni e servizi, garantendo così la tempestività delle misure richieste dall'emergenza epidemiologica.

La Commissione europea, già nell'aprile 2020¹³, era intervenuta per indicare i margini di manovra consentiti dal diritto dell'Unione, al fine di rendere più spedite le procedure di appalto pubblico durante la pandemia.

Recependo l'invito della Commissione, il legislatore ha rimodulato la disciplina dell'affidamento dei contratti pubblici. In particolare, l'art. 1 d.l. 76/20 ha previsto che, fino al 31 dicembre 2021, gli appalti sottosoglia siano affidati mediante affidamento diretto o procedura negoziata¹⁴. La disposizione in commento eleva di molto la soglia per l'affidamento diretto (su cui era già intervenuto il decreto c.d. Sblocca cantieri), rischiando così di "abbassare la guardia nella lotta ai fenomeni corruttivi"¹⁵.

¹² Il Fondo è stato ulteriormente incrementato con l'art. 60, co. 5, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. con l. 13 ottobre 2020, n. 126.

¹³ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19*, 2020/C 108 I/01.

¹⁴ Nel primo semestre del 2020 si è osservato un massiccio ricorso alle procedure che non prevedono l'evidenza pubblica, utilizzate nell'85% dei casi e per il 93% della spesa complessiva (ANAC, *Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID 19 - Report di seconda fase*, 18 luglio 2020, p. 65).

¹⁵ ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, 4 agosto 2020, p. 4.

Nel caso di affidamento diretto, le stazioni appalti procedono poi all'aggiudicazione dell'appalto sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso (art. 1, co. 3), con il conseguente pericolo di "dare vita ad affidamenti al ribasso giocati sull'abbattimento del costo del lavoro"¹⁶. L'ANAC ha altresì sottolineato che l'obbligo di esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, previsto dallo stesso art. 1 d.l. 76/20, potrebbe non essere conforme al diritto dell'Unione, come dimostra la vicenda che ha condotto alla modifica dell'art. 97, co. 8, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Per gli appalti soprasoglia, il d.l. 76/20 prevede, fino al 31 dicembre 2021, la procedura aperta o ristretta, la procedura competitiva con negoziazione o, in casi di estrema urgenza, la procedura negoziata di cui all'art. 63 d.lgs. 50/16 (art. 2). Anche per questa disposizione, l'ANAC ha sottolineato i pericoli che potrebbero derivare dalla "generica correlazione dell'estrema urgenza", che rischia di "consentire un ricorso diffuso alla procedura negoziata senza bando, lasciando un ambito di discrezionalità molto significativo in capo alle stazioni appaltanti"¹⁷.

Per una serie di settori elencati al co. 4 dell'art. 2, si prevede poi che le stazioni appaltanti operino "in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale", fatto salvo il rispetto delle disposizioni del Codice antimafia e delle misure di prevenzione ivi previste, "nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea"¹⁸. A parere dell'ANAC, la deroga "appare sproporzionata rispetto all'obiettivo di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19"¹⁹. Peraltro, alla stazione appaltante viene delegato il non facile compito di individuare le disposizioni che possono e quelle che non possono essere derogate.

¹⁶ ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76*, cit., p. 5.

¹⁷ ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76*, cit., p. 9.

¹⁸ Analoga deroga è prevista dall'art. 9 d.l. 76/20 per i Commissari straordinari nominati per la realizzazione di interventi infrastrutturali caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale, da una particolare difficoltà esecutiva o attuativa, da complessità delle procedure tecnico-amministrative, o che comportano un rilevante impatto sul tessuto socio-economico a livello nazionale, regionale o locale.

¹⁹ ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76*, cit., p. 10.

Merita infine di essere menzionato l'art. 3 d.l. 76/20 secondo cui, fino al 31 dicembre 2021, nei procedimenti su istanza di parte aventi ad oggetto la distribuzione di benefici economici, erogazioni, contributi, sovvenzioni, finanziamenti, prestiti, agevolazioni e pagamenti da parte di pubbliche amministrazioni, qualora il rilascio della documentazione antimafia non sia immediatamente conseguente alla consultazione della relativa banca dati nazionale, ricorre sempre il caso d'urgenza di cui all'art. 92, co. 3, d.lgs. 159/11, e dunque si procede in assenza di informazione antimafia.

Analogamente, si dispone che, nello stesso periodo, "per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, si procede mediante il rilascio della informativa liberatoria provvisoria", conseguente alla consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia e alle risultanze delle altre banche dati disponibili, anche quando l'accertamento è eseguito per un soggetto che risulti non censito (art. 3, co. 2, d.l. 76/20). Qualora la documentazione antimafia successivamente pervenuta accerti la sussistenza di una causa interdittiva, i soggetti pubblici di cui all'art. 83, co. 1 e 2, d.lgs. 159/11 devono recedere dai contratti, fatti salvi il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute.

Sempre in materia di contratti pubblici, va poi segnalato il mancato intervento del legislatore sul limite massimo delle opere che possono essere affidate in subappalto (art. 105, co. 5, d. lgs. 50/16), per il quale è pendente una procedura di infrazione (n. 2018/2273) e sulla cui incompatibilità con il diritto dell'Unione si è espressa la Corte di giustizia (C-63/18)²⁰. Nonostante le tante critiche mosse a tale disposizione²¹, a parere di chi scrive essa è importante sia per garantire una migliore tutela dei lavoratori, sia per diminuire il rischio di infiltrazioni mafiose, data la maggiore difficoltà di controllo delle lunghe e articolate catene di appalti.

Da ultimo, pare opportuno menzionare la circ. INPS n. 103/2020 in cui si precisa che, quando tutti i beni del datore di lavoro sono stati sottoposti a

²⁰ C. Giust. 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali*.

²¹ Vi è chi ha scritto che "nella prospettiva della lotta alla corruzione e alla criminalità fissare una percentuale più o meno alta di subappalto non risolve certo di per sé il problema, al limite lo riduce. Senza dimenticare che a presidio del rischio di infiltrazione della criminalità operano prioritariamente gli strumenti preventivi e repressivi penali dell'antimafia, dell'anticiclaggio, dell'anticorruzione; e sono questi a dover funzionare in modo efficace" DONATO, *Conclusioni. Dall'emergenza COVID-19 alla ripartenza degli appalti pubblici*, in DONATO (a cura di), *op. cit.*, p. 318.

sequestro/confisca, e i lavoratori non possono dunque intraprendere azioni esecutive individuali, gli stessi possono richiedere l'intervento del Fondo di Garanzia di cui all'art. 2, l. 29 maggio 1982 n. 297 se il loro credito è stato ammesso allo stato passivo esecutivo accertato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 59 d. lgs. 159/11.

3. *Decisioni*

Come negli anni precedenti, il numero di pronunce giurisprudenziali sugli intrecci tra mafie, impresa e lavoro è ingente. Di conseguenza, come premesso, si è reso necessario operare una selezione, individuando due aree tematiche che, nel 2020, hanno estensivamente occupato le corti: le interdittive antimafia e l'amministrazione e il controllo giudiziario delle imprese.

Sulla prima questione si è pronunciata, ancora una volta, la Corte costituzionale²². Nella sentenza n. 57 del 26 marzo 2020, il Giudice delle leggi ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito agli artt. 89 *bis* e 92, co. 3 e 4, d. lgs. 159/11 in considerazione del fatto che, in caso di interdittiva, il sacrificio accordato alla libertà di impresa (art. 41 Cost.), pur se grave, trova giustificazione nell'estrema pericolosità del fenomeno mafioso che può arrecare pregiudizio non solo alla libera concorrenza, ma anche alla libertà e alla dignità dell'individuo.

Ora, al di là di tutti i dubbi sollevati da una pronuncia che appare appiattita sugli esiti della giurisprudenza amministrativa²³, ciò che colpisce è la debolezza argomentativa su un tema così delicato e decisivo. In più passaggi la Consulta sembra restare in superficie senza addentrarsi nelle problematiche sottese ad atti forieri di vere e proprie "sofferenze costituzionali"²⁴ e senza affrontare realmente la questione del bilanciamento dei principi contrapposti, della ragionevolezza e della proporzionalità della normativa contestata. Colpisce, ad esempio, il punto della sentenza in cui si fa leva sul carattere provvisorio della interdittiva, senza considerare minimamente quali effetti spesso

²² La Corte costituzionale era già intervenuta sulle interdittive antimafia con le sentenze 18 gennaio 2018 n. 4 e 27 febbraio 2019 n. 24.

²³ Così LONGO, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in www.nomos-leattualitàdeldiritto.it, 2020, p. 5.

²⁴ LONGO, *La "massima anticipazione della tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, in www.federalismi.it, 2019, p. 14.

definitivi (di cui il licenziamento è solo un esempio) possono derivare dall'adozione del provvedimento amministrativo che, lo ricordiamo, produce l'effetto di inibire sia le attività contrattuali con la pubblica amministrazione, sia quelle autorizzatorie (nel caso oggetto del giudizio *a quo* era stata disposta la cancellazione dall'albo delle imprese artigiane del soggetto colpito da interdittiva, privandolo così della possibilità di svolgere la sua attività anche nei confronti dei privati).

La Corte costituzionale trascura altresì la sproporzione che esiste tra gli effetti del provvedimento e le scarse garanzie procedurali previste dal Codice antimafia (il fatto cioè che l'interdittiva sia emessa senza contraddittorio, salva l'ipotesi di cui all'art. 93, co. 7, d. lgs. 159/11, e che l'autorità amministrativa non possa procedere ad alcuna esclusione delle decadenze e dei divieti, come invece previsto nell'art. 67, co. 5, d. lgs. 159/11 per il tribunale che adotti misure di prevenzione personali). Il Giudice delle leggi giustifica l'ampia discrezionalità concessa all'amministrazione nel valutare il pericolo di infiltrazione mafiosa in ragione della grande "adattabilità alle circostanze" dell'azione criminale e della necessaria rapidità di intervento. Si aggiunge poi che le valutazioni dell'autorità prefettizia sono soggette al vaglio giurisdizionale che non si limita a un controllo "estrinseco", ma procede "ad un esame sostanziale degli elementi raccolti dal prefetto, verificandone la consistenza e la coerenza". Orbene, a parte il fatto che l'accertamento dei fatti posti a base del provvedimento rimane estraneo al giudice amministrativo (Cons. St. n. 8134/2020)²⁵, va anche osservato che la decisione di tale giudice spesso arriva quando l'impresa, stigmatizzata dall'interdittiva, che non può (perché impedita dalla legge) o non riesce (a causa dei pregiudizi connessi a tale provvedimento) a svolgere (quasi) alcuna attività economica, è già stata costretta alla chiusura²⁶.

Il dato che l'interdittiva sia adottata senza alcun contraddittorio tra l'amministrazione pubblica e l'impresa destinataria ha indotto il Tar Puglia (ord., 13 gennaio 2020 n. 28) a sollevare un rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia, per violazione del principio del contraddittorio di carattere endoprocedimentale, enunciato dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e del diritto di difesa, principio generale di diritto

²⁵ Cons. St. 17 dicembre 2020 n. 8134.

²⁶ Cfr. AMARELLI, *Interdittive antimafia e "valori fondanti della democrazia": il pericoloso equivoco da evitare*, in www.giustiziasinsieme.it, 17 luglio 2020.

dell'Unione²⁷. Nonostante l'apprezzabile tentativo di allargare la discussione sull'interdittiva antimafia, la Corte di giustizia ha correttamente dichiarato irricevibile il caso in quanto il giudice pugliese non ha dimostrato il legame tra la vicenda interna e il diritto dell'Unione²⁸.

L'ordinanza del Tar Puglia rappresenta uno dei rarissimi casi di "insubordinazione" rispetto all'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa in materia di interdittive antimafia. Come negli anni passati, anche nel 2020 la quasi totalità delle pronunce del Consiglio di Stato e dei Tar Regionali ha ribadito che:

- "l'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa. Tale pericolo deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo, di tipo probabilistico, che non richiede di attingere un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio, tipico dell'accertamento finalizzato ad affermare la responsabilità penale, e quindi fondato su prove, ma implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza, sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, sì da far ritenere 'più probabile che non' il pericolo di infiltrazione mafiosa";

- l'informazione antimafia si fonda sulla sussistenza di "eventuali tentativi" di infiltrazione mafiosa "tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate" (art. 84, co. 3, d. lgs. 159/11). Tali nozioni "delineano una fattispecie di pericolo, propria del diritto della prevenzione, finalizzato, appunto, a prevenire un evento che, per la stessa scelta del legislatore, non necessariamente è attuale, o invero, ma anche solo potenziale, purché desumibile da elementi non meramente immaginari o aleatori";

- il giudice amministrativo deve "valutare la gravità del quadro indiziario, posto a base della valutazione prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, e il suo sindacato sull'esercizio del potere prefettizio [...] consente non solo di sindacare l'esistenza o meno di questi fatti, che devono

²⁷ In senso contrario Cons. St. 31 gennaio 2020 n. 820 secondo cui "il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non è una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti" (in senso conforme Cons. St. 26 maggio 2020 n. 2854 e 10 agosto 2020 n. 4979).

²⁸ C. Giust., ord. 28 maggio 2020, C-17/20.

essere gravi, precisi e concordanti, ma di apprezzare la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame"²⁹.

Va infine ricordato che i principi che regolano l'interdittiva antimafia si applicano anche all'iscrizione nella *white list* (Cons. St. n. 8134/2020).

Passando ora all'amministrazione e al controllo giudiziario, preme ricordare che entrambe sono misure di prevenzione patrimoniale dirette a "bonificare" l'impresa infiltrata, consentendole di continuare a svolgere la sua attività, con un supporto e un controllo da parte dello Stato diretto a recidere ogni possibile legame mafioso³⁰. Come affermato dalla Cassazione, nei casi di specie, "il fuoco dello scrutinio deve individuarsi nella verifica di concrete possibilità che la singola realtà aziendale abbia o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni (nel caso della amministrazione, anche vere intromissioni) che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata"³¹.

Fra i provvedimenti con cui i tribunali hanno disposto, nel 2020, l'amministrazione giudiziaria, spiccano quelli adottati dal giudice meneghino nella vicenda *Uber Eat* in cui si chiarisce che l'istituto in esame non è volto a punire l'imprenditore che sia intraneo all'associazione criminale, ma "a contrastare la contaminazione antiggiuridica di imprese sane, sottoponendole a controllo giudiziario con la finalità di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti"³².

Di altrettanto interesse è il decreto n. 24/2020 dello stesso giudice con cui si è disposta la revoca della misura di prevenzione dell'amministrazione giudiziaria nei confronti di una società di logistica, sospettata del reato di sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603 *bis* cod. pen. Nell'elencare l'attività

²⁹ Tutte le citazioni sono tratte da Cons. St. 24 aprile 2020 n. 2651; in senso conforme: Cons. St. n. 452/2020; 8 giugno 2020 n. 3641; 16 ottobre 2020 n. 6284. Fra le poche pronunce che hanno annullato il provvedimento interdittivo ricordiamo: Cons. St. 2 novembre 2020 n. 6754; 23 novembre 2020 n. 7260.

³⁰ Sul punto si consenta il rinvio a RANIERI, *Dignità, lavoro e legalità o meglio legalità, lavoro, dignità*, in *VTDL*, 2020, p. 688.

³¹ Cass. Pen. 7 dicembre 2020 n. 34856.

³² Trib. Milano 28 maggio 2020 n. 9.

svolta dall'amministratore giudiziario, si evidenzia "la crisi reputazionale determinata dall'intervento del Tribunale" e l'indisponibilità di numerosi committenti a rinegoziare i contratti di appalto che consentano il rispetto del ccnl della logistica, a fronte di altri "attori della logistica più competitivi sul piano dell'offerta economica". Il tribunale esprime dunque la preoccupazione di evitare che l'impresa amministrata soffra di "una perdita di competitività così elevata da creare problemi in termini di assetto economico e occupazionale".

A differenza dell'amministrazione giudiziaria, il controllo giudiziario non determina lo "spossessamento gestorio", bensì configura "una forma meno invasiva di intervento, la quale consiste in una 'vigilanza prescrittiva', adottata da un commissario giudiziario nominato dal Tribunale, al quale viene dato il compito di monitorare 'dall'interno dell'azienda' l'adempimento di una serie di obblighi di *compliance* imposti dall'autorità giudiziaria"³³.

Similmente, il controllo volontario, che può essere richiesto da un'impresa destinataria di un'interdittiva antimafia (art. 34 *bis*, co. 6, d. lgs. 159/11), fa venire meno gli effetti di quest'ultima e apre una fase di monitoraggio dell'impresa da parte del commissario nominato dal tribunale in ordine al corretto adempimento di specifici obblighi imposti dall'autorità giudiziaria la quale, in caso di inottemperanza, può disporre l'applicazione di più gravosa misura³⁴.

Come affermato dalle Sez. Un. della Cassazione³⁵ e ribadito dal Tar Campania³⁶, il tribunale della prevenzione chiamato a decidere sull'ammissibilità del controllo giudiziario deve misurare "il grado di condizionamento mafioso sull'impresa per verificarne il carattere occasionale", mentre rimane esclusa dal sindacato di tale organo "ogni valutazione in ordine alla legittimità del provvedimento interdittivo adottato dal Prefetto, la cui delibazione è invece rimessa al giudice amministrativo". Qualora il tribunale della prevenzione ravvisi elementi che non raggiungono la soglia dell'occasionalità del pericolo di condizionamento mafioso, può comunque disporre la misura del controllo giudiziario volontario: in caso contrario infatti l'impresa per la quale non sussiste neppure l'occasionalità dell'infiltrazione finirebbe per es-

³³ Cass. Pen. 14 ottobre 2020 n. 1590.

³⁴ Cass. Pen. n. 1590/2020.

³⁵ Cass. Sez. Un. 26 settembre 2019 n. 46898.

³⁶ Tar Campania, I sez., 12 febbraio 2020 n. 1589.

sere assoggettata ad un regime inibitorio più severo di quello delle imprese per le quali un tale condizionamento viene invece ravvisato. Siamo qui di fronte a un'ulteriore aberrazione generata dalla disciplina dell'interdittiva antimafia: un'impresa pressoché pulita viene sottoposta a una misura preventiva per evitare gli effetti inibitori del provvedimento amministrativo, con evidente aggravio, tra l'altro, del lavoro dei tribunali ordinari. Un'ulteriore prova dell'esigenza di mettere mano alle regole sull'interdittiva antimafia.

4. *Rapporti istituzionali e prassi*

Nel corso del 2020 sono stati pubblicati numerosi rapporti meritevoli di attenzione con riferimento agli intrecci tra criminalità organizzata e lavoro, in relazione ai rischi generati dalla pandemia.

Sul piano internazionale, merita di essere ricordato il Rapporto dell'*United Nations Office on Drugs and Crime* in cui si esaminano i maggiori rischi di infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia legale nel corso dell'emergenza pandemica, riportando vicende accadute in diversi paesi³⁷.

Dal canto suo, l'Unione europea, così come altre istituzioni internazionali³⁸, si è soffermata soprattutto sui rischi derivanti dal riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite³⁹.

Nel nostro paese i controlli sulla “smisurata liquidità” di cui dispongono le mafie e che possono utilizzare per sostenere imprese in crisi sono stati oggetto della Relazione annuale della Commissaria straordinaria per il coordinamento delle iniziative antiracket e antiusura⁴⁰.

Per contrastare le contaminazioni mafiose nell'economia a seguito dell'emergenza COVID-19, nell'aprile del 2020 il Capo della Polizia – Direttore

³⁷ UNODC, *The impact of COVID-19 on organized crime*, Research Brief, 2020, disponibile sul sito <https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2020/July/organized-crime-groups-are-infiltrating-the-legal-economy-following-covid-19-crisis-says-latest-unodc-research-brief.html>.

³⁸ Financial Action Task Force, *Update: COVID-19-related Money Laundering and Terrorist Financing – Risks and Policy Responses*, 2020, reperibile all'indirizzo www.fatf-gafi.org/publications/-methodandtrends/documents/update-covid-19-ML-TF.html.

³⁹ V. la *Comunicazione della Commissione relativa a un piano d'azione per una politica integrata dell'Unione in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo*, C(2020)2800, 7 maggio 2020.

⁴⁰ La Relazione è reperibile sul sito https://www.interno.gov.it/sites/default/files/20-2009/re-lazione_annuale_2020_comissario_antiracket_e_antiusura.pdf.

Generale della Pubblica Sicurezza ha poi istituito, presso la Direzione Centrale della Polizia Criminale, un *Organismo permanente di monitoraggio ed analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità organizzata di tipo mafiosa* che riunisce rappresentanti della Polizia di Stato, dell'Arma dei carabinieri, della Guardia di finanza, della Polizia penitenziaria, della DIA, della Direzione centrale per i servizi antidroga e del Servizio Polizia Postale. Nel corso del 2020, l'Organismo in esame ha pubblicato vari Report in cui si offre uno spaccato generale sui fenomeni criminali nel periodo di pandemia, soffermandosi, in particolare, sui rischi di usura ed estorsione.

Ai fini del presente osservatorio, rilevano poi la Relazione annuale della Direzione Nazionale Antimafia⁴¹ e le Relazioni semestrali presentate dalla Direzione Investigativa Antimafia⁴² che, come negli anni passati, contengono una mappatura delle mafie operanti nel territorio nazionale, mettendone in evidenza i punti di forza e le eventuali criticità. Nel 2020 le relazioni si soffermano sui controlli addizionali necessari per prevenire i rischi di espansione delle mafie durante l'emergenza pandemica nel ciclo dei contratti pubblici e nell'assegnazione degli ingenti finanziamenti pubblici alle imprese.

Su quest'ultimo punto merita di essere ricordata anche l'attività intrapresa dall'Unità di informazione finanziaria per l'Italia al fine di elaborare un indicatore di rischio di infiltrazione per le imprese⁴³. Tale indicatore è stato messo a punto sulla base dell'analisi dei bilanci di un campione di aziende sequestrate dall'Autorità giudiziaria, diretta a identificare le caratteristiche che ricorrono nella struttura economica e finanziaria delle imprese infiltrate. Altrettanto interessante è la proposta di strumenti di controllo e di tracciabilità dei finanziamenti che valorizzano il ruolo dell'intermediatore finanziario (l'istituto bancario)⁴⁴.

⁴¹ Relazione sulle attività svolte dal Procuratore nazionale e dalla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo nonché sulle dinamiche e strategie della criminalità organizzata di tipo mafioso nel periodo 1° luglio 2018-31 dicembre 2019, presentata al Senato della Repubblica il 24 novembre 2020.

⁴² Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti*, Relazione semestrale luglio-dicembre 2019 e gennaio-giugno 2020, cit., reperibili sul sito https://direzioneeinvestigativaantimafia.interno.gov.it/page/relazioni_semestrali.htm.

⁴³ Audizione del Direttore dell'Unità di informazione finanziaria per l'Italia alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali su *Prevenzione e repressione delle attività predatorie della criminalità organizzata durante l'emergenza sanitaria*, 28 gennaio 2021, disponibile sul sito <https://uif.bancaditalia.it>.

⁴⁴ MOROSINI, *Emergenza socio-economica e pericolo mafioso*, in *QG*, 16 ottobre 2020.

Nella Relazione della Direzione Investigativa Antimafia per il primo semestre del 2020 è inserito un *Focus sull'interdittiva antimafia* che mira a fare chiarezza sugli interventi normativi e sulle tante pronunce giurisprudenziali che hanno riguardato questo istituto (v. *supra*). Il tema è di stretta attualità dato che nei primi nove mesi del 2020 si è avuta un'impennata del numero di interdittive antimafia emesse dalle prefetture nei confronti di imprese controllate o condizionate dalle organizzazioni criminali⁴⁵.

Dell'interdittiva si occupa anche la Relazione annuale dell'ANAC⁴⁶, al fine di esaminare i rapporti che tale istituto ha con l'amministrazione e il controllo giudiziario. A parere dell'Autorità, l'amministrazione e il controllo giudiziario garantiscono un maggiore approfondimento probatorio sugli elementi di fatto da cui desumere i sufficienti indizi di condizionamento o agevolazione mafiosi nei riguardi dell'impresa, da compiersi nel contraddittorio tra le parti, e sono pertanto esenti dalle critiche mosse nei confronti dell'interdittiva, pronunciata dal Prefetto, inaudita altera parte, sulla base di "un *plafond* probatorio alquanto affievolito"⁴⁷.

La Relazione ANAC dedica altresì un lungo capitolo alla vigilanza sugli operatori economici ove si sottolineano le peculiarità e le differenze dei due principali strumenti messi in campo per qualificare le imprese che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica, ossia il *rating* di impresa (di cui all'art. 83 d. lgs. 50/16) e il *rating* di legalità (di cui all'art. 5 *ter* d.l. 24 gennaio 2012, n. 1).

Va infine ricordato il Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato 2020–2022⁴⁸. Si tratta di un documento di natura strategica suddiviso in tre parti distinte: la prima dedicata ad un'analisi del fenomeno; la seconda imperniata sulla individuazione delle aree prioritarie di intervento; l'ultima, invece, volta a definire un piano d'azione di respiro generale.

⁴⁵ Nei primi nove mesi dell'anno il Ministero dell'interno ha registrato ben 1.637 interdittive, con una media di 181 al mese (sei provvedimenti al giorno), e un incremento del 6,2 % rispetto all'anno precedente cfr. LIBERA ASSOCIAZIONI, NOMI E NUMERI CONTRO LE MAFIE, LA-VIALIBERA (a cura di), *La tempesta perfetta. Le mani della criminalità organizzata sulla pandemia*, Roma, 30 novembre 2020, p. 23.

⁴⁶ Cfr. Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità relativa all'anno 2019 presentata alla Camera dei Deputati il 2 luglio 2020, disponibile sul sito www.anticorruzione.it, spec. parte III, cap. 12 e cap. 13.

⁴⁷ VISCONTI, *La tutela delle imprese dal pericolo mafioso*, in *QG*, 16 ottobre 2020.

⁴⁸ Il Piano, approvato il 20 febbraio 2020, è reperibile sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali all'indirizzo lavoro.gov.it.

Il Piano è fortemente incentrato sulla prevenzione dello sfruttamento lavorativo. Accanto al potenziamento delle attività di vigilanza, spiccano infatti le misure dirette a “sottrarre all’intermediazione irregolare e riportare nell’alveo pubblico, sia in esercizio diretto che mediante accreditamento di altri soggetti, l’incontro tra domanda/offerta di lavoro con tutti i servizi connessi relativamente all’alloggio e alle condizioni di trasporto”⁴⁹. Di pari interesse sono gli interventi per rafforzare la Rete del lavoro agricolo di qualità, prevedendo meccanismi di premialità per le imprese che vi aderiscono in termini di affievolimento dei controlli e di accesso privilegiato ai finanziamenti pubblici.

L’importanza della Rete del lavoro agricolo di qualità e l’esigenza di superare l’approccio prevalentemente securitario al fenomeno del caporalato, responsabilizzando le filiere produttive e creando agenzie pubbliche di governo dei fenomeni di intermediazione della manodopera, sono evidenziate anche nel Quarto Rapporto *Agromafie e caporalato* a cura dell’Osservatorio Placido Rizzotto della Flai-Cgil. Nei casi studio riportati nel Rapporto viene chiaramente messo in luce come lo sfruttamento lavorativo costituisca una componente essenziale del sistema produttivo agricolo. Di conseguenza, anche “là dove le condizioni di sfruttamento del lavoro agricolo vengono imputate all’azione di gruppi criminali, permane una lunga lista di figure che, ciascuno nel proprio campo di azione, perpetua forme di ingiustizia sociale”⁵⁰. La criminalità organizzata approfitta e alimenta questo sistema, ma è evidente che solo cambiando il modello di produzione agricola, ridimensionando il peso delle mere logiche di profitto, si può contrastare l’infiltrazione mafiosa.

Tornando al Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura, è importante evidenziare l’attenzione per il reinserimento socio lavorativo delle vittime di sfruttamento, mediante la realizzazione di percorsi di reinserimento sociolavorativo e l’attivazione di una serie di programmi sperimentali e progetti pilota.

La recente adozione del Piano non ne rende possibile al momento alcuna valutazione in ordine all’incidenza delle azioni programmate e al raggiungi-

⁴⁹ CORNICE, INNAMORATI, POMPONI, *Campo aperto: azioni di contrasto allo sfruttamento degli immigrati in agricoltura*, Inapp paper, 2020, p. 20.

⁵⁰ BELLONI, RIZZELLO, *Criminalità organizzata e attività di contrasto in Veneto*, in *Quarto Rapporto Agromafie e caporalato*, a cura dell’Osservatorio Placido Rizzotto, Flai-Cgil, Futura, 2020, p. 419.

mento dei risultati attesi; tuttavia, permane una certa fumosità nella descrizione e realizzazione degli obiettivi e nella selezione dei soggetti da coinvolgere, oltre a una relazione tra centro e periferie nella gestione del mercato del lavoro in agricoltura che continua a peccare ancora di chiarezza⁵¹.

Va infine segnalato che la Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni di lavoro e sullo sfruttamento di cui si è parlato nel precedente osservatorio⁵² non è ancora stata costituita.

5. Ricerche

Gli studi relativi alla dimensione economica del fenomeno della criminalità organizzata sono, anche nel 2020, molteplici. Le analisi sono in prevalenza dirette a far luce sullo sfruttamento della c.d. area grigia in cui si intersecano complesse relazioni tra criminalità organizzata, imprese, politici e professionisti. Tuttavia, si evidenzia ancora una scarsa diffusione di contributi che adottano una prospettiva giuslavoristica nello studio del fenomeno, mentre sono molteplici le ricerche in campo economico e sociologico.

In tale filone di ricerca si inserisce il volume *L'impresa criminale. La criminalità organizzata tra politiche di prevenzione e strategie di contrasto* (F. Costantino, Rubbettino, 2020). L'Autore analizza l'imprenditoria criminale, mafiosa e non, come "azione razionale basata sul concetto di opportunità". L'accento è posto in particolare sulla presenza degli elementi imprenditoriali – raccolta di capitali, massimizzazione del profitto, limiti temporali e differenziazione funzionale – nell'agire delle organizzazioni criminali sia nei mercati legali, sia illegali. Nella prima parte dello studio si evidenzia che l'imprenditoria criminale è attenta ai cambiamenti dei mercati e sfrutta le opportunità offerte dall'internazionalizzazione degli stessi, nonché i vantaggi derivanti dalle nuove tecnologie. Nel secondo capitolo, lo studio si concentra sull'azione economica delle organizzazioni criminali nei mercati, le quali si assicurano vantaggi competitivi grazie all'uso della violenza, all'abbattimento dei costi imprenditoriali dovuti all'adozione di comportamenti illegali e allo sviluppo di "processi di ibridazione" con gli attori dell'economia legale. Un elemento di novità è rappresentato dall'approfondimento dedicato agli strumenti di-

⁵¹ Cfr. CALAFÀ, *Legalità e lavoro nel diritto "dopo" la pandemia*, in QG, 2020, p. 71.

⁵² BORELLI, RANIERI, *Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa*, in questa rivista, 2020, p. 396.

gitali come opportunità per l'azione di contrasto, al fine, ad esempio, della raccolta dei dati sull'attività economica delle organizzazioni criminali (v. la *blockchain*). Nel terzo capitolo, viene proposta una classificazione delle imprese criminali sulla base del tipo di beni e/o servizi offerti e della forma giuridica dell'impresa che non sembra aggiungere nulla rispetto ad altri studi in materia. Degna di nota è infine l'analisi di due casi studio, l'uno relativo al traffico di migranti dall'Africa all'Europa, l'altro relativo alla gestione della clinica privata siciliana "Villa Santa Teresa", utilizzati dall'Autore per mostrare gli elementi imprenditoriali che caratterizzano la struttura e l'attività delle imprese criminali. Il volume si chiude con una serie di indicazioni sulle possibili misure di prevenzione e sulla raccolta e scambio di dati tra le autorità, strumenti che lo Stato dovrebbe predisporre per contrastare l'infiltrazione criminale nell'economia.

Un volume che presenta molteplici profili di novità, sia sul piano dell'oggetto di studio, sia sul piano del metodo utilizzato dagli Autori per presentare la propria tesi, è *L'oro delle mafie. Il grande affare delle confische* (La Torre, Morace, Veltri, PaperFirst, 2020). La ricerca, condotta attraverso l'analisi di 12 inchieste giudiziarie di assoluto rilievo, ha lo scopo di mostrare come un efficace utilizzo dei beni confiscati alla criminalità organizzata possa determinare un miglioramento economico e sociale diffuso. Gli esempi prescelti palesano infatti sia la complessità delle relazioni che si instaurano tra criminalità, attori dell'economia legale e società civile, sia l'immenso valore, in termini qualitativi e quantitativi, dei beni confiscati. Gli Autori sottolineano l'assenza di cifre precise sull'ammontare di questo patrimonio e sul suo effettivo utilizzo: tale aspetto costituisce già di per sé un dato rilevante per la ricerca delle cause della scarsa efficienza del sistema di gestione e recupero dei beni. Il vorticoso susseguirsi delle diverse storie criminali restituisce un quadro allarmante che mostra una criminalità organizzata capace di specializzarsi e di adattarsi in vari mercati, anche e soprattutto affidandosi all'opera di professionisti compiacenti, collaboranti o assoggettati dalla criminalità (il c.d. capitale sociale delle mafie)⁵³. Gli Autori dedicano poi un'attenzione particolare ai danni cagionati al tessuto economico-produttivo dall'attività criminale. Sotto questo aspetto, le imprese infiltrate possono godere di vantaggi competitivi che determinano lo svilimento della leale concorrenza, riescono

⁵³ SCIARRONE, *Il capitale sociale della mafia. Relazioni esterne e controllo del territorio*, in QS, 1998.

spesso ad accedere a finanziamenti pubblici e privati (interessante sul punto il *focus* relativo al credito bancario) e sviluppano pratiche predatorie sulle imprese più deboli acquistandone partecipazioni azionarie sempre maggiori, fino ad arrivare al pieno controllo delle stesse. Inoltre, una volta che le imprese criminali vengono sequestrate e/o confiscate comincia il calvario dei lavoratori che vi erano occupati, i quali, il più delle volte, perdono il lavoro poiché l'azienda non riesce ad essere reinserita nel mercato.

Nel volume vengono altresì descritte talune esperienze “virtuose” che possono rappresentare un modello di come da una corretta, seppur difficoltosa, gestione delle società confiscate possano derivare effetti benefici in termini di produttività e occupazione. Tali esempi di efficace recupero dei beni permettono di identificare i problemi più comuni che gli amministratori giudiziari devono affrontare quando si trovano a gestire società che fino a qualche tempo prima potevano godere di vantaggi competitivi unici e di molteplici fonti di finanziamento lecite e illecite. Tra le problematiche più urgenti gli Autori individuano in particolare: l'eccessivo spazio temporale che intercorre tra confisca e sequestro; la difficoltà nel reinserimento del mercato di imprese private dei vantaggi competitivi derivanti dalla gestione criminale; la disomogeneità degli interventi normativi sia in materia di confisca e sequestro, sia in materia di disciplina dell'Agenzia nazionale per i beni confiscati e sequestrati alla mafia.

Una simile impostazione caratterizza il volume *Mafieuropa* (De Simone, Rogiosi Editore, 2020). Anche in questo caso, la formula prescelta è quella della disamina di inchieste giudiziarie: l'Autrice riporta infatti numerosi casi che vedono coinvolte le associazioni di tipo mafioso in vari contesti europei e non. La ricerca è volta ad evidenziare in che misura le associazioni di tipo mafioso siano capaci di agire al di fuori dei confini nazionali e ha il pregio di fornire un quadro generalizzato sulla presenza mafiosa nei mercati transnazionali. È importante sottolineare che dallo studio dei casi proposti si rende chiaro che le associazioni di tipo mafioso hanno la capacità (oltre che l'interesse) ad infiltrarsi nel territorio e nel tessuto sociale, produttivo e politico di zone spesso ritenute impermeabili al fenomeno. Sotto questo aspetto, l'Autrice non manca però di rimarcare le differenze che intercorrono tra le diverse regioni coinvolte: in alcune zone l'infiltrazione mafiosa è capillare e riguarda sia i mercati, legali e illegali, sia il contesto sociale e politico locale (si pensi ai casi della Turingia, in Germania, e di Alsmeer in Olanda); altre zone sono invece meta privilegiata per il *regime shopping* di imprese e soggetti criminali, in quanto caratterizzate da normative favorevoli sul piano fiscale, finanziario e del contrasto al riciclag-

gio di capitali illeciti (si pensi ad esempio al caso di Malta). Il volume è uno strumento utile per quanti vogliono approfondire il tema della presenza mafiosa in contesti ritenuti non convenzionali e per la diffusione di una conoscenza e di una consapevolezza di livello europeo sulla gravità e sulle caratteristiche del fenomeno criminale mafioso.

Il volume *Cosa nostra S.p.A.* (Ardita, PaperFirst, 2020) riporta riflessioni e analisi relative all'esperienza pluriennale dell'Autore nel contrasto alle associazioni criminali di tipo mafioso, in particolare catanesi e messinesi. Lo studio merita di essere menzionato in quanto restituisce in maniera chiara la complessità dei rapporti che si intrecciano nella c.d. zona grigia; i protagonisti sono sempre gli stessi: soggetti criminali, che non sempre occupano posizioni di potere, esponenti politici locali e, talvolta, regionali, attori dell'economia legale e professionisti. L'Autore presta particolare attenzione al settore degli appalti privati: in tale contesto è interessante l'approfondimento relativo alla realizzazione di centri commerciali nel territorio catanese in cui vengono esaminate tutte le fasi che dall'acquisto del terreno portano fino alla costruzione degli immobili. I casi riportati rendono chiara l'importanza dei soggetti che, operando formalmente nell'economia legale, facilitano l'infiltrazione della criminalità organizzata. Degni di nota sono i tre capitoli con cui si chiude il volume dedicati all'antimafia; l'Autore esprime una certa insofferenza verso forme "opportunistiche" di antimafia che talvolta mascherano i reali interessi di chi si fa promotore di legalità. Al contrario viene a più riprese riaffermata la necessità di un ritorno a una antimafia "delle origini", ovvero un movimento spontaneo che nasce dalla cittadinanza nell'ottica di una diffusione sia sul piano sociale, sia economico di una cultura della legalità e della responsabilità.

A conclusione di questa rassegna merita di essere ricordato il volume *Capitalismo criminale* (Patalano, Giappichelli, 2020) che offre la sintesi dei risultati di un'analisi economica della criminalità organizzata, senza tralasciare però gli aspetti storici, sociologici e istituzionali che caratterizzano il fenomeno.

Alla luce di questa breve panoramica deve rimarcarsi positivamente l'incremento delle ricerche sul tema dell'insediamento delle mafie nel sistema economico legale; le più puntuali prestano attenzione alle ricadute sociali oltreché produttive del fenomeno della criminalità organizzata e ne approfondiscono altresì la dimensione sovranazionale. Emerge inoltre, anche se ancora un po' in sordina, una certa attenzione rispetto ai profili e alle conseguenze occupazionali dell'attività criminale mafiosa.

Keywords

Osservatorio, mafie, lavoro, impresa, Covid-19.

Overview, mafie, work, enterprise, Covid-19.

Massimiliano Delfino

La didattica a distanza fra insicurezze e potenzialità*

Sommario: **1.** La DaD nelle Università al tempo del Covid-19: un problema globale. **2.** La DaD come generatore di diseguaglianze e di (qualche) opportunità. **3.** Una Dad, mille DaD. **4.** L'approccio dell'Università di Napoli Federico II: il potenziamento degli strumenti già esistenti. **5.** *Segue.* La didattica *blended* fra bilanci e prospettive. **6.** Spunti giuslavoristici: la sicurezza degli *smart teachers* e degli *smart students*.

1. *La DaD nelle Università al tempo del Covid-19: un problema globale*

Secondo i dati di una ricerca condotta nel 2020 da *U-Multirank*¹, che copre quasi 1.800 Università di 92 Paesi, circa il 60% delle Università già prima del Covid-19 si era data delle regole per la didattica a distanza (DaD), mentre solo un terzo forniva corsi completi da remoto. La capacità degli Atenei di sostituire l'offerta dei tradizionali programmi formativi “*face to face*” con quella *on line* si è dimostrata una fondamentale risposta strategica alla pandemia.

Altri dati interessanti si ritrovano nella ricerca svolta dall'International Association of Universities, dal titolo *The Impact of COVID-19 on Higher Education around the World*, pubblicata a maggio 2020². Secondo questo rapporto, in quasi tutti gli Istituti di alta istruzione, il Covid-19 ha avuto un impatto sulla didattica, mentre solo il 2% degli Atenei ha dichiarato di non essere

* Questo contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al Webinar *Insegnare il diritto (del lavoro). Contenuti, metodi innovativi, didattica a distanza*, organizzato dalla Labour Law Community, il 20 novembre 2020.

¹ Reperibile in www.umultirank.org.

² In www.iau-aiu.net.

stato interessato. Quattro dei sette Atenei che hanno affermato di non aver subito conseguenze sulla didattica a causa della pandemia sono telematici, degli altri tre, tutti tradizionali, uno ha risposto che le strutture universitarie sono rimaste accessibili, mentre gli altre due hanno dichiarato che le loro strutture sono state chiuse. Il fatto che questi due Atenei abbiano risposto che la didattica non è stata influenzata dall'emergenza sanitaria, nonostante le loro sedi fossero chiuse, è sorprendente. Due terzi degli intervistati hanno affermato che l'insegnamento in aula è stato sostituito dalla DaD e un quarto che la maggior parte delle attività è attualmente sospesa, ma l'istituzione sta lavorando alla ricerca di soluzioni per continuare a erogare la didattica, attraverso mezzi digitali o di autoapprendimento. Solo il 7% ha riferito che l'erogazione della didattica è stata sospesa.

Questi risultati dimostrano che due terzi delle istituzioni universitarie sono state in grado di garantire il passaggio alla didattica *on line*.

2. La DaD come generatore di disuguaglianze e di (qualche) opportunità

Interessanti sono i dati su base regionale forniti da questa ricerca che inevitabilmente colpiscono chi ha sensibilità sociali. Da tali evidenze si deduce che la DaD ha sostituito la didattica in presenza (DiP) in maniera cospicua nelle aree geografiche più sviluppate come l'Europa e le Americhe ove, rispettivamente, l'85 e il 72% delle lezioni si sono svolte a distanza, mentre le percentuali dell'area Asia e Pacifico e dell'Africa sono più basse o, nel secondo caso, molto inferiori, attestandosi al 60 e al 29%. Da questi dati si evince che la pandemia ha generato disuguaglianze nell'erogazione della DaD dovute soprattutto alle attrezzature e all'accesso alla rete. Da un lato, l'indagine ha consentito d'identificare gli Atenei che non sono in grado di convertire *on line* l'offerta didattica perché i loro studenti semplicemente non hanno accesso a Internet e ciò accade in particolare in Africa. In questi casi, in presenza di misure di isolamento o distanziamento sociale, la didattica è sospesa e non sembra realistico che gli studenti di quegli Atenei riescano a completare l'anno accademico. Dall'altro lato, la ricerca ha identificato un secondo gruppo di Atenei situati in Paesi con una buona diffusione di Internet. Anche in questi casi le istituzioni universitarie hanno affermato di non disporre di attrezzature o di strumenti tecnici necessari per garantire al meglio la DaD. Alcune hanno

fatto riferimento ai problemi finanziari in termini di acquisto di attrezzature e licenze *on line*³.

La differenziazione fra Atenei non è generata soltanto dai problemi legati alle attrezzature e al collegamento. Diverse Università hanno fatto riferimento alla circostanza che è necessaria una strategia didattica diversa per la DaD e che è (o è stata) una sfida per le facoltà e i dipartimenti realizzare un passaggio così repentino dalla DiP alla DaD. Il livello di preparazione dei docenti per affrontare questa sfida è molto vario. Tuttavia, nonostante l'erogazione della didattica continui nel migliore modo possibile, potrebbe non essere sufficiente a garantire gli stessi livelli qualitativi rispetto alla didattica in presenza. Comunque, ogni soluzione è preferibile all'assenza di didattica.

Gli Atenei hanno spesso riferito di non avere una struttura in grado di "accompagnare" il personale in modo da facilitare il passaggio all'apprendimento *on line* e questo ha dato luogo alla mera "esportazione" a distanza delle modalità di svolgimento di una lezione in presenza.

La dipendenza da attrezzature tecniche specifiche varia da un settore disciplinare all'altro. Molti Atenei sottolineano i limiti della didattica a distanza in alcune materie. Medicina, studi veterinari e altri settori disciplinari per i quali è fondamentale l'accesso ai laboratori sono alcuni degli esempi di casi in cui la parte pratica della didattica non può essere sostituita dall'insegnamento a distanza. Analogo problema vale anche per molti dei settori disciplinari "creativi", come le discipline artistiche e musicali, perché gli studenti non sono messi nelle condizioni di ottenere buoni risultati quando lavorano da casa dove non hanno accesso alle attrezzature necessarie. In effetti, le prove in presenza delle orchestre, ad esempio, non possono essere facilmente sostituite dalle prove a distanza. L'esecuzione degli aspetti più pratici di una materia è una sfida e l'insegnamento impartito durante il *lockdown* è spesso limitato alla sola dimensione teorica. Quindi anche all'interno delle istituzioni universitarie in cui le apparecchiature che consentono la DaD

³ Inoltre, ci sono gli Atenei nei quali esiste una differenza tra gli studenti che hanno accesso a Internet e quelli che non lo hanno, cosicché è difficile garantire le pari opportunità. Alcuni di questi hanno deciso di sospendere completamente le loro attività durante il *lockdown* perché non sarebbero state in grado di raggiungere la maggior parte dei loro studenti attraverso l'insegnamento a distanza. Una soluzione interessante a questo problema, seguita da una delle istituzioni universitarie, è stata quella di fornire e distribuire attrezzature agli studenti (*tablet* o *smartphone*) per ridurre al minimo i disagi.

sono affidabili, la conservazione del livello qualitativo dell'apprendimento cambierà molto da una disciplina all'altra⁴.

Insomma, la ricerca dimostra che la qualità dell'insegnamento a distanza in risposta alla situazione di emergenza varia molto, tenendo conto di fattori come le attrezzature tecniche, la capacità del personale docente di adattarsi all'insegnamento *on line* e il settore disciplinare. L'esistenza di attrezzature adeguate è però sempre un prerequisito necessario per garantire una DaD efficace. Non sorprende che le istituzioni universitarie che operano in aree con attrezzature e infrastrutture inaffidabili stiano registrando maggiori difficoltà durante la crisi pandemica. Allo stesso modo, gli studenti che non hanno un accesso adeguato agli strumenti di comunicazione *on line* e alla rete saranno i più colpiti. In tal modo, la crisi aggraverà ulteriormente le disuguaglianze già esistenti.

Molti degli intervistati considerano l'esperienza della DaD come un'importante opportunità per trarre insegnamenti da questa situazione eccezionale e per proporre forme di apprendimento più flessibili, come quello *blended* (misto o ibrido) che coniuga didattica sincrona e asincrona.

Questo esperimento non pianificato di insegnamento a distanza ha portato allo sviluppo di capacità del personale docente e non docente chiamato a sperimentare nuovi strumenti didattici. È quindi possibile che stia avvenendo un cambiamento di mentalità o che questa esperienza abbia aperto nuove opportunità per la didattica. Gli intervistati ritengono che ciò offrirà una spinta in avanti in termini di esplorazione del potenziale dell'apprendimento flessibile e una maggiore accettazione della didattica *on line* che potrebbe diventare una parte integrante dei piani di studio. Il tempo dimostrerà se e in che misura ciò avverrà.

⁴ Analoghi dati si ritrovano nella ricerca condotta da *U-Multirank* secondo la quale prima della crisi pandemica, le università con una maggiore vocazione per gli ambiti disciplinari dell'istruzione, degli studi aziendali e dell'economia, così come le istituzioni più grandi avevano maggiori probabilità di erogare un'offerta formativa a distanza. Nei settori dell'ingegneria e delle scienze, la percentuale di programmi completamente *online* disponibili è inferiore al 3%, ma è considerevolmente più alta in materie come studi commerciali (12%) ed economia (7%). Inoltre, i dati di *U-Multirank* mostrano che la disponibilità di strumenti di apprendimento interattivo e di esami digitali è bassa, il che suggerisce che il supporto online su larga scala si è rivelato difficile per molte Università.

3. *Una Dad, mille DaD*

Occorre un approccio alla DaD molto prudente e cauto anche se non di neutralità. Comunque, è bene procedere con ordine e occuparsi di compiere riflessioni di carattere generale sulla DaD universitaria al tempo della pandemia per poi proseguire con un approfondimento sulla didattica a distanza nel diritto del lavoro, ovviamente tenendo conto che le valutazioni saranno compiute da chi insegna la materia. È opportuno muoversi con riguardo a entrambi i profili lungo la direttrice insicurezze/potenzialità.

In via preliminare sembra necessaria qualche precisazione. Innanzitutto, la DaD è una “galassia” multiforme che è composta da vari “pianeti”, ognuno dei quali ha caratteristiche proprie: lezioni, esercitazioni, attività laboratoriali, esami di profitto e esami di laurea. Inoltre, non saremmo qui a parlare di DaD se non ci fosse la pandemia da Covid-19, variabile che non può essere ignorata, nella consapevolezza che la pandemia, da un lato, è un'emergenza con la quale si è costretti a fare i conti e, dall'altro, si può rivelare un'opportunità per innovare in materia di didattica, seppure a determinate condizioni.

È metodologicamente corretto partire dai profili di carattere generale.

La DaD nell'Università non è lontanamente paragonabile a quella nelle scuole, nemmeno a quelle di secondo grado. Gli studenti universitari, soprattutto nel primo semestre di quest'anno accademico, sono ormai avvezzi alla DaD, avendola sperimentata durante l'ultimo anno delle scuole superiori, se sono al primo anno di università, oppure nel semestre precedente, se sono iscritti ad anni successivi.

Occorre ora dare un'occhiata alla didattica a distanza nel corso di lezioni. All'inizio della pandemia nella maggior parte dei casi i docenti hanno usato i servizi con cui avevano maggiore familiarità per *video call* (Skype, Zoom) oppure, specialmente per le classi molto numerose, le dirette di Facebook o di Youtube o anche la registrazione di lezioni in asincrono su Youtube.

La mia esperienza personale è quella di un corso frequentato da un centinaio di studenti che hanno seguito le lezioni tre giorni a settimana per sei ore ciascuno. L'impressione è stata che gli studenti fossero mediamente più concentrati rispetto a quelli in presenza forse perché costretti in un ambiente chiuso come la loro camera o lo studio di un genitore, nel quale le distrazioni sono molte meno che in un'aula universitaria. Naturalmente questa è la con-

dizione ottimale di chi ha una stanza e un pc/tablet a sua completa disposizione ma non sempre è così. Infatti, c'è stato un livello di attenzione inferiore in quegli studenti che dovevano condividere spazi e dispositivi informatici con altri componenti della famiglia.

Anche la partecipazione ai dibattiti durante la lezione, da sempre alimentata pure in presenza, sembra essere decollata grazie soprattutto al mezzo informatico che consente almeno ad alcuni ragazzi di superare meglio timidezza e insicurezza.

Passando alla DaD al momento della verifica, qui i difetti superano di gran lunga i pregi. È necessario tralasciare l'esame scritto e passare a quello orale, modalità che caratterizza il Diritto del lavoro. L'esperienza è stata surreale e grottesca allo stesso tempo. Durante gli esami gli studenti sono ricorsi a mille *escamotages*: dalla finzione del mancato funzionamento delle videocamere ai suggeritori presenti nelle loro stanze, dallo sguardo rivolto agli appunti sul video alla lettura del libro dietro o a lato dello schermo. Indipendentemente da questi profili, poi, anche in questo campo contano molto le possibilità e gli strumenti a disposizione degli studenti perché un ambiente idoneo e un buon collegamento da remoto possono fare la differenza in termini di rendimento mettendo i candidati in una situazione di maggiore agio, fisico e mentale⁵.

4. *L'approccio dell'Università di Napoli Federico II: il potenziamento degli strumenti già esistenti*

È opportuno passare alla politica del mio Ateneo in tema di DaD, soffermandosi su due profili: l'esperienza della didattica in asincrono mediante la piattaforma Federica e l'indagine sul Monitoraggio delle Attività di Didattica a Distanza nel Periodo Marzo-Giugno 2020.

Partendo dal primo punto, l'esperienza della didattica in asincrono mediante la piattaforma Federica Weblearning⁶ è nata nel 2006. Federica partecipa alla sfida della didattica multimediale *open access*, impegnandosi ad approfondire le potenzialità di questo tipo di didattica, ospitando, nelle diverse piattaforme tecnologicamente avanzate, corsi su varie discipline accademiche.

⁵ Sulle problematiche delle varie sfaccettature della DaD, v. RICCI M., *L'Università tra didattica "tradizionale" ed e-learning: alla "ricerca" di una normativa*, in LPA, 2020, p. 60 ss.

⁶ V. www.federica.unina.it.

I *Massive Open Online Courses* (MOOC) erogati da Federica annoverano svariate centinaia di migliaia di studenti iscritti. Nel settembre del 2015, è stato istituito il Centro d'Ateneo per la Innovazione, Sperimentazione e Diffusione della didattica multimediale Federica, realtà unica, per la sua alta specializzazione, nel panorama accademico italiano ed europeo. Con 300 corsi *blended* e 75 MOOC, e con oltre 25 milioni di accessi dal 2007 ad oggi, Federica è la maggiore piattaforma europea facente capo ad un'Università pubblica.

Tra i caratteri più innovativi di Federica c'è un sussidio didattico di straordinaria efficacia e unico nel panorama internazionale, ovverosia un'interfaccia che integra simultaneamente testi, video e un ricco corredo di *link* alle più autorevoli fonti online. I MOOC di Federica riproducono rigorosamente i contenuti dell'insegnamento universitario e coprono un ampio ventaglio disciplinare. Si prestano, quindi, ad essere utilizzati sia secondo il modello delle *flipped classroom* (le c.d. classi capovolte, come supporto-integrazione dei corsi in presenza), sia come sostitutivi, a pieno titolo, della erogazione in aula. In entrambi i casi, l'insegnamento può essere supportato da un monitoraggio puntuale delle attività di apprendimento (*learning analytics*).

La piattaforma Federica è stata utilizzata dall'Ateneo per fornire in versione *blended* una serie di insegnamenti nell'ambito di un progetto pilota con ANVUR. Il progetto ha coinvolto, fra gli altri, il corso di Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza (LMG/01), anche se con un unico corso erogato nel I semestre dell'a.a. 2015/16 che però era proprio di Diritto del lavoro (intitolato *Dallo Statuto dei lavoratori al Jobs Act*).

Infine, con i MOOC saranno erogati i primi crediti formativi del Master di II livello in Gestione delle Migrazioni e dei Processi di Accoglienza e Integrazione del Dipartimento di Scienze Politiche.

5. Segue. *La didattica blended fra bilanci e prospettive*

È ora di passare al secondo profilo. L'indagine cui si faceva cenno, promossa dall'allora Rettore Arturo De Vivo e sostenuta dal Presidio di Qualità dell'Ateneo⁷, ha visto il coinvolgimento di oltre 19000 studenti⁸. L'immagine

⁷ Del quale fa parte chi scrive e coordinato fino a dicembre 2020 da Antonello Zoppi e attualmente da Francesca Dovetto.

⁸ L'Indagine sul Monitoraggio delle Attività di Didattica a Distanza nel Periodo Marzo-Giugno 2020 è reperibile in www.pqaunina.it/aq-didattica/documenti-pqa.html.

generale che emerge è un'ampia partecipazione alle attività organizzate a distanza – svoltesi a regime, nella modalità sincrona, quasi esclusivamente attraverso la piattaforma Microsoft Teams – con un giudizio complessivo più che positivo. Ad avviso degli studenti, la Federico II è riuscita a rispondere all'emergenza anche con un'efficace comunicazione delle informazioni relative a tutte le attività che necessariamente hanno subito un cambiamento radicale di impostazione.

Il quadro che emerge relativamente agli aspetti tecnici, tuttavia, è quello di una didattica a distanza “tradizionale” e di “emergenza”, che ha visto, nella maggior parte delle ipotesi, una traslazione della modalità consueta di didattica in ambiente *on line* ovvero, nel caso sincrono, con collegamento dal vivo del docente, che ha utilizzato prevalentemente la classica esposizione orale o *slide* e, nel caso asincrono, mediante caricamento di materiali sul sito docente.

L'indagine ha consentito di evidenziare che la DaD ha avuto anche un impatto sulle famiglie degli studenti sia per l'organizzazione degli spazi e dei ritmi quotidiani sia da un punto di vista economico, avendo richiesto spese aggiuntive. La DaD, inoltre, sembra non essere accessibile a tutti in quanto la mancanza di dispositivi e connessioni adeguati ha condizionato circa un terzo di coloro che non hanno partecipato alle lezioni a distanza. Scendendo nello specifico delle risposte, alcune di queste sono molto interessanti. Ad esempio, quasi i due terzi degli studenti hanno ritenuto che tre o quattro debba essere il numero massimo di ore di DaD che può essere erogato quotidianamente e molti di loro hanno evidenziato che un'ora di DaD è più gravosa di un'ora di DiP.

Guardando al futuro, la maggior parte degli studenti segnala il desiderio di adottare una modalità mista ed equilibrata di lezioni frontali e didattica a distanza. Anche coloro che considerano la DaD meno efficace della DiP ritengono che si possa comunque trarre vantaggio da un'adeguata combinazione delle due modalità. La flessibilità della didattica a distanza viene molto apprezzata, soprattutto per la possibilità di usufruire di lezioni registrate e di godere di tutti quei vantaggi consentiti da una migliore organizzazione del tempo dedicato allo studio nel caso asincrono e per l'attiva e costante partecipazione nel caso sincrono. È, questo, forse uno degli elementi più stimolanti che potrebbe consentire di mettere a frutto un'esperienza nata da un periodo di emergenza a vantaggio di un potenziamento e di un miglioramento della didattica tradizionale. Ciò richiederà, necessariamente, un'attenta riflessione su che cosa si intenda per DaD e su quali siano le più opportune strategie per adottare, eventualmente, una modalità mista.

In definitiva, il quadro che sembra delinarsi dall'analisi dei risultati di questa prima indagine è caratterizzato da un generale apprezzamento per quanto fatto dall'Ateneo nella situazione di emergenza che, però, proprio in quanto tale, deve chiudersi con il ritorno a una "normalità" non necessariamente identica a quella precedente l'emergenza. D'altra parte, l'uso "forzato", e generalizzato a una platea di decine di migliaia di studenti, di strumenti didattici normalmente considerati come prodotti "di nicchia" ha consentito di valutarne in modo sicuramente più credibile le potenzialità.

La didattica a distanza potrà, e probabilmente dovrà, essere considerata, anche dopo la fine della pandemia, come una fondamentale occasione di divulgazione della conoscenza e di apprendimento, *in primis* per quegli studenti che, per motivi diversi, hanno più difficoltà a usufruire degli strumenti della DiP. Le modalità con cui questo avverrà dovranno, però, essere attentamente valutate, tenendo conto che, soprattutto per gli studenti più giovani, il confronto quotidiano con i colleghi e con i docenti rappresenta un elemento al momento ancora insostituibile di crescita e di maturazione.

Quel che è mancato a livello d'Ateneo è un'indagine di gradimento della DaD da parte dei docenti. Lo *screening* di questo tipo condotto da alcuni colleghi non giuristi del Dipartimento di Scienze sociali dell'Ateneo⁹ fa emergere spunti interessanti.

Anzitutto, è stato privilegiato il ricorso alle modalità sincrone della DaD con registrazione delle lezioni, vissuto come un modo per garantire agli studenti la libertà di tornare in aula, anche se quasi subito i colleghi si sono resi conto della necessità di cancellare le registrazioni dopo solo qualche giorno per evitare che gli studenti si "deresponsabilizzassero" rispetto alla partecipazione quotidiana alla lezione.

I colleghi hanno evidenziato che fare DaD non richiede solo un lungo lavoro preparatorio dei materiali didattici, anche per chi da decenni ha esperienza di un determinato insegnamento, ma impone altresì un costante adattamento delle strategie didattiche e degli strumenti di coinvolgimento degli studenti.

Dall'indagine si evince che il ricorso alle tecnologie digitali sembra fa-

⁹ CONSIGLIO, GAMBARDELLA, SERPIERI, REBEGGIANI, GRIMALDI, PIRONE, LUMINO, University teaching in the digital transition. *La didattica universitaria nella transizione al digitale*, in *QTimes*, 2020, anno XII, n. 3. V. anche GAMBARDELLA, GRIMALDI, LUMINO, PIRONE, REBEGGIANI, SERPIERI, CONSIGLIO, *La crisi pandemica e le trasformazioni del lavoro accademico in Italia: un esercizio di riflessività*, in *SL*, 2020, n. 158.

vorire la creazione di una relazione “meno verticale” che spinge gli studenti a superare il “timore reverenziale verso il professore” e a fare domande, chiedere approfondimenti, offrire stimoli di discussione in una situazione di maggiore informalità. D’altro canto, va rimarcata l’assenza dell’aula come luogo in cui “c’è una dimensione fisica, corporea, di gratificazione” che fa sentire la lezione impartita “meno pesante”¹⁰, come posto in cui gli studenti si confrontano e condividono il sapere acquisito tra di loro e con i docenti. Nella sua irrimediabile mancanza, l’aula universitaria è descritta come un luogo in cui un docente esperto è capace di “misurare” con lo sguardo le soglie di attenzione, di cambiare postura e tono della voce per catturare studenti distratti o annoiati.

Infine, la testimonianza di un collega del Dipartimento di Scienze sociali è molto significativa anche per quello che si dirà di qui a poco sui profili giuslavoristici della DaD. Egli dichiara: “non mi aspettavo che lo *smart working* ti facesse lavorare tre volte di più; pur stando a casa e potendo organizzare i tempi di lavoro sono completamente assorbito, immerso in un flusso costante che non si interrompe”¹¹.

6. Spunti giuslavoristici: la sicurezza degli smart teachers e degli smart students

A questo punto, occorre soffermarsi sulle ulteriori insicurezze della DaD, nel senso giuslavoristico del termine, intendendo per tali non più quelle che alcuni studenti hanno manifestato, per la verità più agli esami che al corso di lezioni, ma piuttosto quelle relative ai profili della sicurezza sul lavoro. Infatti, l’esperienza poc’anzi riportata fa comprendere che la DaD è la principale prestazione in *smart working* del mondo scolastico e universitario e quindi esige il rispetto delle disposizioni in tema di sicurezza per il telelavoro, oltre a quelle più specifiche per il lavoratore agile. Pertanto, in base all’art. 3, co. 10, d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, si applicano le disposizioni sui videoterminali, sulle attrezzature di protezione, sugli obblighi di informazione e sui poteri di accesso al luogo di svolgimento della prestazione di la-

¹⁰ CONSIGLIO, GAMBARDILLA, SERPIERI, REBEGGIANI, GRIMALDI, PIRONE, LUMINO, *op. cit.*

¹¹ CONSIGLIO, GAMBARDILLA, SERPIERI, REBEGGIANI, GRIMALDI, PIRONE, LUMINO, *op. cit.*

voro. A queste si aggiungono le previsioni specifiche per lo *smart working*, previste dalla l. 22 maggio 2017 n. 81, ovverosia, per il datore di lavoro, la consegna di un'informativa scritta sui rischi generali e specifici, e, per il lavoratore, l'obbligo di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione. Sicuramente queste disposizioni si applicano ai docenti universitari, *smart teachers* nell'era dell'emergenza sanitaria almeno per quella parte della prestazione relativa alla didattica frontale, ma a ben guardare valgono anche per gli *smart students*. Sembra andare in questa direzione, l'art. 2, co. 1, lett. a), d.lgs. 81/08, laddove afferma che oltre al lavoratore, come definito dalla norma, nel campo di applicazione del Testo unico in materia di sicurezza rientrano anche altre figure, fra le quali "l'allievo degli istituti d'istruzione e universitari" e quindi gli studenti. E allora, per fare un esempio molto significativo, è bene riferirsi alle previsioni sui videoterminali che – come detto – si applicano ai telelavoratori, agli *smart worker*, ai docenti e agli studenti in didattica a distanza, in modalità sincrona o asincrona. L'art. 175 del testo unico rinvia alla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata, per quanto riguarda le pause quotidiane per il lavoro ai videoterminali, ma afferma altresì che, in assenza di un intervento della fonte negoziale, come accade nel caso di specie, il lavoratore, e quindi il docente ma anche lo studente, "ha diritto ad una pausa di quindici minuti ogni centoventi minuti di applicazione continuativa al video terminale": per cui rischiano di essere illegittimi quegli orari delle lezioni che non prevedano le pause prescritte per legge. Naturalmente, l'"aggiramento" delle previsioni in materia di sicurezza sul lavoro è tollerabile nella situazione d'emergenza ma non sarà più accettabile quando la pandemia da Covid-19 sarà passata.

Keywords

Didattica a distanza, didattica in presenza, didattica mista, diseguaglianze, sicurezza sul lavoro.

Distance learning, classroom teaching, blended or hybrid learning, inequalities, safety at work.

Paolo Passaniti
A proposito di “Pane e libertà”

Lo scorso 1° maggio la Rai ha riproposto la *fiction* “Pane e libertà” dedicata alla vita di Giuseppe Di Vittorio, trasmessa per la prima volta da Rai1 il 15-16 marzo 2009, con la regia di Alberto Negrin, Pierfrancesco Favino nel ruolo del protagonista e le musiche di Ennio Morricone. Eppure, non è sembrata una replica. Tutto ciò dipende, oltre che dalla qualità del prodotto televisivo, dall’attualità di Giuseppe Di Vittorio che risente anche della percezione della questione lavoro nell’ultimo decennio. Inevitabilmente la visione della *fiction* porta a riflettere sul fenomeno Di Vittorio, la sua eccezionalità che ben si presta al racconto cinematografico, nel lungo viaggio dalle cafonerie di Cerignola al vertice del sindacato mondiale. Un racconto subito reso credibile dalla trama storica che ripropone i tratti biografici essenziali, con integrazioni narrative sempre funzionali all’idea di fondo del riscatto individuale e collettivo per affermare la dignità del lavoro. Un esempio: i lutti che segnano la formazione civile del giovane Peppino sono forse spettacolarizzati nella rappresentazione della morte del padre Michele che cade sfinito per rincorrere i cavalli sotto la pioggia e quella del giovane amico Ambrogio picchiato selvaggiamente dal massaro. Il padre non morì nel fondo del padrone latifondista, che era oltretutto un marchese e non un barone, ma qualche mese dopo a causa delle fatiche derivanti dal vano tentativo di salvare i cavalli durante l’alluvione. L’amico Ambrogio trovò la morte non per una bieca ritorsione del massaro, ma colpito da un proiettile della polizia durante uno sciopero bracciantile.

Eppure, queste licenze dalla realtà biografica ci dicono qualcosa in più sul mondo del giovane Peppino e sulle storie dimenticate del lavoro contadino, fatte di baroni, massari e cafonerie, sull’umanità disperata del latifondo dove si muore per un pezzo di pane e una goccia d’olio. L’infanzia di Giu-

seppe Di Vittorio è l'infanzia anche del movimento operaio e contadino, con una perfetta simmetria biografica. Di Vittorio nasce a Cerignola l'11 agosto 1892, il partito socialista a Genova quattro giorni dopo.

Del resto, la difficoltà maggiore era quella di riassumere i tanti passaggi con una credibilità complessiva non ridicibile all'accostamento di tante verità. Nella narrazione televisiva vi è una parte "western" rivendicata dal regista Negrin che descrive le lotte sociali con qualche ridondanza stilistica nell'accentuare il profilo dello scontro sociale senza regole e una parte "melodrammatica" stroncata da Gabriella Gallozzi sulle pagine de "l'Unità" nel 2009.

Mentre l'azione e il melodramma ben si prestano alla rappresentazione cinematografica, fornendo ritmo e continuità emozionale, il pensiero sindacale e la riflessione politica sono passaggi biografici difficili da raccontare. Basti pensare al passaggio dal socialismo al comunismo e alle posizioni di Giuseppe Di Vittorio all'interno del mondo comunista. All'uscita della *fiction*, Antonio Carioti rilevava l'aggiunta di un dissidio inventato con Togliatti intorno alla svolta del 1929 sul "socialfascismo" (*Di Vittorio, La fiction cancella il suo sì alla grande guerra*, in "Corriere della Sera" del 16 marzo 2009), nell'ambito di un giudizio molto equilibrato, calibrato sulla specificità del prodotto televisivo.

Del resto, altri rilievi potrebbero essere legittimamente avanzati anche sotto un profilo di storia sindacale. Appare infatti forzata la rappresentazione dello sciopero generale successivo all'attentato a Togliatti come una partita individuale che Di Vittorio gioca con il governo, quando è accertato il ruolo attivo del Pci nell'impostare la linea della proclamazione dello sciopero. Così come appare sacrificata l'ultima parte della vita di Giuseppe Di Vittorio, scandita dalle battaglie sindacali in nome della Costituzione e del diritto di sciopero che forse non si incastravano perfettamente con lo schema da "pacificazione nazionale", in cui invece rientrava benissimo la posizione espressa contro l'invasione sovietica dell'Ungheria. L'"opposizione" a Togliatti sembra quasi prendere il sopravvento sull'opposizione, senza virgolette, a De Gasperi.

La *fiction* non può consistere nel video di un testo di storia contemporanea. E quindi perché sforzarsi nel ritrovare e contabilizzare inesattezze storiche, che pure ci sono, più o meno giustificate o giustificabili, quando si può invece riflettere sul senso complessivo di una storia? La crudeltà dello sfruttamento infantile presa come punto di partenza non è del tutto aderente al dettaglio biografico, ma è evocativa di un contesto storico-sociale in cui

il pezzo di pane e la goccia d'olio costituiscono il confine tra la vita e la morte.

Il rischio di molte *fiction* biografiche prodotte e trasmesse prima e dopo è quello di un impianto narrativo ripetitivo: la solitudine del protagonista rispetto a un'idea, il mondo insensibile a quell'idea, l'ostinazione portata avanti sino al trionfo, che di solito precede la morte. In questo caso il rischio viene sublimato dal costante riferimento al disegno di vita di Giuseppe Di Vittorio: la dignità del lavoro che orienta ogni passaggio biografico. Azione e riflessione, slancio ideale e ostinazione, vita pubblica e vita privata, presenze amiche e nemiche, sono tutti ingredienti che si ritrovano nella biografia di un sindacalista particolare come Di Vittorio, diverso dai sindacalisti di oggi ma per certi versi anche da quelli di ieri.

Nel risultato finale conta molta la bravura di Favino nel rendere il personaggio in tutta la sua carica emotiva, in tutta la sua umanità, entrandoci dentro, facendo vedere Di Vittorio e non Favino che interpreta Di Vittorio. Vi sono tutti i caratteri di una biografia cinematografica, i ricordi di una vita, adattata al ritmo della *fiction*, attraverso una trama costruita sui *flashback*, velocizzando i tempi degli sceneggiati televisivi novecenteschi senza sacrificarne i contenuti. È insomma un grande racconto novecentesco pensato anche se non soprattutto per la fruizione dei *millennials*, per quelli che conoscevano la storia di Giuseppe Di Vittorio, più o meno sommariamente, ma anche per quelli che associavano il nome a qualche via delle periferie italiane.

Alcuni tratti essenziali a livello umano e di pensiero politico emergono chiaramente. Giuseppe di Vittorio non si poneva neanche il problema della credibilità sindacale: era il fiero rappresentante dei cafoni che sapeva parlare a tutti i lavoratori, oltre i campi pugliesi, oltre anche il colore della militanza. Era inoltre un dirigente comunista atipico per formazione e vissuto ideologico. Era insomma un'alternativa antropologica, impercorribile a livello politico, al togliattismo e al prototipo del dirigente intellettuale, un effettivo padre della Costituzione e leader della Cgil, capo di un immaginario partito del lavoro nella tensione ideale verso l'unità mai rinnegata.

Sul piano della conoscenza storica la figura del grande sindacalista è stata celebrata giustamente dentro la casa della Cgil, con iniziative culturali apprezzabili e altamente meritevoli che hanno contribuito comunque a conservare una memoria. Una memoria che tuttavia stava stretta dentro la cornice culturale di un "patriottismo d'organizzazione", per usare un'immagine

di Umberto Romagnoli. Di Vittorio ha rappresentato e continua a rappresentare molto di più di un grande leader della Cgil. Un rilievo che non sminuisce ma esalta del resto lo stesso ruolo del primo sindacato nella storia italiana. La *fiction* dunque ha avuto il grande merito di inserire il tema delle lotte sindacali, attraverso la biografia irripetibile di un suo interprete, nella narrazione civile. Una narrazione, a livello divulgativo e persino in chiave storiografica, mirata sulle ragioni della convergenza di fondo intorno alla Costituzione, al punto tale da sacrificare le lotte e i conflitti, che ignora la tensione degli anni Cinquanta proprio intorno all'attuazione della Costituzione. Da questo punto di vista, Di Vittorio può essere considerato un padre della Costituzione non solo e non tanto per l'apporto come costituente, quanto e soprattutto per la lotta sindacale in nome del lavoro e della Costituzione. La lotta per i diritti del lavoro e per la Costituzione diventa una cosa sola per Di Vittorio nel tratto finale della sua vita. Il Di Vittorio "costituente" degli ultimi anni, quello che risponde nelle piazze in nome della legalità costituzionale contro la repressione del movimento sindacale, quello che annuncia l'idea dello Statuto per intenderci, è sicuramente un'omissione della *fiction* che riflette comunque i termini essenziali del dibattito pubblico di inizio secolo, negli anni della fondazione del Partito democratico, connotati dalla retorica dei valori condivisi che fatalmente dissolve la memoria del conflitto sociale.

In maniera non troppo paradossale Di Vittorio ha rischiato di essere seriamente dimenticato o freudianamente rimosso come padre nobile ingombrante tra gli anni Settanta e gli anni Novanta, quando prima la classe operaia è andata in paradiso per un po', salvo poi essere rimossa dal discorso pubblico dalle retoriche neo-liberiste. Nel nuovo secolo la precarizzazione del lavoro rende le lotte di Giuseppe Di Vittorio meno distanti quando emerge la consapevolezza di certezze e conquiste che vengono meno. La *fiction* parte proprio dall'esperienza bracciantile in un sistema feudale prolungato oltre i limiti della decenza storica: Cerignola intesa come la radice del grande albero del riscatto e della dignità del lavoro a ogni latitudine. Il riferimento sempre più frequente e circostanziato al lavoro associato allo schiavismo, più o meno credibilmente camuffato in forme legali, rende Di Vittorio una figura storica più vicina, quasi un riferimento morale essenziale per decifrare il presente in cui il lavoro sfruttato al Sud è associato di nuovo ai campi, all'agricoltura.

L'effetto per il telespettatore con cognizioni di storia sindacale è quello di un film sul diritto del lavoro visto dopo il diritto del lavoro nella sua

declinazione novecentesca che fa riflettere molto intorno a una materia che è anche una storia. Una materia evidentemente particolare, perché neanche il più temerario azzardo narrativo consentirebbe di legare un film a un'altra materia giuridica, sia pure vista dentro il Novecento. Se è vero che dentro una rappresentazione cinematografica dei diritti del lavoro Giuseppe Di Vittorio è una figura centrale e ineliminabile, occorre riflettere sulla centralità di questa figura rispetto al canone europeo e nazionale di un diritto del lavoro fondato sulla classe operaia, sul soggetto collettivo partorito dall'industrialismo che nella declinazione italiana guarda, come ha fatto notare in passato Lorenzo Gaeta, all'operaio industriale settentrionale, di nascita o di adozione emigratoria, che magari costruisce automobili nella capitale sabauda. Questo canone in fondo era alla base del prototipo della prima legislazione sociale sollecitata e in qualche caso promossa e forgiata dal socialismo riformista ad ambientazione milanese di inizio secolo. Giuseppe Di Vittorio racconta invece un'altra storia. Il leader di tutti i lavoratori che parla a tutti i lavoratori, nei campi e nelle officine, al Nord come al Sud, mai negando la sua matrice contadina. Un uomo del profondo Sud che sa parlare la lingua dei diritti e del riscatto sociale, che porta addosso come un abito morale sino al suo ultimo discorso tenuto a Lecco.

E proprio questo dato spiega come la *fiction* non sia affatto invecchiata dal 2009 a oggi, passando dalla fase delle macerie post-ideologiche in cui esistevano i residui partitici delle storiche ideologie operaiste e persino ancora un quotidiano fondato da Antonio Gramsci all'odierna desertificazione della rappresentanza politica dei lavoratori che amplifica la domanda di dignità del lavoro. Il racconto della vita di Giuseppe Di Vittorio è la narrazione della fedeltà assoluta a un'unica, grande Ditta, che non è un partito, non è il Partito, né tantomeno un partitino, ma la difesa dei lavoratori e delle lavoratrici. Di Vittorio insegna oggi che occorre far parte delle idee per poterle affermare, essere parte di una storia per poterla raccontare e sviluppare politicamente. Nella testimonianza storica di un passato che non può esserci più, emerge anche un insegnamento rivolto a un futuro che ancora non c'è.

Floriana Colao

Visioni del mondo del lavoro nella storia.

Percorsi tra cinema e diritto

Sommario: 1. Premessa. 2. Spartacus. 3. Sciopero! 4. Tempi moderni. 5. “Operai cinematografici” nell’Italia degli anni Settanta.

I. Premessa

Gli studi di *Law and Film*¹ non sembrano opera di giuristi “*in munere alieno*”; taluni corsi universitari cercano una “grammatica” di comunicazione con le nuove generazioni, particolarmente sensibili allo strumento visivo. Il cinema è stato definito un “occhiale” per leggere, oltre le forme giuridiche, la “realtà storica”²; si guarda al *law in film* per cogliere l’esperienza giuridica nella storia, ed al *film as law* come ad un “oggetto di complesso e capillare ‘disciplinamento’ giuridico”³. “Rappresentare il diritto nella scena virtuale” pare un mezzo efficace di “accreditamento di ‘certe’ visioni dell’ordinamento”⁴. Rossana Rossanda ha scritto che un film è “imbattibile sul piano emotivo”⁵; “ri(vedremo)” in questa prospettiva certe “fascinazioni” cinematografiche, scelte perché ci sono parse efficaci nel mostrare un mondo –

¹ KAMIR, *Why Law-and Film and what does actually mean? A perspective*, in *JMCS*, 2005, p. 255 ss. Su *law in films, law as film, film in law*, GAZZOLO, *Il cinema e la creazione di concetti giuridici*, in *PD*, 2018, pp. 599-634.

² GROSSI, *Contributo*, in ROSELLI (a cura di), *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia*, Giappichelli, 2020, p. 22.

³ COSTA, *Una visione d’insieme*, *ivi*, p. 38.

⁴ CAPPELLINI, *Intervento*, *ivi*, p. 10.

⁵ ROSSANDA, *Intervento*, in ROSSANDA, CIOTTA, SILVESTRI (a cura di), *Il film del secolo. Dialogo sul cinema*, Bompiani, 2018, p. 9.

quello dei lavoratori – immerso nella storia, in una realtà peraltro poco decifrabile, specie alla luce delle ideologie. Del resto, non sappiamo della vita nella fabbrica e fuori delle operaie ed operai del “primo film”, *La Sortie de l'usine Lumière*⁶.

2. *Spartacus*

Spartacus – miglior film nella notte degli Oscar 1961 – girato dal trentenne Stanley Kubrick, è stato scritto da Dalton Trumbo, che si era ispirato all'omonimo romanzo, pubblicato nel 1951 da Howard Fast. Nella stagione narrata da Philip Roth, *I married a communist*⁷, lo sceneggiatore Trumbo era nella lista nera di Hollywood; Fast era stato condannato a tre mesi di detenzione per omessa denuncia di attività antiamericane⁸. Il protagonista del film, Kirk Douglas – ebreo di discendenza slava – nel 1996 ascriverà al successo del *kolossal* hollywoodiano il suo Oscar alla carriera e la fine della *House UnAmerican Activities Committee*⁹. *Spartacus* mette dunque in scena la più grande organizzazione del lavoro che la storia abbia mai conosciuto; l'antica Roma non avrebbe potuto raggiungere i suoi traguardi senza lo sfruttamento pianificato di milioni di individui, privi di libertà, diritti e proprietà¹⁰. Aldo Schiavone ha osservato che “il pensiero degli schiavi romani è per noi un universo perduto. Nessuna voce ci è mai arrivata da quel mondo”¹¹.

Con la forza dell'epica *Spartacus* dà la “sua” voce a quel mondo, in una Roma corrotta e dilaniata da scontri di potere, ove lo schiavo ribelle è avviato al destino di gladiatore nella Scuola di Capua, grazie all'“allenatore” e mercante Lentulo, Peter Ustinov, Oscar per l'attore non protagonista. Spartaco si lega alla schiava Varinia, da cui avrà un figlio, e guida un'imponente rivolta

⁶ Su cui ARGENTIERI, *I mille lavori nel cinema italiano*, in MEDICI (a cura di), *Filmare il lavoro*, Archivio audiovisivo del movimento operaio e democratico, 2000, p. 69; CASULA, *Il lavoro e i lavori nel cinema: tra fiction e documentari*, in *QFMB Saggi*, 5.IV, 2015; MEDICI, *Il cinema, la fabbrica, gli operai*, *ivi*, 5.V, 2015.

⁷ ROTH, *Ho sposato un comunista*, Einaudi, 2000.

⁸ FAST, *Spartaco*, a cura di BORELLI, Cooperativa del libro popolare, 1953.

⁹ DOUGLAS, “Io sono Spartaco”. *Come girammo un film e cancellammo la lista nera*, Il Saggiatore, 2013; WINKLER (ed.), *Spartacus. Film and History*, Blackwell, 2007.

¹⁰ MARCONE (a cura di), *Lavoro, lavoratori e dinamiche sociali a Roma antica. Persistenze e trasformazioni. Atti delle giornate di studio (Roma Tre, 25-26 maggio 2017)*, Castelvecchi, 2018.

¹¹ SCHIAVONE, *Spartaco. Le armi e l'uomo*, Einaudi, 2011, p. 76.

di schiavi; la guerra contro Crasso – interpretato da Laurence Olivier – sfocia in una disfatta. Il “generoso generale” promette di risparmiare i seimila prigionieri dalla crocefissione, se riveleranno l’identità del loro condottiero: “schiavi siete, schiavi resterete, ma avrete salva la vita”; loro gridano “io sono Spartaco”. Sono crocefissi a migliaia sulla Via Appia; Crasso intima a Spartaco e ad Antonino di combattere a morte, “vedremo il mito della fratellanza tra gli schiavi”; per evitare al caro amico “la lunga agonia sulla croce”, Spartaco uccide Antonino, ma proclama “ricomparirà e saranno milioni”. Grazie al salvacondotto di un senatore, Varinia – schiava nella casa di Crasso – riesce a mettersi in salvo col figlioletto, che mostra a Spartaco, legato alla croce, “è libero, libero, libero, ti ricorderà, gli dirò chi fu suo padre e quale fu il suo sogno”.

Con un finale diverso da quello del libro, dove l’eroe cade in battaglia, il *kolossal* hollywoodiano mise in scena una liberazione, destinata ad esser vista oltre il “tempo storico” del riscatto sociale degli schiavi di Roma, con la costruzione del “mito”, cui Alessandro Manzoni aveva pensato di dedicare una tragedia¹². Mario Dogliani ha ricordato i partigiani, che, nella Resistenza, assunsero il nome di Spartaco, assunto a emblema della lotta contro la schiavitù nazifascista; “il bel film di Stanley Kubrick” è parso aver “rinverdito il ricordo e diffuso la conoscenza anche tra le generazioni del dopoguerra. Spartaco è un mito”¹³. Attraverso le fonti gli storici hanno “analizzato il mito”, storicizzando le note letture, ideologicamente orientate, da Marx, ammiratore del nobile condottiero del proletariato – altro che Garibaldi! – a Rosa Luxemburg e gli Spartachisti, fino a Stalin e alla storiografia “marxista”¹⁴. Sappiamo dunque che i gladiatori godevano di un particolare *status personae*, sul piano giuridico diverso da quello dei *servi*, obbligati alla soggezione piena e incondizionata al padrone, o alla repubblica, nel caso dei *servi publici*¹⁵. Irriducibile a campione della “lotta di classe”, Spartaco non è parso “condottiero di un popolo in arme contro Roma”, piuttosto ribelle ad or-

¹² ZECCHINI, *Manzoni e il “mito” di Spartaco*, in ZAMA, STELLA (a cura di), *Edizione nazionale ed europea delle opere di Alessandro Manzoni*, Centro nazionale studi manzoniani, 2015, p. 523 ss.

¹³ DOGLIANI, *Il mito di Spartaco attraverso due millenni*, in *Spartaco. La ribellione degli schiavi*, Dalai, 1997, p. 9; analogamente, GIUNTI, *Intervento*, in *Cinema e diritto*, cit., p. 6.

¹⁴ GUARINO, *Spartaco. Analisi di un mito*, Liguori, 1979, p. 117 ss.; “questo non è un libro sul mito”, così SCHIAVONE, *op. cit.*, p. VII.

¹⁵ Sul “dato giuridico”, cfr. GUARINO, *op. cit.*, p. 36; CARRO, *I gladiatori e il loro regime giuridico: traditio gladiatorum*, in *Atti dell’Accademia romanistica costanti-niana*, 2019, p. 515 ss.

dine “naturale”, divenuto diritto positivo: “la schiavitù a Roma era un’Istituzione totale”¹⁶. Le fonti mostrano inoltre che, tra le guerre servili, il *bellum Spartacium* raccolse contadini, pastori, indigeni, un’“altra Italia”, che peregrinò per l’Europa, combattendo contro gli indigeni, “come si dice nello *Spartacus* di Kubrick”¹⁷. Il condottiero morì davvero in battaglia; la scomparsa del cadavere alimentò anche nelle fonti il mito del corpo mai trovato del “fondatore”. Seimila prigionieri furono crocifissi lungo l’Appia, vittoria della legge sulla “proprietà vivente”, che si era ribellata; “fino ad allora non s’era mai vista una simile esecuzione di massa”¹⁸. Nell’immediato la lotta di Spartaco non estinse la società schiavista¹⁹, che non conobbe la contrapposizione netta, messa in scena dal film, tra padroni e schiavi. In virtù della *manumissio* i primi poterono liberare i secondi, che, grazie anche ai giuristi, furono in grado di formarsi patrimoni propri e comprarsi la libertà, entro uno spazio condiviso dal mondo dei liberi e da quello servile²⁰.

Se le fonti rimandano i profili giuridici e sociali dei *servi* nella Roma tra il 73 e il 71 a.C., *Spartacus* pare decisivo come momento di un altro mito, quello degli anni Sessanta. Con la sua denuncia epica il *kolossal* contribuì alla rivendicazione dei diritti civili e politici delle minoranze e dei principi di libertà, uguaglianza e solidarietà. Il presidente Kennedy – che vide il film in una sala di New York – apprezzò la pellicola ed ascrisse la lotta di Spartaco ai valori dell’America²¹.

3. Sciopero!

Come è noto, Sergej Michajlovič Ėjzenštejn – nato a Riga nel 1898 da padre ebreo tedesco e madre slava – è stato protagonista del fondare, specie attraverso la potenzialità del montaggio, l’autonomia estetica del cinema. Tra arte e propaganda – con l’accento sul primo termine concetto – l’autore

¹⁶ SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 86; PARENTI, *Roman Slavery and Class Divide: Why Spartacus Lost*, in *Spartacus. Film and History*, cit., p. 144 ss.

¹⁷ BRIZZI, *Ribelli contro Roma. Gli schiavi, Spartaco, l’altra Italia*, Il Mulino, 2017, p. 179.

¹⁸ SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹ GUARINO, *op. cit.*, p. 102.

²⁰ SCHIAVONE, *op. cit.*, p. 110.

²¹ WINKLER, *The Holy Cause of Freedom: American Ideals in Spartacus*, in *Spartacus. Film and History*, cit., p. 154 ss., p. 187.

scelse il tema più “di massa” per il suo primo lavoro, *Sciopero!* (1924)²². Il lungometraggio si apre con la didascalia di un pensiero di Lenin, che nel 1907 indicava la forza della classe operaia, niente senza organizzazione, tutto se “organizzata”. Ėjzenštejn intende dunque celebrare il collettivismo contro l’individualismo, in sintonia con la *Dichiarazione dei popoli della Russia* del dicembre 1917, che proclamava l’abolizione della schiavitù e il controllo degli operai sulle fabbriche. In questo quadro la *Legge fondamentale* del 1918 non “dichiarava” i diritti del cittadino, ma di una parte, i lavoratori, cui si assicurava libertà di riunione, revocabile in nome degli interessi della classe operaia. Contro i ceti parassitari e la barbarie politica borghese si prevedeva per tutti l’obbligo di lavoro, condizione di superamento della dicotomia sfruttati/sfruttatori. Nel 1924 la Costituzione delle Repubbliche socialiste sovietiche confermava i “diritti sociali” come un diritto di classe, nella negazione della sovranità del diritto e nel passaggio totalitario dallo Stato al Partito²³.

Sciopero! ha dunque una “dimensione costituzionale”, nel (di)mostrare l’orrore del regime zarista, attraverso i grassi azionisti della fabbrica, che nel 1912, tra liquori e caviale, spremono un limone mentre discutono le richieste dei lavoratori, l’aumento del 30% del salario, e commentano – nella didascalia – “vergogna ridurre la fabbrica alla politica”. Un caporeparto spia i lavoratori, mostrati nel riflesso di una pozzanghera; una puleggia, che ruota veloce, impedisce agli attori di “vedersi”. Un operaio, ingiustamente accusato di furto, si impicca per la vergogna; i compagni organizzano uno sciopero. Il fenomeno della modernità, arma della lotta di classe, è messo in scena attraverso gli ingranaggi delle macchine, che funzionano regolarmente, e smettono di produrre nel momento in cui tre operai incrociano le braccia. La polizia zarista a cavallo è schierata a difesa della fabbrica; l’assenza di lavoro porta le famiglie degli operai alla fame, e i padroni cercano di corrompere i lavoratori più deboli, assoldano malviventi per incolpare il proletariato. Un’enorme mano adunca firma l’ordine di repressione dello sciopero; sul tavolo si versa l’inchiostro, nell’allusione al sangue, che scorrerà di lì a poco. I soldati si accaniscono sulla folla inerme, che il regista mostra sovrapponendo

²² Sul regista della *Corazzata Potëmkin*, poi messo in ombra dalla “poetica ufficiale” del realismo socialista, SOMAINI, *Ėjzenštejn. Il cinema, le arti, il montaggio*, Einaudi, 2011.

²³ AMBROSINI, *La Costituzione dell’Urss*, Ministero della Costituente, 1946. Su Lenin, cfr. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. L’età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, 2001, p. 163 ss.

corpi e volti di uomini e donne, fra di loro intercambiabili, dal momento che la loro identità coincide con l'“essere collettivo”. Il lungometraggio inquadra un bue, scannato nel mattatoio; il culmine della barbarie è nell'immagine della bimba, gettata nel vuoto. A commento della strage il lungometraggio si chiude con la didascalia “proletari ricordate”.

4. *Tempi moderni*

Modern Times, uscito nelle sale nel 1936, è stato scritto, diretto, musicato ed interpretato da Charlie Chaplin, che al lavoro aveva già dedicato alcuni lungometraggi²⁴, e che mise per l'ultima volta in scena *the Tramp*; il film, muto con inserti di sonoro, da subito fu letto come sostegno al *New Deal*. Al tempo della Grande Depressione si erano acuiti i conflitti tra la classe operaia ed il padronato; il *National Recovery Act* di Roosevelt (1933), che riconosceva il diritto alla contrattazione collettiva, nel 1935 era stato dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema. Dopo che un milione e mezzo di lavoratori erano scesi in sciopero, il *National Labor Relations Act* riconosceva la libertà di associazione²⁵. Il film si presenta allo spettatore con una didascalia dalla “dimensione costituzionale”²⁶, “una storia i cui personaggi sono l'industria, l'iniziativa individuale, l'umanità che marcia alla conquista della felicità”. Si apre con due immagini, un branco di pecore nel recinto, una folla che esce dalla metropolitana; seguirà Charlot – operaio nell'*Electro Steel Corp.* – nei viaggi di andata e ritorno nelle istituzioni totali, la fabbrica, l'ospedale psichiatrico, il carcere. Il sistema di produzione tayloristico – Chaplin aveva visitato gli stabilimenti Ford – è uno dei momenti che stritolano l'individuo negli ingranaggi del Potere. Si inizia con il direttore della fabbrica, impegnato in un *puzzle*, che controlla la catena di montaggio da un video; vede Charlot – già afflitto dal tic “da lavoro” – nella pausa sigaretta, e lo rispetdisce al posto. Il Nostro è poi scelto per sperimentare una macchina automatica, che dovrebbe consentire al lavoratore di mangiare senza interrompere il lavoro; il

²⁴ CASULA, *op. cit.*, p. 4.

²⁵ FRATINI, *Sindacato negli Stati Uniti: presente, passato, futuro nella riflessione della dottrina statunitense*, 2018, pubblicazione on line. In generale, cfr. KENNEDY, *Freedom from Fear. The American People in Depression and War (1929-1945)*, Oxford University Press, 1999.

²⁶ Per tutti, cfr. ACKERMAN, *We the People, I: Foundations; II: Transformations; III: The Civil Rights Revolution*, Belknap, 2014.

marchingegno fallisce, costringendo il malcapitato ad ingurgitare cibo. I ritmi aumentano; il Nostro entra nell'ingranaggio, ne viene estratto, continua estasiato a danzare nel gesto di avvitare bulloni. Viene pertanto ricoverato in clinica per esaurimento nervoso; uscitone, raccoglie una bandiera di segnalazione, caduta da un mezzo in transito. Il Vagabondo la agita, per richiamare l'attenzione dell'autista, senza accorgersi che, dietro le sue spalle, si sta formando un corteo di disoccupati, che marciano brandendo cartelli. La carica della polizia disperde i manifestanti ed arresta Charlot, ritenuto il capo; rinchiuso in carcere, grazie all'effetto di una droga, accidentalmente ingerita, il Nostro sventa il tentativo di rivolta di alcuni galeotti, guadagnandosi la libertà, con tanto di lettera di presentazione. Assunto in un cantiere navale, Charlot vara per sbaglio una maestosa imbarcazione e si "autolicensing"; incontra la Monella – Paulette Goddard – orfana di madre e di padre – ucciso da un proiettile, esploso durante una manifestazione di protesta dei disoccupati – con le sorelle minori in orfanotrofio. Dopo varie peripezie – significative le scene nel grande magazzino – Charlot è riassunto in fabbrica come manutentore; a causa sua tra gli ingranaggi finisce il superiore. Licenziato, è di nuovo alla ricerca di un mestiere; fallimentare cameriere nel ristorante, si esibisce con gran successo come cantante; perde il testo della canzone, e, nel sonoro, inventa le parole di *Non sense*, in italiano *Io cerco la Titina*.

Il proprietario vorrebbe assumere il Vagabondo, in un'attività che finalmente non incatena l'individuo e in più rende felici gli spettatori; anche il sogno d'amore sembra destinato a lieto fine. Ma, come ne *Il Monello*, l'autorità incombe, per portare la Monella in orfanotrofio; Charlot anche stavolta riesce a sventare il proposito e i due fuggono. Il film coniuga dunque la "nuova consapevolezza giuridica"²⁷ del lavoro nei "tempi moderni", con la ricerca della libertà individuale e della felicità, architrave dell'ideario valoriale di Chaplin. Nel finale la Monella, fuggita a chi la vuole "disciplinare", piange sul margine di una strada deserta. "*What's the use of trying*" – chiede la didascalia – "*Buck up – never say die. We'll get along*", risponde il Vagabondo. Sulle note di *Smile* i due, sottobraccio, si incamminano liberi sulla strada.

²⁷ ROSELLI, *Le ragioni del convegno*, in *Cinema e diritto*, cit., p. 28.

5. “Operai cinematografici” nell’Italia degli anni Settanta

In Italia taluni registi e sceneggiatori hanno narrato il mondo del lavoro, senza comuni “giunture” ideologiche o culturali. In anni segnati da battaglie collettive, non hanno messo in scena una collettività monolitica, piuttosto la vita di individui irrisolti, irriducibili a Massa, anche se questo è il cognome di Lulù, protagonista de *La classe operaia va in paradiso*, considerato il film più significativo del “genere”. Tra i non molti girati, merita un cenno *I compagni*, in cui Mario Monicelli nel 1963 racconta lo sciopero dei tessili nel 1880, sostenuti dal professor Sinigaglia – Marcello Mastroianni –, “intellettuale eloquente”, che aveva “tradito” la sua classe, ed era ricercato per violenze contro un pubblico ufficiale. Al tentativo degli scioperanti di occupare la fabbrica, la Cavalleria risponde uccidendo un giovanissimo operaio; il professore è arrestato. Gli operai tornano in fabbrica, sconfitti; il fratello del caduto continuerà a battersi per i diritti, con il sostegno dell’intellettuale dal carcere. L’invito, rivolto ai “compagni”, a “non mollare”, pare alludere alla forza “progressiva” delle lotte del decennio²⁸.

Con più disincanto, già nel 1974 lo stesso Monicelli fa ripetere a Giulio Basletti, operaio e sindacalista milanese cinquantenne – Ugo Tognazzi –, “siamo o non siamo negli anni Settanta?”. Quella sorta di “mantra” serve al protagonista a rafforzare una sua identità “ottimista e di sinistra”, destinata a incrinarsi sotto i colpi della modernizzazione, che, nel suo caso, irrompe con Vincenzina, Ornella Muti. Giulio ne era stato padrino al battesimo; rivede la ragazza calabrese diciassette anni dopo, davanti alla fabbrica, la sposa, hanno un figlio, “il Ciccio”²⁹.

Un profilo sembra accomunare le storie dei lavoratori “cinematografici”, l’esser parte di un processo di “democraticizzazione”, che, nel “lungo 68”, investì le relazioni familiari e “sindacali”, in una “femminilizzazione” della società³⁰. Quel “paese in movimento”³¹ impose al legislatore una stagione irripetibile di riforme; in termini esemplari la Corte costituzionale iscriveva la depenalizzazione dell’adulterio nei mutamenti della “coscienza collettiva” e nell’“attuale momento storico sociale”³². La l. 1 dicembre 1970

²⁸ ARGENTIERI, *op. cit.*, p. 69.

²⁹ CUOMO, *Paesaggi di fabbrica*, in *Filmare il lavoro*, cit., p. 118 ss.

³⁰ LUSSANA, *Il femminismo sindacale degli anni Settanta*, in *SSSt*, 2012, pp. 75-117.

³¹ COLARIZI, *Un paese in movimento. L’Italia degli anni Sessanta e Settanta*, Laterza, 2019.

³² CARLASSARRE, *Una scelta politica della Corte: la depenalizzazione dell’adulterio e del concubinato*, in *GCost*, 1969, p. 2569 ss.

n. 898 disciplinava dunque i casi di scioglimento del matrimonio, confermata nel 1974 dal *referendum*, promosso dagli antidivorzisti³³. Nel 1970 lo Statuto dei lavoratori era l'architrave del processo di "attuazione" della Costituzione³⁴; seguivano la l. 30 dicembre 1971 n. 1204 sulla tutela delle lavoratrici madri; la l. 6 dicembre 1971 n. 1044, che istitutiva degli asili nido, servizio sociale di interesse pubblico; la l. 18 dicembre 1973 n. 877 sulla tutela del lavoro a domicilio; la l. 19 maggio 1975 n. 151, nella tensione per una "famiglia democratica"³⁵; la l. 9 dicembre 1977 n. 903 sulla parità uomo-donna sul lavoro. Al tempo Tina Anselmi era la prima donna titolare di un dicastero, quello del Lavoro³⁶.

Il dramma delle riforme destinate a rimanere sulla carta, il "canone" della democrazia ferma ai cancelli della fabbrica, irrompe nel "film documentario" di Ettore Scola – nato a Treviso – girato nel 1971 ed uscito nelle sale nel 1973. Diego Novelli, sindaco di Torino dal 1975 al 1985, collaborò alla sceneggiatura. *Treviso-Torino. Viaggio nel Fiat-Nam*, girato grazie alla Casa di produzione del Pci, è una critica "politica" dell'ambigua modernizzazione italiana, soprattutto l'irrisolta questione Nord-Sud nel rapporto tra industria, lavoratori, istituzioni e società. Nelle lettere che il giovanissimo emigrato Fortunato Santospirito scrive ai suoi cari, rimasti al paese, risalta una progressiva "presa di coscienza", ideologicamente, se non "partiticamente", connotata. All'epoca *Treviso-Torino* fece molto discutere; non "invecchiato" come documentario, ha suscitato una densa "attualizzante" riflessione giuslavoristica³⁷. Il "film" ci mostra l'arrivo di Fortunato a Porta Nuova, la neve che cade bianca – come a Treviso – a Torino subito sporca, la solidarietà tra ultimi, il viaggio tra dormitori, mense dei poveri, la ricerca di un alloggio, l'incontro con un'umanità varia, un parroco, sindacalisti comunisti, Vicky – una giovane estremista di buona famiglia, e timida storia d'amore irrisolta –, la scuola serale. Le occasioni di crescita nella grande città non cambiano l'orizzonte valoriale dell'immigrato, che scrive agli amici "il lavoro ce lo devono dare dove siamo nati". La Fiat non consentì di girare negli interni; la vita in fabbrica è raccontata con didascalie, la catena di montaggio, la laminatura.

³³ PASSANITI, *Famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Giuffrè, 2011, p. 608 ss.

³⁴ GAETA, *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Giappichelli, 2020, p. 115 ss.

³⁵ PASSANITI, *op. cit.*, p. 625 ss.

³⁶ *Le leggi delle donne che hanno cambiato l'Italia*, Fondazione Nilde Iotti, 2013.

³⁷ ZOPPOLI L., *Treviso-Torino, viaggio nel Fiat-Nam (Scola 1973). Quando emigra(va)no gli italiani*, in *DLM*, 2019, p. 165 ss.

Nel finale Fortunato cade senza fiato, dopo una fuga simbolica quanto impossibile dal suo Vietnam torinese, unico “cedimento” rispetto al taglio documentaristico scelto da Scola. Dalla borsa aperta la pasta cotta si è versata sull’asfalto, l’operaio recupera una mela; coperto dal fragore della gru, che lascia cadere pezzi di lamiera, si legge “basta” nel labiale di Fortunato in lacrime, che si rimette in cammino verso un lavoro e una vita descritte nelle lettere “senza soddisfazione”.

In *Trevico-Torino* la petulante Vicky, che rifiuta scuola e lavoro “dei padroni”, accenna con sarcasmo a tanti operai e famiglie, che ben volentieri abbracciano il “sistema Fiat”, con i suoi servizi per i dipendenti, l’assistenza medica, gli asili, le colonie estive, i pacchi dono, quando – come a fine secolo mostrerà Mimmo Calopresti – “tutto era Fiat”. Nel 2001 il documentario *Signorina Fiat* di Giovanna Boursier racconta la vita di Maria Teresa Arisio, figlia di dipendente, che pertanto aveva ricevuto ogni Natale il regalo dell’azienda, aveva frequentato centri di ricreazione e colonie estive, imparato a nuotare nella squadra aziendale. Dopo gli studi era stata “naturale” l’assunzione, la condivisione dei valori dell’azienda – quasi un “amore” – che la porteranno a partecipare, il 14 ottobre 1980, alla nota “marcia dei quarantamila”, tra dirigenti, impiegati, qualche operaio. L’evento mise fine allo sciopero durato 35 giorni; 33 mila operai furono messi in cassa integrazione, gli altri tornarono al lavoro. L’identità di Maria Teresa Arisio come *Signorina Fiat* sarebbe finita nel 1994, con la ristrutturazione e i licenziamenti, estesi ad impiegati, funzionari e dirigenti³⁸.

“Lavoratori buongiorno, trattate le macchine con amore [...]. Macchine e attenzione uguale produzione. Buon lavoro”. La “classe operaia” è così accolta in fabbrica dall’altoparlante nel film di Elio Petri, con la sceneggiatura

³⁸ Per la prima volta la Fiat consentì a Mimmo Calopresti di riprendere gli stabilimenti Mirafiori, molto diversi da quelli della fabbrica tayloristica e dalla Torino degli anni Sessanta; *Tutto era Fiat*. Nel 2001 esce *Signorina Fiat*, di Giovanna Boursier, ‘riletto’ nel 2007 da un film di Wilma Labate, che colloca nella lotta dei 35 giorni un ‘triangolo’ amoroso. Emma è nata da una famiglia operaia, di origine meridionale trapiantata a Torino; ha lavorato fin da giovanissima per emanciparsi, dipendente Fiat come informatica, sta per laurearsi in matematica e sposare un ingegnere e dirigente. Dopo che l’azienda annuncia il licenziamento di 15 mila operai, inizia il lunghissimo sciopero; Emma si innamora di un operaio sindacalista – ‘ribelle’ – ed entrano in crisi le sue aspirazioni. La passione collettiva e privata si consumano nella sconfitta, che pare la ‘fine di una stagione’. La storia, una *fiction* dal registro ‘televivo’, sembra voler farsi ‘documentario’ con il ricorso a filmati d’epoca, Enrico Berlinguer ai cancelli e gli allora comunisti Piero Fassino e Giuliano Ferrara.

di Ugo Pirro e la musica martellante di Ennio Morricone, che, nel finale, appare nelle vesti di operaio, intento ad alzare e abbassare un carrello “a ritmo”. Gian Maria Volontè è dunque Lulù Massa, 31 anni mal portati, in fabbrica da 15, con l’ulcera; nato in “Lombardia quasi svizzera” disprezza i terroni, non abbastanza solerti nel lavoro, in cui si impegna allo stremo. Sposato, ha avuto un figlio; è separato, vive, con poca soddisfazione, con una nuova compagna – Mariangela Melato – e con il figlio di lei. Milanista, cottimista – per mantenere due famiglie, ma anche comprare la macchina, la televisione, gli oggetti inutili, di cui ha piena la casa –, è amato dai padroni e minacciato dai compagni per i ritmi stakanovisti, irride agli studenti, che urlano fuori dei cancelli della fabbrica, “tutto e subito, più soldi e meno lavoro, contro i sindacati”. Lulù perde un dito nell’ingranaggio; inizia un percorso umano e “politico”, con il rifiuto del lavoro a cottimo. A seguito di uno sciopero generale, con violenze e scontri con la polizia, Massa è licenziato; è abbandonato sia dagli studenti – che ritengono il suo caso individuale, non di classe – sia dagli operai, che inizialmente non prendono nessuna iniziativa contro il suo licenziamento, pur proclamando “*violenza padronale, unità sindacale*”. La compagna lo lascia, Lulù distrugge i soprammobili; prostrato – all’epoca si parlava di alienazione – si reca in visita a Militina – Salvo Randone – ex compagno di fabbrica, rinchiuso in manicomio, intento a leggere *Spartaco*. A Lulù, che gli chiede come si trova, Militina risponde che “è tutto uguale come nella fabbrica, ma qui la sera non mi lasciano uscire”. I rappresentanti sindacali comunicano a Massa, “licenziato per motivi politici”, la riassunzione, una vittoria; sono evasivi, quando Lulù chiede “e allora Militina?”. Il finale vede il protagonista urlare, per farsi sentire dagli operai al di sopra del rumore assordante dei macchinari; Massa grida di aver sognato d’esser morto, di aver visto Militina, ed un muro, da buttar giù a testate, e oltre il muro il paradiso, la nebbia, tutti loro. Petri ricordò che *La classe operaia va in paradiso*, irriducibile a “volantino”, non piacque né alla “Destra” né alle “Sinistre”; dichiarò di aver voluto raccontare “il rapporto del tempo esistenziale con quello produttivo in un operaio”, per Ugo Pirro “la vita in fabbrica”³⁹.

Nel 1972 Lina Wertmüller mette in scena un metallurgico particolare, alle prese con la mafia e con l’onore, architrave dell’“onorata società”; Mimì – Giancarlo Giannini – non sfuggirà al destino riservatogli dai diversi mafiosi

³⁹ TONTI, *Cinema e Lavoro, la classe operaia di Elio Petri*, 2019, pubblicazione on line.

nella storia, interpretati tutti da Turi Ferro. La commedia grottesca – che all’epoca a molti non piacque – accenna a un tema particolare, sotto silenzio in altre pellicole; un boss accenna al bisogno d’“ordine”, richiesto dall’opinione pubblica, dopo che qualche bomba sarebbe stata messa in conto agli anarchici. A Catania Mimì lavora dunque in una zolfatara; è licenziato per aver votato il candidato del Pci, anziché quello gradito alla mafia. Lascia la moglie ed approda a Torino, dove un’associazione di siciliani gli trova lavoro come edile. Mimì si rende conto che l’organizzazione serve a coprire attività illegali, ma accetta di farsi sistemare in un’industria metallurgica, ove si impegna, invitando gli operai meridionali a non fare i “terroni lavativi”. Si innamora di Fiore – Mariangela Melato –, trotskista lombarda, da cui ha un figlio. Dopo varie traversie, spaventato per aver assistito ad una strage, grazie alla mafia Mimì torna a Catania con la nuova famiglia, che tiene nascosta. Quando la moglie gli confessa di aspettare un figlio da un brigadiere della Finanza, Mimì – “evoluto”, per aver vissuto al Nord – non uccide né la moglie né il rivale, che ha cinque figli; vendica l’affronto seducendo la consorte del finanziere. Quest’ultimo è ucciso da un sicario di mafia, per proteggere Mimì dalla sicura vendetta; il metallurgico, arrestato, è libero di lì a poco, grazie a Cosa nostra. All’uscita del carcere trova la moglie, l’amata Fiore – che lo abbandonerà –, la vedova del finanziere, otto bambini; per mantenere tutti lavorerà come galoppino elettorale di un noto mafioso. Il film si volle espressivo di un “senso comune”; Mimì, un “uomo intelligente, metallurgico, comunista”, “divorzio o non divorzio”, non può sfuggire all’immaginario “tradizionale”, “macchè comunista, cornuto sono”. Daterà 1981 l’“abrogazione della rilevanza penale della causa d’onore”⁴⁰.

Anche il metalmeccanico Basletti è alle prese con l’onore, in un film ove la fabbrica si distingue nel fumo dell’*hinterland* milanese; il protagonista la vede come una “bandiera” dalla terrazza stenditoio del “casermoni”, che accoglie la mano d’opera meridionale, come i parenti della moglie Vincenzina. *Romanzo popolare* mette dunque in scena un operaio sindacalizzato, irrisolto tra l’obiettare ai sindacalisti – che raccomandano moderazione – di non voler fare il presepe nel corteo, e il raccomandare agli “estremisti” di non andare in coda, con i “gruppetti”. Ad una manifestazione, cui segue uno scontro con la polizia, il celerino meridionale Giovanni – Michele Placido – viene colpito

⁴⁰ Sulla l. 5 agosto 1981 n. 442, abrogazione della rilevanza penale della causa d’onore, BIMBI, *Onore e vergogna. Il ritorno di un paradigma mediterraneo nel dibattito europeo*, in BARTHOLINI (a cura di), *Violenza di genere e percorsi mediterranei*, Guerini e associati, 2015, p. 28 ss.

alla testa da un manufatto di metallo. Il giovane individua il responsabile nell'Armetta, un operaio amico di Giulio, che, grazie alla "dialettica sindacale", evita al compagno "estremista" di esser portato in questura, riconoscendo in Giovanni un lavoratore; il poliziotto desiste. In seguito, solo la domenica in un bar, viene invitato dall'Armetta a vedere il Milan e diviene amico del piccolo mondo di operai. Il Basletti vive le contraddizioni del tempo; convince l'Armetta – inteso a impedire alla sua "bambina" di scappare in moto con un "capellone", "barbun" – che la ragazza è maggiorenne, "siamo o non siamo negli anni Settanta?". Ma Giovanni e Vincenzina si innamorano, come la ragazza confessa a Giulio, che, in un primo momento, la perdona, "siamo o non siamo negli anni Settanta?". L'onore incombe con una lettera anonima – che sapremo scritta da Giovanni – sul tradimento noto a tutti; Giulio scaccia Vincenzina, che, tra le lacrime, gli obietta "avevi detto di essere anni Settanta". La ragazza si reca col bambino in un appartamento, che il poliziotto divide con altri colleghi; il Basletti, armato di fucile, fa irruzione. Vincenzina, nascosta in bagno, sente i due uomini litigare; entrambi la rivendicano come oggetto di loro proprietà, lei fugge, lasciandoli increduli.

Nel finale i tre raccontano la loro vita anni dopo, col tono di Fortunato, che da Torino recitava le lettere ai familiari ed amici di Treviso. *Romanzo popolare* è del 1974, ma la stagione "in movimento" pare finita, nè sulla società si allunga ancora l'ombra del terrorismo. Il Basletti, in pensione, partecipa alle riunioni del dopolavoro, gioca a bocce e a carte con i soliti amici, accompagna il figlio, ormai in terza elementare, a prendere l'autobus all'uscita di scuola. Giovanni, vicebrigadiere, tiene per il Milan, è sposato con il suo modello di brava moglie, "che fa la spesa, cucina e tiene la casa e i figli come specchi". Gli anni Settanta hanno invece cambiato la vita di Vincenzina, da sposa bambina a donna liberata dal lavoro, in tempi che lei ricorda come duri, dopo la separazione. Racconta di aver vissuto col figlio in una stanza, lavorando a domicilio per una fabbrica di guanti; poi, quando ha potuto affidare il Ciccio all'asilo nido, è stata assunta alla catena di montaggio in una fabbrica di giocattoli; al proposito osserva che le donne, a casa, ignorano quanto sia duro il lavoro degli uomini. Afferma infine di aver avuto due legami sentimentali infelici, cui ha pertanto scelto di metter fine; vive sola col bambino a Milano, in un appartamento di tre stanze. Lavora in un'industria di abbigliamento, è caporeparto e rappresentante sindacale, come, senza saperlo, le ha insegnato Giulio. Su richiesta dell'ex marito – tramite il Ciccio – si dichiara disponibile a pranzare tutti insieme, un sabato sì ed uno no. La

grande canzone⁴¹ di Enzo Jannacci, scritta per il film con Beppe Viola, si chiude senza certezze sul senso del lavoro, tra “fatica” e “odor di pulito”, “Vincenzina vuol bene alla fabbrica, ma non sa che la vita giù in fabbrica, non c’è, com’è, se c’è”.

⁴¹ SEZZI, *Vincenzina, Brambilla e il dirigente. Lavoro e lavori nella musica leggera italiana dagli anni Sessanta ad oggi*, Aliberti, 2010. Il grande giornalista Beppe Viola nel film di Monicelli lavorò ai dialoghi in dialetto milanese; appare in un *cameo* nella veste di ‘maschera’, che impedisce a Vincenzina, non ancora diciottenne, di vedere un film per adulti, quasi arrivando alle mani col Basletti.

Umberto Gargiulo

Guardando al *dopo*: il lavoro “da remoto”
tra consapevolezza e speranze

1. Lo *smart working* è entrato prepotentemente nel dibattito dei giuslavoristi con la stessa velocità di diffusione della pandemia da Covid-19, che lo ha reso il principale strumento per contemperare le esigenze di c.d. distanziamento con la prosecuzione delle attività produttive e amministrative.

Questa modalità di esecuzione della prestazione lavorativa si è così imposta alla riflessione anche come potenziale grimaldello, idoneo a forzare un cambio di passo, tanto di metodo quanto di prospettiva, e consentire al diritto del lavoro italiano di andare oltre la riproposizione di tranquillizzanti interventi manutentivi.

Il lavoro da remoto – ambito probabilmente più esteso del solo *smart working* – tocca, infatti, alcuni tra i nodi centrali della materia: a) i poteri datoriali, la cui ampiezza e i correlati limiti richiedono un ripensamento che impegna la ragione stessa del diritto del lavoro; b) il tema della qualificazione dei rapporti e del confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo; c) non ultimo, il profilo della regolazione, che – abbandonato il porto sicuro della norma inderogabile – oscilla con non poca indecisione tra l'esaltazione dell'autonomia individuale e il *restyling* di quella collettiva, bisognosa, probabilmente, di nuovo sostegno legislativo; questioni tutte sulle quali la dottrina discute da tempo.

Da qui il primo motivo d'interesse per un confronto che, prendendo le mosse da un dibattito nato durante le iniziative organizzate presso la Sapienza di Roma, anch'esse da remoto, nella primavera del 2020, è confluito in un Quaderno della rivista *Argomenti di Diritto del Lavoro* dal titolo *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*¹.

¹ Il Quaderno, curato da Michel Martone, raccoglie, oltre all'introduzione di Mattia Per-

Partiamo dal titolo e dal suo, non meno significativo, sottotitolo.

La scelta di un titolo è sempre delicata, là dove anticipa il contenuto e quindi richiede un'accorta capacità di sintesi: presuppone una sorta di "patto" con il lettore, può attirarlo, semmai pure intrigarlo, ma non deluderlo; non deve mai promettere ciò che poi non viene garantito dal testo. Il quaderno curato da Martone non corre questo rischio.

Così, mentre il titolo prescinde dalle definizioni legislative, ricorrendo a una declinazione più ruvida ma meno edulcorata di quella di lavoro agile, al fine – dichiarato dal curatore nel saggio introduttivo – di "evitare discussioni sulla qualificazione di un fenomeno che abbiamo tutti sotto gli occhi", il sottotitolo individua due prospettive d'indagine.

Gli autori sono chiamati a tenere conto dell'esperienza dei mesi scorsi, ma con l'impegno a guardare oltre l'orizzonte immediato, al momento in cui lo *smart working* abbandonerà la sua configurazione emergenziale, caratterizzata da un'attivazione unilaterale e quantitativamente "dopata", per essere ricondotto entro percentuali fisiologiche di utilizzo, che però, presumibilmente, non scenderanno più sotto la doppia cifra; un approdo ben lontano da quanto accadeva fino al febbraio dello scorso anno, quando il lavoro agile appariva una specie di esperimento di laboratorio, prevalentemente confinato nel perimetro di alcune grandi aziende del terziario.

Al contempo, il dibattito raccolto nel Quaderno di *ADL* si rivolge al legislatore, in una prospettiva *de iure condendo* che auspica un intervento regolativo idoneo a "predisporre l'infrastruttura giuridica" (Martone) di questa figura, arricchendo lo statuto minimo della l. 22 maggio 2017 n. 81; non senza trascurare la contrattazione collettiva, nella consapevolezza che quest'ultima sarà chiamata a supplire, ancora una volta, ai vuoti di regolazione lasciati dalla norma primaria.

2. Il volume raccoglie contributi di diversi autori, talora distanti per provenienza scientifica o professionale. Alla varietà dei metodi, propria dell'in-

siani, gli scritti di: Marco Bentivogli, Alessandro Boscati, Franco Carinci, Pier Luigi Celli, Martina Cesarini, Maurizio Del Conte, Raffaele De Luca Tamajo, Enrica De Marco, Domenico De Masi, Laura Di Raimondo, Emanuela Fiata, Francesco Le Foche, Marco Eposito, Paola Ferrari, Silvia Fratini, Marco Leonardi, Gianluca Lucchetti, Francesca Maffei, Valerio Maio, Michel Martone, Vittorio Menicocci, Antonella Panetta, Maria Laura Picunio, Giovanni Saracino, Luca Visentini, Alvise Zanardi, Gaetano Zilio Grandi.

terdisciplinarietà, che del Quaderno costituisce una prerogativa evidente e del resto dichiarata, si affianca una salutare eterogeneità generazionale, un polimorfismo delle sensibilità culturali e delle esperienze, che consente un’integrazione delle competenze e un proficuo “contagio” dei saperi.

Queste caratteristiche sarebbero già sufficienti a suscitare la curiosità del lettore; se non vi fosse il tema, ambizioso quanto impegnativo, a rendere il volume estremamente “concreto”: ne nasce una riflessione corale che si caratterizza, restando nella metafora musicale, per il ricorso a strumenti diversificati quanto a (tecnica di) utilizzo ed effetti.

Il Quaderno, allora, in qualche maniera si presenta da sé, senza la pretesa di essere altro se non un’occasione di discussione a più voci su una tematica di ampio respiro teorico e dalle significative implicazioni giuridiche. Di queste voci, diverse per toni e accenti, è stata garantita una fusione “a caldo”: obiettivo che pare ampiamente raggiunto e testimoniato da non poche convergenze, rispetto alle quali non stonano i differenti approcci epistemologici prescelti per l’indagine.

3. Mi sembra quindi corretto verso gli autori con i quali mi pongo in dialogo² e i lettori cui è destinata questa recensione, offrire qualche spunto di riflessione, nella prospettiva accennata da ultimo, di contributo a un dibattito ancora tutto da costruire. L’esperienza di quest’ultimo anno ha invero accelerato un’esigenza di rinnovamento del diritto del lavoro che con toni, accenti e soluzioni diverse coinvolge da tempo gli studiosi³, ma è ben lontana da approdi rassicuranti.

Osserva opportunamente, nel prologo, Mattia Persiani che “da quasi ottant’anni i giuslavoristi studiano e danno applicazione ad una disciplina legislativa la maggior parte della quale è ancora contenuta nel Titolo II del Libro V del Codice civile la cui rubrica è ‘*Del lavoro nell’impresa*’ dove quel ‘*nell*’ esprime una connotazione topografica: il lavoro che si svolge all’interno dell’impresa”.

² Autori che mi limiterò a indicare tra parentesi, senza richiamare il titolo del contributo, pubblicato nel Quaderno oggetto della recensione.

³ È dei mesi scorsi anche la pubblicazione di un *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, a firma di Bruno Caruso, Riccardo del Punta, Tiziano Treu (<http://csdle.lex.unict.it/docs/activities/Bruno-Caruso-Riccardo-Del-Punta-Tiziano-Treu-Manifesto-per-un-Diritto-del-lavoro-sostenibile/6022.aspx>), che ha già alimentato un significativo dibattito.

Meno condivisibile è, invece, l'idea che sia proprio “quell'implicazione che giustifica l'intensità della tutela prevista, in deroga al diritto privato, per chi lavora in modo subordinato”, perché porta a considerare superata un'esigenza di tutela *intensa*, laddove, a mio avviso, non è così. Nel senso non tanto, com'è ovvio, che l'apparato di norme che ancora regola, più o meno imperativamente, il lavoro subordinato presupponga (essenzialmente per ragioni storiche) l'inserimento fisico in un contesto produttivo, quanto per il fatto che la *distanza* che oggi talora s'interpone tra datore e lavoratore fa emergere nuove, ma non per questo meno forti, esigenze di tutela del prestatore, parte di un contratto che resta per sua natura asimmetrico, dunque sbilanciato, e nel quale occorre tuttora coniugare l'esigenza di tutela della persona del lavoratore con modelli organizzativi che non impongono più la presenza fisica in azienda (Boscati).

Queste prime considerazioni portano alla tematica dei poteri e del relativo assetto.

La modalità *smart* impatta innanzitutto sul potere direttivo, connesso a una trasformazione dell'organizzazione tradizionale del lavoro chiamata ad andare “ben oltre l'esportazione all'esterno di mansioni ripetitive” (Carinci E) e costruita a misura di un lavoro che allontana il proprio cardine di rotazione dalla tradizionale dimensione spazio-temporale di svolgimento della prestazione, con uno slittamento dell'obbligazione verso profili di risultato (De Marco), cui guardano i sistemi di misurazione della performance, molto *predicati*, nel privato come nel pubblico, almeno quanto poco efficientemente *praticati*.

Va pure rilevato che il lavoro da remoto sembra destinato ad acuire la polarizzazione da tempo registrata quale immediata conseguenza del *digital divide*, con effetti già evidenti su alcuni sistemi d'inquadramento⁴: la modalità agile pare infatti adattarsi maggiormente alle prestazioni caratterizzate da un elevato grado di autonomia del lavoratore ovvero, per converso, ad attività meramente esecutive e/o ripetitive, che possono essere svolte sulla base di un semplice impulso iniziale (che a questo punto può anche essere un impulso elettronico e connesso a un algoritmo), sulla base di processi predefiniti.

Fin troppo evidente, quasi scontato, è l'impatto che lo *smart working* è destinato ad avere sul potere di controllo, “strumento principe del manage-

⁴ BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *DRI*, 2019, p. 468 ss.

ment contemporaneo” (Bentivogli) e vero e proprio “nodo strategico” (Celli) nella revisione dei modelli organizzativi⁵.

È del pari indubbio che, sebbene il lavoro agile non sia soltanto quello svolto per il tramite di strumenti tecnologici, proprio l’uso massivo di questi ultimi ponga nuovi e delicati problemi di equilibrio tra lavoro e vita privata, tra istanze organizzative ed esigenze personali, richiedendo un ripensamento dell’attuale punto di equilibrio, messo rapidamente in crisi dal riassetto forse troppo frettoloso della disciplina (novellata nel 2015) dell’art. 4, l. 20 maggio 1970 n. 300⁶, grazie alla quale gli “strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa” (co. 2) consentono un controllo potenzialmente pervasivo e sostanzialmente privo di regole (v. sul punto i rilievi di Fiata) e che, in uno scenario distopico, può accelerare la raccolta e la profilazione di dati personali rilevanti⁷.

4. In controluce emerge, così, ancora una volta la problematica della qualificazione dei rapporti, soprattutto in presenza di figure di lavoratori la cui riconducibilità alla subordinazione diviene complessa se effettuata ricorrendo ad indici presuntivi elaborati in epoche storiche caratterizzate da modelli organizzativi in corso di (progressivo, seppure non lineare) superamento.

Non è certo questa la sede per ripercorrere un dibattito⁸ che ha appassionato molti studiosi – provocando talora una sensazione di “spaesamento”⁹ – ben lontano dal raggiungere un adeguato assestamento, a testimonianza delle incertezze interpretative e delle distorsioni applicative provocate dai

⁵ Cfr., da ultimo, TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, 2020.

⁶ ZOLI, *Il controllo a distanza dell’attività dei lavoratori e la nuova struttura dell’art. 4, legge n. 300/1970*, in *VTDL*, 2016, p. 635 ss.

⁷ In argomento, TROJSI, *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in *VTDL*, 2016, p. 667 ss., nonché, da ultimo, LAMBERTUCCI, *Il potere di controllo tra disciplina statutaria e regolamentazione della privacy*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dello Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, *Quad. DLM*, n. 8/2020, p. 413 ss.

⁸ È opportuno rinviare a ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, p. 703 ss., che ripercorre criticamente la discussione, della quale segnala opportunamente arresti, contraddizioni, prospettive.

⁹ MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, p. 105.

tentativi del legislatore di arginare realtà organizzative e (conseguenti) fattispecie contrattuali in continuo movimento.

Del pari, in questa sede non può essere neppure sfiorato il tema della diffusione del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni¹⁰, che involge tanti profili e non può essere trattato con il facile ricorso a luoghi comuni, sebbene la sensazione sia che troppo spesso nella P.A. l'attributo *smart* venga declinato in una delle possibili accezioni della lingua inglese, come indicativo di furbizia.

5. Vi è poi la tematica dei *soggetti* chiamati a definire le regole di questo nuovo modo di lavorare e del *luogo* nel quale può essere realizzata la sintesi più adeguata degli interessi coinvolti nella relazione di lavoro.

Nel Quaderno sono tanti i contributi che toccano o intrecciano questi che, naturalmente, sono temi di fondo. Così, accanto agli auspici, più o meno convinti, che possa sopraggiungere un intervento legislativo di riforma della legge 81/2017, vi sono due angolazioni che investono invece l'ambito negoziale.

C'è chi si pone in una prospettiva di "recupero della consensualità" (De Luca Tamajo e Maffei), che guarda soprattutto al riposizionamento dell'accordo individuale (Lucchetti), già previsto dalla legge vigente, così che "l'umanità relazionale possa tornare a riespandersi in tutte le sue potenziali esplicazioni e che le modalità di incontro lavorativo, ma anche scientifico o di svago per il tramite delle tecnologie sia frutto sempre di una libera scelta e non di una necessità imposta dalla paura del contagio" (De Luca Tamajo e Maffei).

Altri autori ritengono essenziale procedere alla "riprogettazione di una possibile rete di dialogo sociale e di partecipazione delle rappresentanze del lavoro alla regolazione e al governo delle dinamiche economico-sociali" (Esposito).

È quest'ultima una visuale di accantonamento della "soggettivazione regolativa"¹¹, che prova a ridare corpo all'autonomia collettiva e al ruolo del

¹⁰ In argomento ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 421/2020. Sul ricorso allo *smart working* nelle pubbliche amministrazioni appare utile la lettura della nota pubblicata dalla Banca d'Italia: GIUZIO, RIZZICA, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia: le amministrazioni pubbliche*, 2021, in https://www.bancaditalia.it/media/notizie/2021/Nota_Covid_3_WGLR.pdf.

¹¹ PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in DRI, 2019, p. III ss.

sindacato nella gestione “normativa” di fenomeni complessi e cangianti come quelli di cui si discute.

Certo, non bisogna nascondersi la fatica con cui le parti sociali affrontano i mutamenti in esame e la difficoltà a rappresentare un mondo fisicamente distante dal tradizionale spazio “condiviso” di esecuzione della prestazione; una distanza che impatta, del resto, sullo svolgimento dell’azione sindacale, con ricadute sulla partecipazione dei lavoratori (si pensi alle assemblee), ma destinata a incidere sulle stesse tecniche di negoziazione (Saracino) e sul conflitto (Ferrari): attività che richiedono un adeguamento dei modelli di organizzazione e di azione “per approdare a nuove forme di mediazione degli interessi collettivi e di autotutela, che impongono la ricerca di uno strumentario più moderno e innovativo” (Ferrari).

In un tempo caratterizzato dalla disintermediazione – tema che richiede letture assai prudenti e accenti pacati (trattato in maniera entusiastica da De Masi, il quale vede nel sindacato, in compagnia dei giuristi, solo un freno al cambiamento) – il sindacato è chiamato a riflessioni e a battaglie probabilmente più incisive che non quella sull’attribuzione del buono-pasto al lavoratore agile. Ciò senza assolutamente svilire l’argomento concreto dei costi e della retribuzione del lavoro da remoto, che andrebbe spostato però sul più generale contesto nel quale ha luogo l’esecuzione della prestazione (es. disponibilità e oneri di una connessione veloce) o sulla morfologia del corrispettivo, in presenza del descritto scivolamento dell’obbligazione verso una prospettiva attenta al risultato dell’attività, senza trascurare semmai le problematiche connesse alla gestione del lavoro straordinario.

Ma il sindacato è chiamato anche a tutelare, come sempre, ambiti che il singolo non ha la forza di proteggere da solo: penso alle caratteristiche e all’ampiezza del diritto alla disconnessione – che, al di là della rubrica (poco più di una “norma manifesto”, secondo Maio), pare conoscere una declinazione ancora evanescente nel nostro ordinamento – ovvero alla limitazione del potere di controllo, cui si è già fatto cenno.

Ma il tema del *chi* è chiamato a contrattare, va di pari passo con il *dove* produrre le nuove regole: se cioè esse vadano affidate al contratto collettivo nazionale o, preferibilmente, all’accordo aziendale, che potrebbe divenire luogo privilegiato di regolazione anche dell’uso dei poteri (soprattutto di quello di controllo, secondo Bentivogli).

Nel Quaderno c’è pure chi (Zilio Grandi e Picunio) si spinge a ipotizzare un recupero della contrattazione di prossimità, per la sua specifica ca-

pacità derogatoria: operazione che gli stessi autori considerano, però, tutt'altro che esente da rischi.

Probabilmente, l'idea dell'affidamento all'autonomia collettiva di un ruolo strategico essenziale nella definizione dinamica delle regole del lavoro è destinata a far convivere, ancora una volta, due atteggiamenti confliggenti: ingenuità e speranza.

L'ingenuità – imputabile innanzitutto al sottoscritto – è quella di continuare a puntare sul ruolo normativo della contrattazione collettiva chiudendo un occhio, forse due, sui problemi di rappresentatività del sindacato più “autentico” e sulla spregiudicatezza di quello poco genuino, fenomeni entrambi alimentati da un sistema la cui anomia appare sempre meno tollerabile e giustificata.

Dall'altro lato, però, individuare tuttora nel contratto collettivo lo strumento più idoneo – per duttilità ed efficacia – a regolare profili come quelli esaminati, geneticamente cangianti, è un'idea che si nutre della speranza che, delle molte riforme (più o meno) necessarie di cui tanto si parla, quella dell'individuazione dei soggetti legittimati a negoziare e dell'efficacia dei prodotti dell'autonomia collettiva non resti sempre all'ultimo posto tra le priorità del legislatore.

Lo spazio a disposizione è finito, si può resistere quindi alla tentazione di continuare a ragionare sui tanti temi affrontati nel Quaderno. Resta aperta la discussione, utilmente arricchita da questa riflessione corale, che provando a liberarsi “dalla retorica che ha caratterizzato il dibattito” (Del Conte) sullo *smart working*, ha il pregio di aver posto sul tavolo temi aperti e nodi irrisolti, sui quali la dottrina è chiamata a restare vigile e autenticamente propositiva.

notizie sugli autori

Edoardo Ales

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Parthenope

Vincenzo Bavaro

Associato di Diritto del Lavoro, Università di Bari “Aldo Moro”

Silvia Borelli

Associata di Diritto del Lavoro, Università di Ferrara

Laura Calafà

Ordinaria di Diritto del Lavoro, Università di Verona

Floriana Colao

Ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Siena

Ferruccio De Bortoli

Editorialista, Il Corriere della Sera

Massimiliano Delfino

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

Umberto Gargiulo

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università Magna Graecia di Catanzaro

Pasquale Passalacqua

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Paolo Passaniti

Associato di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Siena

Carlo Pisani

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Roma Tor Vergata

Maura Ranieri

Associata di Diritto del Lavoro, Università Magna Græcia di Catanzaro

Antonio Riefoli

Docente a contratto di Diritto del Lavoro, Università di Cassino e del Lazio Meridionale

Giuseppe Santoro-Passarelli

Emerito di Diritto del Lavoro, Università di Roma La Sapienza

Paolo Tomassetti

Ricercatore di Diritto del Lavoro, Università di Bergamo e Università Marie Skłodowska-Curie di Lublino

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di maggio 2021
dalla Grafica Elettronica (Na)

