

indice

editoriale

- 545 PAOLO PASCUCCI
Vaccini e green pass nel sistema di prevenzione del rischio pandemico

saggi

- 557 PIETRO LAMBERTUCCI
Obbligo di sicurezza: tutela collettiva e controllo giudiziario per l'effettività della prevenzione
- 573 GIOVANNI ARMONE
Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE: questioni lavoristiche e non
- 593 SILVIA VERDOLIVA
Una moderna Istituzione medievale: le Fabbricerie
- 619 MARIA GIOVANNONE
Tutela del lavoro (e della concorrenza) dopo la Brexit

giurisprudenza

- 639 GEMMA PACELLA
Velo islamico e libertà di impresa: nuovo orientamento della Corte di Giustizia (Commento a Corte di Giustizia UE 15 luglio 2021 C-804/18 e C-341/19)
- 651 VINCENZO LUCIANI
Licenziamento disciplinare e contrattazione collettiva: il silenzio "assordante" delle parti sociali (Commento a Cassazione 27 maggio 2021 n. 14777)

663 PASQUALE MONDA

Contrattazione collettiva e gig economy: la parola passa alla giurisprudenza
(Commento a Trib. Firenze decreto 9 febbraio 2021; Trib. Milano decreto 28 marzo 2021; Trib. Bologna decreto 30 giugno 2021; Trib. Firenze sentenza 24 novembre 2021 n. 781)

osservatorio

687 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI

L'autonomia collettiva: da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni

695 VIRGINIA AMOROSI

Raccontare la storia giuridica del lavoro in Italia: appunti tra passato e presente

713 *Notizie sugli autori*

715 *Abbreviazioni*

717 *Indice annata 2021*

725 *Indice autori 2021*

Errata Corrige

Sul n. 2/2021 nella rubrica osservatorio l'autore e il titolo del contributo vanno corretti come di seguito:

MAURIZIO CINELLI, *Giuglielmo Corsalini, La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè-Lefebvre, 2020, pp. 330

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

Edoardo ALES, Giovanni ARMONE, Vincenzo BAVARO, Laura CALAFÀ, Simone D'ASCOLA, Lina DEL VECCHIO, Massimiliano DELFINO, Andrea GENTILE, Maria GIOVANNONE, Pietro LAMBERTUCCI, Pasquale MONDA, Claudia MURENA, Gemma PACELLA, Pasquale PASSALACQUA, Carlo PISANI, Antonio RIEFOLI, Teodoro TAGLIAFERRI, Laura TOMASI, Paolo TOMASSETTI, Silvia VERDOLIVA

Il referaggio è stato effettuato da:

Gianguido BALANDI, Marzia BARBERA, Marco BARBIERI, Silvia BORELLI, Laura CALAFÀ, Guido CANAVESI, Maria Teresa CARINCI, Donata GOTTARDI, Chiara LAZZARI, Vito LECCESE, Mariella MAGNANI, Sandro MAINARDI, Massimo PALLINI, Paolo PASCUCCI, Paolo PASSANITI, Roberto ROMEI, Teodoro TAGLIAFERRI, Patrizia TULLINI, Cristina VANO, Bruno VENEZIANI

table of contents

editorial

- 545 PAOLO PASCUCCI
Vaccines and the Green Pass in the Pandemic Risk Prevention System

articles

- 557 PIETRO LAMBERTUCCI
Safety Duty: Collective Protection and Judicial Control for the Effectiveness of Prevention
- 573 GIOVANNI ARMONE
Whistleblowing and Directive 1937/2019/EU: Labour and Non-Labour Law issues
- 593 SILVIA VERDOLIVA
A Modern Medieval Institution: the 'Fabbricerie'
- 619 MARIA GIOVANNONE
Protection of Work (and Competition) after Brexit

case law

- 639 GEMMA PACELLA
Islamic Veil and Freedom of Enterprise: New Orientation of the Court of Justice
(Comment to Court of Justice 15 July 2021, C-804/18 and C-341/19)
- 651 VINCENZO LUCIANI
Disciplinary Dismissals and Collective Bargaining: the 'Deafening' Silence of the Social Partners
(Comment to Cassazione 27 May 2021 n° 14777)

- 663 PASQUALE MONDA
Collective Bargaining and Gig Economy: It Is the Turn of Jurisprudence
(Comment to Firenze Tribunal decree 9 February 2021; Milano Tribunal decree 28 March 2021; Bologna Tribunal decree 30 June 2021; Firenze Tribunal judgment 24 November 2021 n° 781)

observatory

- 687 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Collective Autonomy: from Francesco Santoro-Passarelli to Gino Giugni
- 695 VIRGINIA AMOROSI
Telling the Legal History of Work in Italy: Notes between Past and Present Times
- 713 *Authors' information*
- 715 *Abbreviations*
- 717 *Table of contents 2021*
- 725 *Authors of 2021*

Corrigendum

In issue 2/2021 in the observatory section the author and title of the contribution have to be corrected as follows:

MAURIZIO CINELLI, *Guiglielmo Corsalini, La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè-Lefebvre, 2020, pages 330

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

Edoardo ALES, Giovanni ARMONE, Vincenzo BAVARO, Laura CALAFÀ, Simone D'ASCOLA, Lina DEL VECCHIO, Massimiliano DELFINO, Andrea GENTILE, Maria GIOVANNONE, Pietro LAMBERTUCCI, Pasquale MONDA, Claudia MURENA, Gemma PACELLA, Pasquale PASSALACQUA, Carlo PISANI, Antonio RIEFOLI, Teodoro TAGLIAFERRI, Laura TOMASI, Paolo TOMASSETTI, Silvia VERDOLIVA

The referees have been:

Gianguido BALANDI, Marzia BARBERA, Marco BARBIERI, Silvia BORELLI, Laura CALAFÀ, Guido CANAVESI, Maria Teresa CARINCI, Donata GOTTARDI, Chiara LAZZARI, Vito LECCESE, Mariella MAGNANI, Sandro MAINARDI, Massimo PALLINI, Paolo PASCUCCI, Paolo PASSANITI, Roberto ROMEI, Teodoro TAGLIAFERRI, Patrizia TULLINI, Cristina VANO, Bruno VENEZIANI

Paolo Pascucci

Vaccini e *green pass* nel sistema di prevenzione del rischio pandemico

Sommario: **1.** L'impatto degli eventi sulla sicurezza sul lavoro. **2.** Pandemia e prevenzione. **3.** Pandemia, prevenzione e responsabilità. **4.** L'ingresso sulla scena dei vaccini. **5.** La problematica evoluzione della disciplina dell'obbligo vaccinale e del *green pass*. **6.** La razionalizzazione della disciplina dell'obbligo vaccinale. **7.** L'assestamento della disciplina del *green pass*. **8.** Tutela della salute pubblica o della salute sul lavoro? **9.** Conclusione.

1. *L'impatto degli eventi sulla sicurezza sul lavoro*

Com'era facilmente prevedibile, la pandemia da SARS-CoV-2 ha riportato al centro del dibattito politico e scientifico il tema della tutela della salute e della sicurezza di chi lavora: un tema che, nonostante la sua attualità perdurante da fin troppo tempo, ha registrato in passato altalenanti indici di interesse, per lo più coincidenti con vicende drammatiche.

Basterebbe ricordare – una per tutte – come anche la spinta decisiva all'emanazione del d.lgs. n. 81/2008 fu impressa soprattutto dalla unanime indignazione – di cui si fece interprete lo stesso Presidente della Repubblica – per l'orrenda morte di sette operai avvenuta nella notte tra il 5 e il 6 dicembre 2007 in un impianto siderurgico torinese prossimo alla dismissione nel quale, anche per questo, vi erano macroscopiche carenze delle misure di prevenzione. Fu infatti quella tragica vicenda ad accelerare il processo di attuazione della delega legislativa conferita dalla l. n. 123/2007, la quale non solo stava procedendo a rilento, ma rischiava perfino di arenarsi definitivamente a causa dello scioglimento anticipato delle Camere che pose fine anzitempo alla XV Legislatura.

Dunque – si dirà – nulla di nuovo sotto il sole. Infatti, di fronte alla

grave minaccia dell'eccezionale emergenza pandemica per l'incolumità di chiunque, sarebbe stato impossibile non dedicare particolare attenzione anche alla salute e alla sicurezza di chi lavora.

Eppure, rispetto ad altre occasioni, forse una differenza c'è stata, e non di poco conto.

Infatti, mentre quasi sempre la reazione ai più eclatanti eventi infortunistici si è tradotta soprattutto nella richiesta di maggiori controlli e di sanzioni più severe – un fenomeno ripropostosi anche di recente dinanzi alle ripetute morti sul lavoro verificatesi in questa delicata fase di c.d. “ripresa” o “ripartenza” alla quale il Governo ha risposto con l’emanazione del d.l. n. 146/2021 –, nel caso della pandemia, per le più che ovvie caratteristiche di tale evento, l’attenzione si è concentrata soprattutto sulla dimensione della *prevenzione* del rischio in atto.

2. *Pandemia e prevenzione*

Ne è scaturito fin dalla prima ora un vivace dibattito che, a partire dalla questione relativa alla necessità o meno di aggiornare il documento di valutazione dei rischi e da quella sull’identificazione delle misure di contenimento da rispettare (ben presto incentratasi sui contenuti dei protocolli anti-contagio sottoscritti dalle parti sociali con l’avallo del Governo), ha evidenziato il non facile rapporto tra la disciplina ordinaria di tutela della salute e sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008 e quella speciale emergenziale emersa nei vari decreti legge e nei numerosissimi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri via via succedutisi, sulla cui legittimità si è di recente espressa la Corte costituzionale (sentenza n. 198/2021).

Un rapporto quanto mai problematico soprattutto a causa dello speciale apparato cui è stata affidata la garanzia del rispetto delle misure precauzionali messe in atto dalla pubblica autorità anche per il tramite delle originali “fonti delegate” (i citati protocolli per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus negli ambienti di lavoro), non dovendosi appunto trascurare che, più che di *prevenzione*, si è parlato di *precauzione* presumibilmente per l’estrema incertezza, anche dal punto di vista scientifico, che ha caratterizzato e tuttora in parte connota l’emergenza pandemica. Un apparato speciale con a capo i prefetti, legittimati ad irrogare – fatte salve le ipotesi di reato – speciali sanzioni amministrative per le violazioni delle misure di contenimento

sottoposte all'accertamento di un variegato novero di organismi di vigilanza comprendente forze di polizia, forze armate, Ispettorato nazionale del lavoro e aziende sanitarie locali.

Come detto, questi spiccati tratti di specialità, inestricabilmente connessi alla finalità di tutela della salute pubblica della disciplina emergenziale dovuta alla natura ubiquitaria del virus, hanno contribuito ad alimentare i dubbi circa la piena applicabilità al rischio pandemico della disciplina ordinaria di prevenzione dei rischi lavorativi. Dubbi almeno in parte stemperati allorché il legislatore dell'emergenza, traendo comunque spunto proprio dal tradizionale armamentario dell'ordinaria disciplina di prevenzione, ha esplicitamente richiamato alcune norme del d.lgs. n. 81/2008 – come l'art. 74 a proposito della configurazione delle mascherine chirurgiche quali dispositivi di protezione individuale (art. 16 del d.l. n. 18/2020) – o ha creato nuovi strumenti *ad hoc* per contrastare gli effetti della pandemia come, ad esempio, la “sorveglianza sanitaria eccezionale” per i lavoratori “fragili” maggiormente esposti al rischio del contagio per ragioni anagrafiche o per particolari condizioni di salute (art. 83 del d.l. n. 40/2020), alla quale sono stati preposti i medici competenti già normalmente nominati nelle aziende, oppure medici competenti nominati *ad hoc* o provenienti dal settore pubblico ove i datori di lavoro non fossero tenuti *ex lege* alla nomina del medico competente.

A ben guardare, evidenziando un raccordo ancorché particolare tra disciplina speciale e disciplina ordinaria, queste previsioni hanno reso un po' più nitida quella prospettiva di proficua interazione tra i due sistemi di prevenzione che già lo stesso protocollo nazionale anti-contagio del 14 marzo 2020 (ritoccolato il 24 aprile 2020 e aggiornato il 6 aprile 2021) aveva lasciato intravedere evocando l'operatività di tipici istituti del d.lgs. n. 81/2008 come, ad esempio, la formazione e la stessa sorveglianza sanitaria. In effetti, più che in una logica di indifferenza, i due sistemi avrebbero dovuto e dovrebbero piuttosto operare in una logica di reciproca integrazione.

3. *Pandemia, prevenzione e responsabilità*

Per altro verso, è evidente che alla dimensione della prevenzione evocata dalla pandemia non potevano risultare estranei i profili delle responsabilità relative al rispetto delle misure finalizzate a contrastare il contagio, come ha dimostrato la discussa richiesta di uno “scudo penale” per i datori

di lavoro, emersa specialmente dopo che il legislatore – ribadendo quanto era già enucleabile dal sistema previdenziale vigente – ha configurato come infortuni sul lavoro, ai fini del relativo indennizzo, i casi accertati di infezione da SARS-CoV-2 in occasione di lavoro (art. 42, co. 2, del d.l. n. 18/2020).

Alla preoccupazione dei datori di lavoro che dalla configurazione del contagio come infortunio sul lavoro, al di là del rilievo previdenziale, potessero scaturire conseguenze sul piano delle loro responsabilità penali e civili il legislatore ha fornito una risposta meno *tranchant* tradottasi nell'art. 29-*bis* del d.l. n. 23/2020, introdotto dalla legge di conversione n. 40/2020, ai sensi del quale, in relazione all'emergenza pandemica, l'adempimento dell'obbligo di sicurezza datoriale di cui all'art. 2087 cod. civ. si estrinseca nell'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo anti-contagio generale del 24 aprile 2020 ed in quelli settoriali di cui all'art. 1, co. 14, del d.l. n. 33/2020.

Anche il dibattito presto insorto sulla portata dello stesso art. 29-*bis* ha riguardato il modo con cui apprestare un'efficace ed effettiva prevenzione del rischio pandemico nel momento in cui si è concentrato sulla capacità o meno di tale previsione normativa, al di là del suo dato meramente letterale, di sterilizzare le misure di sicurezza innominate che la giurisprudenza da sempre ricomprende nell'oggetto dell'art. 2087 cod. civ. Si tratta di un dibattito sensibilmente condizionato dalle tante incertezze scientifiche sul fenomeno pandemico, le quali si sono inevitabilmente riflesse sul modello di prevenzione da apprestare contro la pandemia e, correlativamente, sulle connesse responsabilità ascrivibili ai responsabili delle organizzazioni lavorative, come d'altronde è stato confermato anche di recente dal legislatore relativamente al settore sanitario. Infatti, in questo ambito l'art. 3-*bis* del d.l. n. 44/2021, introdotto dall'art. 1, co. 1, del d.l. n. 172/2021, ha stabilito che, durante lo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, i fatti di cui agli artt. 589 e 590 cod. pen. (omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime) commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza siano punibili solo nei casi di colpa grave, dovendo il giudice tenere conto, ai fini della valutazione del grado della colpa, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre

che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza.

4. *L'ingresso sulla scena dei vaccini*

Una volta divenuti disponibili i vaccini, è sempre nella prospettiva della prevenzione del rischio che si è andato sviluppando l'ampissimo dibattito sull'obbligo vaccinale, così come, successivamente, quello sull'obbligo di possedere ed esibire il *green pass* per accedere al luogo di lavoro.

In realtà, prima ancora che il legislatore introducesse per il personale sanitario l'obbligo vaccinale, è proprio con riferimento al tema della prevenzione che la discussione sulla sussistenza o meno di tale obbligo è letteralmente “esplosa” sol che si pensi alla delicata questione relativa alla possibilità di enucleare già sulla scorta dell'art. 2087 cod. civ. un potere/dovere del datore di lavoro di richiedere ai propri lavoratori di vaccinarsi e, correlativamente, un obbligo – o un onere – di questi ultimi di sottoporsi alla vaccinazione. Questione sulla quale, al di là dell'ampia condivisione in merito alla natura della vaccinazione come misura di prevenzione, si sono registrate opinioni differenti, essenzialmente condizionate dall'interpretazione dell'art. 32 Cost. e, in particolare, della riserva di legge da esso prevista per la configurazione dell'obbligatorietà di un trattamento sanitario, quale certamente è la vaccinazione.

Pur senza scendere in eccessivi dettagli, non si può tuttavia non ricordare come la collocazione del dibattito nel contesto del più ampio sistema di prevenzione sia stata confermata anche dal richiamo a varie disposizioni del d.lgs. n. 81/2008: dall'art. 20 relativo agli obblighi di cooperazione alla sicurezza gravanti sui lavoratori, fino all'art. 279, il quale, nell'ambito delle attività della sorveglianza sanitaria relative ai rischi biologici, prevede, là dove ritenuto necessario dal medico competente, la messa a disposizione da parte del datore di lavoro di vaccini efficaci o, in alternativa, l'allontanamento temporaneo del lavoratore secondo le procedure dell'art. 42. Né vanno dimenticate le ricostruzioni che, sulla scorta delle misure generali di tutela dell'“eliminazione dei rischi” e della loro “riduzione alla fonte” ex art. art. 15 del d.lgs. n. 81/2008, hanno proposto di valorizzare il ruolo della sorveglianza sanitaria e del medico competente (artt. 41 e 42) in relazione alla inidoneità alle mansioni “di contatto” dei lavoratori non vaccinati.

Si tratta di questioni che sono riemerse in parte nel momento in cui il legislatore, dopo non poche esitazioni, si è finalmente determinato a prevedere un obbligo di vaccinazione per il personale sanitario (art. 4 del d.l. n. 44/2021), con ciò presumibilmente recependo anche le sollecitazioni che avevano sottolineato l'imprescindibile valore deontologico di un simile obbligo. Quest'ultimo è emerso dunque sulla base di una specifica disposizione di legge – come postulato dall'art. 32, co. 2, Cost. – la cui inosservanza dava luogo, secondo il testo originario dell'art. 4, ad alcune conseguenze non molto dissimili da quelle previste dal sistema di prevenzione generale nel caso di inidoneità alla mansione (art. 42 del d.lgs. n. 81/2008), vale a dire, l'adibizione, ove possibile, a mansioni non “di contatto”, eventualmente anche inferiori (senza però, in tal caso, la conservazione del trattamento economico originario), prevedendosi peraltro, in caso di impossibilità di tale adibizione, la sospensione senza emolumenti dell'esercizio della professione o del rapporto di lavoro.

Le stesse criticità rilevate nell'originaria formulazione dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 hanno pur sempre riguardato la dimensione della prevenzione. È quanto da un lato è emerso con la discutibilissima limitazione dell'obbligo vaccinale solo ad alcune categorie (gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario) così trascurandosi inspiegabilmente che il rischio di contagio – per sé e per gli altri – non fa distinzioni tra i diversi ruoli professionali quando emergono nello stesso contesto lavorativo: un aspetto colto solo in seguito e peraltro solo in parte grazie all'introduzione dell'art. 4-*bis* del d.l. n. 44/2021 ad opera dell'art. 2-*bis*, co. 1, del d.l. n. 111/2021.

Da un altro lato, non si può sottacere la sottovalutazione, anch'essa pertinente alla dimensione della prevenzione, del possibile ruolo del medico competente in merito alla valutazione/individuazione di possibili mansioni “non di contatto” per i sanitari non vaccinati che la prima versione dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021 ha affidato letteralmente al solo datore di lavoro: un ruolo – quello del medico competente in relazione alle conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale – recisamente negato anche da fin troppo nette prese di posizione di alcune istanze di rappresentanza dei medici competenti.

5. *La problematica evoluzione della disciplina dell'obbligo vaccinale e del green pass*

In verità, la disciplina dell'adempimento dell'obbligo vaccinale come *condicio sine qua non* per l'esercizio delle professioni sanitarie, specialmente ove queste siano dedotte in rapporti di lavoro alle dipendenze delle strutture sanitarie, ha evidenziato singolari incongruenze nel momento in cui il Governo ha subordinato l'accesso ai luoghi di lavoro pubblici e privati al possesso ed all'esibizione della certificazione verde meglio conosciuta come *green pass* (artt. 1 e 3 del d.l. n. 127/2021, che hanno introdotto gli artt. 9-*quinquies* e 9-*septies* al d.l. n. 52/2021).

Infatti è risultato subito evidente che, essendo il *green pass* (quello c.d. "base") rilasciato ai vaccinati, ai guariti dal Covid-19, o a chi abbia effettuato un tampone con esito negativo, qualora un lavoratore del settore sanitario obbligato a vaccinarsi ex art. 4 del d.l. n. 44/2021 non si fosse ancora vaccinato – senza che ciò fosse stato verificato mediante le farraginose procedure messe in campo nel testo originario dell'art. 4 – egli avrebbe paradossalmente potuto accedere al luogo di lavoro esibendo un *green pass* rilasciatogli sulla base di un tampone negativo, non potendo peraltro il datore di lavoro accertare l'esatto motivo del rilascio del *green pass* per i noti limiti imposti dall'esigenza di tutela della riservatezza dei dati personali. Un paradosso che, anche dal punto di vista generale, evidenzia come il possesso del *green pass* "base" non possa essere considerato una misura assoluta di prevenzione del rischio né per gli altri né per lo stesso lavoratore giacché un soggetto potenzialmente ad alto rischio di contagio – come lo è un non vaccinato che abbia eseguito un tampone – può accedere al luogo di lavoro essendosi magari contagiato un attimo prima di entrare, potendo a sua volta contagiare altri soggetti all'interno del luogo di lavoro.

D'altro canto, sempre alla luce dell'originaria versione dell'art. 4 del d.l. n. 44/2021, non meno paradossali – se non di dubbia legittimità – si rivelavano le differenti conseguenze, da un lato, della mancata vaccinazione del personale sanitario soggetto all'obbligo e, dall'altro, dell'omessa detenzione/esibizione del *green pass* da parte di tutti gli altri lavoratori, potendone derivare nel primo caso la possibilità di continuare a lavorare ancorché con mansioni diverse (non "di contatto") ove esistenti, mentre nel secondo l'immediata assenza ingiustificata dal lavoro.

E disparità di trattamento non molto giustificate parevano emergere

anche dopo l'introduzione, ad opera dell'art. 2-*bis*, co. 1, del d.l. n. 111/2021, dell'art. 4-*bis* del d.l. n. 44/2021. Infatti, estendendo l'obbligo vaccinale a tutti i soggetti anche esterni che svolgono, a qualsiasi titolo, la propria attività lavorativa nelle strutture *lato sensu* residenziali e socio-assistenziali di cui all'art. 1-*bis* del d.l. n. 44/2021, l'art. 4-*bis* prevedeva per l'omessa vaccinazione direttamente la sospensione senza emolumenti.

6. *La razionalizzazione della disciplina dell'obbligo vaccinale*

Le successive modifiche ed integrazioni del d.l. n. 44/2021 ad opera del d.l. n. 172/2021 e del d.l. n. 1/2022 hanno cercato di conferire maggiore razionalità ed omogeneità al sistema.

L'obbligo vaccinale ha ora un ambito soggettivo più ampio di quello già considerato, applicandosi anche al personale scolastico, della difesa, della sicurezza e soccorso pubblico, della polizia locale, del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, delle strutture sanitarie e sociosanitarie e degli istituti penitenziari, nonché al personale universitario e a tutti gli ultracinquantenni (lavoratori e non).

Per altro verso, l'obbligo vaccinale ha anche un oggetto più esteso, comprendendo, dal 15 dicembre 2021, anche la c.d. "terza dose".

Per tutti i lavoratori obbligati alla vaccinazione, la verifica dell'adempimento dell'obbligo vaccinale è svolta dai rispettivi responsabili con modalità automatizzate, prevedendosi, in caso di inadempimento, l'immediata sospensione senza emolumenti dal diritto di svolgere l'attività lavorativa, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro.

Molto più ragionevolmente, l'adibizione a mansioni diverse, senza decurtazione della retribuzione, ma pur sempre nel rispetto delle misure di prevenzione igienico-sanitarie indicate da specifici protocolli di sicurezza, vale ora esclusivamente per i lavoratori per i quali la vaccinazione sia omessa o differita ove costituisca un accertato pericolo per la salute.

7. *L'assettamento della disciplina del green pass*

Anche la disciplina del *green pass* è stata progressivamente razionalizzata. Da un lato, con il recentissimo d.l. n. 1/2022 si è reso più coerente il raccordo tra l'obbligo vaccinale e la certificazione verde. Infatti, dal 15 febbraio 2022, l'accesso ai luoghi di lavoro degli ultra-cinquantenni obbligati alla vaccinazione presuppone il possesso e l'esibizione della sola certificazione verde "rafforzata" (valida solo per vaccinati e guariti), laddove quella "base" continua a valere per tutti gli altri lavoratori non soggetti all'obbligo vaccinale. Nonostante la non perspicua chiarezza del testo normativo, la certificazione "rafforzata" dovrebbe valere anche per i lavoratori obbligati alla vaccinazione che non abbiano cinquant'anni né stiano per compierli.

Da un altro lato, rispetto alla disciplina originaria, la legge di conversione del d.l. n. 127/2021 (l. n. 165/2021) ha apportato alcuni opportuni aggiustamenti, il primo dei quali riguarda un chiarimento sul soggetto tenuto a verificare il possesso della certificazione da parte dei lavoratori in somministrazione. L'incertezza sul punto era stata ingenerata dalla possibilità di intendere ricompresi i somministrati tra i lavoratori che svolgono la propria attività nel luogo di lavoro anche sulla base di contratti esterni (come, ad esempio, i dipendenti di un appaltatore) per i quali il legislatore prevede l'obbligo di verifica del *green pass* a carico anche dei rispettivi datori di lavoro.

Dissipando ogni dubbio in proposito e valorizzando il principio già fatto proprio dall'art. 3 del d.lgs. 81/2008 e successivamente dall'art. 35 del d.lgs. n. 81/2015, secondo cui, in un'ottica di ragionevole ripartizione degli obblighi prevenzionistici, la prevalente posizione di garanzia datoriale in materia di somministrazione incombe sull'utilizzatore, si è pertanto stabilito che per i lavoratori in somministrazione la verifica del rispetto delle prescrizioni sul possesso ed esibizione del *green pass* compete all'utilizzatore, permanendo in capo al somministratore l'onere di informare i lavoratori circa la sussistenza delle relative prescrizioni (art. 3, co. 4, secondo periodo, del d.l. n. 127/2021).

Un altro apprezzabile aggiornamento riguarda la possibilità che, al fine di semplificare e razionalizzare l'organizzazione delle verifiche che il datore di lavoro deve effettuare in merito al *green pass*, gli stessi lavoratori possano richiedere di consegnare allo stesso datore copia della propria certificazione verde, risultando per tutta la durata della validità della medesima esonerati dai relativi controlli datoriali (art. 3, co. 5, terzo periodo, del d.l. n. 127/2021).

Si tratta di una previsione quanto mai opportuna sul piano organizzativo specialmente in quelle imprese che operano mediante turnazioni o lavoro in squadra e che, a ben guardare, riflette quel principio di leale cooperazione del lavoratore in tema di sicurezza sul lavoro che l'art. 20 del d.lgs. n. 81/2008 evidenzia a chiare lettere.

8. *Tutela della salute pubblica o della salute sul lavoro?*

Al di là di questi ultimi riferimenti ai principi del d.lgs. n. 81/2008, è tuttavia difficile respingere la sensazione che il sistema complessivo di gestione dell'emergenza pandemica tenda ad operare a prescindere dalla disciplina ordinaria di prevenzione.

In effetti, sia nella disciplina ormai razionalizzata dell'obbligo vaccinale – che, in caso di inadempimento, conduce inesorabilmente alla sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa – sia nella regolamentazione del *green pass* – che, in caso di mancato possesso dello stesso, fa scattare l'assenza ingiustificata – il datore di lavoro è esautorato da qualunque valutazione del rischio in atto, operata a monte dallo stesso legislatore.

Cionondimeno è altrettanto difficile dubitare che queste disposizioni condividano una duplice finalità: quella della tutela della salute pubblica e quella della salute di chi lavora.

In tal senso depone ad esempio l'*incipit* dello stesso art. 4, co. 1, primo periodo, del d.l. n. 44/2021 il quale finalizza l'obbligo vaccinale del personale sanitario all'obiettivo di “tutelare la salute pubblica” e a quello di “mantenere adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza”. Sebbene la previsione del “mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell'erogazione delle prestazioni di cura e assistenza” alluda indubbiamente al rischio che la presenza del lavoratore non vaccinato potrebbe creare agli “altri” (interni o esterni all'organizzazione), non deve tuttavia trascurarsi come anch'egli sia un soggetto a rischio, la cui incolumità va comunque protetta, come d'altronde ha posto in giusto rilievo la giurisprudenza (Trib. Belluno, ordinanza del 19 marzo 2021). D'altro canto, non deve trascurarsi che l'assenza ingiustificata dal lavoro conseguente al mancato possesso ed esibizione della certificazione verde è esplicitamente prevista “al fine di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro” (art. 9-*quinquies*, co. 6, e art. 9-*septies*,

co. 6, del d.l. n. 52/2021; art. 4-*quinquies*, co. 4, del d.l. n. 44/2021 introdotto dal d.l. n. 1/2022).

La verità è che lo stesso concetto di “salute pubblica” è tale da inglobare anche quello della “salute sul lavoro”, come del resto emerge *per tabulas* nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978) e, prima ancora, nell’art. 32, co. 1, Cost. il quale, quando prevede che la Repubblica tutela la salute non solo come diritto fondamentale dell’individuo, ma anche come “interesse della collettività”, sottendendo tutte le implicazioni che la lesione della salute delle persone comportano complessivamente per il sistema, non può non riferirsi anche alla salute di chi lavora.

Pertanto, rendendo obbligatorio il trattamento sanitario della vaccinazione in conformità al co. 2 dello stesso art. 32 Cost., il d.l. n. 44/2021 mira a realizzare la tutela di quell’interesse collettivo che riguarda tanto la popolazione che si rivolge alle varie strutture in cui opera l’obbligo quanto chi vi lavora. Una finalità che, seppur in modo in parte diverso, tendono comunque a perseguire anche le disposizioni sull’obbligo di *green pass*.

D’altronde, come ha lucidamente evidenziato il Consiglio di Stato con riferimento all’obbligo vaccinale per il personale sanitario, l’art. 4 del d.l. n. 44/2021 “interseca” tanto “il più generale e grave problema della sicurezza nei luoghi di lavoro a tutela dei lavoratori” quanto “il principio di sicurezza delle cure” che, come prevede l’art. 1, co. 1, della l. n. 24/2017, è “parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività”. Secondo questa fondamentale sentenza, “la vaccinazione obbligatoria selettiva” per il personale sanitario “risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il [...] principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il [...] principio di solidarietà, che anima anch’esso la Costituzione, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili” e che “proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza” (Cons. St., sez III, n. 7045/2021).

9. *Conclusion*

Se, per un verso, per le precipue finalità perseguite, il sistema speciale di prevenzione messo in campo con la legislazione dell'emergenza ha posto talora in secondo piano la rilevanza del sistema ordinario di prevenzione, per un altro verso non bisogna tuttavia dimenticare la fondamentale lezione che, nonostante la sua complessa evoluzione ed alcune contraddizioni, proviene da quel sistema speciale, i cui riflessi paiono destinati a trascendere l'auspicabile fase di declino della pandemia da cui è scaturito.

Quel sistema – nel quale si inscrivono pienamente sia le norme sull'obbligo vaccinale sia quelle sul *green pass* – insegna che per tutelare adeguatamente tanto la salute pubblica quanto la salute e la sicurezza di chi lavora occorre prima di tutto mettere in atto una seria riflessione su modelli prevenzionistici incentrati sul principio della prevenzione primaria, mirando quindi anzitutto ad eliminare il rischio o quantomeno a ridurlo ove sia ineliminabile. Ed è quanto si sta riscontrando rispetto agli effetti delle vaccinazioni che, pur non scongiurando in assoluto il rischio di contagio, ne stemperano sensibilmente le possibili conseguenze dannose.

Ampliando il discorso al più complessivo contesto della sicurezza sul lavoro, ben vengano quindi maggiori controlli e più efficaci sanzioni, purché si sia pienamente consapevoli – come dimostra la lezione della pandemia – che ben poco potranno senza la predisposizione a monte di adeguati apparati prevenzionistici finalizzati effettivamente ad eliminare o ridurre i rischi che emergono nell'organizzazione del lavoro.

Pietro Lambertucci

Obbligo di sicurezza: tutela collettiva e controllo giudiziario per l'effettività della prevenzione

Sommario: **1.** Piano dell'indagine. **2.** Inadempimento degli obblighi di sicurezza, controllo giudiziale e azione individuale. **3.** L'art. 9 dello Statuto dei lavoratori come strumento di attuazione dell'art. 2087 del Codice civile. **4.** La rappresentanza collettiva per la sicurezza di cui al d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81: partecipazione, controllo e contrattazione. **5.** Il modello di organizzazione e gestione dei rischi e il controllo collettivo. **6.** Rilievi conclusivi.

1. *Piano dell'indagine*

La “centralità” che riveste, nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, poste in capo al datore di lavoro, l'obbligo della sicurezza, declinato in termini generali e onnicomprensivi dall'art. 2087 del Codice civile¹, impone una riflessione in ordine agli strumenti per rendere effettive le misure di prevenzione e di protezione a beneficio dei lavoratori.

A tale stregua non si tratta di riepilogare l'intelaiatura normativa che, sotto diversi ambiti (penale e civile), contribuisce a rendere effettiva la disciplina prevenzionistica, oggetto di una recente ed attenta ricognizione critica², bensì di verificare la praticabilità degli strumenti di controllo giudiziale, nonché il ruolo che potrebbe rivestire, in tale ambito, la rappresentanza collettiva dei lavoratori, nelle diverse articolazioni che dallo Statuto dei lavoratori sono transitate nel d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (Testo unico sulla sicurezza).

¹ V., per tutti, ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in *Comm. Schlesinger*, 2008.

² V. l'ampia ed esaustiva panoramica di MENGHINI, *L'evoluzione degli strumenti giuridici volti a favorire l'effettività della prevenzione*, in *DSL*, 2017, n. 2, p. 1 ss.

Peraltro uno strumento essenziale in tal senso può individuarsi comunque negli organi pubblici di vigilanza ai vari livelli (territoriale ed aziendale), per i quali è necessario individuare un effettivo coordinamento che ne assicuri l'operatività³ e, sotto tale aspetto, favorirne altresì un processo di integrazione con il “controllo collettivo”⁴. Sotto tale ultimo profilo l'art. 50, co. 1, lett. f e i, d.lgs. n. 81/2008, che individua le attribuzioni del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza cerca di introdurre una versione di coordinamento, peraltro “debole”, laddove prevede uno scambio di informazioni, nonché di osservazioni nei casi di sopralluogo delle autorità competenti, dalle quali, infatti, il rappresentante per la sicurezza “di norma” è sentito⁵.

2. *Inadempimento degli obblighi di sicurezza, controllo giudiziale e azione individuale*

Sul versante della prevenzione, a valle degli strumenti di tutela civile⁶, l'intervento del giudice potrebbe porsi in linea con l'intento di sanzionare l'inadempimento contrattuale all'obbligo di sicurezza, ex art. 2087 cod. civ.⁷, con la possibilità anche, riannodando diritto sostanziale e processuale, di ammetterne la coercibilità in forma specifica⁸, anche perché, come è stato se-

³ Per un quadro riassuntivo e proposte di razionalizzazione del sistema di vigilanza v. NATULLO, *La vigilanza sulla sicurezza sul lavoro tra razionalizzazione e coordinamento*, in PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro. Tutele universali e nuovi strumenti regolativi a dieci anni dal d.lgs. n. 81/2008*, Franco Angeli, 2019, p. 71 ss.

⁴ Già TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in RTDPC, 1972, p. 1029 ss., spec. p. 1046 rilevava, a proposito delle rappresentanze dei lavoratori di cui all'art. 9 St. lav., il mancato coordinamento con il sistema pubblico di vigilanza.

⁵ Cfr., sul punto, ZOLI, *Sub. artt. 47-50*, in MONTUSCHI (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro. Commento al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, Zanichelli, 2010, p. 507 ss., spec. p. 522 ss.

⁶ Per la loro centralità v. SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, in RIDL, 1988, I, p. 442 ss., spec. p. 449.

⁷ Come puntualizza MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1989, p. 160, ciò imporrebbe al giudice “di valutare i modi ed i contenuti dell'organizzazione del lavoro la tollerabilità dei ritmi e dei rischi”.

⁸ V., sul punto, l'analitica ricognizione offerta da ALBI, *op. cit.*, p. 221 ss., p. 247 ed ivi ampi richiami al dibattito; per la dottrina processualistica v. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, 1989, vol. I, p. 39 ss.

gnalato da autorevole dottrina, possiamo anche “rileggere” la (pretesa) infungibilità (degli obblighi di sicurezza), alla luce della priorità nella realizzazione del diritto (costituzionalmente garantito) alla salute⁹.

Infatti lo stesso convincimento di ritenere “non giustiziabile” il diritto alla salute in forza dell’impossibilità di modificare l’organizzazione del lavoro, ritenuta gelosa prerogativa dell’imprenditore, capovolge la stessa gerarchia dei valori costituzionali, laddove la Carta costituzionale, all’art. 41, co. 2, pone dei paletti al libero svolgimento dell’iniziativa economica privata in ragione della tutela della sicurezza¹⁰.

Tale opzione interpretativa comunque riceve una secca smentita con riguardo, ad esempio, all’intervento del legislatore ordinario in ordine alla tutela dei lavoratori disabili. In tale ambito l’art. 10, co. 3, l. 12 marzo 1999 n. 68 appresta una tutela al disabile nell’ipotesi di aggravamento delle sue condizioni di salute, con la necessità di attuare “i possibili adattamenti dell’organizzazione del lavoro”, al fine di scongiurare la risoluzione del rapporto di lavoro. Inoltre, in misura più pregnante, sulla scorta del diritto internazionale e comunitario e quale proiezione del principio di non discriminazione, è stato introdotto l’obbligo, posto sempre in capo al datore di lavoro, di adottare, nei confronti dei disabili, gli “accomodamenti ragionevoli”, organizzativi e gestionali (art. 3, co. 3-bis, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216), i quali, nei percorsi giurisprudenziali più recenti, impongono a quest’ultimo uno “sforzo organizzativo”, tale da incidere inevitabilmente sull’organizzazione del lavoro¹¹.

Peraltro, per quanto riguarda gli obblighi di sicurezza, ci troviamo spesso in presenza di prescrizioni “tecniche”, che, almeno in linea generale, come è stato notato, possono essere surrogate da terzi¹², senza dimenticare poi che

⁹ V. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, n. 3, p. 395 ss.

¹⁰ Cfr. anche le considerazioni di MONTUSCHI, *L’incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, n. 4, p. 501 ss., spec. p. 504.

¹¹ Come puntualizza la Corte di legittimità (Cass. 9 marzo 2021 n. 6497, inedita) si richiede al datore di lavoro “uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa” ai fini dell’inserimento lavorativo del disabile, sempre che tale soluzione non sia sproporzionata sul piano finanziario.

¹² V., per tale rilievo, SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in BARBIERI, MACARIO, TRISORIO LEUZZI (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, p. 87 ss., spec. p. 131. Inoltre come puntualizza PROTO PISANI, *L’attuazione*, cit., p. 44, per le misure a tutela della salute dei lavoratori può parlarsi di obbligazioni che, pur potendo essere considerate come fungibili, comportano particolari difficoltà e complessità ad essere eseguite da parte di un terzo. Per quanto riguarda la “prestazione di sicurezza”,

la secca alternativa tra fungibilità/infungibilità degli obblighi può essere superata in un quadro normativo il quale può incentivarne l'adempimento con strumenti di esecuzione indiretta¹³. Comunque, anche il meccanismo di "esecuzione indiretta" di cui all'art. 614-*bis* cod. proc. civ., recentemente riformato, non si applica alle controversie di lavoro, innescando non pochi dubbi di costituzionalità¹⁴, salvo i profili attratti all'interno dell'intelaiatura normativa che colpisce i comportamenti discriminatori (si pensi, sul punto, all'inquadramento del *mobbing* all'interno dell'art. 2087 cod. civ. e alla sua assimilazione alle molestie ai fini della relativa tutela processuale), laddove l'ordinamento predispose, sul piano del diritto antidiscriminatorio, una serie di strumenti compulsori¹⁵.

Per quanto riguarda, viceversa, il rischio *stress* – lavoro correlato, espressamente preso in considerazione dall'art. 28 del d.lgs. n. 81 del 2008, un eventuale controllo giudiziale viene ad incidere sulle modalità organizzative della prestazione e, in tale ambito, si entra nel "cuore" dei poteri datoriali. A questo punto il taglio prevenzionistico del Testo unico della sicurezza (in ricaduta dell'art. 2087 del Codice civile) impone un intervento, a monte, dello stesso datore di lavoro, meglio se con il "concorso" delle parti sociali, attraverso gli accordi di c.d. *clima organizzativo* (per il bilanciamento delle esigenze produttive ed organizzative con la tutela della *persona* del lavoratore), quale terreno elettivo per disinnescare l'insorgenza del rischio *stress*, nonché per attutirne gli effetti, in modo tale da rendere residuale, a valle, l'intervento del giudice.

Ovviamente il lavoratore può chiedere, in via giudiziale, la condanna del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione di sicurezza, ai sensi dell'art. 1453 cod. civ., con la possibilità di far ricorso al procedimento d'urgenza *ex art. 700* cod. proc. civ.; tuttavia appare dirimente l'obiezione avanzata da autorevole dottrina che aveva rilevato la "mac-

ex art. 2087 cod. civ., MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c. p. c.*, in *EDP*, 2016, n. 1, p. 11 ss., spec. p. 25, la ritiene nel complesso infungibile, ma frazionabile in sottoprestazioni "le quali, in sé assunte, sono, invece, fungibili e dunque eseguibili in forma specifica, come nel caso della salvaguardia della salubrità del luogo di lavoro".

¹³ V., sul punto MAZZAMUTO, *La prospettiva civilistica*, in BARBIERI, MACARIO, TRISORIO LEUZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 21 ss., spec. p. 29 ss.

¹⁴ Cfr. MAZZAMUTO, *L'astreinte*, *cit.*, p. 36 ss.

¹⁵ V., per un attento riepilogo, ZOLI, *Tutela in forma specifica e controllo dei poteri del datore di lavoro*, in BARBIERI, MACARIO, TRISORIO LEUZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 291 ss., spec. p. 312 ss.

chinosa astrattezza” di un’azione giudiziaria individuale, diretta a richiederne l’adempimento¹⁶.

Rimane ovviamente ferma la possibilità, per il singolo lavoratore, di agire sia sul piano delle relazioni industriali attraverso l’azione diretta¹⁷, nonché, in autotutela, ai sensi dell’art. 1460 del Codice civile¹⁸. Infatti quest’ultimo, oltre al diritto di allontanarsi dal posto di lavoro, senza alcuna conseguenza sanzionatoria, in presenza di un pericolo grave ed immediato (ex art. 44 d.lgs. n. 81 del 2008), può rifiutare (legittimamente) l’esecuzione della prestazione lavorativa da svolgere in condizione di insicurezza¹⁹, ma, anche in questo caso, occorre muoversi con estrema cautela, a fronte solo di una evidente violazione delle prescrizioni minime in materia di tutela dell’ambiente di lavoro.

3. *L’art. 9 dello Statuto dei lavoratori come strumento di attuazione dell’art. 2087 del Codice civile*

Un oggettivo irrobustimento dell’art. 2087 cod. civ. è rappresentato dall’art. 9 dello Statuto dei lavoratori, attraverso il quale, infatti, si concretizza, sul piano collettivo, la dimensione prevenzionistica della norma del Codice civile²⁰.

Sotto questo versante, infatti, la norma dello Statuto, nella sua prima parte, attribuisce ai lavoratori il diritto di controllare, attraverso loro rappresentanze, l’applicazione delle norme prevenzionistiche e, nella seconda parte, il diritto di promuovere la ricerca, l’elaborazione e l’attuazione di tutte le misure di prevenzione necessarie per la sicurezza. Come prontamente rile-

¹⁶ V., per tale conclusione, MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione*, cit., p. 161.

¹⁷ V. sul punto, A. ZOPPOLI, *Diritto di sciopero e Covid 19: risorse normative (e principi) del diritto sindacale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Quaderno di DLM*, 2021, n. 11.

¹⁸ Cfr., in generale, FERRANTE, *Potere di autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, 2004.

¹⁹ Cfr., in giurisprudenza, Cass. 5 novembre 2012 n. 18921, in *FI*, 2012, I, c. 3285.

²⁰ V. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione*, cit., p. 157, il quale individua nella rappresentanza collettiva, ex art. 9 St. lav., il soggetto legittimato ad attuare e gestire i contenuti sostanziali dell’art. 2087 del Codice civile.; cfr. anche PASCUCCI, *Quale tutela nell’art. 9 dello Statuto? Rileggendo alcune pagine di Luigi Montuschi*, in RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo statuto dei lavoratori*, in *Quaderno di DLM*, 2020, n. 8, p. 193 ss.

vato da autorevole dottrina il precetto statutario autorizza le rappresentanze dei lavoratori ad intervenire con un'azione di controllo e di modifica di tutte le modalità di impiego della manodopera²¹, spingendole verso una pianificazione delle misure di sicurezza ritenute più idonee, profilo che poi è sfociato, inevitabilmente, nella dimensione contrattuale²².

Sono noti i presupposti ideologici e culturali nei quali è maturato l'art. 9 dello Statuto²³, nonché le difficoltà della stessa contrattazione collettiva nel transitare dalla cd. monetizzazione dei rischi ad una politica di effettiva prevenzione dei medesimi²⁴. Quello che in questa sede preme rilevare è lo *spirito originario* del precetto statutario, che, innanzitutto, demanda agli stessi lavoratori il compito di controllare, attraverso le proprie rappresentanze, l'*effettività* del rispetto delle misure di prevenzione adottate dal datore di lavoro.

Rispetto all'azione individuale, più credibile sembra allora la soluzione di valorizzare la dimensione collettiva, rappresentata dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori²⁵, anche attraverso l'applicazione dell'art. 28 dello Statuto²⁶, per arrivare, in tal modo, all'esecuzione diretta, in forma specifica, degli obblighi

²¹ Come puntualizza ulteriormente TREU, *op. cit.*, p. 1043 ss., l'art. 9 consente di intervenire sulla nocività del lavoro, ritmi e carichi eccessivi, eccessiva parcellizzazione del lavoro; SMURAGLIA, *Rivoluzione tecnologica e tutela della personalità*, in RGL, 1985, IV, p. 77 ss., spec. p. 81 propone una rivalutazione dell'art. 9 dello Statuto in relazione alle nuove forme di rischio e alle nuove tecnologie.

²² Cfr., BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto*, in LD, 1990, p. 219 ss. e, da ultimo, PASCUCCI, *Quale tutela*, cit., p. 197 ss.

²³ Per un'attenta ricostruzione v., da ultimo, MENGHINI, *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza dall'art. 9 dello Statuto alla prevenzione del Covid-19: riaffiora una nuova "soggettività operaia"?*, in DSL, 2021, n. 1, p. 1 ss., spec. p. 10 ss.

²⁴ V., per tutti, RENGÀ, *Modello sindacale di tutela della salute nei luoghi di lavoro dal dopoguerra agli anni 90*, in LD, 1994, p. 615 ss.; ZOLI, *Sicurezza sul lavoro: contrattazione e partecipazione*, in RGL, 2000, I, p. 613 ss.; TAMPIERI, *Azione sindacale e contrattazione collettiva nella tutela delle condizioni di lavoro*, in RGL, 2001, n. 4, p. 551 ss.

²⁵ Come scrive MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione*, cit., p. 160 la rappresentanza operaia può agire "per accertare giudizialmente la misura del *debitum* di sicurezza e la congruità delle modifiche ambientali proposte e rifiutate dall'imprenditore, con la conseguenza di poter agire poi in *executivis* avvalendosi dell'art. 612 seg. cod. proc. civ. che disciplinano l'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare". Per la valorizzazione, sul punto, dell'art. 9 dello statuto v. anche NAPOLI, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processo: interessi protetti e forme di tutela*, in BARBIERI, MACARIO, TRISORIO LEUZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 49 ss., spec. p. 59.

²⁶ Per un recente "riepilogo" dei problemi interpretativi ai quali ha dato luogo l'intervento delle rappresentanze di cui all'art. 9 dello Statuto attraverso l'applicazione dell'art. 28 St. lav. v. MENGHINI, *Le rappresentanze*, cit., p. 17 ss.

di sicurezza²⁷. D'altronde, alla luce anche degli orientamenti della Corte di legittimità, la tutela di diritti soggettivi dei singoli lavoratori (*ex artt. 32 Cost. e art. 2087 cod. civ.*) può essere ovviamente *rinforzata* dalla tutela collettiva *ex art. 9 St. lav.*²⁸.

In ogni caso, come è stato puntualmente rilevato, se l'applicazione dell'art. 28 dello Statuto è funzionale a valorizzare il precetto dell'art. 9, nella parte in cui si incentiva l'attività di "controllo collettivo" sulle misure di prevenzione, senza, tuttavia, poterne garantire l'*effettività* a fronte dei rischi accertati²⁹, allora è necessario accompagnarlo con uno strumento di "monitoraggio diffuso" sull'ambiente di lavoro.

4. *La rappresentanza collettiva per la sicurezza di cui al d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81: partecipazione, controllo e contrattazione*

Sulla scia della direttiva europea 89/391/CE del 12 giugno 1989, che, in materia di sicurezza, prefigura la necessità di dar vita ad una "partecipazione equilibrata" con le rappresentanze dei lavoratori³⁰, il d.lgs. n. 81 del 2008 rivisita composizione, ruolo e funzioni della rappresentanza collettiva per la sicurezza (artt. 47-50 d.lgs. cit.)³¹, nella logica di individuare un modello *necessario* di rappresentanza, per l'organizzazione del sistema prevenzionistico voluto dalla disciplina legale³².

Tale indicazione non esclude la dimensione privatistica della rappresentanza (si pensi all'elezione o designazione del rappresentante per la sicurezza ad opera dei lavoratori *ex art. 47, co. 3 e 4, d.lgs. cit.*)³³, la quale, comunque,

²⁷ V., per tale conclusione, GHERA, *L'esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro*, in MAZZANUTO (a cura di), *op. cit.*, vol. II, p. 1077 ss., spec. p. 1102, il quale precisa che, in tal modo, si incentiva il controllo sindacale sull'ambiente di lavoro "senza peraltro giungere all'imposizione diretta di obblighi modificativi delle decisioni organizzative dell'imprenditore".

²⁸ V. Cass. 9 ottobre 1997 n. 9808, in *RGL*, 1998, II, p. 375, con nota di FRONTINI, *Diritto soggettivo e dimensione collettiva nella tutela della salute del lavoratore*.

²⁹ V., per tale rilievo, TREU, *op. cit.*, p. 1047.

³⁰ Cfr. per tutti, PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. n. 81/2008*, in questa rivista, 2010, p. 663 ss., spec. p. 664; sul modello partecipativo cfr., da ultimo, ALES, *La tutela della salute sul lavoro nel prisma del metodo partecipativo*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute*, cit.

³¹ Per un commento sistematico v., per tutti, ZOLI, *Sub artt. 47-50, cit.*, p. 507 ss.

³² Sul punto v. PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9, cit.*, p. 668.

³³ Cfr., CAMPANELLA, *Profili collettivi di tutela della salute e rappresentanza dei lavoratori per la*

assorbe anche le funzioni e le competenze poste in capo alle rappresentanze di cui all'art. 9 dello Statuto, laddove, infatti, vengono completamente ridisciplinate le modalità di intervento della rappresentanza collettiva in materia di sicurezza³⁴.

In tale contesto, infatti, il legislatore accoglie, per il rappresentante per la sicurezza, un modello di partecipazione “debole”, che non intacca le prerogative del datore di lavoro, ma anche le responsabilità di quest'ultimo (in materia di sicurezza) disegnate dalla legge³⁵. Tuttavia, alla stregua del dettato normativo, il rappresentante per la sicurezza promuove l'elaborazione, l'individuazione e l'attuazione delle misure di prevenzione (art. 50, co. 1, lett. h, d.lgs. n. 81 del 2008), ma, soprattutto, esercita funzioni di controllo, con la possibilità di fare ricorso alle autorità competenti in caso di inidoneità delle misure di prevenzione o protezione adottate (art. 50, co. 1, lett. o, d.lgs. cit.).

Sotto quest'ultimo versante il d.lgs. n. 81 del 2008 non può che coprire interamente le funzioni di controllo e di promozione, individuate dall'art. 9 dello Statuto, senza trascurare la considerazione che l'eventuale “convivenza” tra l'art. 9 dello Statuto dei lavoratori e la rappresentanza della sicurezza regolata dal d.lgs. n. 81 del 2008 innescherebbe complessi rapporti (nonché potenziali conflitti) tra le prerogative delle diverse rappresentanze, con riflessi anche sul piano degli obblighi (legali) posti in capo al datore di lavoro³⁶.

Pur considerando che l'impostazione originaria dell'art. 9 non aveva assimilato la rappresentanza per la sicurezza alle rappresentanze sindacali aziendali³⁷ occorre prendere atto della “sindacalizzazione” della rappresentanza della sicurezza, riconfermata dal d.lgs. n. 81 del 2008³⁸. Comunque, al di sotto dei limiti numerici richiesti per la costituzione di una rappresentanza sinda-

sicurezza: disciplina legislativa, bilancio applicativo, prospettive di riforma, in *RGL*, 2007, n. 2, suppl. n. 2, p. 153 ss., spec. p. 157.

³⁴ V. per tutti, PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9*, cit., p. 669 e ZOLI, *Sub artt. 47-50*, cit., p. 514.

³⁵ Come puntualizza ZOLI, *Sub artt. 47-50*, cit., p. 519, le rappresentanze per la sicurezza vengono a svolgere “funzioni consultive e di controllo nell'ambito di un modello partecipativo debole che fa di esse degli interlocutori del datore di lavoro imprescindibili, ma ai quali è sottratto qualunque potere decisionale finale”.

³⁶ Cfr., sul punto, anche PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9*, cit., p. 669.

³⁷ V. BALANDI, *op. cit.*, p. 224 ss. e ALES, *La tutela*, cit.

³⁸ Cfr. anche ALES, *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*, in questa rivista, 2020, p. 15 ss. spec. p. 26.

cale, si può procedere all'elezione diretta da parte dei singoli lavoratori, per evitare – come è stato segnalato – “vuoti” nel sistema rappresentativo³⁹. In ogni caso la rappresentanza in questione – giova ribadirlo – assume una valenza *necessaria*, in quanto proiettata alla tutela di un diritto, costituzionalmente protetto, che attiene all'intera “comunità di rischio”, ma che non astrae dal coinvolgimento dei singoli lavoratori, o direttamente o attraverso il “filtro” della rappresentanza sindacale⁴⁰.

Si è obiettato che l'“istituzionalizzazione” della rappresentanza della sicurezza potrebbe comportare una lesione della libertà sindacale, tanto da invocare la “sopravvivenza” dell'art. 9 dello Statuto, con la possibilità, per i lavoratori, di eleggere comunque il loro rappresentante per la sicurezza (a prescindere dall'esistenza delle rappresentanze sindacali)⁴¹. Viceversa, appare quantomeno dubbio che, nel caso specifico, venga in gioco la lesione della libertà sindacale, in ragione della diversa matrice dei beni coinvolti dalla sicurezza, senza trascurare che le stesse funzioni di controllo e di promozione, affidate alle rappresentanze dello Statuto, appaiono difficilmente esercitabili al di fuori del contesto regolativo disegnato ormai dal d.lgs. n. 81 del 2008.

In ogni caso l'opzione legislativa del 2008 non appare peregrina, sotto diversi versanti. Sotto un primo profilo la riconferma del canale unico di rappresentanza, infatti, intende valorizzare il rapporto sinergico tra la rappresentanza “specializzata” della sicurezza e la dimensione contrattuale posta in capo alle rappresentanze sindacali, nella logica di considerare complementari le funzioni demandate ad entrambe⁴².

Anche se si può verificare una commistione di ruoli, con uno “scambio contrattuale”, con incentivi volti ad innalzare il livello dell'efficienza produttiva, a detrimento della stessa salute e sicurezza dei lavoratori⁴³, comunque

³⁹ V., per tale puntualizzazione, ZOLI, *Sub artt. 47-50*, cit., p. 513.

⁴⁰ Come osserva sempre ZOLI, *Sub artt. 47-50*, cit., p. 513, il legislatore del 2008 conferma un modello di rappresentanza di tipo privatistico-volontario, ancora fortemente sindacalizzato.

⁴¹ V., per tale conclusione, MENGHINI, *Le rappresentanze*, cit., pp. 31 e 43.

⁴² Come osserva LAI, *Rappresentanza dei lavoratori per la sicurezza e nuovi scenari del mondo del lavoro*, in PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 201 ss., spec. p. 206 la partecipazione del rappresentante per la sicurezza all'elaborazione delle piattaforme contrattuali aziendali potrebbe “apportare nuova linfa per lo sviluppo di una contrattazione collettiva pro-mozionale, specie a livello decentrato”.

⁴³ V., in tal senso, la preoccupazione avanzata da NATULLO, “Nuovi” contenuti della contrattazione collettiva, *organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in *I working*

non deve essere smarrito il rapporto di correlazione necessaria che lega la partecipazione alla contrattazione.

Se ci troviamo dinanzi a profili diversi – per i quali, pertanto, può rilevarsi una separazione di compiti⁴⁴, è possibile comunque tracciare i confini tra l'area della partecipazione e quella della contrattazione: la prima rivolta a sviluppare, all'interno del contesto aziendale (o territoriale) di riferimento, una particolare attenzione alla promozione dei sistemi di sicurezza e al controllo nella loro effettività ed idoneità e la seconda rivolta precipuamente a dettare disposizioni applicative del testo unico n. 81 del 2008⁴⁵, nonché a confrontarsi con nuovi rischi, con nuove tipologie contrattuali e nuove forme di organizzazione del lavoro e della produzione⁴⁶.

Quello che, in questa sede, importa sottolineare è l'incastro – sul quale scommette il legislatore del 2008 – tra funzioni partecipative e contrattuali, il cui virtuoso connubio può costituire il volano per un arricchimento di entrambe, con la possibilità di una pianificazione delle misure di prevenzione e di un controllo sull'effettività delle medesime⁴⁷.

Non deve essere neppure trascurato il legame tra rappresentanza collettiva per la sicurezza e rappresentanza sindacale, rinsaldato dal protocollo su salute e sicurezza, siglato dalla Confindustria con le Confederazioni sindacali il 12 dicembre 2018, in attuazione del Patto per la fabbrica. Il protocollo costituisce un ulteriore tassello per consentire al sindacato di poter agire, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto, per la condanna del datore al rispetto delle norme prevenzionistiche violate.

papers di Olimpus, 2012, n. 5, p. 1 ss., spec. p. 17 e riconfermata ora in *L'organizzazione delle imprese a tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori e dei cittadini*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute*, cit.

⁴⁴ Cfr., sul punto, limpidamente, MONTUSCHI, *L'incerto cammino*, cit., p. 516 ss.

⁴⁵ Per la funzione “complementare” ed “integrativa” della contrattazione collettiva rispetto agli *standard* obbligatori di tutela v. NATULLO, *L'organizzazione delle imprese a tutela dell'integrità psico-fisica dei lavoratori e dei cittadini*, e CASILLO, *Legge e contrattazione collettiva nella tutela della salute*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute*, cit.

⁴⁶ V., sul punto, anche la linea di demarcazione tracciata da ZOLI, *Sicurezza*, cit., p. 632, per il quale “...la partecipazione può agire sulle scelte tipicamente organizzative dell'impresa, conducendo, anche se non necessariamente, ad accordi gestionali, mentre la contrattazione potrebbe vedersi riconosciuti e/o acquisire spazi importanti in chiave regolatoria generale, incrementando gli *standard* di sicurezza fissati per legge e/o concorrendo a specificare contenuti e limiti dell'obbligo di sicurezza specie a fronte di disposizioni elastiche”. Cfr. anche LAI, *Rappresentanza*, cit., p. 208 ss. e NATULLO, “Nuovi” *contenuti*, cit., p. 15.

⁴⁷ Per la sintesi e complementarietà tra contrattazione e partecipazione cfr. anche CAMPANELLA, *Profili collettivi*, cit., p. 177 e ZOLI, *Sicurezza*, cit., p. 624 ss.

Sul punto, infatti, si registra un vivace dibattito⁴⁸, stante la legittimazione attiva esclusivamente riservata al sindacato territoriale⁴⁹, anche se non mancano le proposte ricostruttive, che estendono al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza la possibilità di agire ai sensi dell'art. 28 dello Statuto⁵⁰, perlomeno nelle unità produttive minori, dove le rappresentanze sindacali sono assenti⁵¹.

Anche chi ha ritenuto di accantonare il rimedio giudiziale⁵², a fronte anche della scelta sindacale di imboccare la strada della contrattazione, la quale ha presentato comunque numerose criticità⁵³, non può non convenire che quest'ultima costituisce un indubbio passo avanti, sotto il duplice profilo di individuare, nella prassi negoziale, il punto di bilanciamento degli interessi contrapposti tra necessità produttive e tutela della sicurezza, nonché il momento di consolidamento delle acquisizioni ottenute, in materia, dal sindacato⁵⁴.

Per arrivare ad un esempio di attualità deve essere inserito nel nostro campo di indagine anche il Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del *virus Covid-19* negli ambienti di lavoro del 24 aprile 2020.

Si prevede la costituzione, al punto 13 del protocollo, a vari livelli, di comitati aziendali, territoriali o settoriali, con la partecipazione, nel comitato aziendale, delle rappresentanze sindacali aziendali e del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza e, nel comitato territoriale, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e dei rappresentanti delle parti sociali⁵⁵, con funzioni (esercitabili *ex post*) di controllo sulla corretta applicazione delle misure di sicurezza anticontagio, per poi provvedere ad un successiva attività di “aggiornamento” dello stesso protocollo⁵⁶.

⁴⁸ Per i riferimenti cfr. CAGETTI, *Sub art. 50*, in DE LUCA TAMAJO e MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Wolters Kluwer, 2018, p. 2518.

⁴⁹ Lamenta, infatti, l'assenza, in capo al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, di un'"arma giudiziaria" analoga all'art. 28, dello Statuto, che possa attivare in via autonoma, NATULLO, *Ambiente di lavoro e tutela della salute*, Giappichelli, 2020, p. 79 ss.

⁵⁰ V., per tale conclusione, ALBI, *op. cit.*, p. 265.

⁵¹ V., in tal senso, TAMPIERI, *op. cit.*, p. 570.

⁵² V., per tale conclusione, MENGHINI, *Le rappresentanze*, cit., p. 19.

⁵³ Cfr., da ultimo, PASCUCCI, *Quale tutela*, cit., p. 197 ss.

⁵⁴ Per una conclusione analoga v. MENGHINI, *Le rappresentanze*, cit., p. 10.

⁵⁵ Per un'attenta lettura di tale disciplina v. MENGHINI, *Le rappresentanze*, cit., p. 49.

⁵⁶ MENGHINI, *Le rappresentanze*, cit., p. 54, sottolinea che la partecipazione può lambire la “co-decisione”.

5. *Il modello di organizzazione e di gestione dei rischi e il controllo collettivo*

Un passo ulteriore, sulla strada della prevenzione, è rappresentato dall'art. 30 del Testo unico del 2008, nella misura in cui richiede, in via prevenzionale, l'adozione, da parte dell'impresa, di modelli di organizzazione e di gestione della sicurezza – con efficacia anche esimente della responsabilità amministrativa di cui al d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 – secondo le prescrizioni – anche in ordine ai sistemi di controllo sull'attuazione – contenute nella legge, che prefigurano, sul punto, un'“impresa virtuosa”⁵⁷. In tale ambito un ruolo può essere svolto anche dagli organismi paritetici, di cui all'art. 51, con riguardo anche all'asseverazione dell'adozione, da parte dell'impresa, dei modelli di organizzazione e gestione del sistema di sicurezza, della quale anche gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione della loro attività (art. 51, primo comma, d.lgs. n. 81 del 2008)⁵⁸.

Tuttavia, per evitare che l'adozione del modello di organizzazione della sicurezza si risolva in una garanzia meramente cartacea, secondo le puntuali indicazioni di un interprete⁵⁹, non può escludersi una verifica giudiziale sulle concrete misure organizzative adottate dalla singola impresa; appare comunque necessario valorizzare lo strumento del controllo “collettivo” – sull'effettività del modello organizzativo – attraverso un rafforzamento della “consultazione” dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza.

Infatti il “ruolo” della rappresentanza collettiva per la sicurezza è declinato in maniera restrittiva, all'interno dell'art. 30, primo comma, con riferimento alle sole attività indicate alla lett. c. A tal riguardo una ragionevole proposta emendativa propone, per un verso, il collegamento della rappresentanza collettiva della sicurezza con *tutti* gli obblighi, che incombono al datore di lavoro, in virtù del testo unico del 2008, nonché delle fonti integrative come la contrattazione collettiva e, per altro verso, la necessità di assicurare una presenza di una rappresentanza collettiva per la sicurezza nelle piccole

⁵⁷ Per la valorizzazione, in chiave prevenzionistica, v., per tutti, MENGHINI, *L'evoluzione*, cit., p. 33 ss.; NATULLO, *L'organizzazione*, cit.; PASCUCCI, *Salute pubblica e limiti all'attività di impresa dall'angolo visuale del datore di lavoro e della sicurezza sul lavoro*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Tutela della salute*, cit., il quale valorizza il modello di organizzazione e di gestione dei rischi sotto il profilo della sostenibilità ambientale.

⁵⁸ Cfr., sul punto NATULLO, *La vigilanza*, cit., p. 80, il quale sollecita un'“azione congiunta” tra organismi pubblici (Inail) e privati/parti sociali.

⁵⁹ V. L. ZOPPOLI, *Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo diretto ad assicurare la sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *I Working papers di Olimpus*, 2012, n. 18, p. 1 ss.

imprese e nella composizione dell'organo di vigilanza ai sensi dell'art. 6, del d.lgs. n. 231 del 2001⁶⁰.

Tale ultima indicazione ci riporta, come sempre, allo snodo cruciale, che in materia di prevenzione e, in particolare, di controllo sull'effettività delle misure di sicurezza predisposte, può assicurare il “monitoraggio” nei luoghi di lavoro, esercitato dagli stessi lavoratori e, in tale contesto, ritorna di “attualità” l'art. 9 dello Statuto⁶¹, il quale ora transita all'interno delle competenze della rappresentanza collettiva per la sicurezza designata dal d.lgs. n. 81 del 2008.

6. *Rilievi conclusivi*

Riannodando le linee conclusive del discorso il controllo giudiziale – a fronte anche della caratteristica di norma di “chiusura” assunta dall'art. 2087 del Codice civile – può costituire un tassello non secondario per contribuire all'effettività delle misure di prevenzione, soprattutto se sollecitato dalla rappresentanza collettiva per la sicurezza con gli strumenti processuali esistenti. A questo punto il quadro normativo a presidio della sicurezza impone, nella logica dell'obbligazione contrattuale (a carico del datore di lavoro), di superare i limiti delle (insindacabili?) prerogative datoriali in materia di organizzazione del lavoro, laddove ormai sussistono vistose crepe, che, nel nostro caso, possono essere ben giustificate a fronte della tutela di un diritto protetto anche a livello costituzionale.

Tuttavia tale deterrente non sarebbe efficace, se non accompagnato, a monte, da un “monitoraggio diffuso” nei luoghi di lavoro, affidato al controllo della rappresentanza collettiva dei lavoratori, nelle diverse articolazioni declinate dal d.lgs. n. 81 del 2008 ed ora incentivate dalle stesse parti sociali con il citato protocollo del 2018 e con la costituzione, nel protocollo del 2020, del comitato per l'aggiornamento delle misure anticontagio di prevenzione del *virus Covid-19*.

Infine l'adozione, da parte dell'impresa, del modello di organizzazione e gestione dei rischi, di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008, può altresì implementare la “cultura” della prevenzione della sicurezza, obiettivo che do-

⁶⁰ V. sempre L. ZOPPOLI, *Il controllo*, cit., pp. 5, 11 e 14.

⁶¹ Per una indicazione in tal senso v. anche L. ZOPPOLI, *Il controllo*, cit., p. 7.

vrebbe essere condiviso da tutti i datori di lavoro, quale valore aggiunto necessario per raggiungere più elevati livelli di benessere lavorativo e, conseguentemente, di produttività aziendale⁶².

⁶² Possono essere sottoscritte, a tal riguardo, le considerazioni di ANGELINI, *La valutazione di tutti i rischi*, in PASCUCCI (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 81 ss., spec. p. 85 e di MENGHINI, *Le rappresentanze*, cit., p. 34.

Abstract

Il saggio ripercorre gli strumenti per conferire effettività alle misure di prevenzione della sicurezza nei luoghi di lavoro, in primo luogo sotto la lente dell'azione individuale, del conseguente intervento giudiziario e della questione dell'infungibilità degli obblighi di fare. In tale contesto, e in secondo luogo, si valorizza il "ruolo" della tutela collettiva, sul piano del controllo che possono realizzare i lavoratori attraverso le proprie rappresentanze e, in particolare, mediante le prerogative attribuite dal d.lgs. n. 81 del 2008 alla rappresentanza collettiva per la sicurezza. Infine, in tale quadro, riveste particolare significato anche il modello di organizzazione e di gestione dei rischi, adottato dall'impresa ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 81 del 2008, con la consultazione della rappresentanza collettiva per la sicurezza e il confronto con l'attività degli organi pubblici di vigilanza.

The essay retraces the tools to give effectiveness to safety prevention measures in the workplace, under the lens of individual action, the consequent judicial intervention and the question of the infungibility of the obligations to do.

In this context, and secondly, the "role" of collective protection is enhanced, in terms of the control that workers can carry out through their own representatives and, in particular, through the prerogatives attributed by Legislative Decree no. 81 of 2008 to the collective representation for safety.

Finally, in this context, the organization and risk management model adopted by the company pursuant to art. 30 of Legislative Decree no. 81 of 2008, with the consultation of the collective representation for safety and comparison with the activities of the public supervisory bodies.

Key words

Sicurezza sul lavoro, controllo giudiziario, rappresentanza collettiva per la sicurezza, modello di organizzazione e di gestione dei rischi.

Occupational safety, judicial control, collective representation for safety, organization and risk management model.

Giovanni Armone

Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE: questioni lavoristiche e non

Sommario: **1.** Il fenomeno del *whistleblowing*: breve storia di un travagliato percorso. **2.** Le misure esistenti nel diritto italiano. **3.** La direttiva 1937/2019/UE. **4.** L'adeguamento dell'ordinamento italiano: nodi problematici.

1. Il fenomeno del whistleblowing: breve storia di un travagliato percorso

Il termine *whistleblower* designa il lavoratore che segnala all'autorità pubblica o agli organi di controllo interno la commissione di illeciti (o il pericolo di loro commissione) nell'ambito della struttura istituzionale o aziendale della quale è dipendente o con la quale collabora.

L'esigenza di garantire al segnalante canali sicuri di segnalazione e di proteggerlo dalle ritorsioni fa la sua comparsa nelle fonti internazionali tra la fine del secondo millennio e l'alba del terzo, in occasione del fiorire di molteplici strumenti volti a combattere la corruzione, interna e internazionale¹.

In ordine cronologico, il primo testo che merita di essere citato è la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali, del 17 dicembre 1997.

¹ Per una panoramica degli strumenti internazionali in materia v. RINOLDI, PARISI, *Corruzione pubblica e privata, responsabilità degli enti e modelli di organizzazione ai fini di contrasto di condotte di corruzione. La questione del whistleblower*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche": il ruolo del whistleblowing in Italia*, Transparency International Italia, 2009, p. 55 ss., GANDINI, *Corruzione e strumenti internazionali in materia di whistleblowing: lo stato dell'arte*, *ibidem*, p. 93 ss.; più di recente PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti Lavoro Europa*, 2020, fasc. 2.

La Convenzione OCSE non si occupa direttamente del *whistleblowing*, ma nelle raccomandazioni e nei commenti che hanno accompagnato la fase di monitoraggio sul suo stato di attuazione nei Paesi firmatari, la necessità di realizzare all'interno dell'azienda una rete di protezione per chi denunci episodi corruttivi è stata più volte messa in rilievo².

La prima apparizione ufficiale del *whistleblowing* avviene con le Convenzioni sulla corruzione del Consiglio d'Europa: la Convenzione penale, firmata il 27 gennaio 1999, e la Convenzione civile, siglata il 4 novembre 1999.

Strumenti piuttosto negletti, ratificati in Italia solo con la l. 28 giugno 2012, n. 112, essi impongono agli Stati firmatari, rispettivamente all'art. 22 e all'art. 9, di introdurre misure legislative e amministrative che proteggano in modo effettivo e appropriato gli autori delle segnalazioni di comportamenti illeciti. Ai nostri fini, di particolare rilievo è l'art. 9 della Convenzione civile, che così recita: "ciascuna Parte prevede nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili".

La norma è importante non solo per essere stata la prima nel panorama internazionale, ma soprattutto per il suo carattere vincolante per gli Stati.

La si confronti infatti con quella, di poco successiva, contenuta nell'art. 33 della convenzione ONU contro la corruzione, firmata a Merida il 9 dicembre 2003 (ratificata dalla l. 3 agosto 2009, n. 116): "ciascuno Stato Parte esamina la possibilità di incorporare nel proprio sistema giuridico le misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione" (v. anche l'art. 8).

Lo spirito di queste previsioni, talvolta ai limiti della *soft law*, talvolta vincolanti per gli Stati, ma dal contenuto comunque generico, si è fatto strada anche in Italia, sia pur lentamente, via via che la consapevolezza dei benefici derivanti da un'efficace lotta alla corruzione cresceva nell'opinione pubblica e nei soggetti istituzionali.

Si è trattato di uno sviluppo della regolamentazione un po' occasionale e disorganico³.

² V. ad es. la Raccomandazione del 2009, consultabile in lingua inglese all'indirizzo: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantibriberyrecommendation2009.htm>.

³ È utile al riguardo confrontare il bilancio tracciato sul finire degli anni 2000 da FRA-

Ciò è da attribuire, oltre che a ragioni politiche sulle quali è inutile soffermarsi, alla convinzione che il *whistleblowing* non necessitasse di una espressa regolamentazione. Nessuno, in passato, ha mai dubitato che, una volta accertato il nesso causale tra segnalazione e licenziamento (o altra misura disciplinare o modificativa delle condizioni lavorative), il comportamento del datore di lavoro fosse dunque qualificabile come ritorsivo (perché caratterizzato da un motivo illecito) e che il diritto interno già contenesse gli strumenti idonei a una sua efficace repressione⁴.

Due fattori imponevano tuttavia di procedere a una puntuale regolamentazione.

Da un lato, le organizzazioni internazionali, che vigilano sull'attuazione degli strumenti convenzionali negli Stati firmatari, si affidano malvolentieri al diritto giurisprudenziale e alla sua naturale mutevolezza. Se c'è un diritto che sembra avere nel *new textualism* la sua stella polare, in assenza di altri strumenti coercitivi, questo è il diritto dei trattati internazionali e dei *follow up* che lo contraddistinguono⁵.

SCHINI, *Whistleblowing e sistemi di protezione: stato dell'arte e considerazioni*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche"*, cit., p. 5 ss., con la descrizione dell'assetto normativo odierno, fatta ad es. da AMOROSO, *Whistleblowing all'italiana*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Istituto della Enciclopedia italiana, 2019.

⁴ V. FERRANTE, *Rapporti di lavoro e whistleblowing nell'ordinamento italiano. Diritto a «spifferare» e tutela del posto di lavoro nell'ordinamento italiano*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche"*, cit., p. 102; v. in generale e progressivamente Cass. 3 agosto 2011 n. 16925; 14 marzo 2013 n. 6501; 17 gennaio 2017 n. 996; 16 febbraio 2017 n. 4125; 26 settembre 2017 n. 22375. Il fatto tuttavia che, fino a un recente passato, l'onere di provare la ritorsività gravasse interamente sulle spalle del lavoratore, il quale doveva dimostrare che il recesso fosse motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo, depotenziava notevolmente l'affermazione fatta in via astratta: v. ad es. Cass. 18 marzo 2011 n. 6282. In tempi più recenti, poi, la diversificazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo ha reso più difficile, per il denunciante, ottenere una piena soddisfazione: v. il caso esaminato da Cass. 14 ottobre 2019 n. 25799, in cui la S.C. ha bensì affermato che la presentazione di querela, da parte del lavoratore, nei confronti dei superiori gerarchici, costituisce esercizio di un diritto ove non risulti provata la finalità calunniosa e che pertanto, esclusa l'antigiuridicità della condotta, il fatto contestato a sostegno dell'intimato licenziamento va ritenuto insussistente, ma questo ha portato all'applicazione della tutela reale cd. attenuata ex art. 18, co. 4, 20 maggio 1970, n. 300, novellato e non della reintegrazione piena.

⁵ Anche la tipizzazione presenta peraltro degli inconvenienti: v. Trib. Milano 31 maggio 2016, in *RGL*, 2017, II, p. 135, con nota di TARQUINI, che, dopo la prima regolamentazione del *whistleblowing*, operata, come si vedrà, con la l. n. 190 del 2012, aveva escluso che la tutela delle segnalazioni potesse estendersi ai dipendenti delle società a partecipazione pubblica, perché la legge di allora la limitava ai dipendenti pubblici in senso stretto; più di recente, Cass. 3 dicembre 2021 n. 38204, ha affermato che le speciali garanzie disciplinari assicurate dall'art. 54-bis a chi

Dall'altro lato, la protezione che gli strumenti suddetti vogliono sia garantita è una protezione ad ampio raggio, che comprende la fase preventiva, oltre alla repressiva. Non è dunque sufficiente prevedere sanzioni per i datori di lavoro e misure di protezione *ex post* per i segnalatori, ma è necessario creare intorno a questi ultimi un ambiente regolativo e istituzionale che non li scoraggi, ma anzi ne favorisca le iniziative.

2. *Le misure esistenti nel diritto italiano*

Nel ripercorrere le tracce dello sviluppo interno del *whistleblowing*, può osservarsi come il seme dell'istituto sia stato gettato da due disposizioni del 2001, all'epoca non adeguatamente valorizzate, con le quali il legislatore nazionale mostrava segnali indiretti di attenzione al fenomeno⁶.

Un primo indice significativo era costituito dalla normativa sui testimoni di giustizia, introdotta nel 2001 a completamento della disciplina sulla protezione dei collaboratori di giustizia (art. 16-*bis* e 16-*ter* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, così come modificato dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45).

Prevedendo che le speciali misure di protezione prima riservate ai collaboratori di giustizia dovessero applicarsi anche alle persone informate sui fatti e ai testimoni, nonché allargando dette misure a tutti i reati, ivi compresi i reati contro la p.a., l'art. 16-*bis* del d.l. n. 8 del 1991, aveva inaugurato una nuova stagione, nella quale i testimoni venivano inseriti tra i protagonisti a pieno titolo della macchina della giustizia, ai quali garantire la massima protezione contro misure ritorsive. E il *whistleblower* non è altri che un testimone interno all'azienda.

Il secondo indice della crescente attenzione dell'ordinamento per i meccanismi di prevenzione degli illeciti dall'interno era poi costituito dall'art. 6, co. 2, lettera d) del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Tale previsione era (ed è) collocata all'interno della disposizione dettata in materia di modelli organizzativi, ossia dei protocolli che l'azienda deve predisporre in funzione di

sporga denuncia in merito ad illeciti commessi nell'ambito della p.a. non si estendono a fatti anteriori al 28 novembre 2012, data di entrata in vigore della l. n. 190/2012, con conseguente impossibilità di considerare illegittima una sanzione irrogata in precedenza.

⁶ Sia consentito al riguardo rinviare alle considerazioni svolte in ARMONI, *Whistleblowing e ordinamento italiano: percorsi normativi*, in FRASCHINI, PARISI, RINOLDI (a cura di), *Protezione delle "vedette civiche"*, cit., p. 127 ss.

prevenzione della commissione di reati al proprio interno, onde ottenere l'esonero dalla responsabilità amministrativa da reato, che lo stesso d.lgs. n. 231/2001 aveva contestualmente introdotto (in attuazione di una delega non casualmente contenuta in una legge di ratifica di strumenti internazionali di lotta alla corruzione, la l. 29 settembre 2000, n. 300).

La norma stabiliva (e stabilisce) che i modelli dovessero prevedere (per poter essere considerati efficaci, sia pure con un giudizio *ex post*) "obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli".

In tal modo, veniva certificata la necessità (sia pure nella forma dell'onere) che le aziende non solo istituissero organismi di vigilanza, ma che garantissero efficienti e sicuri canali di informazione verso detti organismi, soprattutto con riferimento alla commissione di comportamenti illeciti o, perlomeno, alla violazione di regole organizzative volte a prevenire la loro commissione, come tali automaticamente idonee a far suonare un campanello d'allarme all'interno dell'ente.

La logica ispiratrice dell'art. 6, norma non a caso utilizzata nel 2017 per l'estensione al settore privato della tutela dei *whistleblower* già prevista per il lavoro pubblico, era quella dell'autoresponsabilità dell'impresa. Il privato, quasi alla stregua di un soggetto istituzionale, deve partecipare attivamente alla prevenzione e alla repressione degli illeciti. Si trattava della stessa logica alla base dei progetti di revisione dell'OCSE sulle raccomandazioni da rivolgere agli Stati per combattere la corruzione internazionale, dove il *reporting* aziendale passava attraverso meccanismi interni, che al tempo stesso costituiscono un primo livello di protezione del *whistleblower* e un efficace incentivo all'azienda per conservare la propria reputazione e conseguire ulteriori vantaggi⁷.

Benché questi due indici normativi potessero essere letti già allora come criteri ermeneutici della normativa esistente, impedendo ad es. letture restrittive delle norme sul licenziamento discriminatorio o ritorsivo, per aversi la prima regolamentazione espressa del *whistleblowing* è stato necessario attendere l'art. 1, co. 51, della l. 6 novembre 2012, n. 190 (cd. legge Severino)⁸.

Nel quadro di più ampie misure volte a contrastare la corruzione, tra

⁷ V. il documento citato alla nota 2.

⁸ Sugli sviluppi legislativi in Italia v. AMOROSO, *Whistleblowing all'italiana*, cit., § 1.1. e 1.2.

cui il rafforzamento dei codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni, rimodellati sulla falsariga dei modelli organizzativi privati, la norma appena citata ha introdotto nel t.u. sul pubblico impiego 30 marzo 2001, n. 165 il nuovo art. 54-*bis*, con cui sono state apprestate garanzie in favore del pubblico dipendente che denunci o segnali condotte illecite all'interno dell'ente di appartenenza.

La versione iniziale dell'art. 54-*bis* era piuttosto scarna.

Per la prima volta veniva attribuita autonoma dignità alla figura del dipendente che segnala condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione della propria attività lavorativa, vietandosi al datore di lavoro pubblico l'adozione nei suoi confronti di qualsiasi misura discriminatoria, diretta o indiretta. Al dipendente veniva poi garantito l'anonimato nel procedimento disciplinare, mentre la sua denuncia alle autorità preposte doveva essere trasmessa al Dipartimento per la funzione pubblica “per i provvedimenti di competenza”, ossia verosimilmente per i provvedimenti disciplinari nei confronti del dirigente che quella misura discriminatoria avesse adottato.

Pur costituendo un indubbio passo in avanti nella protezione del *whistleblower*, la disposizione era però troppo lacunosa e, soprattutto, lasciava molte incertezze sui rapporti tra le misure adottate nei confronti del segnalante e il procedimento civile e/o penale eventualmente iniziato nei suoi confronti. Il co. 1 iniziava infatti con una frase – “fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile” – che si prestava a molteplici interpretazioni.

Nel 2017, con la decisione di estendere al settore privato la disciplina del *whistleblowing*, l'art. 1 della l. 30 novembre 2017, n. 179 ha provveduto a ridisegnare e ampliare anche la normativa sulla tutela del segnalante-dipendente pubblico.

Oggi, l'art. 54-*bis* è articolato in nove commi ed è molto più dettagliato rispetto alla sua precedente versione.

La denuncia del comportamento illecito può essere fatta dal segnalante, oltre che all'autorità giudiziaria o contabile, anche all'ANAC e al responsabile della prevenzione della corruzione della trasparenza (figura coniata dalla legge Severino all'art. 1, co. 7). Onde evitare capziose distinzioni, è stato previsto che gli atti vietati nei confronti del segnalante sono non soltanto quelli discriminatori, ma anche quelli puramente ritorsivi, ed è stato aggiunto che le misure vietate sono anche quelle di tipo semplicemente organizzativo (che abbiano l'effetto indiretto di penalizzare il segnalante).

In linea con gli approdi più avanzati della disciplina antidiscriminatoria⁹, è stato poi espressamente previsto che l'onere di dimostrare che le misure adottate nei confronti di un segnalante sono in realtà motivate da ragioni estranee alla segnalazione, grava sull'ente; inoltre, gli atti ritorsivi e discriminatori sono espressamente qualificati come nulli e, qualora si traducano nel suo licenziamento, in favore del lavoratore è garantita la tutela reintegratoria (co. 8).

Un aspetto singolare è che il co. 8 menziona solo la reintegrazione prevista dall'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, sollevando almeno due dubbi: se la tutela reintegratoria si applichi anche ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del *Jobs Act* e se si tratti di un rinvio che include la facoltà per il lavoratore di optare per l'indennità di 15 mensilità, rinunciando alla reintegra¹⁰.

In realtà, il rinvio appare davvero improprio, poiché il *Jobs Act* non si applica ai lavoratori del pubblico impiego, per i quali vale invece il nuovo art. 63, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che detta una previsione intermedia (reintegra più un massimo di ventiquattro mensilità), senza comunque l'opzione per le 15 mensilità.

La l. n. 179 del 2017, oltre a precisare che il personale tutelato è sia quello in regime privatistico che quello diritto pubblico (artt. 1 e 3 del t.u. pubblico impiego), ha poi allargato la platea dei segnalanti meritevoli di tutela ai dipendenti degli enti pubblici economici e delle società controllate, nonché ai lavoratori e i collaboratori delle imprese che forniscono beni o servizi alla p.a. interessata (nuovo co. 2)¹¹.

Nel quadro così rinnovato, l'ANAC ha poi assunto un ruolo di maggior peso. È infatti a tale ente che l'interessato o le organizzazioni sindacali devono comunicare l'adozione di misure ritorsive successive alla segnalazione, mentre il Dipartimento della funzione pubblica ne è informato solo in seconda battuta, proprio dall'ANAC, onde evitare possibili ritardi e insabbiamenti.

⁹ V. l'art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

¹⁰ Su questo secondo aspetto v. CORSO, *La Direttiva UE 2019/1937 sul whistleblowing e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *LG*, 2020, p. 606, il quale paventa un contrasto con la direttiva n. 1937/2019/UE, su cui *infra*.

¹¹ Lo sottolinea G. AMOROSO, *op. cit.*, § 2.1.V. però il parere del Consiglio di Stato 24 marzo 2020 n. 111/20, in *FI*, 2020, III, c. 469, reso sulle linee-guida dell'ANAC in materia di *whistleblowing*, secondo cui è illegittima l'estensione della disciplina in esame a organismi diversi da quelli esplicitamente indicati all'art. 54 bis (l'estensione delle linee-guida riguardava le autorità di sistema portuale e gli ordini professionali).

L'ANAC, poi, è l'autorità preposta all'irrogazione delle sanzioni amministrative nei confronti del datore di lavoro pubblico, sanzioni che il nuovo co. 6 ha introdotto, secondo una scala di severità crescente in ragione della gravità della condotta.

È stato ribadito l'obbligo di garantire l'anonimato del segnalante, con previsione allargata anche al processo penale e contabile, sia pure con alcune modulazioni differenziate (co. 3); il co. 9 è invece intervenuto sui rapporti tra tutela del segnalante e accertamento della sua eventuale responsabilità per calunnia o diffamazione, nel tentativo di operare un più chiaro bilanciamento tra le esigenze di tutela del segnalante e quelle reputazionali degli enti (e dei dirigenti) investiti dalla segnalazione.

A tale ultimo riguardo, però, la soluzione adottata è ancora più problematica – e del resto sembra presentare qualche discrasia rispetto alla dir. 2019/1937/UE del 23 ottobre 2019 (su cui v. *infra*) – poiché prevede che la tutela garantita al segnalante sia destinata a cadere integralmente qualora sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la sua responsabilità penale per calunnia, diffamazione o comunque reati ricollegabili alla denuncia, o la sua responsabilità civile per dolo o colpa grave. Il fatto che l'accertamento idoneo a escludere la tutela sia anche quello provvisorio in primo grado, si profila come fonte di forti complicazioni per l'ipotesi in cui il verdetto sia ribaltato nei gradi successivi e, nel frattempo, le misure adottate sul versante lavoristico siano state revocate o annullate.

La disciplina del *whistleblowing* nel settore pubblico non si esaurisce però con le modifiche apportate all'art. 54-*bis* del t.u. sul pubblico impiego.

L'art. 3 della l. n. 179 del 2017 ha infatti dettato alcune norme, comuni peraltro ai lavoratori privati, che colmano un'altra grave lacuna della disciplina previgente.

Il lavoratore che intenda segnalare un illecito è infatti stretto tra due diversi e confliggenti obblighi di fedeltà: quello al datore di lavoro da cui dipende, che si traduce nell'art. 2105 cod. civ. in un generale obbligo di fedeltà e in un divieto di divulgazione dei segreti, e quello verso la collettività e la repubblica, che, per i pubblici dipendenti, si colora anche di rilievo costituzionale (art. 54 Cost.)¹².

¹² Secondo il citato parere del Consiglio di Stato n. 111/20, la protezione garantita è limitata alla segnalazione di condotte illecite e non di qualsiasi comportamento improprio del funzionario.

L'art. 3 cerca di togliere d'impaccio il lavoratore e, al fine di favorire il *whistleblowing*, espressamente prevede che la segnalazione o la denuncia, purché fatte nei limiti stabiliti dalla legge, costituiscono giusta causa di rivelazione di notizie coperte da segreto, sia in ambito penalistico che civilistico (co. 1).

I commi successivi temperano però la nettezza di tale previsione. Il co. 2 infatti espressamente prevede che la disposizione non si applichi a chi abbia avuto conoscenza della notizia nell'ambito della sua attività di consulenza o assistenza professionale. Il co. 3 precisa invece che la violazione del segreto è comunque riscontrabile quando non siano rispettati i limiti di contenenza e proporzionalità della segnalazione; la segnalazione di un illecito non può infatti costituire il pretesto per danneggiare oltre misura, magari a fini personali, l'attività del datore di lavoro e gli investimenti da lui fatti ad es. in ricerca¹³.

Per quanto riguarda il settore privato, si è accennato al fatto che il legislatore del 2017 ha deciso di sfruttare l'embrione della tutela delle segnalazioni intra-aziendali, costituito dall'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001, nella parte in cui pone a carico delle imprese l'onere di dotarsi di modelli organizzativi in chiave di esonero da responsabilità amministrativa da reato.

All'art. 6 è stato così aggiunto un co. 2-*bis*, che ha arricchito il contenuto degli oneri aziendali. I modelli organizzativi devono oggi prevedere anche dettagliati canali di informazione (uno principale e almeno un altro alternativo), idonei a garantire sia il flusso informativo che la riservatezza del lavoratore; devono espressamente vietare atti ritorsivi e discriminatori nei confronti del segnalante; devono aggiornare il sistema disciplinare interno, prevedendo sanzioni sia nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, sia di chi fa, con dolo o colpa grave, segnalazioni che si rivelano infondate.

Si tratta di previsioni che proseguono nella logica dell'autoresponsabilità aziendale, inaugurata proprio con il d.lgs. n. 231 del 2001, la cui efficacia dipenderà dalla disponibilità del mondo imprenditoriale a farsi carico di ulteriori costi per l'aggiornamento dei modelli e per la loro attuazione¹⁴.

Accanto alla norma sui modelli organizzativi, l'art. 2 della l. n. 179 del

¹³ AMOROSO, *op. cit.*, § 2.6.

¹⁴ Non va infatti dimenticato che l'esonero da responsabilità opera per gli enti a condizione, tra l'altro, che i modelli siano non solo adottati, ma anche "efficacemente attuati" (art. 6, co. 1, lett. a).

2017 ha poi aggiunto all'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 due ulteriori commi (2-ter e 2-quater) che si rivelano tuttavia eccentrici rispetto alla normativa sulla responsabilità degli enti. Tali commi riguardano le segnalazioni indipendentemente dall'adozione dei modelli e appaiono in grado di costituire in via autonoma l'ossatura del *whistleblowing* nel settore privato.

Il co. 2-ter indica nell'Ispettorato del lavoro l'autorità cui le organizzazioni sindacali, oltre che l'interessato, possono indicare le misure discriminatorie adottate in danno del segnalante.

Il co. 2-quater sancisce invece la nullità dei licenziamenti e delle altre misure adottate nei confronti del lavoratore a seguito della sua segnalazione, addossando altresì al datore di lavoro – in simmetria con quanto dispone l'art. 54-bis per il settore pubblico – l'onere di dimostrare l'estraneità della misura adottata alla segnalazione.

Va tuttavia avvertito che il nuovo co. 2-bis, e anche i commi successivi che su di esso si appoggiano, fanno riferimento alle sole condotte illecite “rilevanti ai sensi del presente decreto”, ossia ai soli reati da cui può nascere la responsabilità amministrativa degli enti¹⁵.

Si tratta di una forte limitazione, che non solo autorizza le imprese a istituire canali informativi solo per quegli specifici illeciti penali, ma soprattutto scoraggia i dipendenti privati dal segnalare condotte meno gravi e tuttavia prodromiche alla commissione di veri e propri reati, visto che, in apparenza, la tutela contro le misure ritorsive non è in tal caso loro assicurata.

All'esito di questo lungo e travagliato percorso, può dirsi dunque che il *whistleblowing* abbia cittadinanza nell'ordinamento anche per il settore privato¹⁶.

Non possono tuttavia non citarsi le lacune e le asimmetrie tra i due ambiti, soprattutto se si considera che è la l. n. 179 ad aver voluto riequilibrare la tutela prima garantita solo ai lavoratori pubblici.

Anzitutto, la nullità del licenziamento non è accompagnata da

¹⁵ AMOROSO, *op. cit.*, § 2.5.

¹⁶ Vi sono poi altre disposizioni sparse, che, con riferimento a settori economici di rilievo, richiedono alle società private l'adozione di procedure specifiche per le segnalazioni interne: v. per le banche l'art. 52-bis del d.lgs. n. 385 del 1993, inserito dall'art. 1, co. 18, del d.lgs. n. 72 del 2015, per banche, SGR, SIM e imprese assicuratrici l'art. 4-undecies del d.lgs. n. 58 del 1998; sul tema AMOROSO, *op. cit.*, § 1.2. Di fondamentale importanza sono poi le Linee-guida ANAC, su cui v. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, cit.

un'espressa previsione che ne faccia discendere la tutela reintegratoria, come invece accade, sia pure con un rinvio ambiguo, con l'art. 54-*bis*, co. 8, per i pubblici dipendenti¹⁷. Ma la lacuna, per quanto poco comprensibile, è facilmente colmabile, poiché sia l'art. 18 St. lav. novellato, sia l'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015, sia l'art. 63, co. 2, del t.u. sul pubblico impiego, garantiscono la reintegrazione ai licenziamenti espressamente previsti dalla legge come nulli.

In secondo luogo, e la cosa non pare suscettibile di adattamento, nulla è detto sui rapporti tra la tutela da garantire al segnalante e gli eventuali procedimenti civili e penali aperti nei suoi confronti. La condanna per calunnia o per diffamazione priverà il segnalante della tutela? E a quali condizioni?

Un terzo punto critico, come già segnalato, è dato dalla diversa estensione, nei due ambiti, privatistico e pubblicistico, delle condotte illecite che meritano al segnalante la tutela ad ampio raggio.

Infine, non vi è una tutela del segnalante che intrattenga con l'ente rapporti di collaborazione autonoma¹⁸.

3. *La direttiva 1937/2019/UE*

I dubbi sollevati in chiusura del paragrafo precedente aprono la strada all'analisi della dir. 1937/2019/UE, il cui termine di attuazione è fissato, salve alcune eccezioni, al 17 dicembre 2021. Il recepimento della direttiva costituirà un'occasione irripetibile e obbligata per colmare le lacune dell'attuale normativa italiana in materia di *whistleblowing*¹⁹.

Si tratta di uno strumento di notevole complessità, introdotto da ben 110 considerando, composto da 29 articoli e arricchito da numerosi e dettagliati allegati.

¹⁷ E non solo, visto che il co. 2 dell'art. 54-*bis* tutela anche alcune categorie di lavoratori privati, come i dipendenti di società soggette a controllo pubblico e delle imprese fornitrici dell'amministrazione pubblica.

¹⁸ V. MAGRI, *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n. 179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*, in *federalismi.it*, 2 ottobre 2019, p. 13-14; AMOROSO, *op. cit.*, § 2; quando si parla di rapporti di collaborazione autonoma, peraltro, ci si riferisce a categorie molto disomogenee, quali gli apicali (si pensi all'amministratore delegato o ai componenti degli organi di controllo), i consulenti, i titolari di collaborazioni autonome variamente riconducibili alla parasubordinazione.

¹⁹ V. MAGRI, *op. cit.*; NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2019, p. 737 ss.; CORSO, *op. cit.*, p. 600 ss.

Come sancito solennemente nell'art. 1, la direttiva si pone come obiettivo la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, nei settori tassativamente elencati nell'art. 2, par. 1, individuati con maggiore precisione attraverso il rinvio ad atti eurounitari elencati negli allegati della direttiva²⁰. Si tratta dunque di uno strumento di armonizzazione minima, pur essendo lasciata libertà ai singoli Stati (art. 2, par. 2) di introdurre misure più severe, massimizzando la protezione attraverso l'estensione della disciplina anche a violazioni concernenti settori nei quali il diritto UE non interviene o comunque diversi da quelli espressamente contemplati dall'art. 2, par. 1.

Sarà questo il primo fondamentale banco di prova per il legislatore italiano, a fronte delle distonie dell'attuale assetto normativo rispetto alla direttiva. Come accade spesso in sede di implementazione degli strumenti normativi dell'UE, il decisore politico può avere la tentazione di limitarsi ad adeguare le disposizioni interne che si pongono in contrasto con la direttiva, ma precisando che l'adeguamento vale solo per le violazioni del diritto UE e così mantenendo un doppio regime di tutela per i segnalanti.

Non sarebbe la prima volta e si tratterebbe di una scelta formalmente legittima, almeno sino a quando non si farà strada l'idea che il rispetto del principio di equivalenza di matrice eurounitaria non è altro, sul versante interno, che un corollario del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., principio che tollera notoriamente disparità di trattamento, ma solo se adeguatamente giustificate dalla diversità delle situazioni regolate o da ragioni obiettive.

Anche tuttavia a prescindere dalla sua eventuale incostituzionalità, l'introduzione di un doppio regime di tutela dei *whistleblower* all'interno dell'ordinamento italiano sarebbe foriera di gravi conseguenze negative sulla vita dei lavoratori all'interno delle aziende e degli enti pubblici di appartenenza. Già di per sé il sistema del *whistleblowing* è esposto a degenerare in pratica delatoria calunniosa e comunque può creare un alone di discredito e slealtà intorno al segnalante²¹. È facile immaginare quali effetti nefasti, sul piano dei comportamenti opportunistici e scorretti, potrebbe scatenare una normativa che tutelasse in modo differenziato il lavoratore che segnala un

²⁰ Come sottolinea PARISI, *op. cit.*, p. 16 ss., l'approccio della direttiva è *human rights oriented*.

²¹ V. le considerazioni di PARISI, *op. cit.*, p. 9.

illecito consistente nella violazione del diritto UE rispetto a quello che si “limiti” a segnalare un illecito interno, magari più grave.

Un altro nodo delicato, sempre a proposito della libertà garantita agli Stati membri in sede di implementazione, è quello disciplinato dall’art. 3 della direttiva. Tale disposizione precisa tra l’altro che l’attuazione dello strumento non pregiudica la responsabilità degli Stati di garantire la sicurezza nazionale e i propri interessi essenziali di sicurezza, né impone di rivedere normative interne, eventualmente esistenti o introdotte successivamente, che attengano alla protezione delle informazioni classificate e dei segreti professionali, alla segretezza delle deliberazioni degli organi giudiziari, alle norme di procedura penale.

Si tratta di un confine che la direttiva non può oltrepassare, ma che, per la sua mobilità e incertezza, è inevitabilmente destinato a generare conflitti interpretativi. La disposizione evoca infatti concetti (“difesa”, “sicurezza”, “informazioni classificate” ecc.) che ogni Stato tende a declinare in modo diverso, non senza rischi di strumentalizzazione.

Passando al cuore dello strumento, affinché i segnalanti possano beneficiare della protezione, è necessario il ricorrere congiunto di due condizioni (art. 6): a) il segnalante deve avere, al momento della segnalazione, fondati motivi per ritenere che le informazioni da lui fornite siano vere; b) la segnalazione deve avvenire attraverso uno dei tre canali individuati nei successivi articoli, ossia il canale interno di cui all’art. 7, il canale esterno di cui all’art. 10 o la divulgazione pubblica di cui all’art. 15.

Il segnalante può scegliere di fare la segnalazione attraverso il canale interno od esterno, mentre la divulgazione pubblica è soggetta a più rigide condizioni. L’art. 15 facoltizza infatti il segnalante a intraprendere direttamente la strada della divulgazione pubblica solo quando abbia fondati motivi di ritenere che, seguendo i canali ordinari, sussista un pericolo imminente e palese per il pubblico interesse o che, usando il canale esterno, vi sia un serio rischio di ritorsioni e siano invece scarse le prospettive di rapido ed efficace intervento delle autorità. In mancanza di uno di questi due requisiti, il segnalante può fare una divulgazione pubblica solo dopo aver seguito uno dei due percorsi ordinari. Il par. 2 dell’art. 15 fa peraltro salve le leggi nazionali sulla libertà di espressione ed informazione, di fatto disinnescando la rigida pregiudizialità appena descritta.

Per quanto concerne i canali di segnalazione (interni ed esterni), lo schema seguito dalla direttiva consiste nel porre a carico degli Stati l’obbligo

di istituire detti canali, di procedimentalizzarne la segnalazione e disciplinarne i seguiti.

Per i canali interni, l'obbligo grava in prima battuta sugli Stati, i quali devono assicurare che i soggetti privati e pubblici, destinatari della direttiva, se ne dotino e li (auto)regolino in maniera efficace.

Incerto è però stabilire come i singoli Stati possano dimostrare di aver assolto a tale obbligo, quale grado di diligenza sia loro richiesto nell'indurre imprese ed enti pubblici ad ottemperare.

Per i soggetti pubblici, è verosimile che l'UE possa imputare allo Stato le omissioni di tutte le P.A. che ad esso fanno capo; meno agevole, in un sistema articolato come quello italiano, imputare allo Stato anche le omissioni di enti pubblici economici e società controllate dagli enti pubblici²².

Quanto ai soggetti privati, oltre a doversi ricordare che l'obbligo stabilito dal par. 1 dell'art. 8 grava soltanto su enti e imprese con almeno 50 lavoratori²³, l'unico strumento nelle mani degli Stati in sede di implementazione appare quello di collegare all'omessa istituzione dei canali le sanzioni che l'art. 23 autorizza a introdurre: non prevedere canali di segnalazione interna può infatti configurarsi come un ostacolo alle segnalazioni e dunque integrare la fattispecie dell'art. 23, par. 1, lett. a). Si tratterebbe di un notevole salto di qualità per il sistema italiano, imperniato sino ad oggi sull'autore-sponsabilità dell'impresa e dunque sulla figura dell'onere più che su quella dell'obbligo.

Relativamente più agevole per gli Stati membri sarà l'adempimento degli obblighi concernenti i canali esterni di segnalazione. A tal fine è infatti sufficiente (ma anche necessario) indicare le autorità competenti a ricevere la segnalazione, progettare canali di comunicazione adeguati, assicurare che le autorità diano séguito alle segnalazioni in tempi rapidi e termini efficaci.

Il capo V della dir. disciplina in modo analitico le modalità di gestione della segnalazione, tanto da parte degli organismi interni agli enti quanto da parte delle autorità pubbliche competenti a ricevere la segnalazione esterna: obbligo di riservatezza, trattamento dei dati personali in linea con la normativa UE, obbligo di conservazione delle segnalazioni secondo modalità idonee a garantirne la segretezza e la successiva utilizzabilità.

²² L'art. 8, co. 9, autorizza gli Stati a esentare dall'obbligo comuni ed enti di dimensioni contenute o che abbiano alle loro dipendenze meno di 50 lavoratori.

²³ Salva la possibilità per gli Stati membri di un'estensione alle imprese sotto-soglia all'esito di un'adeguata valutazione dei rischi, ai sensi dell'art. 8, par. 7 e 8.

Il capo VI riguarda più da vicino la materia lavoristica, in quanto regola le misure che gli Stati devono mettere in campo per proteggere i segnalanti dalle ritorsioni.

L'art. 19 impone agli Stati di vietare le misure ritorsive, utilizzando una clausola generale (“qualsiasi forma di ritorsione”), ma aggiungendovi una ricca esemplificazione, che già da sola potrebbe suggerite allo Stato italiano di intervenire sulle norme esistenti per allargarne l'ambito applicativo.

L'art. 20 è dedicato alle misure di sostegno idonee a creare un ambiente favorevole alla segnalazione.

Gli artt. 21 e 22 disciplinano nel dettaglio le misure che gli Stati devono prevedere per proteggere i *whistleblower* dalle ritorsioni: esonero dalla violazione degli obblighi di segretezza, inversione dell'onere della prova nei procedimenti giudiziari, esonero da responsabilità nei procedimenti civili e penali legati alla segnalazione, introduzione di misure effettive, tra cui il risarcimento del danno integrale, accesso alla giustizia pieno ed effettivo sotto tutti gli aspetti (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, presunzione di innocenza, accesso al fascicolo, non senza dimenticare il patrocinio a spese dello Stato, previsto dall'art. 20).

A completare la parte precettiva della dir. vi è poi l'art. 23, che impone agli Stati (par. 1) di introdurre sanzioni, caratterizzate dalla classica triade effettività-proporzionalità-dissuasività, per i soggetti che ostacolano le segnalazioni, compiano atti di ritorsione o comunque vessatori nei confronti dei segnalanti, violino l'obbligo di riservatezza sull'identità dei segnalanti. Il par. 2 dell'art. 23 non manca peraltro di imporre l'introduzione di sanzioni anche per i segnalanti che abbiano scientemente effettuato segnalazioni o divulgazioni false.

La nozione allargata di 'sanzione', che caratterizza il diritto UE, induce a ritenere che l'implementazione dell'art. 23 possa avvenire attraverso molteplici strumenti, dalle sanzioni amministrative e penali a quelle più strettamente civilistiche, come la nullità degli atti, la reintegrazione nel posto di lavoro, le misure inibitorie e restitutorie, il risarcimento del danno, le sanzioni reputazionali.

4. *L'adeguamento dell'ordinamento italiano: nodi problematici*

Come si è visto nel § II, nonostante le recenti riforme la normativa italiana in materia di tutela dei *whistleblower* è tuttora frammentaria. Il recepimento della dir. 1937/2019/UE potrebbe allora essere l'occasione non semplicemente per colmare le lacune dell'ordinamento interno attraverso un'opera di 'rammendo', ma anche per introdurre una normativa autonoma e unitaria, che riscriva per intero la disciplina del *whistleblowing* in tutti i suoi aspetti, soprattutto se si considerano il dettaglio e la complessità dello strumento eurounitario da implementare²⁴.

Il legislatore italiano non sembra essersi incamminato in questa direzione.

Nel delegare il Governo all'implementazione della direttiva in esame, l'art. 23 della l. n. 53 del 2021 (legge di delegazione europea 2019-2020) si limita infatti a prevedere che il legislatore delegato provveda a modificare la normativa vigente e a curare il coordinamento con le disposizioni esistenti, oltre ad esercitare l'opzione di cui all'art. 25, par. 1, che consente l'introduzione o il mantenimento delle disposizioni più favorevoli ai diritti delle persone segnalanti.

È facile prevedere che ciò si tradurrà in un intervento chirurgico mirato e non nell'introduzione di una disciplina autosufficiente.

Le questioni che appaiono più problematiche sono le seguenti.

In primo luogo, occorrerà un notevole ampliamento dell'ambito soggettivo di tutela dei segnalanti, iniziando dall'abbattimento della rigida barriera tra lavoratori pubblici e privati²⁵; la dir. non contiene sostanziali differenze di regolazione tra i due settori e sembra dunque mal tollerare che, tra i lavoratori privati, solo i dipendenti delle società di cui all'art. 2359 cod. civ. e delle società fornitrici della p.a. ricevano la più incisiva protezione per ora garantita dall'art. 54-*bis* t.u. pubblico impiego.

Ma soprattutto occorrerà adeguare il diritto interno all'art. 4 della dir., che tutela non solo i segnalanti-lavoratori dipendenti, ma anche coloro che, in seno all'ente o attorno ad esso, rivestano la qualità di lavoratori autonomi, di azionisti o membri degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza. Inoltre, la tutela dovrà estendersi alle segnalazioni che avvengano nella fase

²⁴ MAGRI, *op. cit.*

²⁵ PARISI, *op. cit.*, p. 18.

precontrattuale o successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro; a tale ultimo proposito, ove non si voglia intervenire con previsioni *ad hoc*, sarà certamente preclusa un'interpretazione restrittiva delle locuzioni contenute rispettivamente nelle norme vigenti (art. 54-*bis* del t.u. pubblico impiego e nell'art. 6, co. 2-*bis*, lett. a), che sembrano circoscrivere eccessivamente l'occasione di lavoro che può giustificare la tutela del segnalante²⁶.

Quanto alle condizioni alle quali è subordinata la protezione del segnalante, è certamente destinata a creare difficoltà interpretative la previsione dell'art. 6, par. 1, lett. a) della direttiva. Nell'ottica eurounitaria, è necessario e sufficiente che, al momento della segnalazione, vi fossero fondati motivi di ritenere che le segnalazioni fossero vere.

L'attuale normativa italiana appare non conforme, per eccesso e per difetto. Quanto ai lavoratori pubblici, non è espressamente richiesta al segnalante alcuna valutazione *ex ante* della veridicità delle notizie oggetto di segnalazione. Per i lavoratori privati, invece, le segnalazioni devono essere fondate "su elementi di fatto precisi e concordanti" (art. 6, co. 2-*bis*, lett. a), con una formula in apparenza più rigorosa di quella della direttiva.

Questa discrasia è foriera di incertezze in sede di accertamento della eventuale responsabilità del segnalante per la propalazione di notizie infondate: sul piano penale, l'eventuale colpa anche grave non rileverà ai fini della configurazione dei reati di calunnia e diffamazione, essendo le condotte alla base di tali fattispecie incriminatrici punite solo se tenute con dolo; quanto al versante civile, tutto ruota intorno alla nozione di colpa che la giurisprudenza riterrà di porre alla base dell'eventuale affermazione di responsabilità.

Il vero punto critico è tuttavia un altro.

Come accennato, l'attuale co. 9 dell'art. 54-*bis* cessa di tutelare i segnalanti pubblici quando sia accertata la loro responsabilità in sede penale o civile.

Si tratta di una questione che la direttiva affronta nell'art. 21, co. 2-7, allorché esclude che possa essere affermata in sede giudiziaria la responsabilità civile o penale dei segnalanti, attribuendo loro il diritto di invocare la segnalazione o la divulgazione pubblica addirittura per chiedere "il non luogo a procedere", ma sempre a condizione che i motivi alla base della segnalazione fossero fondati. In apparenza, al di là della necessità di rendere omo-

²⁶ PARISI, *op. cit.*, p. 20 e ivi riferimenti anche alle interpretazioni restrittive sin qui offerte in Italia.

genea la disciplina per i dipendenti privati, non vi è distonia tra la direttiva e la norma interna.

Senonché, il co. 9 dell'art. 54-*bis* aggiunge che l'esclusione della tutela dei segnalanti in presenza di un accertamento di responsabilità opera anche quando questo avvenga anche con sentenza di primo grado.

Questa previsione, che, come detto, ha costituito un aggravamento rispetto al testo originario dell'art. 54-*bis* e che non vale per i privati, non appare compatibile né con l'art. 27 Cost., né con la direttiva, la quale, all'art. 22, impone agli stati di assicurare a tutte le persone coinvolte, inclusi i segnalanti, il diritto alla presunzione di innocenza.

Un'altra importante lacuna dell'attuale disciplina nazionale è quella relativa al settore privato, dove l'istituzione di canali informativi continua a non essere obbligatoria, ma solo incentivata con il meccanismo dei modelli organizzativi. La verità è che l'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001 non è il contenitore adatto a disciplinare il fenomeno del *whistleblowing* privato, potendo tutt'al più fungere da normativa di supporto e stimolo.

Sempre rimanendo alla fase della segnalazione, la disciplina nazionale richiederà poi un notevole sforzo di adeguamento anche in altri ambiti.

Un mondo interamente da normare, e in modo chiaro, è quello della segnalazione pubblica (stampa, mezzi radiotelevisivi, *internet*, *social network*), tenendo presente che, attualmente, la divulgazione giornalistica può integrare per il dipendente pubblico la fattispecie di rivelazione del segreto d'ufficio²⁷.

Vi sono poi i séguiti della segnalazione, che sono – in base alle norme attualmente vigenti – lasciati in balia delle iniziative e della buona volontà degli organismi competenti a ricevere le 'soffiate' e non invece, come esige la direttiva, rigidamente procedimentalizzate.

Infine, con specifico riferimento alla disciplina lavoristica, anche il divieto di ritorsione dovrà arricchirsi di contenuti, alla luce dell'art. 19 della direttiva.

Esso contiene una clausola generale di divieto e un'elencazione esemplificativa, che solo attraverso uno sforzo interpretativo potrebbero dirsi coincidenti con quelle contenute nei testi normativi attualmente vigenti in Italia.

Se, nel settore privato, la formula dell'art. 6 co. 2-quater, del d.lgs. n. 231 del 2001 è sufficientemente ampia, nel settore pubblico l'art. 54-*bis*, co. 1, contiene un'elencazione abbastanza specifica delle misure vietate e il divieto

²⁷ MAGRI, *op. cit.*, p. 6.

di adozione di ogni altra “misura organizzativa” pregiudizievole, dizione quest’ultima che però non necessariamente si attaglia a condotte datoriali di tipo diverso (come ad es. il mancato rinnovo di un contratto a termine, la sua mancata conversione in contratto a tempo indeterminato e altre indicate nell’art. 19 della dir.).

Comune ai due ambiti è poi la previsione della nullità come unica vera sanzione per l’adozione di misure ritorsive, sanzione che non si adatta facilmente a tutte le possibili forme di rappresaglia ideabili dal datore di lavoro. Certo, l’ordinamento italiano è già dotato di generalizzati strumenti di tutela risarcitoria e restitutoria, al di là di quelli tipizzati nelle specifiche discipline concernenti il *whistleblowing*, ma sarebbe comunque auspicabile che il legislatore delegato, in sede di attuazione dell’art. 23 della direttiva, arricchisse l’arsenale delle sanzioni poste a protezione dei segnalanti, soprattutto a fini di deterrenza²⁸.

²⁸ PARISI, *op. cit.*, p. 26.

Abstract

L'articolo passa in rassegna l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di protezione dei lavoratori che segnalano condotte illecite, i cd. *whistleblowers*, al fine di mettere in luce le carenze dell'attuale disciplina nazionale e suggerire soluzioni in sede di implementazione della direttiva UE n. 1937/2019, con particolare riferimento agli oneri organizzativi a carico dei datori di lavoro e alle tutele contro gli atti ritorsivi.

The article reviews the evolution of legislation and case law on the protection of workers who report misconduct, the so-called whistleblowers, in order to highlight the shortcomings of the current national discipline and suggest solutions in the implementation of EU Directive n. 1937/2019, with particular reference to organizational burdens on employers and protections against retaliatory acts.

Key words

Whistleblowing, normativa vigente, direttiva UE 1937/2019, implementazione, oneri datoriali, atti ritorsivi, tutela.

Whistleblowing, Existing legislation, EU Directive 1937/2019, Implementation, Employer burdens, Retaliatory acts, Protection.

Silvia Verdoliva

Una moderna Istituzione medievale: le Fabbricerie

Sommario: **1.** Costruire una Fabbriceria. Siena e le altre: 800 anni verso l'autonomia. **2.** La natura giuridica. **3.** I rapporti di lavoro. **4.** La contrattazione collettiva.

1. *Costruire una Fabbriceria*¹. Siena e le altre: 800 anni verso l'autonomia

Nel tempo le Fabbricerie² hanno curato la conservazione e la valorizzazione delle Chiese Cattedrali sorte nel Medioevo: così anche l'Opera della Metropolitana di Siena, la cui avventura conosciuta parte dal 1190, quando, in un documento del 21 aprile, si parla per la prima volta di un' *Opera Sancte Marie*. Rileggere la storia della Fabbriceria di Siena ci fa capire come il suo (e quello delle altre Fabbriche italiane) è stato un percorso lungo e complesso alla ricerca di autonomia e identità, in cui fin dall'inizio è stata evidente la posizione intermedia tra la Chiesa, parte del cui patrimonio era chiamata (a

¹ GIORGI, MOSCADELLI, *Costruire una Cattedrale. L'Opera di Santa Maria di Siena tra XII e XIV secolo*, Deutscher Kunstverlag, 2005, è l'essenziale lavoro di traduzione delle fonti archivistiche in storia della Cattedrale di Siena. Da esso e da MOSCADELLI, *L'Archivio dell'Opera della Metropolitana di Siena*, Bruckmann, 1995, ho attinto a piene mani per questa minima ricostruzione storica della Fabbriceria di Siena; non starò quindi a citarli di continuo.

² Meglio: Fabbriche nell'Italia settentrionale, Opere in Italia centrale, Cappelle a Napoli, Maramme in Sicilia, ma Fabbricerie sono presenti anche in altri paesi europei, tanto che nel 1998 a Colonia è stato firmato lo statuto per la fondazione dell'Associazione Europea Dombaumeister e.V. (Capimastri delle fabbricerie), che conta oggi 123 membri provenienti da 12 paesi europei. Per altre esperienze europee, VANDERMOERE, DUJARDIN, *Fabriques d'église*, La Chartre, 1991, sul caso belga; per una rassegna delle diverse esperienze, v. AA.VV., *Cattedrali europee. Esperienze di gestione a confronto*, Felici, 2012.

costruire e) ad amministrare, ed il potere civico che finanziava, orientava e controllava la sua attività; questa duplice influenza si è fatta sentire per tutta la vita dell'Istituzione: oggi il fine è raggiunto, ma una regolamentazione vera e propria delle Fabbricerie si fa ancora attendere.

Sui primissimi periodi di vita della Fabbrica di Siena gli Archivi ci suggeriscono un organismo (probabilmente) dedito alla costruzione del Duomo e alla gestione del patrimonio dedicato, sostanzialmente privo non solo di autonomia ma anche di una propria, vera identità; ne troviamo una prima traccia nel *Costituto* del Comune di Siena del 1262, che, recependo precedenti regolamentazioni, incluse tra gli argomenti di discussione del Consiglio Generale l'elezione di uno o più "Operai" e affidò il controllo delle attività dell'Opera ad una Commissione di Revisori³.

Poi, il governo guelfo dei Nove (1287-1355, il "buon governo", che accompagnò la città in un periodo di splendore politico-economico e di forte attività edilizia) inserì nel suo primo *Costituto* del 1287 la nomina di un "Custode" dell'Opera, stabilì che un solo Operaio era sufficiente e ribadì l'influenza comunale nella gestione della Fabbrica, rafforzata dieci anni più tardi con la nomina diretta dell'Operaio, privo peraltro di autonomia decisionale, e di uno "Scrittore" incaricato di seguire la contabilità, entrambi salariati a carico dell'Opera; sì, perché nel frattempo l'Opera aveva acquisito anche una certa autonomia finanziaria, grazie alla gestione del patrimonio immobiliare e a donazioni e lasciti testamentari⁴, ma soprattutto alle elargizioni del Comune e più ancora ai proventi derivanti dall'offerta della cera⁵ da parte di cittadini e comunità per la festività dell'Assunta. Le finanze dell'Opera dipendevano quindi strettamente dalle oscillazioni del "valore di mercato" della cera e nei periodi di crisi⁶ si cercò di correre ai ripari: il governo dei Dodici (1355-1368), ad esempio, redistribuì le imposte alleggerendo le comunità più colpite dalla crisi ed appesantendo le altre, e impose ai signori e alle comunità l'offerta di "palì" in seta di valore definito.

³ La scelta dell'Operaio, quanto meno fino al 1275, non poteva comunque prescindere dal favore della Chiesa, espresso con l'atto vescovile di investitura.

⁴ Non sempre spontanei: il Consiglio Generale nel 1388 impose ai notai cittadini di convincere i testatori a fare un lascito nei confronti dell'Opera.

⁵ Che poi l'Opera rivendeva: a partire dal 1334 un registro riporta i versamenti effettuati con i ricavi ottenuti e mostra come i tre quarti degli introiti della Fabbrica derivassero proprio da questa pratica.

⁶ Durante la peste gli introiti annuali passarono dal corrispondente di 12.000 giornate lavorative nell'annata 1339-40 a meno di 9.000 nell'annata 1350-51.

Intanto la “crescita” della Fabbrica esigeva una gestione più solida e durevole: così la carica dell’Operaio, inizialmente a tempo, nel 1420 divenne a vita, quasi un matrimonio ideale, suggellato com’era dall’obbligo di portare “in dote” all’Opera la somma di mille fiorini, di non assumere altri incarichi pubblici, di non avere figli e di abitare nella sede dell’Opera.

La definitiva struttura dell’Opera si delineò con lo Statuto del 1545: l’Operaio, divenuto Rettore, era nominato a vita dal Senato; non doveva sposarsi né avere figli o nipoti (se già sposato, la nascita di un figlio comportava la decadenza dalla carica), aveva finalmente piena autorità ed era affiancato da un Consiglio di otto savi ed un Canonico del Capitolo della Cattedrale. Un Camarlungo era responsabile del maneggio del denaro.

Con la fine della Repubblica senese e il passaggio di Siena nelle mani di Cosimo de’ Medici (1559), la nomina del Rettore divenne appannaggio del Granduca di Toscana. Nel 1784 il Granduca Pietro Leopoldo d’Asburgo Lorena, fedele alla sua visione di semplificazione degli apparati, soppresse il Consiglio dei Savi e il Rettore restò solo a governare l’Opera.

Il terremoto del 1798, che distrusse la cupola della Cattedrale e anche la fiducia nelle finanze dell’Istituzione, suggerì la necessità di una organizzazione maggiormente funzionale agli scopi istituzionali dell’Opera. Si decise quindi di controllare le spese: le proposte relative, non particolarmente originali, riguardarono la riduzione dei salari e del personale amministrativo, poi anche le elargizioni e le concessioni di cera. La *spending review* proseguì sotto i governanti francesi, che ribadirono la soggezione dell’Opera al controllo civico⁷, e sotto il Granduca Ferdinando III, dopo la caduta di Napoleone, a partire dal 1814.

Con l’unità d’Italia, il primo problema della Fabbriceria di Siena fu sopravvivere, evitando la sorte di tante Opere di chiese rurali e cittadine minori⁸ nel periodo leopoldino e in quello francese⁹. Nel 1900 si avviò la elaborazione di uno Statuto dell’Opera, un lavoro di un ventennio che si

⁷ Nel 1813 all’Opera fu imposto per la prima volta di inviare un *budget* vincolante per l’esercizio finanziario dell’anno seguente al Consiglio municipale e al Prefetto.

⁸ Il r.d. 7 luglio 1866 n. 3036 e la l. 15 agosto 1867 n. 3848 disponevano la soppressione di ordini, corporazioni, congregazioni religiose ed enti ecclesiastici.

⁹ GRECO, *Un “luogo” di frontiera: l’Opera del Duomo nella storia della Chiesa locale. Premessa storica sulle Fabbricerie*, in AA.VV., *La natura giuridica delle Fabbricerie*, Opera Primaziale Pisana, 2004, p. 17 ss., sottolinea l’effetto devastante delle soppressioni leopoldine nei confronti delle Compagnie laicali, i cui beni furono venduti o incamerati.

occupava, tra l'altro, della natura dell'Opera, in particolare della sua dipendenza dal Comune di Siena (e, di converso, del peso che il clero ambiva ad avere nella gestione). La struttura nata dallo Statuto del 1920 vedeva al vertice dell'Opera una Deputazione amministrativa, composta da due canonici di nomina vescovile e tre cittadini di nomina comunale.

La l. 27 maggio 1929, n. 848, attuata con r.d. 2 dicembre 1929, n. 2262, accomunò in un'unica regolamentazione tutte le Fabbricerie del Regno.

2. *La natura giuridica*

Il dibattito sulla natura giuridica delle Fabbricerie ha avuto nel tempo letture e soluzioni diverse, e ha viaggiato per decenni tra opposte soluzioni, nella sostanziale assenza di una regolamentazione specifica e con il fondamentale contributo della giurisprudenza.

Fu la legislazione concordataria (la già citata l. n. 848/1929) a fornire una prima ricostruzione unitaria della scarna regolamentazione sulle Fabbricerie; ma nulla dicono sulla loro natura giuridica gli artt. 15 e 16, ancora oggi l'unica definizione presente nella legislazione nazionale; addirittura dagli stessi lavori preparatori della legislazione concordataria emergono pareri discordanti circa la personalità giuridica delle Fabbricerie, che taluni ritengono estinta dopo la legislazione Stato-Chiesa¹⁰, altri ribadiscono, almeno in quelle che ne erano già provviste¹¹.

Alle incertezze dottrinarie si contrappose una certa univocità di pronunce giurisprudenziali, che se da un lato ritennero abbastanza unanimemente di poter considerare le Fabbricerie prive di personalità giuridica come meri organi amministrativi della persona giuridica Chiesa, dall'altro, indipendentemente dalla personalità giuridica, ritennero di ricondurre l'intera categoria a quella dei soggetti pubblici, avendo individuato, nelle fattispecie esaminate, una serie di caratteristiche comuni (controllo statale e potestà regolamentare paragonabile a quella di altri enti pubblici) ritenute sicuri indici di pubblicità; le pronunce più interessanti sul punto riguardano i rapporti di lavoro del personale delle Fabbricerie.

¹⁰ In questo senso, FERROGLIO, *Gli Enti ecclesiastici e il libro 1° del nuovo codice civile*, in *ADE*, 1940, p. 37 ss.

¹¹ La questione si risolverà definitivamente solo nel 1987 con il regolamento di attuazione della seconda legislazione concordataria del 1984.

Nel 1941 il Consiglio di Stato ritenne che le Fabbricerie “possono essere annoverate tra gli enti ed istituti pubblici [...] e pertanto le controversie che concernono rapporti d’impiego tra le fabbricerie ed i loro dipendenti sono di competenza del Consiglio di Stato in sede di giurisdizione esclusiva”¹².

La pronuncia diede probabilmente origine a qualche dibattito¹³, se la Cassazione sentì l’esigenza di pronunciarsi a sezioni unite nel 1948, stabilendo che “le Fabbricerie devono considerarsi pubbliche amministrazioni di carattere misto, civile ed ecclesiastico. [...]. Pertanto le vertenze relative ai rapporti di lavoro tra le Fabbricerie ed i loro impiegati sono di competenza esclusiva del Consiglio di Stato”¹⁴.

Il cammino verso una visione privatistica delle Fabbricerie partì dalla Veneranda Arca di S. Antonio di Padova, oggetto dapprima di un parere del Consiglio di Stato¹⁵, poi, finalmente, di una sentenza a sezioni unite della Cassazione¹⁶, che rimise al giudice ordinario le vertenze tra la Fabbriceria

¹² Cons. St. 14 ottobre 1941, in *ADE*, 1942, p. 343: “la tutela e la vigilanza da parte dell’Amministrazione centrale dello Stato, cui [...] le fabbricerie sono soggette [...] risultano di natura così estesa e profonda [...] da non trovare riscontro che nella analoga tutela e vigilanza cui sono soggetti gli enti ausiliari dello Stato [...]; tutte le volte che ci si trova di fronte ad un organismo che, pur esplicando funzioni di culto, non ha carattere ecclesiastico, l’ingerenza che per legge su questo organismo esercita lo Stato non può essere ricondotta che sotto il concetto dell’interesse generale dei cittadini e quindi dell’interesse pubblico”.

¹³ FERROGLIO, *Considerazioni sulla pubblicità delle fabbricerie*, in *ADE*, 1942, p. 343, pur osservando che “l’ordinamento delle fabbricerie è nel diritto concordatario del tutto simile a quello degli enti pubblici”, non solo rileva che “l’ordinamento giuridico dell’ente [...] induce a ritenere che questi siano stati considerati pubblici nell’attuale momento storico”, in certo qual modo “prevedendo” un futuro ripensamento, ma si chiede anche se sia “ammissibile la pubblicità dell’organo di un ente ecclesiastico” quale la fabbriceria era considerata, ritenendo che “la giustificazione dei controlli in tal guisa instaurati andava ricercata nella natura e nei caratteri dell’istituto amministrato (ente chiesa) e non nella natura e nei caratteri dell’organo di amministrazione”, perché così facendo ne consegue “l’anomalia di una pubblica amministrazione costituente l’organo di un ente ecclesiastico, e ciò in pieno contrasto coi principii fondamentali del diritto concordatario”. Lo studioso conclude laconicamente, sulla natura pubblica delle Fabbricerie, in modo non eccessivamente convincente (né, forse, convinto): “Comunque, non vedo altra soluzione”.

¹⁴ Cass. 22 giugno 1948 n. 969.

¹⁵ Che, pur sottolineandone la particolarità di una personalità giuridica dapprima di diritto canonico poi di diritto civile *ex r.d.* 23 giugno 1932 n. 868, la ricondusse alla categoria delle Fabbricerie: Cons. St. 22 marzo 1974 n. 462 (il parere non è pubblicato, e ringrazio la Veneranda Arca di S. Antonio per avermene dato copia).

¹⁶ Cass. 26 ottobre 1984 n. 5485.

ed alcuni dipendenti, ritenendole controversie sorte all'interno di un ente ecclesiastico con personalità giuridica autonoma non qualificabile come ente pubblico in quanto non "sottoposto, in relazione ai suoi fini ed alla sua speciale disciplina al particolare regime giuridico di inserimento istituzionale nell'organizzazione statale"¹⁷.

Qualche anno dopo¹⁸ la Corte costituzionale, pur senza diretto riferimento alle Fabbricerie, spianò ulteriormente la strada, accogliendo l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. 17 luglio 1890 n. 6972 ("legge Crispi"), che riconduceva nell'ambito degli enti pubblici tutte le Ipab¹⁹, per contrasto con l'art. 38, ultimo comma, della Costituzione, sulla libertà dell'assistenza privata²⁰; si restituì così alle Ipab la personalità giuridica di diritto privato che era stata loro sottratta quasi cento anni prima²¹.

Perfettamente inserito in questo cammino, l'art. 3 d.P.R. 1 dicembre 1999, n. 337, abrogò l'art. 40 del regolamento attuativo (d.P.R. 13 febbraio 1987 n. 33) sulla necessità dell'autorizzazione prefettizia alle Fabbricerie per

¹⁷ La Corte, "negato che le fabbricerie in genere e la veneranda Arca in ispecie, siano, in virtù della sola loro ecclesiasticità, enti pubblici", esamina se "esse diversamente posseggano i requisiti di appartenenza ad una categoria di enti pubblici secondo l'ordinamento italiano" ed esclude che "possa considerarsi caratterizzante in senso pubblicistico il generico fine di culto e di religione", così come "il fine di conservazione e di manutenzione degli edifici". Né ritiene che possa essere sufficiente a tal fine il sistema di controlli amministrativi sui bilanci e sull'amministrazione o quelli, ancora più stringenti, stabiliti in deroga all'art. 30 del Concordato, posto che tale controllo, anche nelle sue forme repressive e sostitutive (commissariamento o scioglimento della Fabbriceria o annullamento delle delibere in violazione di norme di legge di cui agli artt. 48, 49, 51 r.d. n. 2262/1929), "non si differenzia gran che da quello esercitato dall'autorità governativa a norma dell'art. 25 c.c. sulle fondazioni".

¹⁸ Nel frattempo, il Concordato del 1984 tra Italia e Santa Sede rileggeva la questione delle Fabbricerie e la l. 22 maggio 1985 n. 222 definì una regolamentazione di transizione che, pur disciplinando attività e struttura delle Fabbricerie, non dettò, ancora una volta, alcun indirizzo circa la loro natura giuridica.

¹⁹ La legge disciplinava le istituzioni operanti nel settore dell'assistenza e della beneficenza. A queste furono imposti penetranti controlli dell'autorità amministrativa nonché la personalità giuridica di diritto pubblico. Il fascismo proseguì l'opera con il r.d. 30 dicembre 1923 n. 2841, demandando al Prefetto la fondazione di nuove Ipab cosicché fosse definitivamente chiaro che ogni struttura che si occupava di assistenza e beneficenza doveva essere pubblica.

²⁰ C. Cost. 7 aprile 1988 n. 396 stabilì che le opere pie pubblicizzate potevano ritornare su loro richiesta, e non solo tramite accertamento giudiziale, a essere persone giuridiche di diritto privato.

²¹ Il d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207, di riordino del sistema delle Ipab, ha proseguito il percorso dettando una articolata disciplina delle Istituzioni con il completo superamento della legge Crispi.

lo svolgimento di atti di straordinaria amministrazione: un alleggerimento della vita delle Fabbricerie, ma soprattutto il riconoscimento di una maggiore autonomia a questi Istituti, nel generale percorso di privatizzazione degli enti originariamente considerati pubblici, dalle Ipab agli Istituti di credito di diritto pubblico, dagli enti economici a quelli culturali²².

Con un noto parere del 2000, il Consiglio di Stato, richiamata l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia ed escluso che le Fabbricerie potessero essere considerate enti ecclesiastici, concluse sostenendo la natura essenzialmente privatistica di questi enti, argomentando su due principali aspetti, il controllo esercitato dallo Stato sulle Fabbricerie e il loro scopo istituzionale. Sul primo, sostenne che i controlli pubblici sulle Fabbricerie (nomina della maggior parte dei consiglieri di amministrazione e verifica dei bilanci) non costituiscono decisivo "indice di riconoscimento del carattere pubblico degli enti medesimi, posto che esso, nelle sue forme repressive e sostitutive, non si differenzia granché rispetto a quello esercitato dall'autorità governativa sulle fondazioni a norma dell'art. 25 c.c.", aggiungendo che, comunque, "tra gli indici rilevanti del carattere pubblicistico di un ente, quello relativo al regime tutorio è sempre stato considerato il più debole, conoscendo l'ordinamento numerosi casi di enti sicuramente privati [...] sottoposti a controlli pubblici estremamente penetranti"; sugli scopi istituzionali, richiamando la Corte costituzionale del 1988, ricordò la fine del monopolio di Stato sul perseguimento di finalità di interesse collettivo e come il vigente sistema costituzionale fosse "improntato invece al criterio del pluralismo delle istituzioni e nelle istituzioni, che consente ai soggetti privati di svolgere in forma privata funzioni un tempo ritenute di pertinenza esclusivamente pubblica" (tra cui la manutenzione e conservazione degli edifici sacri di interesse storico-artistico), escludendo che il perseguimento del fine potesse essere considerato indice di natura pubblica e richiedesse l'utilizzo di strumenti pubblici²³.

²² Certo, bene sarebbe stato proseguire il percorso rivedendo la nomina in parte pubblica dei consiglieri, ma la Corte costituzionale aveva da poco attribuito a questa una valenza molto simile a quello delle fondazioni private, probabilmente smorzando la necessità di una revisione sul punto.

²³ Cons. St. 28 settembre 2000 n. 289. A margine il parere richiamò anche Cass. 29 gennaio 1997 n. 901, che inquadrava le Fabbricerie senza personalità giuridica tra le "associazioni non riconosciute", ritenendo impossibile attribuire loro natura pubblicistica e concludendo nel senso che, poiché tutte le Fabbricerie sono soggette al medesimo regime tutorio, non è possibile riconoscere carattere pubblicistico a quelle dotate di personalità giuridica, negandolo alle altre.

E siamo ai giorni nostri: nel 2016, nuovamente interpellato, il Consiglio di Stato ha sospeso il giudizio, attendendo il parere della CEI²⁴, ma ribadendo comunque che “gli scopi perseguiti e il tipo di attività posti in essere dalle fabbricerie non coincidono con quelli tipici delle pubbliche amministrazioni o degli enti pubblici, in quanto nell’ambito di finalità che possono essere perseguite anche da organismi privatistici costituenti espressione non già di pubblici poteri, bensì della società civile”²⁵.

Da pubbliche a private in pochi decenni, dunque: come leggere questa “dinamica” evoluzione della natura giuridica delle Fabbricerie? Probabilmente l’iniziale assimilazione agli istituti pubblici proveniva quasi per “forza d’inerzia” da quella che era, all’inizio della storia di queste Istituzioni, una effettiva dipendenza dai poteri pubblici locali, che ne aveva caratterizzato la nascita ed il prendere forma nel Medioevo, e certamente una visione pubblica delle Fabbricerie trovò, nello Stato unitario, la strada spianata dalla mentalità giuridico/amministrativa del tempo; la legge Crispi, per rifarsi a un esempio già citato, mise in luce il tentativo dello Stato dell’epoca di risolvere, accentrandone il controllo, la difficoltà di confrontarsi con la gestione delle attività *lato sensu* assistenziali, nate per lo più grazie all’autonomia privata²⁶; e così la platea cui il fine perseguito si rivolgeva si ripercosse, senza eccessivo approfondimento, sul soggetto che lo perseguiva: l’attività assistenziale era orientata alla comunità e quindi le Istituzioni che la svolgevano dovevano essere pubbliche.

Si può dire quindi che le Fabbricerie siano state interessate dagli echi (ritardatari, come tutti gli echi che si rispettano) del vento delle pubblicizzazioni, che soffiava nella prima parte del Novecento, e poi di quello delle privatizzazioni, che ne ha caratterizzato la seconda parte. Lo Stato unitario,

²⁴ La CEI si è poi espressa con il parere del 10 aprile 2018 ritenendo le Fabbricerie non enti pubblici né privati, ma “enti ecclesiastici peculiari soggetti ad un regime giuridico frutto di una negoziazione legislativa ai sensi del secondo comma dell’art. 7 Costituzione e dunque non modificabili se non attraverso intese bilaterali tra Italia e Santa Sede e con strumento internazionale”.

²⁵ Parere n. 2226 del 21 dicembre 2016.

²⁶ Non va dimenticata l’impronta anticlericale della legge Crispi, che mirava anche a sottrarre alla sfera di competenza della Chiesa l’ingente massa di risorse private, immobili e mobili, frutto di donazioni, lasciti, ecc., che le organizzazioni di beneficenza dell’Italia liberale muovevano. Prima ancora della legge Crispi, la legge Rattazzi (n. 753 del 3 agosto 1862), aveva tentato una disciplina unitaria delle organizzazioni di beneficenza, ma senza intervenire sulla loro caratterizzazione giuridica.

presa coscienza dell'esistenza di una serie di organizzazioni, laiche e non, che si occupavano *lato sensu* della Chiesa (intesa anche come bene culturale) e dei valori da questa professati, risolse inizialmente il problema pubblicizzandole e sottoponendole al controllo centrale, per poi prendere atto, nella stagione delle privatizzazioni e tramite le coscienze giurisprudenziali ai vari livelli, di non poter probabilmente fare meglio di loro e lasciarle nuovamente alla loro previgente natura privatistica; ma quanto questa evoluzione abbia inciso effettivamente sulla vita delle Fabbricerie è assai dubbio: in molti casi si avverte che queste, indipendentemente da tutto, hanno continuato a sentirsi istituzioni private e cittadine, fatte di impegno personale e di devozione, di cura della Cattedrale e delle opere d'arte e di conservazione delle tradizioni, religiose ma anche civili, locali.

La dicotomia pubblico/privato non è, però, l'unica diatriba sulla natura giuridica delle Fabbricerie. In tempi più recenti si è discusso anche della eventuale qualificazione, da alcuni accolta²⁷, delle Fabbricerie come organismo di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3, lett. *d*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; si tratta di una qualificazione trasversale e indipendente rispetto alle categorie del pubblico e del privato, e dalla lettera della legge non si ricavano riferimenti alle modalità di creazione dell'ente o alla sua veste giuridica. In questa sede è opportuno limitarsi a qualche accenno, perché probabilmente, comunque si risolve, il dibattito si ripercuoterebbe per lo più sulle procedure di appalto²⁸ e sulla applicazione della normativa anticorruzione; la *ratio* della normativa è infatti solo quella di delimitare l'ambito soggettivo di cogenza della disciplina sugli appalti pubblici, garantendone così l'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri dell'Unione.

Premettendo in linea generale che sulla qualificazione soggettiva delle Fabbricerie insiste sempre la "riserva concordataria" che ne esclude la diretta modifica da parte di norme dello Stato italiano, sia pur di derivazione comunitaria²⁹, organismo di diritto pubblico è "qualsiasi organismo, anche in

²⁷ In questo senso CONSORTI, *La natura giuridica delle Fabbricerie alla luce della riforma del Terzo settore*, in *SCPC*, n. 11, 2019.

²⁸ Leggendo gli Statuti delle Fabbricerie (quello di Siena non prevede appalti ad evidenza pubblica, ma ciononostante è stato approvato dal Ministero degli Interni posteriormente all'entrata in vigore del Codice degli appalti), si riscontra facilmente una posizione contrattuale delle Fabbricerie ben diversa da quella delle amministrazioni pubbliche.

²⁹ Il tutto deriva dalla tendenza dell'Unione europea a uniformare le discipline giuridiche in alcune materie presso gli stati membri creando figure giuridiche comuni che agiscano con

forma societaria, [...]: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". I tre requisiti, come più volte ha sottolineato la giurisprudenza³⁰, devono essere congiuntamente presenti, integrandosi a vicenda e concorrendo l'uno alla corretta interpretazione dell'altro (mentre i tre criteri del punto 3 hanno carattere alternativo).

Partendo dal primo, il criterio teleologico, questo è certamente l'elemento più complesso, lasciato all'interpretazione del giudice, il che in qualche caso ha portato anche a conclusioni opposte, in momenti diversi, sulla medesima realtà esaminata.

I concetti di "esigenze di interesse generale" e di "carattere non industriale o commerciale" non possono essere letti se non con quell'interpretazione complessa di cui si diceva, l'uno in correlazione con l'altro³¹. Ed anzi, dopo qualche incertezza, la giurisprudenza europea ha chiarito³² che il carattere generale delle esigenze che l'organismo deve soddisfare non è sufficiente a configurare il requisito, perché è invece il carattere non industriale o commerciale che assume la maggiore importanza qualificatoria; la rispondenza dell'attività al soddisfacimento di esigenze generali è infatti già insita nel requisito, seguente, della sottoposizione dell'ente all'influenza dell'autorità pubblica.

Si può dire che il carattere non industriale o commerciale dell'attività

procedimenti comuni: MERUSI, *Le Fabbricerie dal pubblico al privato*, in AA.VV., *La natura giuridica delle Fabbricerie*, cit.

³⁰ Per tutte, C. Giust. 15 gennaio 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria AG e altri *c.* Strohal Rotationsdruck GesmbH, la quale, sull'art. 1 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, stabilisce senza incertezze che "le tre condizioni da essa enunciate hanno carattere cumulativo"; così anche C. Giust. 15 maggio 2003, C-214/2000, Commissione delle Comunità Europee *c.* Regno di Spagna; C. Giust. 22 maggio 2003, C-18/2001, Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy e altri *c.* Varkauden Taitotalo Oy.

³¹ Il Consiglio di Stato ha comunque chiarito che l'organismo può svolgere, in parte, anche attività diverse da quelle non industriali o commerciali, senza che ciò ne infici la natura.

³² C. Giust. 10 novembre 1998, C-360/1996, Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden *c.* BFI Holding.

emerge laddove l'organismo svolge la sua attività in assenza di criteri imprenditoriali, ovvero quando la sua attività non è determinata funzionalmente alla ricerca del profitto o quando non affronta alcun rischio di impresa, perché le eventuali perdite di gestione non sono sopportate (o non sono sopportate integralmente) dall'azienda e ancora quando l'attività è svolta in un regime di non concorrenza³³ e l'azienda può "permettersi" tariffe o condizioni contrattuali inferiori a quelle imposte dal mercato (il che, peraltro, e si torna al punto di prima, è possibile solo quando c'è chi "ripiana i debiti" di gestione)³⁴.

Non è un caso che questi indici abbiano condotto la giurisprudenza a collocare nella categoria degli organismi di diritto pubblico tutti quegli enti strumentali che la pubblica amministrazione utilizza per offrire servizi già proposti da altri in un regime concorrenziale di riferimento, enti che non operano in condizioni di mercato e non sopportano integralmente i rischi d'impresa.

Quanto al soddisfacimento di esigenze di interesse generale (ovvero con forte impatto sulla collettività), anch'esso va interpretato in connessione a quanto appena detto, e quindi le esigenze di interesse generale devono essere perseguite, perché si abbia un organismo di diritto pubblico, lasciandosi "guidare da considerazioni diverse da quelle economiche"³⁵; in tal caso, infatti la sopravvivenza dell'ente non è assicurata da una corretta e oculata gestione finanziaria della propria attività, ma dall'intervento sistematico dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico. Di contro è evidente che un soggetto che sopporta il rischio d'impresa, anche laddove soddisfi esigenze di interesse generale, non agirà con criteri non imprenditoriali, ma perseguirà sempre l'efficacia e la redditività della propria attività: proprio in ciò è l'inutilità dell'applicazione delle direttive comunitarie sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, perché un organismo "che si assume i rischi

³³ "L'esistenza di una concorrenza articolata e, in particolare, la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazioni di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale": C. Giust. 10 novembre 1998, cit.

³⁴ LA ROSA, *L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza*, in www.regione.emiliaromagna.it/affari_ist/rivista_2_2007, p. 310, ritiene necessario che "esista una connessione strutturale e, dunque, una interdipendenza tra il bilancio di tale soggetto e il bilancio dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico".

³⁵ C. Giust. 5 ottobre 2017, C-567/2015, LitSpecMet UAB c. Vilniaus lokomotyv remonto depas UAB.

connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate”³⁶.

In sostanza, per dirla con il Consiglio di Stato, “solo la dimostrazione che l’attività venga esercitata dal soggetto con metodo non economico, senza rischio di impresa, in un mercato non concorrenziale, è utile al fine di ritenere sussistente il requisito teleologico”³⁷.

Tornando alle Fabbricerie, alcune di esse (segnatamente quelle toscane) sono iscritte nel registro delle Onlus, e svolgono quindi, per definizione, attività di “utilità sociale” senza scopo di lucro: gli scopi di utilità sociale, come ha ben chiarito il Consiglio di Stato, non coincidono necessariamente con quelli di interesse generale perseguiti dalla pubblica amministrazione, perché la conservazione del patrimonio storico-artistico, nella specie, può concretare un interesse pubblico perseguito dallo Stato o dalle amministrazioni pubbliche, ma anche un fine di utilità sociale perseguito da un privato; esse agiscono con criteri di economicità e di copertura delle spese e assumono su di sé il rischio di impresa, perseguendo il profitto (non il lucro) e reinvestendolo nelle attività istituzionali, e la stessa Corte di Giustizia UE, nella sentenza del 10 maggio 2001, ha stabilito che un ente “che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività, e che opera in un ambiente concorrenziale non costituisce un organismo di diritto pubblico”; in conclusione, non ci sono elementi per ritenere applicabile all’attività delle Fabbricerie il criterio teleologico.

Quanto alla personalità giuridica, solo alcune Fabbricerie ne sono provviste, seppure qualcuno sostiene che il concetto di “personalità giuridica” debba essere assimilato a quello di “soggettività giuridica”, presente in qualsiasi soggetto che sia centro di imputazione di situazioni giuridiche, e una caratterizzazione giuridica di alcuni soggetti facenti parte di una categoria escludendo gli altri presenta più di un problema.

E passiamo al terzo punto, ovvero la presenza di un’influenza pubblica dominante, i cui indici rivelatori sono un finanziamento pubblico maggioritario (ovvero, come più volte chiarito, per “più della metà” delle entrate

³⁶ C. Giust. 22 maggio 2003, cit.

³⁷ Cons. St. 30 marzo 2013 n. 570; su tali basi non sono state considerate organismi di diritto pubblico le ex Ipb e le fondazioni bancarie che non usufruiscano di finanziamenti pubblici.

globali di cui il soggetto finanziato si avvale), un controllo pubblico della gestione (sarebbe sufficiente per la prova della dominanza pubblica il possesso da parte di soggetti pubblici della maggioranza delle quote azionarie dell'organismo societario, mentre si escluderebbero altre forme, tra cui controlli amministrativi sull'organizzazione e sull'attività della società³⁸) o ancora la nomina pubblica della maggioranza degli Amministratori: ebbene, le Fabbricerie godono di completa autonomia finanziaria, se si escludono rarissimi interventi statali³⁹ e ritraggono dalla propria attività (ed in massima parte dagli introiti per gli ingressi ai monumenti) le risorse per il proprio funzionamento; il controllo della gestione, inteso, come da prevalente parere, nel senso del possesso da parte del soggetto pubblico della maggioranza delle quote è evidentemente inesistente, né può essere desunto dall'obbligo di sottoporre annualmente al Prefetto i bilanci preventivo e consuntivo; troviamo invece il requisito della nomina pubblica della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione; va sottolineato, però che l'autorità preposta può procedere alla nomina solo "sentito il Vescovo": questa aggiunta, non di poco conto, acclara che la nomina degli amministratori da parte del Ministero dell'Interno non ne fa dei rappresentanti dello Stato⁴⁰ *sic et simpliciter*, ma soggetti destinatari di un "atto complesso"⁴¹ di individuazione, nel quale si fondono due distinte volontà (statale e religiosa)⁴²; mancando quindi quel

³⁸ CARINGELLA, GAROFOLI, SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in *NDA*, 2007, p. 298.

³⁹ Nel periodo della pandemia da Covid-19, il governo ha disposto ristori per via della imposizione della chiusura al pubblico dei musei.

⁴⁰ Sul punto, C. Cost. 29 settembre 2003 n. 301, sulle fondazioni private di origine bancaria, precisa come il termine "rappresentanza" utilizzato dal legislatore anche nel d.lgs. 17 maggio 1999 n. 153 per indicare il rapporto tra gli enti nominanti e i soggetti nominati non possa che essere considerato atecnico, poiché il potere in capo ai primi deve essere interpretato solo come un potere di designazione, "che si esaurisce con il suo esercizio e che non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati, i quali agiscono e devono agire in assoluta e totale indipendenza dall'ente che li ha nominati".

⁴¹ COMPORTI, *L'atto complesso di Umberto Borsi e il coordinamento procedimentale: ovvero il nome e la cosa*, in *DA*, 2005, p. 275 ss.; BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Il Mulino, 1992.

⁴² Da ultimo, Tar Firenze 12 giugno 2017 n. 793 ha escluso la natura di organismo di diritto pubblico delle Fabbricerie, stabilendo sul punto "che la nomina non è un atto plurimo, caratterizzato dal fatto di contenere una pluralità di separate ed autonome determinazioni amministrative [...] occasionalmente riunite in un unico provvedimento ma che avrebbero potuto assumere anche la veste di tanti separati provvedimenti [...] è invece evidente l'unitarietà del provvedimento e la sua attitudine a regolare con la medesima efficacia la nomina di tutti i componenti dell'organo di amministrazione". Il Tar rileva anche che le Fabbricerie sono dotate di

controllo preponderante dello Stato che si richiederebbe per il realizzarsi della fattispecie, è evidente che il procedimento non vuole e non può ignorare l'origine concordataria delle Fabbricerie⁴³.

In conclusione, alle Fabbricerie sono estranei la maggior parte dei requisiti richiesti per la sussistenza di un organismo di diritto pubblico, ma anche la *ratio* della normativa di riferimento ne esclude l'applicabilità a questi enti: la figura dell'organismo di diritto pubblico nasce infatti nel diritto europeo con lo scopo di sottoporre alla disciplina dei contratti pubblici soggetti che, indipendentemente dalla loro forma giuridica, siano sostanzialmente pubblici, ad evitare che tali soggetti, agendo nel mercato secondo logiche non imprenditoriali (perché "coperti" da pubbliche amministrazioni), siano in grado di compromettere la piena realizzazione di un mercato comune con un comportamento capace di falsare la normale concorrenza.

Da ultimo, le Fabbricerie sono state interessate dal dibattito sull'ingresso nel Terzo Settore, alla luce della recente riforma (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 e successivi) la cui finalità è, dichiaratamente (art. 1) "sostenere l'au-

potestà statutaria, autonoma potestà normativa che deve esplicitarsi, anch'essa, nel solco della normativa concordataria tant'è che lo Statuto e ogni sua modifica devono essere approvati dal Ministero dell'Interno previa approvazione dell'Ordinario diocesano. Su altro aspetto, Tar Veneto 28 maggio 2010, n. 2306, esclude che possa essere considerato organismo di diritto pubblico un organismo nel quale è presente una connotazione religiosa.

⁴³ Il Consiglio di Stato del 2000 attribuisce altresì "estremo rilievo" alla circostanza "che l'Autorità amministrativa non ha alcun potere (costitutivo) di disporre la soppressione della Fabbriceria, potendone solo accertare (in via ricognitiva) l'estinzione (art. 41, d.P.R. n. 33/1987) allo stesso modo in cui l'Autorità medesima dichiara l'estinzione delle persone giuridiche private (art. 27 c.c.), e conclude sulla necessità di privilegiare quell'interpretazione della normativa di riferimento che risulti nel sistema vigente meno compressiva della libertà dei privati di contribuire alla tutela del patrimonio storico artistico". Sul punto, MERUSI, *op. cit.* Sulla stessa questione con riferimento all'applicazione della normativa anticorruzione, DALLA TORRE, *Parere sulla applicabilità della normativa anticorruzione alle Fabbricerie*, in *SCPC*, n. 38, 2018, categoricamente esclude che le Fabbricerie rientrino "nella categoria degli enti di diritto privato in controllo pubblico", chiarendo che se con riguardo agli enti nei quali siano riconosciute alle pubbliche amministrazioni poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi può facilmente desumersi che la pubblica amministrazione eserciti un potere di *imperium*, eminentemente pubblicistico, molto diverso è il caso della nomina degli organi di amministrazione delle Fabbricerie, laddove "l'atto di nomina dei componenti questi organi è null'altro che la formalizzazione del concorso delle volontà di due soggetti diversi, espressione di amministrazioni distinte appartenenti a ordinamenti uno esterno all'altro e reciprocamente indipendenti (ordinamento italiano, ordinamento canonico). Detto altrimenti, il provvedimento di nomina in questione non è espressione di un potere pubblico di vigilanza, ma un atto nel quale si opera il raccordo tra due distinte volontà".

tonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune”, mediante un riordino della regolamentazione delle tante e diverse realtà che possono raggrupparsi sotto questo scopo. Gli enti che entreranno a far parte del Terzo Settore, previa iscrizione nel registro apposito saranno, tra gli altri (art. 4), le associazioni riconosciute o non, le fondazioni ed “altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale di cui all’art. 5”, ed anche gli enti religiosi civilmente riconosciuti limitatamente allo svolgimento di attività di interesse generale. Non ne faranno parte le amministrazioni pubbliche (nel caso fosse rimasto il dubbio che le Fabbricerie hanno natura pubblica...). Il problema dell’ingresso delle Fabbricerie nel Terzo Settore si pone sia con riguardo all’inserimento tra gli ETS degli enti privati che svolgono senza fini di lucro finalità di utilità sociale (le Onlus, cui diverse Fabbricerie appartengono), l’altro, molto più banale, della abrogazione della normativa sulle Onlus all’atto della piena operatività del Registro. Per quella scadenza (più volte dilazionata nel tempo), le Fabbricerie dovranno scegliere se aderire (iscrivendosi al Registro) o meno al Terzo Settore.

Qualunque sia la soluzione finale, la natura giuridica delle Fabbricerie deve in ogni caso rispecchiare la loro funzione di salvaguardia e conservazione, per i posteri, dei luoghi di culto e di quanto artisti dalle capacità e visioni spesso irripetibili ci hanno tramandato; questo, e solo questo, dovrebbe essere il filo conduttore di ogni conclusione, scevro da interessi politici o da mire economiche di chicchessia.

3. *I rapporti di lavoro*

La regolamentazione formale del rapporto di lavoro del personale delle Fabbricerie ha seguito i percorsi interpretativi della giurisprudenza sulla sua natura giuridica e ancora una volta gli archivi⁴⁴ aiutano a rileggere il cammino fatto: nello Statuto dell’Opera della Metropolitana di Siena del 1920 (il primo atto di potestà statutaria autonoma della Fabbriceria) si legge che

⁴⁴ L’Archivio dell’Opera della Metropolitana conserva una ricca documentazione: un grazie all’Archivista Marta Fabbrini per la pazienza e l’aiuto.

il Consiglio di amministrazione “nomina, sospende, licenzia gl’impiegati e provvede al loro collocamento a riposo, salvo l’approvazione della R. Prefettura”, che gli impiegati sono nominati “dietro concorso da indirsi a cura del Rettore e che gli obblighi e le attribuzioni di ciascun impiegato verranno determinati con Regolamenti interni e dei servizi”; così anche lo Statuto del 1935, mentre nella versione del 1967 i dipendenti sono “assunti in servizio per concorso o per chiamata secondo le decisioni del Consiglio e lo stato giuridico, il trattamento economico e di quiescenza dei dipendenti dell’Opera e le loro attribuzioni sono disciplinati da apposito regolamento interno, che determina anche le norme per ciascuno di essi”: nella terminologia e nei soggetti di riferimento (nomina, concorso, approvazione della Prefettura) si evoca certamente la natura del rapporto d’impiego pubblico (e tale era per la giurisprudenza dell’epoca), ma le ricerche documentali e i primi tentennamenti dello Statuto del 1967 restituiscono una realtà profondamente diversa, sia in termini di costituzione che di regolamentazione del rapporto, e fatta, nella quasi totalità dei casi, di assunzioni dirette da parte del Consiglio di amministrazione⁴⁵, sulla base di referenze rilasciate dalle personalità cittadine, sia pur debitamente portate a conoscenza della locale Prefettura, mentre in limitatissime esperienze si ritrovano scarni e solo esteriori elementi formali dei concorsi pubblici che conosciamo; si tratta di fattispecie che ricordano molto più da vicino, anche nel recente passato, procedure di selezione di stampo privato piuttosto che veri e propri concorsi pubblici⁴⁶ e allo stesso modo tutta la vita e la regolamentazione dei rapporti di lavoro conseguenti hanno seguito processi prettamente privatistici.

I regolamenti interni disciplinavano, più o meno analiticamente, lo stato giuridico e il trattamento dei dipendenti dell’Opera, come anche le loro attribuzioni: un Regolamento del 1961 comprendeva la pianta organica dei dipendenti e le loro attribuzioni e regolamentava soltanto l’orario di lavoro

⁴⁵ Simile è l’esperienza di alcune altre Fabbricerie, nei cui regolamenti non si ritrovano riferimenti all’espletamento di concorsi per l’assunzione, che avveniva in via diretta sia per gli impiegati che per le maestranze, con l’aggiunta di una “prova tecnica” per queste ultime e la presentazione del *curriculum* dei lavori per una selezione delle professionalità.

⁴⁶ Un “bando di concorso” dei primi anni ’90 prevedeva requisiti quali la cittadinanza italiana, l’età compresa tra i 18 e i 40 anni, la ottima condotta, il battesimo, il diploma di istruzione secondaria di primo grado; la prova selettiva consisteva in un colloquio su argomenti di attualità e cultura generale e sui compiti che il candidato era chiamato a svolgere, e le forme di pubblicità si risolvevano nell’esposizione in teche apposte agli ingressi della Cattedrale.

giornaliero (7, 8, 9 ore secondo la mansione), il riposo settimanale (la domenica e nelle feste civili e religiose) e le ferie (20 giorni annui, che si perdevano in caso di mancata fruizione), mentre una nuova versione del 1969 trattava tutti i principali aspetti del rapporto di lavoro, dai requisiti per l'assunzione (cittadinanza italiana, buona condotta certificata, idoneità fisica, età – non inferiore a 18 e non superiore a 30 anni –, possesso del certificato di battesimo), alla durata del periodo di prova, dall'orario di lavoro (42 ore settimanali per gli impiegati) alle sanzioni disciplinari (tra cui la “destituzione”, come da Testo unico degli impiegati civili dello Stato), alle ferie, aspettative, previdenza e assistenza, cessazione del rapporto⁴⁷. A parte erano disciplinati la pianta organica e il trattamento retributivo, definito dal Consiglio di amministrazione in via sostanzialmente autonoma, non applicando l'Opera della Metropolitana, almeno fino agli inizi degli anni '80, alcun contratto collettivo specifico, ma sempre più ispirata, con il passar del tempo, alla retribuzione sindacale prevista per la categoria di riferimento.

Oggi i rapporti di lavoro dei dipendenti delle Fabbricerie sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle altre normative sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, vengono conclusi contrattualmente e regolamentati economicamente dal contratto collettivo nazionale di lavoro, al pari di quelli di ogni altra istituzione privata, anche di “derivazione” pubblica. E non stiamo parlando di privatizzazione del pubblico impiego⁴⁸, prima o seconda che sia, laddove il datore di lavoro è e resta pubblico nella sua forma giuridica e nelle sue modalità organizzative, mentre le fonti di disciplina dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali diventano private: dal rapporto di lavoro dei dipendenti delle Fabbricerie sono del tutto assenti le caratteristiche formali di questa fattispecie⁴⁹, in tema di reclutamento del

⁴⁷ Il Regolamento, approvato dal Consiglio di Amministrazione era poi inviato al Prefetto, consultato anche per eventuali modifiche (nel 1976 si propose di modificare il regolamento organico dei dipendenti ponendoli in quiescenza al compimento del 60° anziché 65° anno, per adeguarne il pensionamento “a quello già da tempo in atto in altri settori lavorativi quali gli enti locali”) e, talvolta, anche al Vescovo.

⁴⁸ Nato (lo ricordiamo) dalla concezione pubblicistica del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dal Testo unico di Giolitti del 1908 allo Statuto degli impiegati civili dello Stato del 1957, per la quale la regolamentazione del rapporto consegue ad atti normativi e provvedimenti amministrativi: CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2017, p. 393 ss.

⁴⁹ Quelle “persistenti peculiarità derivanti da vari elementi esterni al contratto di lavoro: norme costituzionali (*in primis* artt. 97-98 Cost.), complessità della figura datoriale, canali di fi-

personale, che in omaggio ai principi dell'art. 97 Cost. deve avvenire per lo più per concorso pubblico e non consente la libera scelta delle risorse umane, di progressioni di carriera (*idem*), di dirigenti (sui quali incombono, oltre al resto, responsabilità peculiari e peculiari rapporti di indirizzo e obiettivi con i vertici politici⁵⁰), di valutazione delle *performance*, di disciplina delle mansioni e *jus variandi* (con la limitata possibilità e le diverse conseguenze nell'accesso a mansioni superiori), di sanzioni disciplinari e licenziamento e di conversione dei contratti a tempo determinato costituiti in modo illegittimo, ma anche di contrattazione collettiva, sia in termini di applicazione *erga omnes* che di materie, principi e soggetti (Aran) della contrattazione⁵¹: il rapporto di lavoro del personale delle Fabbricerie è privato perché privato è il datore di lavoro, anche se in passato è stato considerato (mai in un testo di legge) pubblico⁵².

La selezione del personale avviene, sulla base delle esigenze della Fabbriceria, previa delibera dei Consigli di Amministrazione (o Deputazioni): per i dipendenti non è previsto alcun requisito specifico che non sia il possesso della professionalità necessaria al ruolo, delle capacità e delle attitudini richieste; non deve ingannare quanto richiesto in qualche caso per i membri del Consiglio di Amministrazione (che, nonostante la dichiarata laicità dell'Istituzione, devono essere – cito sempre lo Statuto della Fabbriceria senese – “cittadini di specchiata moralità, professanti la fede cattolica”⁵³): nessun ri-

nanziamento, assetti organizzativi, sistemi di controllo”: ZOPPOLI L., *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *LPA*, 2017, p. 25; ma ne manca anche la *ratio*; la crisi del modello di rapporto di impiego pubblico e il conseguente processo di privatizzazione del pubblico impiego muovono dalle rigidità e complessità del sistema che hanno spesso compromesso l'esigenza di efficienza e di efficacia del lavoro delle pubbliche amministrazioni e la riforma operata è stata finalizzata ad ottimizzarne (non sempre con successo) la produttività: nessuna di queste caratteristiche era presente nelle Fabbricerie, organismi per lo più snelli (soprattutto in passato, oggi la sempre maggiore complessità dei compiti istituzionali richiede come vedremo strutture interne adeguate) e piuttosto elastici, dediti alla manutenzione dei complessi affidati con interventi necessariamente tempestivi e mirati.

⁵⁰ CLARICH, *op. cit.*, p. 408 ss.

⁵¹ ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2020, pp. 219 ss., 267 ss., 283 ss.

⁵² In ogni caso, con riguardo a tutt'altra casistica, sulle Fondazioni liriche pubbliche trasformate in private, Cass. 12 marzo 2014 n. 5748 ha chiarito, se mai ce ne fosse stato bisogno, che “la qualità dell'ente, mutata da pubblica amministrazione a figura soggettiva privata, comporta la contestuale trasformazione della natura giuridica del rapporto di lavoro dipendente, che diventa un comune rapporto di lavoro subordinato”.

⁵³ Nel 1935 lo Statuto richiedeva “persone pie e probe”, in ossequio all'art. 35 r.d. 2 di-

ferimento alle organizzazioni di tendenza previste dall'art. 4 l. n. 108/1990: "datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto"⁵⁴, con ogni conseguenza circa la possibilità, per il datore di lavoro, di chiedere ai propri dipendenti un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'ideologia datoriale⁵⁵; piena è quindi l'applicazione dell'art. 8 St. lav., anche se naturalmente il personale che presta servizio nei luoghi di culto porterà il rispetto dovuto alla sacralità del sito (il ccnl di riferimento, di cui in seguito, ricorda la necessità di un "contegno sempre corretto ed educato, che concorra al buon nome dell'Ente").

Il contratto ed il rapporto di lavoro sono quindi regolamentati dalle ordinarie prescrizioni del codice civile e dello Statuto dei lavoratori, sia in tema di costituzione del rapporto che di distribuzione di diritti, obblighi e poteri, come anche di sospensione e di estinzione; la particolarità dei siti ammini-

cembre 1929 n. 2262, secondo cui "gli altri membri sono scelti fra le persone pie e probe del comune professanti la religione cattolica"; poi il requisito scomparve; di seguito, nonostante il d.p.r. n. 33/1987 non richieda alcunché sul punto, negli Statuti dell'Opera della Metropolitana dal 2003 in poi il requisito della fede cattolica è di nuovo presente. Anche negli Statuti di qualche altra Fabbriceria c'è una simile previsione.

⁵⁴ Cass. 18 giugno 2018 n. 16031, in materia di Onlus, ha stabilito che non è organizzazione di tendenza "l'associazione che, per statuto, non persegue un fine ideologicamente orientato di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto e che, invero, opera con criteri di economicità, ossia non semplicemente rivolti al perseguimento dei fini sociali dell'ente, ma finalizzati al tendenziale pareggio tra costi e ricavi, restando, a tal fine, irrilevante la distribuzione di utili".

⁵⁵ Possibilità peraltro sempre più ristretta nella sua applicabilità da diversi punti di vista: da ultimo C. Giust. 11 settembre 2018, C68/17 IR c. JQ, in *MGL*, 2019, p. 675 ss., con nota di MOCCELLA, *Il licenziamento nelle organizzazioni di tendenza: disciplina europea e compatibilità con il Jobs Act*, ha ribadito che "eventuali differenze di trattamento, in termini di obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di detta etica, possono essere ritenuti conformi alla suddetta direttiva [si parla della Direttiva n. 2000/78] solo se, tenuto conto della natura delle attività professionali interessate o dal contesto in cui sono esercitate, la religione o le convinzioni personali costituiscono un requisito essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica della chiesa o delle organizzazioni in questione e conforme al principio di proporzionalità, il che spetta al giudice nazionale di verificare". Inoltre, Cass. 3 luglio 2017 n. 16349 ha ribadito che la disciplina per le organizzazioni di tendenza "ha carattere eccezionale ed è di stretta interpretazione, con la conseguenza che la stessa non è applicabile ove non sia escluso il carattere imprenditoriale dell'organizzazione di tendenza", identificando poi i caratteri dell'imprenditorialità, da accertarsi in concreto, nell'economicità dell'attività, ovvero nel fine della produzione di entrate remunerative e non del solo perseguimento di fini sociali, nella compiuta autonomia gestionale, nell'autonomia finanziaria e contabile.

strati dalle Fabbricerie, spesso veri e propri scrigni di opere d'arte, impone una costante sorveglianza del patrimonio aziendale tramite sistemi d'allarme ed impianti audiovisivi per la cui installazione ed utilizzo è necessaria l'applicazione delle procedure di cui all'art. 4 St. lav., con tutte le garanzie necessarie in merito alla tutela dei dati ed al rispetto della *privacy*. Per il controllo del patrimonio aziendale alcune Fabbricerie si dotano anche di guardie giurate ai sensi dell'art. 2 St. lav.

Anche la tutela dell'integrità psico-fisica del personale riveste un ruolo di particolare importanza nel rapporto di lavoro delle Fabbricerie: il concetto stesso di Fabbrica (ovvero di Fabbrica) implica un impegno continuo di manutenzione e restauro, con tutte le conseguenze in ordine alla sicurezza dei cantieri, ma anche di organizzazione del Servizio di Prevenzione e Protezione nonché di osservanza delle norme sull'igiene e sicurezza dei lavoratori in ambienti che spesso ospitano contemporaneamente dipendenti, visitatori, manutentori e restauratori.

Quanto al trattamento economico, le retribuzioni sono calcolate in base al ccnl e le Fabbricerie iscritte al Registro delle Onlus hanno il divieto di corrispondere ai dipendenti salari superiori del 20% rispetto a quanto previsto nel contratto stesso.

Pur se le Fabbricerie non rientrano tra i soggetti cui si applica la Cassa integrazione guadagni, esse sono state ammesse, nella recente pandemia, alla Cassa integrazione in deroga, ai sensi dell'art. 22 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (decreto "Cura Italia"); in verità ancora una volta le Fabbricerie non sono specificamente richiamate in nessun testo, ma assimilate (o così sembra) "ai datori di lavoro del settore privato, ivi inclusi quelli [...] del terzo settore compresi gli enti religiosi civilmente riconosciuti".

4. *La contrattazione collettiva*

La lunga incertezza sulla natura giuridica delle Fabbricerie (ma anche la loro tipicità) si è riflessa fino ai tempi più recenti sulla contrattazione collettiva e nel tempo sono stati applicati ai dipendenti contratti di natura diversa, pubblici o privati (ccnl degli enti locali o del commercio o degli edili, solo per fare un esempio), o pensati per settori merceologici diversi, e addirittura più contratti all'interno dello stesso Ente. Ciò si spiega principalmente con la complessità dell'istituzione Fabbrica, che deve far fronte quotidiana-

namente ad esigenze le più diverse e disomogenee, dal restauro e manutenzione dei beni artistici (con le loro diversità, opere lignee, lapidee, pittoriche, affreschi, manoscritti, ecc.), all'accoglienza dei visitatori, dall'amministrazione dei patrimoni alla predisposizione dei luoghi di culto per le celebrazioni liturgiche, dalla conservazione degli archivi all'organizzazione di mostre.

Ogni Fabbrica, a meno di non procedere ad esternalizzazioni nelle diverse direzioni per coprire tutte le attività istituzionali, deve quindi avere al suo interno, riunite sotto un unico datore di lavoro, risorse umane dedite a tutte queste differenti attività e quindi, necessariamente, dotate di formazione, esperienze e professionalità diverse.

Né si può ignorare la velocissima evoluzione dei complessi artistico/monumentali amministrati dalle Fabbricerie, che in pochi decenni si sono trasformati da luoghi di culto oggetto tutt'al più dell'attenzione di qualche studioso in luoghi del turismo (anche religioso) in grado di richiamare centinaia di migliaia di persone ogni anno, richiedendo così un totale ripensamento della gestione e delle figure professionali: ecco quindi l'importanza di creare iniziative come mostre d'arte o eventi culturali, di confrontarsi con i principali Musei internazionali o con le certificazioni di qualità, ed ecco che l'antico custode è diventato addetto all'accoglienza del turista (sia tradizionale che religioso), in grado di offrire, magari in più lingue, servizi di informazione e assistenza che un tempo non erano richiesti e il vecchio contabile (non andiamo a disturbare il Camarlengo...) deve oggi dedicarsi ad un controllo di gestione, naturalmente informatizzato, per il quale gli è richiesta una alta professionalità. Per non toccare il tasto della sicurezza, che ha richiesto il nascere di figure professionali semplicemente impensabili fino a pochi decenni fa.

La costituzione, nel 2005, di una Associazione delle Fabbricerie Italiane con sede a Pisa ha consentito alle tante realtà presenti in Italia di confrontarsi per cercare una soluzione comune ai problemi di tutte, promuovere l'adeguamento del panorama normativo alle esigenze delle Fabbricerie e favorire il dibattito sulle questioni della categoria.

Tra le prime, più importanti, attività dell'Associazione è stata la creazione di un modello contrattuale tipico per le Fabbricerie, che potesse realizzare una armonizzazione interna ad ogni singola Fabbrica, ma anche esterna nei confronti delle altre "consorelle"; gestire, cioè, in modo armonico tutte le qualifiche presenti all'interno, assicurando nel contempo l'equivalenza tra qualifica e livelli retributivi delle diverse Fabbriche ed eliminando la diversificazione giuridico/economica esistente in passato tra persone dotate

della medesima professionalità che svolgevano, nelle diverse realtà, le stesse mansioni; i lavori sono stati complessi e hanno richiesto lo studio e l'analisi di diversi sistemi contrattuali, pubblici, privati, *no profit*, e sono approdati alla sottoscrizione, nel 2007, del contratto collettivo per il personale delle Fabbricerie, entrato in vigore nel gennaio 2008 (da allora vi sono stati tre rinnovi a regolare cadenza triennale): il contratto non è ancora adottato da tutte le Fabbricerie e coinvolge ad oggi circa un migliaio di dipendenti, ma ha avuto il merito di costruire una identità tra quanti lavorano per queste realtà.

Un portato della primitiva contrattazione collettiva per gli enti locali comune a molte Fabbricerie è la sottoscrizione del contratto da una parte dalla Associazione delle Fabbricerie Italiane, dall'altra dai rappresentanti delle sigle sindacali della Funzione pubblica; un altro era presente, nella prima stesura dell'accordo, nella sezione dedicata allo sciopero: il ccnl prevede infatti fin dalla sua prima formulazione alcune prescrizioni specifiche sul punto: non è possibile (art. 13) proclamare astensioni dal lavoro nei periodi dal 10 al 20 agosto, dal 23 dicembre al 7 gennaio, nel periodo pasquale e nella ricorrenza del Santo Patrono locale, e tra i servizi minimi essenziali, che devono essere comunque garantiti, sono previsti da un lato la vigilanza e sorveglianza delle opere monumentali e la gestione e controllo degli impianti convenzionali e di sicurezza, dall'altro il regolare svolgimento dei servizi liturgici: in una prima formulazione dell'accordo tali servizi furono individuati "in ottemperanza a quanto previsto dalla l. n. 146 del 12.6.90", ma l'inciso è stato correttamente eliminato fin dal primo rinnovo⁵⁶; nella duplice elencazione riportata sono evidenti le diverse, particolari e concomitanti finalità istituzionali della Fabbriceria, che deve garantire in ogni momento la tutela e conservazione dei monumenti amministrati, ma anche la loro valorizzazione e la funzionalità della Cattedrale cui sono preposte per le attività tipiche del luogo di culto.

⁵⁶ L'art. 1, co. 2, l. 12 giugno 1990, n. 146, elenca tra i servizi essenziali "l'apertura al pubblico regolamentata di musei e altri istituti e luoghi della cultura, di cui all'articolo 101, comma 3 [l'aggiunta del comma 3 è, non a caso, una delle modificazioni apportate in sede di conversione al d.l. 20 settembre 2015, n. 146, che inseriva l'apertura al pubblico dei musei tra i servizi essenziali] del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42". È appena il caso di ricordare che l'art. 101 co. 3 richiamato prescrive: "Gli istituti ed i luoghi di cui al comma 1 che appartengono a soggetti pubblici sono destinati alla pubblica fruizione ed espletano un servizio pubblico". Le Fabbricerie non sono soggetti pubblici e proprio di recente l'apertura dei musei non è stata considerata, nell'ambito delle regolamentazioni sul contenimento della pandemia da coronavirus, servizio pubblico essenziale, ai fini della prosecuzione dell'attività, anche in forme alternative.

Anche nella sezione dedicata allo svolgimento del rapporto di lavoro, il ccnl risente della tipicità delle attività svolte dalle Fabbricerie: ne troviamo traccia ad esempio negli articoli relativi a forme di lavoro flessibili e di orario; poiché i flussi turistici sono fortemente legati alla stagionalità, intesa nella sua più ampia accezione (climatica o legata a festività o ad eventi straordinari di natura religiosa o iniziative culturali), il contratto collettivo regola diverse opportunità, dalle prestazioni di lavoro in somministrazione a tempo determinato (art. 20), con la possibilità di stipulare contratti di fornitura di lavoro temporaneo (tra l'altro) nei casi di punte di più intensa attività, a particolari previsioni in materia di orario di lavoro (art. 29), tra cui l'orario plurisettimanale che consente, in determinati periodi dell'anno o in corrispondenza di particolari manifestazioni culturali o turistiche, il superamento dell'orario medio settimanale fino ad un massimo di 48 ore settimanali, con corrispondente programmazione di riduzione in altri periodi dell'anno, o l'orario con sospensione annuale che prevede l'alternanza di fasi di sospensione dell'attività in determinati periodi dell'anno con fasi di maggior orario settimanale in altri (sempre compreso nei limiti delle 48 ore); ancora, le previsioni in tema di reperibilità (art. 35), con la possibilità per le Fabbricerie di organizzare un servizio relativo sulle 24 ore e per tutti i giorni dell'anno, ci ricordano che le Fabbricerie custodiscono un patrimonio artistico incommensurabile, con i relativi obblighi di tutela.

Per il resto, il ccnl affronta i consueti temi: dalle relazioni e diritti sindacali alla costituzione, svolgimento ed estinzione del rapporto di lavoro, al trattamento economico ed alla classificazione del personale. Con riguardo a quest'ultima, la volontà di riunire in un unico accordo i diversi sistemi contrattuali di partenza ha portato alla creazione di una scala di professionalità articolata in cinque "aree", all'interno delle quali diverse "fasce" offrono al personale la possibilità di acquisire una sempre maggiore abilità e maturazione professionale, con conseguente crescita economica, oltre l'"area quadri" per le posizioni organizzative. Delle Aree sono descritte declaratorie e caratterizzazione delle attività, oltre all'esemplificazione delle qualifiche per consentire un più facile inquadramento. Il primo contratto del 2008 prevedeva un quadro di corrispondenza tra il sistema di classificazione del ccnl AFI e quello degli altri contratti fino a quel momento applicati nelle singole Fabbricerie (enti locali, ma anche edili, lapidei, commercio, turismo, maestranze, custodia-culto-vendita, inservienti, sacristi); uno straordinario lavoro di composizione di situazioni diverse che continua, nei rinnovi triennali, ad

affinarsi e adeguarsi di volta in volta alle modifiche normative (dall'inserimento dei congedi per le donne vittime della violenza di genere, alla banca ore etica, alle previsioni in materia di lavoro agile) ed alle esigenze particolarissime delle Istituzioni cui si applica.

Anche la contrattazione decentrata ha seguito l'evoluzione di quella nazionale, con contratti che fino al 2005 hanno interpretato e integrato le prescrizioni dei contratti collettivi nazionali applicati dalle singole Fabbricerie ed in seguito hanno iniziato a marciare su una linea di maggiore omogeneità (ad esempio sul piano delle risorse riservate alla contrattazione decentrata); seppure le differenze tra le singole realtà e quelle derivanti dai diversi contratti applicati in passato, con i relativi diritti acquisiti, non consentono ancora di operare un più ampio riallineamento degli accordi, la comune esperienza, sempre più consolidata, sta dando buoni frutti sulla strada della condivisione.

Abstract

Il saggio, muovendo dall'esperienza della Fabbriceria di Siena e dal suo percorso nella storia, affronta il problema della natura giuridica delle Fabbricerie italiane e della conseguente regolamentazione dei rapporti di lavoro del personale, oltre all'evoluzione della contrattazione collettiva, dagli esordi all'attuale contratto di categoria. La disamina si ferma all'attuale configurazione, in attesa delle nuove regolamentazioni che verranno dall'esito del dibattito, tuttora in corso, sulla natura delle Fabbricerie.

The essay, starting from the experience of the “Cathedral Factory” of Siena and its journey through centuries, examines the problem of the legal nature of the Italian Cathedral Factories and the resulting regulation of employment relationships, as well as the evolution of collective bargaining, from the beginning to the current collective agreement. The examination stops at the current configuration, waiting for future regulations that will come from the debate, still ongoing, on the nature of the Cathedral Factories.

Key words

Fabbricerie, rapporti di lavoro, contrattazione collettiva.

Cathedral Factories; employment relationships; collective bargaining.

Maria Giovannone

Tutela del lavoro (e della concorrenza) dopo la Brexit

Sommario: **1.** Le ragioni della Brexit nelle tensioni europee tra lavoro e concorrenza. **2.** La tutela dei lavoratori europei nel Regno Unito ante-Brexit nell'Accordo di recesso. **3.** La tutela dei lavoratori UE di nuovo ingresso: dal regime sull'immigrazione all'Accordo Brexit. **3.1.** Le clausole sociali nell'Accordo Brexit. **3.2.** La mobilità transnazionale dei professionisti. **3.3.** Il Protocollo sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale: gli spiragli per il distacco transnazionale. **4.** Prospettive di deregolamentazione sociale interna.

1. *Le ragioni della Brexit nelle tensioni europee tra lavoro e concorrenza*

Nel contesto globale, Brexit rappresenta un fenomeno controverso ma non sorprendente, che affonda le sue radici nella costante ed opportunistica “selettività”, operata dall’ordinamento britannico, nel processo di integrazione europea e che, nell’ambito delle tutele sociali, si è estrinsecata nel frequente esercizio dell’*opting out*.

Difatti, un ruolo per nulla marginale pare essere svolto dall’“indigesto” recepimento dell’*acquis* sociale europeo che ha rimodellato l’ordinamento lavoristico del Regno Unito, cozzando però con le politiche neo-liberali che ormai da decenni guidano il Paese¹. Questo approccio riluttante è stato ulteriormente

¹ Il *Department for Exiting the European Union* ha conteggiato un consistente *corpus* normativo di derivazione europea. Cfr. *Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union* (Cm 9446), marzo 2017, p. 14. Per una puntuale ricostruzione della normativa britannica di derivazione europea, COUNTOURIS, EWING, *Brexit and Workers' Rights*, Institute of Employment Rights (IER), 2019, pp. 20-32 e dei possibili effetti sul diritto del lavoro europeo e britannico KENNER, *Il potenziale impatto della Brexit sul Diritto del lavoro europeo e britannico*, in *questa rivista*, 2017, 1, pp. 5-12; THANNOK, *Il futuro dell'Europa e le sfide da affrontare dopo Brexit*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Brexit, 2017, 1.

inasprito dalle norme di coordinamento che incidono sulla libera circolazione dei lavoratori europei, i cui coefficienti di tutela sono stati progressivamente blindati dalla giurisprudenza UE² a discapito delle c.d. “considerazioni di bilancio nazionale”³. Nel Regno Unito hanno dunque pesato quei risentimenti antieuropeisti verso la “solidarietà transnazionale”⁴ dovuta dal *Welfare State*, anche a fronte, invero, della ingombrante assenza di un sistema europeo di protezione sociale che esprima una qualsivoglia forma di ‘solidarietà sovranazionale’⁵.

In secondo luogo, e in apparente contrasto con quanto detto, non bisogna sottovalutare il rilievo che ha assunto il malcontento interno – alimentato dalla campagna del *Leave* – sorto attorno alle norme e alla giurisprudenza UE di maggior impronta mercantile. Come si avrà modo di approfondire⁶, particolarmente osteggiate sono state le limitazioni poste all’applicazione dei regimi nazionali di tutela lavoristica, soprattutto in ipotesi di distacco, allo scopo di incentivare l’integrazione del mercato del lavoro transnazionale: di fatto, prestando il fianco alle tensioni concorrenziali⁷ generate dalle tipiche pratiche di *dumping* sociale⁸, successivamente alimentate dall’ingresso nell’Unione dei Paesi dell’Est⁹.

² Per una puntuale ricostruzione giurisprudenziale, SHUIBHNE, *Reconnecting free movement of workers and equal treatment in an unequal Europe*, in *ELR*, 2018, 43, 4, pp. 477-510.

³ *Ex multis*, caso *Commissione europea v. Paesi Bassi* (C. Giust. C-542/09, 14 giugno 2012); caso *Brey* (C. Giust. C-140/12, 19 settembre 2013); caso *Commissione europea v. Regno Unito* (C. Giust. C-308/14, 14 giugno 2016). Sulla nozione di vantaggio sociale, *ab origine*, nel caso *Cristini* (C. Giust. 32-75, 30 settembre 1975); caso *Even* (C. Giust. C-207/78, 31 maggio 1979); caso *Unger* (C. Giust. 75/63, 19 marzo 1964). Pare ivi opportuno richiamare la pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito che ha difeso la legittimità delle restrittive norme interne sulla copertura dei cittadini europei – *ex art. 7, par. 1, lett. b)*, direttiva 2004/38/CE – dal regime nazionale di sicurezza sociale. Cfr. *Patmalnicie (FC) v Secretary of State for Work and Pensions* [2011] UKSC 11, [2011] 3 All ER 1. In dottrina, HJORTH, *Who benefits? Welfare chauvinism and national stereotypes*, in *Eur Union Polit*, 2016, 17, 1, pp. 3-24.

⁴ Come espressamente richiesto dalla Corte di giustizia nel caso *Brey* (C. Giust. C-140/12, 19 settembre 2013).

⁵ GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, WP CSDL “Massimo D’Antona”.INT - 100/2013, pp. 11-12.

⁶ Cfr. *infra* § 3.3.

⁷ Sulle controversie giurisprudenziali in materia concorrenziale, GOLYNKER *Jobseekers’ rights in the European Union: challenges of changing the paradigm of social solidarity*, in *ELR*, 2005, 30, p. 111; LARKIN, *The Limits to European Social Citizenship in the United Kingdom*, in *MLR*, 2005, 68, pp. 435-447.

⁸ NOVITZ, *The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective Participation in Protection of Future Interests?*, in *IJCL*, 2015, 31, 3, pp. 256-257.

⁹ BARNARD, LEINARTE, *Brexit & free movement of workers*, in *LD*, 2020, 3, p. 442, eloquen-

Eppure, la politica britannica non è parsa intercettare la crescente ostilità della popolazione sui costi sociali derivanti dall'immigrazione europea¹⁰. I Governi britannici, anzi, si sono mostrati particolarmente favorevoli all'allargamento ad Est e alla liberalizzazione del mercato del lavoro europeo, mantenendo però una linea politica ostile alla introduzione di norme sovranazionali finalizzate alla protezione dei cittadini europei contro gli effetti avversi di questo processo¹¹.

Dal canto suo, l'Unione europea continua a faticare nel superare l'originaria bipartizione tra funzionamento del mercato – di competenza dell'Unione – e funzionamento dei sistemi di welfare, di competenza degli Stati membri¹²; limite sistemico, questo, che negli anni ha determinato interventi sovranazionali nelle materie sociali per lo più di matrice funzionalista per la definizione del Mercato Unico¹³, perpetuando le difficoltà congenite dell'ordinamento europeo di governare le disfunzioni concorrenziali cagionate dal raggirio dei regimi di tutela nazionali¹⁴.

Si tratta di ragioni su cui è necessario riflettere tenendo anche conto che il depauperamento effettivo delle tutele sociali e lavoristiche nel Regno Unito trae origine anche dalle politiche neo-liberiste interne che dagli anni '80 hanno avviato un consistente processo di deregolamentazione sociale¹⁵.

temente definiscono la visione del Regno Unito come una “honeypot nation” di forte attrazione per i cittadini europei più poveri.

¹⁰ Invero, non riscontrati in numerose valutazioni scientifiche. Cfr. TEAGUE, DONAGHEY, *Brexit: EU social policy and the UK employment model*, in *IRJ*, 2018, 49, 5-6, pp. 512-533.

¹¹ HOPKIN, *When Polanyi met Farage: market fundamentalism, economic nationalism, and Britain's exit from the European Union*, in *British JPIR*, 2017, 19, 3, pp. 465-478. Per una puntuale ricostruzione sulla posizione dei Governi, LINDSTROM, *What's Left for 'Social Europe'? Brexit and Transnational Labour Market Regulation in the UK-1 and the EU-27*, in *NPE*, 2019, 24, 2, pp. 286-298.

¹² ORLANDINI, *Libertà di circolazione e dimensione sociale europea: storia di un'integrazione mancata*, in *RDSS*, 2017, 4, p. 655 ss. che richiama l'emblematica formula “Smith abroad, Keynes at home” coniata da GILPIN, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, 1987, p. 355.

¹³ Dovuto è il richiamo a D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in BAYLOS GRAU, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi editore, 1996, pp. 3-46.

¹⁴ PRASSL, *Migrants, citizens, aliens? Free movement rights for the economically inactive after Breyer and Dano*, in *RDSS*, 2016, 2, pp. 311-328; ORLANDINI, *op. cit.*, p. 667 ss.

¹⁵ FORD M. Q.C., *The Impact of Brexit on UK Labour Law*, in *IJCL*, 2016, 32, 4, 2016, pp. 473-496; EWING, *Implications of the Post-Brexit Architecture for Labour Law*, in *KLJ*, 2017, 28, 3, pp. 403-424; WHITESIDE, *State Policy and Employment Regulation in Britain: An Historical Perspective*, in *IJCL*, 2019, 35, 3, pp. 379-400; MARTINEZ LUCIO, KOUKIADAKI, TAVORA, *The Legacy of Thatcherism in European Labour Relations: The Impact of the Politics of Neo-Liberalism and Austerity on*

Muovendo da queste premesse, il presente saggio si prefigge lo scopo di analizzare con approccio critico e prospettico il nuovo (e ancora frammentato) quadro di tutela dei cittadini e dei lavoratori europei nel Regno Unito dopo il recesso dall'UE, alla luce di quanto è possibile rilevare da una prima lettura delle disposizioni negoziali contenute nell'Accordo di recesso del 2019, delle nuove regole britanniche sull'immigrazione e dell'Accordo Brexit del 2020¹⁶.

2. *La tutela dei lavoratori europei nel Regno Unito ante-Brexit nell'Accordo di recesso*

Nell'inedito processo di recesso, i diritti di cittadini e lavoratori europei hanno rappresentato un complesso nodo negoziale: tanto in relazione al regime di tutela da accordare agli europei già residenti nel Regno Unito prima del termine del periodo di transizione (31 dicembre 2020), quanto al riguardo di coloro che si trasferiscono nel Regno Unito dopo la stessa *deadline*. Si tratta, in buona sostanza, di due 'artefatte' categorie di soggetti cui si applicano regimi di tutela assai differenti, con evidenti ripercussioni sul godimento dei diritti che discendono dalla comune cittadinanza europea¹⁷.

In riferimento alla prima categoria in analisi, è intervenuta la Parte seconda 'Diritti dei cittadini' dell'Accordo di recesso del 2019¹⁸ che ha stabilito

Collective Bargaining in a Fragmenting Europe, Institute of Employment Rights (IER), 2017; GUMBRELL-MCCORMICK, HYMAN, *What about the workers? The implications of Brexit for British and European labour*, in *C&C*, 2017, 21, 3, pp. 169-184; FORD M. Q.C., *op. cit.*, p. 401 ss.; BOGG, *Beyond Neo-Liberalism: The Trade Union Act 2016 and the Authoritarian State*, in *ILJ*, 2016, 45, 3, pp. 299-336.

¹⁶ Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, dall'altra (GUUE, L 444/14, 31.12.2020). L'accordo è stato implementato nel Regno Unito ai sensi dell'*European Union (Future Relationship) Act 2020*. Sul versante europeo, si veda la decisione (UE) 2021/689.

¹⁷ In tema di cittadinanza europea, O'LEARY, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, The Hague, 1996; DOUGAN, *The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship*, in *EULJ*, 2006, 31, 5, pp. 613 ss. MORE, *From Union Citizen to Third-Country National: Brexit, the UK Withdrawal Agreement, No-Deal Preparations and Britons Living in the European Union*, in CAMBIEN, KOCHENOV, MUIR (edited by), *European Citizenship under Stress. Social Justice, Brexit and Other Challenges*, Nijhoff Studies in European Union Law, 2020, 16, p. 458 ss.

¹⁸ Accordo di recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione

per i cittadini europei, evidentemente a condizione di reciprocità, il mantenimento dei diritti derivanti dal diritto europeo per l'intero arco della vita¹⁹.

Il perno normativo continua a rivenirsi nella direttiva 2004/38/CE²⁰, giacché i cittadini europei conservano il diritto di soggiorno 'modulare' acquisito prima del 31 dicembre 2020²¹, che prevede il perfezionamento del diritto permanente (c.d. 'settled status'²²) al cumulo dei cinque anni continuativi nello Stato ospitante. Quest'ultimo diritto, tuttavia, non è cristallizzato *sic et simpliciter*, giacché si intende perso in ragione della assenza dal Regno Unito per più di cinque anni consecutivi²³, di fatto restringendo le possibilità di mantenere tale *status* per i lavoratori precari o che non risiedono permanentemente nel Regno Unito per esigenze economico-sociali non soddisfatte dal sistema di protezione sociale dello Stato ospitante²⁴. Tuttavia, l'Accordo non crea svantaggio nei confronti di coloro che soggiornano nel Paese da un periodo inferiore ai cinque anni, posto che essi acquisiscono temporaneamente il c.d. 'pre-settled status' fino al cumulo del periodo necessario²⁵.

A livello pratico, tuttavia, rilevano alcune criticità. Da una parte, nel Regno Unito la domanda per l'ottenimento del nuovo *status* di soggiorno ha natura costitutiva e perentoria, e non meramente dichiarativa come lascerebbe intendere l'Accordo²⁶, tra l'altro disconoscendo quella giurisprudenza europea che aveva escluso il decadimento del diritto di soggiorno per il mancato perfezionamento delle formalità burocratiche²⁷. Il Regno Unito,

europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (2019/C-384 I/01) (GUUE C 384 I/1, 12.11.2019). Sull'impianto generale dell'Accordo, MARIANI, SACERDOTI, *Brexit and trade issues*, in *Eur. J. of Leg. Stud.*, 2019, 11, 2, 2019, pp. 187-218; BRADLEY, *Agreeing to Disagree: The European Union and the United Kingdom after Brexit*, in *EuConst*, 2020, 16, 3, pp. 379-413.

¹⁹ Art. 39. Ciò anche nella ipotesi di mutamento di status di lavoratori e familiari (art. 17).

²⁰ Titolo II (Diritti e obblighi).

²¹ Art. 13.

²² Con la precisazione che i periodi di soggiorno legale o di lavoro che precedono o seguono il periodo di transizione sono conteggiati nel calcolo per l'acquisizione del diritto di soggiorno permanente. Cfr. art. 15, co. 1.

²³ Art. 15, co. 3.

²⁴ Sul punto, soprattutto in relazione alle misure di protezione sociale a beneficio di donne, lavoratori atipici e disabili nell'ordinamento britannico, O'BRIEN, *Between the Devil and the Deep Blue Sea: Vulnerable EU Citizens Cast Adrift in the UK Post-Brexit*, in *CMLR*, 2021, 58, p. 437 ss.

²⁵ Art. 16. Sui tentativi del Regno Unito di restringere i diritti dei cittadini europei con il 'pre-settlement status', si veda O'BRIEN, *op. cit.*, p. 457 ss.

²⁶ Art. 18.

²⁷ Caso *Royer* (C. Giust. C-48/75, 8 aprile 1976).

inoltre, potrà più agevolmente limitare il soggiorno, giacché la valutazione dei comportamenti dei cittadini europei finalizzata a limitare tale diritto è ora espletata secondo il diritto nazionale²⁸, esponendo i lavoratori europei a giudizi più severi.

Riguardo ai diritti connessi al soggiorno, i lavoratori subordinati e autonomi, anche frontalieri, continuano a godere del consolidato patrimonio di tutele in virtù dell'art. 45 TFUE e del regolamento (UE) n. 492/2011: dal divieto di discriminazione alla parità di trattamento circa le condizioni di impiego e lavoro, fino ai diritti collettivi²⁹.

Il secondo pilastro dei diritti conservati riguarda il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, rispetto al quale è parimenti stabilita la conservazione dei diritti statuiti dai pertinenti regolamenti (CE) n. 883/2004 e (CE) n. 987/2009³⁰. Se è vero che l'Accordo prevede un meccanismo di acquisizione delle evoluzioni legislative in materia per garantire la continuità del coordinamento, in realtà il comitato misto ivi preposto possiede un ampio margine discrezionale sulle future modifiche sostanziali alla disciplina settoriale europea³¹. Certo è che, quantomeno, in tale modo l'Accordo prende atto della dinamicità della legislazione europea in questa materia, a fronte della assenza di simili previsioni fra le disposizioni negoziali in materia di lavoro.

Pare comunque chiaro che i diritti dei cittadini europei già stabilitisi nel Regno Unito sono tutelati in maniera piuttosto generosa³², attraverso l'inedita applicazione extraterritoriale della cittadinanza europea (a tutela dei cittadini UE che risiedono nel Regno Unito)³³ e, dall'altra parte, l'estensione dell'ambito personale dei diritti di cittadinanza (a tutela dei britannici, non più cittadini europei, che risiedono in un Paese membro)³⁴. È tuttavia pos-

²⁸ Art. 20.

²⁹ Artt. 24 e 25.

³⁰ Artt. 30 e 31. Sulla disciplina europea settoriale, FUCHS, CORNELISSEN (eds.), *EU Social Security Law. A Commentary on EU Regulations 883/2004 and 987/2009*, Nomos, 2015. Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, DEL VECCHIO, *Il lavoro italiano all'estero*, Riflessioni giuridiche sul lavoro, Aracne editrice, 2017, p. 225 ss.

³¹ Art. 36.

³² Paiono pertanto raggiunti gli obiettivi delle istituzioni europee. Cfr. Orientamenti del Consiglio europeo (Articolo 50) per i negoziati sulla Brexit, (EUCO XT 20004/17, Bruxelles, 29 aprile 2017).

³³ MARIANI, *Brexit e il sistema di soluzione delle controversie nell'accordo di recesso dall'Unione europea: quale ruolo per la Corte di giustizia?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2018, 2, 1, pp. 441-456.

³⁴ BARNARD, LEINARTE, *Brexit and citizens' rights*, in *Eur. J. of Leg. Stud.*, 2019, 11, 2, p. 128.

sibile prospettare che l'extraterritorialità conferita alla disciplina europea produrrà non poche difficoltà applicative in relazione all'effettivo godimento delle tutele "esportate" dall'Unione. In effetti, il sistema istituzionale³⁵ preposto all'implementazione dell'accordo consente un atteggiamento autoreferenziale da parte del Regno Unito, che ha affidato la sua applicazione³⁶ ad una autorità indipendente competente ad avviare azioni legali di fronte ad un giudice interno, senza la possibilità di adire la Corte di giustizia.

La Corte di giustizia, inoltre, vede di fatto scardinarsi la competenza esclusiva sulla interpretazione del diritto europeo, posto che il giudice britannico chiamato ad interpretare le disposizioni sui diritti dei cittadini può – ma non deve – operare una sorta di rinvio pregiudiziale alla Corte³⁷. È quindi evidente che l'avvio di un dialogo regolare tra la Corte europea e le alte giurisdizioni del Regno Unito³⁸ si presenti come un palliativo che non offre garanzie precise sulla futura prassi delle corti nazionali di sostenere una interpretazione coerente delle disposizioni negoziali con il diritto europeo.

Ad attenuare i dubbi sulla futura interpretazione delle norme, ad ogni modo, è posto il principio secondo cui le disposizioni dell'Accordo che rimandano al diritto europeo sono interpretate conformemente alla giurisprudenza europea antecedente la fine del periodo di transizione³⁹. Questa clausola generale apporrebbe quantomeno una garanzia (formale) sul rispetto dell'*acquis* giurisprudenziale riguardo l'apparato nozionistico e dispositivo consolidato nell'ordinamento europeo, senza fare salva tuttavia la futura evoluzione interpretativa della Corte.

3. *La tutela dei lavoratori UE di nuovo ingresso: dal regime sull'immigrazione all'Accordo Brexit*

Dal 2021 i cittadini europei sono equiparati ai cittadini degli altri Stati terzi e, pertanto, sono sottoposti al medesimo meccanismo restrittivo di con-

³⁵ Per una descrizione del sistema, LARIK, *Decision-Making and Dispute Settlement*, in FABBRINI (edited by) *The Law & Politics of Brexit*, Oxford University Press, 2020, pp. 191-210.

³⁶ Art. 159, co. 1.

³⁷ Art. 158, co. 1.

³⁸ Art. 163.

³⁹ Art. 4.

trollo dell'immigrazione che ha lo scopo di attrarre i lavoratori stranieri qualificati sulla base delle esigenze di mercato interno⁴⁰.

Si tratta di un sistema di ingresso a punteggio per i cittadini stranieri che abbiano già un'offerta di lavoro e che posseggano la padronanza della lingua inglese. Tuttavia, sono poste alcune condizioni di accesso finalizzate a contrastare lo sfruttamento del lavoro straniero e, più indirettamente, a minimizzare il costo sociale degli immigrati. Sono infatti imposti particolari titoli di studio e/o soglie di stipendio minimo che si spingono a dettagliare la tariffa oraria minima sulla base della settimana lavorativa, allo scopo evidente di contrastare le pratiche fraudolente di quegli sponsor che imporrebbero orari di lavoro più lunghi per compensare il rispetto di siffatti livelli salariali. A rendere ancor più gravoso l'ingresso dei lavoratori stranieri è poi l'insieme delle spese che lo sponsor deve sostenere per l'ottenimento del visto e il soggiorno del lavoratore, come il supplemento annuo per l'assistenza sanitaria⁴¹.

È evidente che il sistema – ancora in corso di perfezionamento⁴² – risponda alla volontà del governo britannico di bloccare la crescente immigrazione dei *working poors* europei, il cui livello di reddito e di istruzione è talmente basso da non soddisfare i requisiti minimi di accesso al mercato del lavoro britannico⁴³.

3.1. Le clausole sociali nell'Accordo Brexit

Nella ipotesi in cui siano soddisfatti siffatti requisiti d'ingresso, il regime di tutela per i cittadini europei che si trasferiscono post-Brexit nel

⁴⁰ Per effetto dell'*Immigration and Social Security Co-ordination (EU Withdrawal) Act* 2020. Sulla nuova *policy* delineata nel febbraio 2020, *The UK's points-based immigration system: policy statement*, policy paper, Home Office, UK Visas and Immigration, 19 febbraio 2020. Cfr. GOWER, *The new points-based immigration system*, briefing paper, House of Commons Library, CBP 8911, 12 May 2020. Per una ricostruzione storica della *policy* britannica in materia di immigrazione, DONMEZ, SUTTON, *British immigration policy, depoliticisation and Brexit*, in *Comp. Eur. Politics*, 2020, 18, pp. 659-688.

⁴¹ BARNARD, LEINARTE, *op. cit.*, p. 454.

⁴² Di recente introduzione è stata, ad esempio, la c.d. 'Graduate route'. Cfr. *Explanatory memorandum to the statement of changes in Immigration Rules presented to Parliament on 4 march 2021* (HC 1248).

⁴³ AKHTAR, *Low Skilled Jobs, Free Movement Migration and Employment in the UK*, in *LLJ*, 2020, 71, 3, p. 147.

Regno Unito è stabilito nel c.d. “Accordo Brexit”⁴⁴ ratificato dall’Unione nel 2021. La stessa scelta di adottare un accordo di libero scambio⁴⁵, in realtà, di per sé solleva dubbi sulla efficacia delle disposizioni lavoristiche ivi contenute, posto che in genere le clausole sociali statuiscono basilari garanzie dal valore per lo più promozionale⁴⁶, in evidente contrasto con il consolidato *acquis* giuridico finora condiviso tra i partner “commerciali” coinvolti.

E difatti l’accordo replica grossomodo le tradizionali tecniche regolatorie impiegate nei *trade agreements* sottoscritti dall’UE⁴⁷, riproponendo clausole sociali di carattere prevalentemente *soft* sul rispetto degli *international core labour standard* e della Carta sociale europea⁴⁸ da una parte, e il diritto di determinare le proprie politiche in attuazione degli impegni assunti (c.d. diritto di legiferare) dall’altra⁴⁹.

⁴⁴ Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l’Unione europea e la Comunità europea dell’energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall’altra (GUUE, L 149/10, 30.4.2021). L’accordo è stato implementato nel Regno Unito ai sensi dell’*European Union (Future Relationship) Act 2020*. Sul versante europeo, si veda la decisione (UE) 2021/689 seguita alla ratifica dell’Accordo da parte del Parlamento europeo in data 28 aprile 2021.

⁴⁵ Una scelta non scontata, se si tiene conto delle valutazioni dell’allora Governo britannico nel 2016. Cfr. *Alternatives to membership: possible models for the United Kingdom outside the European Union*, HM Government, marzo 2016.

⁴⁶ GIOVANNONE, *La tutela dei labour standards nella catena globale del valore*, Aracne editrice, 2019, p. 80 ss.

⁴⁷ PERULLI, TREU (a cura di), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Wolters Kluwer International, 2018; CAGNIN, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Wolters Kluwer, 2018; TREU, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT - 133/2017; MYANT, *The impact of trade and investment agreements on decent work and sustainable development*, European Trade Union Institute (ETUI), Brussels, 2017; PERULLI, *Regolazione del mercato e sfera sociale: la prospettiva delle clausole sociali nel commercio internazionale*, in PERULLI, BRINO, *Manuale di Diritto Internazionale del Lavoro*, Giappichelli, 2015; PERULLI, *Sostenibilità, diritti sociali e commercio internazionale: la prospettiva del Trans Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 115, 2015; KOHL, BRAKMAN, GARRETSEN, *Do Trade Agreements Stimulate International Trade Differently? Evidence from 296 Trade Agreements*, in *World Econ.*, 2015, 39, 1, pp. 97-131.

⁴⁸ Parte seconda, ai Capi 6 “Standard sociali e del lavoro” e 8 “Altri strumenti per il commercio e lo sviluppo sostenibile” del Titolo XI “Parità di condizioni per una concorrenza aperta e leale e per lo sviluppo sostenibile”.

⁴⁹ Nota 1, Art. 399, par. 5. Similmente, nella prassi dispositiva, art. 16.2 dell’APE EU-Giappone e art. 23.2 del CETA EU-Canada.

Altrettanti dubbi sorgono inoltre in relazione agli scenari attuativi della “clausola di non regresso” sugli standard raggiunti⁵⁰, ai sensi della quale ciascuna parte si astiene dall’abbassare gli standard di tutele sociali vigenti. In effetti, la puntualizzazione riguardo il potere di legiferare sulla determinazione dei “livelli di tutela sociale e del lavoro”⁵¹ restringe l’azionabilità della clausola, già posta a salvaguardia di impegni sociali di per sé generici. In secondo luogo, la clausola impegna le parti a non abbassare i livelli di tutela “in una maniera che abbia ripercussioni sul commercio o sugli investimenti”⁵², rendendo complessa l’esperibilità dei meccanismi arbitrali. L’esigua prassi arbitrale⁵³, infatti, non ha mai prodotto sanzioni in capo ai Paesi accusati di violare le clausole sociali, in ragione dell’ardua costruzione di un impianto accusatorio atto a dimostrare lo svantaggio competitivo subito mediante le pratiche di *dumping* sociale avallate o incentivate da uno Stato *partner*⁵⁴.

L’Accordo, tuttavia, superando il modello cooperativo dell’UE, prevede un meccanismo di risoluzione delle controversie *ad hoc* che può condurre alla adozione di misure correttive temporanee⁵⁵. A suggerire un approccio coercitivo pare soprattutto la possibilità per le parti di adottare “misure di riequilibrio” per affrontare le ipotesi di “ampie divergenze” in materia sociale, tali da incidere in modo evidente sugli scambi e sugli investimenti⁵⁶. È probabile che tali misure saranno oggetto dei contenziosi arbitrali più frequenti⁵⁷, posta l’ampia discrezionalità che la disposizione lascia alle parti in relazione alla loro portata e durata e alla proporzionalità rispetto al danno subito. Queste introduzioni, per lo meno, spingono l’UE oltre l’“*aspirational approach*”⁵⁸, avvicinandola alle tecniche regolatorie *hard* sperimentate dagli

⁵⁰ Artt. 387 e 388.

⁵¹ Art. 387, par. 1.

⁵² Art. 387, par. 2.

⁵³ Il riferimento va soprattutto al contenzioso Guatemala–USA nell’ambito dell’accordo CFTA–DR. Cfr. *Final Report of the Panel in the Matter of Guatemala - Issues Relating to the Obligations under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR of June 14, 2017*.

⁵⁴ COMPA, VOGT, GOTTWALD, *Wrong turn for workers’ rights: the U.S. – Guatemala CAFTA labor arbitration ruling – and what to do about it*, International Labor Rights Forum, 2018.

⁵⁵ Si vedano in particolare gli artt. 389 e ss. e gli art. 739–749.

⁵⁶ Art. 411.

⁵⁷ Il ricorso alla procedura arbitrale è stabilito dal par. 3 del medesimo articolo.

⁵⁸ CAMPLING, HARRISON, RICHARDSON, SMITH, *Working beyond the border? A new research agenda for the evaluation of labour standards EU trade agreements*, in *Int. Labour Rev.*, 2016, 155, 3, pp. 357–382; VAN DEN PUTTE, BOSSUYT, ORBIE, DE VILLE, *Social Norms in EU Bilateral Trade Agreements: A Comparative Overview*, in TAKACS, OTT, DIMOPOULOS (edited by), *Linking*

Stati Uniti⁵⁹: approcci regolatori, questi, che assurgono ad emblema riguardo la capacità degli Stati di vincolare i Paesi *partner* al rispetto dei diritti dei lavoratori⁶⁰.

3.2. La mobilità transnazionale dei professionisti

Anche il regime di mobilità dei lavoratori, in coerenza con la *ratio* degli accordi di libero scambio, sottende una funzione esclusivamente commerciale e scoraggia il tentativo di rintracciare nelle norme qualsiasi finalità di protezione. E difatti, le regole per la mobilità delle persone fisiche che forniscono servizi seguono l'impostazione del "Mode 4" previsto dal GATS, il cui am-

Trade and Non-Commercial Interests: The EU as a Global Role Model, TMC Asser Institute, 2013, pp. 35-48; VAN DEN PUTTE, *Divided We Stand: The European Parliament's Position on Social Trade in the Post-Lisbon Era*, in MARX, WOUTERS, RAYP, BEKE (edited by), *Global governance of labour rights : assessing the effectiveness of transnational public and private policy initiatives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 63-82; VOGT, *The evolution of labor rights and trade - A transatlantic comparison and lessons for the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in *J. Int. Econ. Law*, 2015, 18, 4, pp. 827-860; HACHEZ, *Essential elements' clauses in EU trade agreements making trade work in a way that helps human rights?*, Working Paper No. 158, Leuven Centre for Global Governance Studies, 2015; MANNERS, *The Social Dimension of EU Trade Policies: Reflections from a Normative Power Perspective*, in *Eur. For. Affairs Rev.*, 2009, 14, p. 785 ss.

⁵⁹ Sul 'conditional approach' statunitense: CAMPOS ORTIZ, *Labor Regimes and Free Trade in North America: From the North American Free Trade Agreement to the United States-Mexico-Canada Agreement*, in *Lat. Am. Policy*, 2019, 10, 2, pp. 268-285; BELLACE, *The Link Between Trade and Social Clauses*, in PERULLI, TREU (edited by), in *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 57-68; GIUMELLI, VAN ROOZENDAAL, *Trade agreements and labour standards clauses: Explaining labour standards developments through a qualitative comparative analysis of US free trade agreements*, in *Glob. Soc. Policy*, 2016, 17, 1, pp. 38-61; KAY, *Labor Transnationalism and Global Governance: The Impact of NAFTA on Transnational Labor Relationships in North America*, in *III Am. J. Soc.*, 2005, 111, 3, pp. 715-756; COMPA, *NAFTA's Labor Side Accord: A Three-year Accounting*, in *law bus. rev. Am.*, 1997, 3, p. 6 ss. Criticità permangono sul piano attuativo. Cfr. OEHRI, *Civil society activism under US free trade agreements: The effects of actorness on decent work*, in *Politics Gov.*, 2017, 5, 4, pp. 40-48; AGUSTI-PANAREDA, EBERT, LECLERCQ, *Labour Provisions in Free Trade Agreements: Fostering their Consistency with the ILO Standards System*, ILO, 2014, p. 6 ss.

⁶⁰ MARX, EBERT, HACHEZ, *Dispute Settlement for Labour Provisions in EU Free Trade Agreements: Rethinking Current Approaches*, in *Politics Gov.*, 2017, 5-4, pp. 49-59; OEHRI, *Comparing US and EU Labour Governance 'Near and Far'- Hierarchy vs Network?*, in *J. Eur. Public Policy*, 2015, 22, 5, pp. 731-749; DELFINO, *Clausole sociali, competenza comunitaria e costituzionalizzazione dei diritti dei lavoratori*, in *DD*, 2004, 3, pp. 140-141.

bito di applicazione esclude espressamente le persone in cerca di lavoro e i lavoratori permanenti⁶¹.

È tuttavia vero che riguardo l'ingresso e il soggiorno temporaneo di alcune categorie di professionisti sono state adottate regole meno restrittive rispetto al regime GATS. Il regime di mobilità, infatti, non prevede una elencazione tassativa, e dunque limitativa, degli ambiti di riferimento, come avviene nel regime GATS⁶².

A dir il vero, sembra che il Regno Unito abbia mostrato un certo favore alla mobilità transnazionale dei professionisti⁶³, ma è evidente che si tratti di un regime piuttosto limitativo che non intralcia il sistema di immigrazione, né il *corpus* normativo sul diritto di soggiorno e sulla tutela dei lavoratori permanenti⁶⁴. Anzi, è specificato che continueranno ad applicarsi le norme nazionali lavoristiche e previdenziali (anche sui salari minimi⁶⁵), probabilmente allo scopo di arginare il rischio di *dumping sociale* anche nella fornitura dei servizi⁶⁶.

Si noti infine che a comprimere ulteriormente la mobilità dei professionisti potrebbe contribuire l'incertezza sul riconoscimento delle qualifiche professionali, subordinato alla conclusione di futuri accordi⁶⁷ a seguito della

⁶¹ GATS, par. 2, Annex on movement of natural persons supplying services under the agreement. Cfr. DOWLAH, *Cross-border labor mobility. A critical assessment of WTO's GATS Mode 4 vis-à-vis regional trade agreements*, in *J. Int. Trade Law Policy*, 2014, 13, 1, pp. 2-18; WINTERS, WALMSLEY, WANG, GRYNBERG, *Negotiating the liberalization of the temporary movement of natural persons*, Discussion Papers in Economics, 87, University of Sussex, 2002; RITCHIE DAWSON, *Labour Mobility and the WTO: The Limits of GATS Mode 4*, in *Int. Migr.*, 2013, 51, 1, pp. 1-23. Sulle prospettive Brexit, ADLUNG, *Brexit from a WTO/GATS Perspective: Towards an Easy Divorce?*, in *J. World Trade*, 2018, 52, pp. 721-744; MARIANI, SACERDOTI, *op. cit.*, p. 197 ss.

⁶² Capo 4 (artt. 140-145) del Titolo II. Cfr. BARNARD, LEINARTE, *op. cit.*, p. 456; BARNARD, LEINARTE, *Mobility of Persons in the New UK-EU Relationship*, paper n. 12/2021, Legal Studies Research – Paper Series, University of Cambridge, 2021.

⁶³ La bozza di accordo del Governo britannico prevedeva termini temporali più concessivi rispetto alle proposte europee. Cfr. *Draft Working Text for a Comprehensive Free Trade Agreement Between the United Kingdom and the European Union*, Prime, Minister's Office, 19 May 2020.

⁶⁴ Parla di “*credible compromise, as opposed to permanent or other forms of migration, to promote cross-border labor mobility*” DOWLAH, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁵ Art. 140, par. 3.

⁶⁶ D'altronde, la riluttanza del Regno Unito verso l'adozione del modello GATS è stata spiegata proprio in relazione al fatto che le disposizioni avrebbero incrementato il rischio sia di flussi migratori ‘*low-cost*’ e permanenti. Cfr. PERSIN, *Free Movement of Labour: UK Responses to the Eastern Enlargement and GATS Mode 4*, in *J. World Trade*, 2008, 42, 5, pp. 837-864.

⁶⁷ Art. 158.

adozione di una convenzione sulle condizioni di riconoscimento da parte del consiglio di partenariato⁶⁸.

Sembra evidente che, sul piano attuativo, le procedure non saranno agili, non essendo consentito alcun automatismo. Le convenzioni, anzi, potranno fissare solamente le condizioni per il riconoscimento per mezzo delle autorità competenti⁶⁹.

3.3. *Il Protocollo sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale: gli spiragli per il distacco transnazionale*

L'accordo Brexit contiene il "Protocollo sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale" che, seppur con applicazione temporanea di 15 anni⁷⁰, ha scansato l'ipotesi di negoziare intese bilaterali in materia di sicurezza sociale⁷¹. Pur non essendovi spazio per una trattazione approfondita, pare opportuno soffermarsi sulle norme peculiari riguardo il coordinamento sulla sicurezza sociale per i lavoratori distaccati.

La materia del distacco infra-europeo, infatti, rappresenta da tempo un terreno di scontro, posto che l'approccio economicistico adottato da una nota giurisprudenza europea ha limitato l'applicazione delle tutele lavoristiche nazionali ai lavoratori distaccati per favorire la libera prestazione dei servizi nel Mercato Unico, agevolando la diffusione del *dumping* sociale praticato attraverso il distacco della manodopera straniera a basso costo⁷².

⁶⁸ Sul consiglio di partenariato si veda l'art. 7, par. 4, Titolo III, Parte prima. Riguardo il riconoscimento delle qualifiche, in linea con la *ratio* economicistica, l'intesa deve essere suffragata dalla "valutazione dei previsti vantaggi economici derivanti per l'economia di entrambe le parti" (sez. C, punto 16, Allegato 24).

⁶⁹ Art. 158, par. 3 e 4.

⁷⁰ Art. SSC.70.

⁷¹ Sul modello delle garanzie reciproche fissate dal Regno Unito con gli USA e il Canada, JAY, DAVIES, REID, *Brexit: Implications for Employers*, in *Empl. Relat. Law J.*, 2016, 42, 3, pp. 69 ss.; VERSCHUEREN, *Scenarios for Brexit and social security*, in *MJECL*, 2017, 24, 3, pp. 367-381.

⁷² I richiami giurisprudenziali, scontati quanto dovuti, sono al caso *Viking* (C. Giust. C-438/05, 11 dicembre 2007) e, soprattutto, al caso *Laval* (C. Giust. C-341/05, 18 dicembre 2007). Sul punto, ORLANDINI, *Il recepimento delle direttive sul distacco transnazionale in Italia: l'impatto del caso Laval*, in *RIDL*, 2011, 131, 3, pp. 405-418; NOVITZ, *op. cit.*, pp. 256-257; BARNARD, *Free Movement and Labour Rights: Squaring the Circle?*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper, n. 23, 2013; BOSCH, WEINKOPF, *Transnational Labour Markets and National Wage Setting Systems in the EU*, in *IRJ*, 2013, 44, 1, pp. 2-19. Sulle criticità relative al distacco europeo, BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, 2009; CRESPI, MENZ,

Nonostante la Corte di giustizia abbia mutato atteggiamento interpretativo chiarendo apertamente l'applicazione delle norme e dei contratti collettivi di applicazione generale dello Stato ospitante ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 96/71/CE⁷³, le criticità attuative persistevano in quegli ordinamenti giuridici – come il Regno Unito⁷⁴ e l'Italia⁷⁵ – ove non è riconosciuta l'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi⁷⁶. Come noto, il legislatore europeo ha tentato di rimediare parzialmente attraverso l'emanazione della direttiva (UE) 2018/957⁷⁷. In particolare, seppur l'articolo 3 della direttiva 96/71/CE sia rimasto immutato, la direttiva del 2018 ha introdotto un concetto più ampio di retribuzione, ricomprendente tutti gli elementi costitutivi previsti dalle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, dai contratti collettivi o dagli arbitrati, allo scopo di blindare gli standard di tutela retributivi fissati dai contratti collettivi, anche privi di efficacia *erga omnes*⁷⁸. È tuttavia evidente che l'evoluzione legislativa in tema di parità di trattamento dei lavoratori distaccati e interni non ha sortito effetti sulla Brexit, dal momento che la nuova direttiva è stata adottata di gran lunga dopo il voto referendario.

Alla lettura del Protocollo, l'art. SSC. II stabilisce che dal 2021⁷⁹ – e pre-

Commission entrepreneurship and the debasing of social Europe before and after the eurocrisis, in *JCM*, 2015, 53, 4, pp. 753-68; FUCHS, *Distacco. Il quadro normativo di diritto europeo del lavoro e della sicurezza sociale*, in *RIDL*, 2018, 1, pp. 3-16; TURSI, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *DRI*, 2018, 3, pp. 835-849. Riguardo l'impatto della giurisprudenza europea sul distacco nell'ordinamento italiano, PERINETTO, *Viking and Laval: An Italian Perspective: A Case of No Impact*, in *ELLJ*, 2012, 3, 4, pp. 270-299. Sull'impatto della medesima giurisprudenza nell'ordinamento britannico, KILPATRICK, *Has Polycentric Strike Law Arrived in the UK? After Laval, After Viking, After Demir?*, in *IJCL*, 2014, 30, 3, pp. 293-318. ⁷³ Caso *Sähköalojen ammattiliitto* (C. Giust. C-396/13, 12 febbraio 2015).

⁷⁴ EWING, HENDY, *New Perspectives on Collective Labour Law: Trade Union Recognition and Collective Bargaining*, in *ILJ*, 2017, 46, 1, pp. 23-51.

⁷⁵ ORLANDINI, *Il distacco transnazionale dopo il d.lgs. 22/2020*, in *DLRI*, 2020, 168, pp. 749-765.

⁷⁶ Ne è la dimostrazione, nel Regno Unito, la vicenda Lindsey del 2009 con lo slogan "British jobs for British workers". Cfr. BARNARD, *British jobs for British workers': The Lindsey oil refinery dispute and the future of local labour clauses in an integrated EU market*, in *ILJ*, 2009, 38, 3, pp. 245-277.

⁷⁷ Per un approfondimento sulla direttiva, NUFFEL, AFANASJEVA, *The Revised Posting of Workers Directive: Curbing or Ensuring Free Movement?*, in CAMBIEN, KOCHENOV, MUIR (edited by), *op. cit.*, pp. 271-302.

⁷⁸ GIOVANNONE, *op. cit.*, p. 74 ss.

⁷⁹ I lavoratori distaccati entro il 2020 godevano del regime di coordinamento statuito a

sumibilmente per l'intero periodo di applicazione temporanea del Protocollo (15 anni) – il lavoratore distaccato rimane soggetto alla legislazione dello Stato in cui esercita abitualmente le proprie attività (principio della personalità), nel caso in cui la durata di tale attività non superi i 24 mesi⁸⁰. Vale la pena evidenziare che è riproposto il limite statuito dall'art. 12 del regolamento (CE) 883/2004 invece del periodo massimo di 18 mesi (12 + 6 di proroga eventuale) statuito dalla normativa europea sul distacco⁸¹.

Ad ogni modo, nell'Accordo si nota l'assenza di una disciplina unitaria che regoli il distacco dei lavoratori, onde è possibile ravvisare i margini di impiego del lavoro distaccato tra le parti proprio nei limiti temporali del coordinamento in materia di sicurezza sociale. Al di fuori di questo perimetro, il predetto “principio della personalità” cede il posto a quello della “territorialità”, che comporta l'assoggettamento alla legislazione del paese ricevente. Sul piano degli effetti, il distacco risulterebbe gravoso per i datori di lavoro sul versante gestionale e il superamento del limite temporale potrebbe sdoganare le pratiche di *dumping* sociale, ad esempio nella ipotesi di distacco dall'Italia al Regno Unito in ragione del risparmio per il datore di lavoro italiano sortito dal pagamento di aliquote contributive più basse previste nell'ordinamento britannico.

Queste brevi e parziali disposizioni paiono riproporre le questioni interpretative che hanno afflitto la normativa europea sul distacco. Non è infatti chiaro se l'art. SSC.11 specifichi l'applicazione della legislazione dello Stato di invio nella sola materia di sicurezza sociale, come suggerirebbe il peculiare campo di applicazione materiale del Protocollo. In tal caso, l'Accordo rimarrebbe silente sulla applicazione delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi a tutela delle condizioni di lavoro e della retribuzione. Insomma, se da una parte è stato escogitato il “coordinamento previdenziale”, evitando l'aggravamento degli oneri in capo ai datori di lavoro, dall'altra non sono state fissate le norme di “coordinamento lavoristico” sulle condizioni di impiego, a garanzia di un adeguato trattamento economico-normativo dei lavoratori distaccati funzionale al contrasto del *dumping* sociale.

livello europeo. Cfr. INPS, Circolare 16/2020 e Messaggio n. 4805/2020. Si veda anche la più recente Circolare 71/2021.

⁸⁰ Art. SSC.11, par. 1, lett. a). Ugualmente, l'art. SSC.11, par. 1, lett. b per i lavoratori autonomi.

⁸¹ Art. 3 della direttiva 96/71/CE.

4. *Prospettive di deregolamentazione sociale interna*

Sullo sfondo dei fenomeni di deregolamentazione che da tempo caratterizzano l'ordinamento britannico⁸², le prospettive di fossilizzazione ovvero di ulteriore depauperamento delle tutele lavoristiche interne non paiono azzardate⁸³. La normativa di derivazione europea vigente nel Regno Unito costituisce una nuova categoria di diritto nazionale – il *retained UE law* (diritto europeo conservato) – soggetto pertanto ai processi di ordinaria modifica legislativa⁸⁴. Nondimeno, la giurisprudenza europea – ed esclusivamente quella ante-Brexit – continuerà ad essere vincolante, ma sarà considerata a sua volta come legge britannica⁸⁵, mentre le sentenze europee post-Brexit, al più, potranno essere “tenute in considerazione” dalle corti interne⁸⁶. I giudici interni potranno dunque agevolmente praticare l'*overruling* sulle sentenze europee mentre ai cittadini britannici sarà precluso l'accesso alla Corte di giustizia⁸⁷. In terzo luogo, l'interruzione *d'embrée* dell'applicazione interna della Carta dei diritti fondamentali UE⁸⁸ potrebbe minare l'interpretazione

⁸² Sul processo interno di deregolamentazione sociale, DAVIES, FREEDLAND, *Towards a Flexible Labour Market: Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, Oxford University Press, 2007; BOGG, *op. cit.*, pp. 299-336; Whiteside, *op. cit.*, pp. 379-400; TEAGUE, DONAGHEY, *op. cit.*, p. 513 ss.; HEYES, MOORE, NEWSOME, TOMLINSON, *Living with uncertain work*, in *IRJ*, 2018, 49, n. 5-6, pp. 420-437; TODOLI-SIGNES, *The End of the Subordinate Worker: The on-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*, in *IJCL.*, 2017, 33, 2, pp. 241-68.

⁸³ Parimenti sul versante previdenziale, GINGRICH, KING, *Americanising Brexit Britain's Welfare State?*, in *Polit. Q.*, 2019, 90, 1, pp. 89-98.

⁸⁴ In raccordo con il più recente *Withdrawal Agreement Act 2020*, l'*European Union (Withdrawal) Act 2018*, sez. 2, 3, 7 e 8.

⁸⁵ Sez. 6. *European Union (Withdrawal) Act 2018*, cit.

⁸⁶ Sez. 6, par. 2, *ibidem*. Anche la Corte Suprema britannica è intervenuta nella sentenza (*Miller*) *v Secretary of State for Exiting the EU* ([2017] UKSC 5). La Corte ha ivi espressamente chiarito che “*the Court of Justice will no longer have any binding role in relation to [...] [the] scope or interpretation*” degli atti normativi di derivazione europea. (par. 70).

⁸⁷ Sull'importanza che il diritto di ricorso alla Corte di Giustizia ha avuto per i progressi attuativi dell'*acquis* europeo nel Regno Unito, EWING, *op. cit.*, p. 412. A ciò si aggiunga l'infungibilità nell'era post-Brexit della procedura di infrazione, che in passato ha più volte sollecitato l'allineamento della disciplina sociale britannica con la normativa europea. A titolo di esempio, sulla parità di retribuzione, *Commissione v. Regno Unito* (C. Giust. C-61/81, 1982); sui diritti dei lavoratori nel trasferimento di imprese, *Commissione v. Regno Unito* (C. Giust. C-382/92, 1994).

⁸⁸ Sez. 5.

rigorosa del diritto europeo conservato che richiama espressamente lo strumento sovranazionale⁸⁹. Il presagio sul “*bonfire*”⁹⁰ dei diritti dei lavoratori parrebbe avvalorato, tra l’altro, dalla recente proposta del Governo Johnson di modificare *in pejus* la normativa interna sull’orario di lavoro che ha recepito la direttiva 2003/88/CE⁹¹.

La prima lettura degli accordi analizzati suggerisce un limitato margine d’azione dell’Unione nell’arginare i processi britannici di deregolamentazione sociale a danno dei cittadini britannici ed europei immigrati. Almeno così lascerebbero presagire la scarsa capacità prescrittiva degli accordi nelle materie sociali e i deboli sistemi di *enforcement* a loro preposti.

Guardando all’ordinamento europeo, questa inedita circostanza solleciterebbe una profonda riflessione circa la *vexata quaestio* sul corredo dei diritti che delineano la cittadinanza europea⁹². Ma, volendo approntare soltanto una breve considerazione, se è vero che i coefficienti sociali della cittadinanza europea stentano ad emergere oltre le ragioni funzionaliste del Mercato Unico⁹³, la Brexit ha rappresentato uno shock che ha ridestato la necessità di istituire una cittadinanza permanente⁹⁴ e di ridefinire il suo *ethos*. Pare in-

⁸⁹ Così anche GROGAN, *The only certainty is uncertainty: risk to rights in the Brexit process*, in FAHEY, AHMED (edited by), *On Brexit: Law, Justices and Injustices*, Edward Elgar Publishing, p. 73 ss. Sul peso dei diritti fondamentali nell’ordinamento britannico, O’CONNOR, *‘Unchartered’ waters: fundamental rights, Brexit and the (re)constitution of the employment law hierarchy of norms*, in *Eur. Labour Law J.*, 2021, 12, 1, pp. 52-82.

⁹⁰ L’espressione, di particolare successo mediatico, è stata utilizzata dal leader laburista Jeremy Corbyn (*The Guardian*, il 14 aprile 2016).

⁹¹ Financial Time, *UK workers’ rights at risk in plans to rip up EU labour market rules*, 14 gennaio 2021. In risposta all’articolo, la confederazione dei sindacati europei ETUC ha sollevato le prime preoccupazioni sulla proposta. Cfr. ETUC, *EU must act to enforce Brexit deal on workers’ rights*, press release, 15 gennaio 2021. In dottrina, PISARCZYK, *The consequences of Brexit for the labour market and employment law: challenges for the EU from a Polish perspective*, in *NILQ*, 2018, 69, 3, pp. 319-320.

⁹² Cfr. PENNING, SEELEIB-KAISER (edited by.), *EU Citizenship and Social Rights Entitlements and Impediments to Accessing Welfare*, Elgar, 2018; GIUBBONI, *Free movement of persons and European solidarity*, in *EULJ*, 2007, 13, 3, p. 360-379. Sui riflessi di tale dibattito nel Regno Unito, POLAK, *Brexit and the balance of free movement and social justice*, in FAHEY, AHMED (edited by), *op. cit.*, pp. 142-157.

⁹³ COSTAMAGNA, GIUBBONI, *Free Movement of Persons and Transnational Solidarity. The Legacy of Mrker Citizenship*, in *RDSS*, 2021, 1, pp. 1-31; GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, 2012; CINELLI, GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Giappichelli, 2014.

⁹⁴ JESSURUN D’OLIVEIRA, *Brexit, Nationality and Union Citizenship: bottom up*, *EUI Working Papers RSCAS*, 2018, 48.

fatti evidente che il modello della cittadinanza “economica” potrebbe sollecitare ulteriori pulsioni di scetticismo nei confronti dell’UE, alimentate dall’angusto perimetro cui è relegato il concetto di solidarietà infra-nazionale e soprattutto sovranazionale⁹⁵, specie nei contesti di crisi economica come quello attuale⁹⁶.

⁹⁵ BLAUBERGER, SCHMIDT, *Welfare migration? Free movement of EU citizens and access to social benefits*, in *RAP*, 2014, I, 3, p. 6, ritiene che tale criticità potrebbe addirittura alimentare le spinte nazionalistiche.

⁹⁶ Così già GIUBBONI, *European Citizenship and Social Rights in Times of Crisis*, in *Ger. Law J.*, 2015, 15, 5, pp. 935-963.

Abstract

Lo scopo del presente contributo è quello di analizzare, con un approccio critico e prospettico, il nuovo (e inedito) quadro di tutele dei cittadini e dei lavoratori europei nel Regno Unito a seguito della Brexit. In particolare, a fronte della annosa ostilità britannica verso l'*acquis* sociale europeo, si intende esaminare le disposizioni negoziali nelle materie sociali contenute nell'Accordo di recesso del 2019 e nell'Accordo Brexit del 2020, nonché il nuovo regime britannico sull'immigrazione che ha posto fine alla libera circolazione transnazionale di cittadini e lavoratori.

Alla luce dei risultati, infine, l'indagine verterà sulle prospettive di mantenimento ovvero di depauperamento delle tutele sociali di derivazione europea nell'ordinamento britannico, a fronte della ritrovata sovranità nazionale e del processo interno di deregolamentazione sociale.

The purpose of the study is to analyse – with a critical and prospective approach – the new (and unprecedented) framework for the protection of European citizens and workers in the United Kingdom, following the Brexit.

In particular, in the face of the long-term British hostility towards the European social *acquis*, it is intended to examine the negotiating provisions in social matters contained in the “2019 Withdrawal Agreement” and the “2020 Brexit Agreement”, as well as the new British immigration regime that had put an end the transnational free movement of citizens and workers.

Finally, in the light of the results, the study will focus on the prospects of maintaining or impoverishing the social protections of European derivation in the British legal system, in the face of the national sovereignty return and the internal process of social deregulation.

Key words

Brexit, UE, lavoro, concorrenza, distacco.

Brexit, EU, labour, competition, posting.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19 – Pres. K. Lenaerts, Rel. F. Biltgen, IX c. Waber eV e GmbH c. MJ

Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Divieto di discriminazioni fondate sulla religione o sulle convinzioni personali – Norma interna di un'impresa che vieta di indossare, sul luogo di lavoro, qualsiasi segno visibile di natura politica, filosofica o religiosa o di indossare segni politici, filosofici o religiosi vistosi e di grandi dimensioni – Discriminazione diretta o indiretta – Proporzionalità – Bilanciamento della libertà di religione e di altri diritti fondamentali – Validità della politica di neutralità adottata dal datore di lavoro – Necessità di dimostrare l'esistenza di un danno economico subito dal datore di lavoro.

L'art. 1 e l'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che una norma interna di un'impresa, che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose non costituisce, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in applicazione di precetti religiosi, una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi di detta direttiva, ove tale norma sia applicata in maniera generale e indiscriminata.

L'art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, derivante da una norma interna di un'impresa che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, può essere giustificata dalla volontà del datore di

lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti dei clienti o degli utenti, a condizione che, in primo luogo, tale politica risponda ad un'esigenza reale di detto datore di lavoro, circostanza che spetta a quest'ultimo dimostrare prendendo in considerazione segnatamente le aspettative legittime di detti clienti o utenti nonché le conseguenze sfavorevoli che egli subirebbe in assenza di una tale politica, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui queste ultime si iscrivono; in secondo luogo, che detta differenza di trattamento sia idonea ad assicurare la corretta applicazione di tale politica di neutralità, il che presuppone che tale politica sia perseguita in modo coerente e sistematico e, in terzo luogo, che detto divieto si limiti allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto.

L'art. 2, par. 2, lett. b), i), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che una discriminazione indiretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali derivante da una norma interna di un'impresa che vieta, sul luogo di lavoro, di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose allo scopo di assicurare una politica di neutralità all'interno di tale impresa può essere giustificata solo se detto divieto riguardi qualsiasi forma visibile di espressione delle convinzioni politiche, filosofiche o religiose. Un divieto che si limiti all'uso di segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose vistosi e di grandi dimensioni è tale da costituire una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, che non può in ogni caso essere giustificata sulla base di tale medesima disposizione.

L'art. 2, par. 2, lett. b), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che le disposizioni nazionali che tutelano la libertà di religione possono essere prese in considerazione come disposizioni più favorevoli, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, di tale direttiva, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato di una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

Gemma Pacella

Velo islamico e libertà di impresa: nuovo orientamento della Corte di Giustizia

Sommario: **1.** Il consolidamento di un precedente e... **2.** *Segue* ...il suo superamento. **3.** Le dimensioni del simbolo e una conclusione.

I. *Il consolidamento di un precedente e...*

Il tema del *dress code* sul lavoro, quando interseca la libertà di manifestare la propria religione o le proprie opinioni ideologiche e politiche, è un terreno delicato di discussione, data “la presenza sempre più consistente nei paesi europei di lavoratori immigrati che invocano il riconoscimento di uno spazio adeguato delle proprie identità culturali e religiose”¹.

In Italia, per quel che concerne la fattispecie del velo islamico nei luoghi di lavoro², almeno un caso è divenuto noto³, mostrando che anche nel nostro ordinamento stia diluendo l’immagine del lavoratore, maschio, bianco e cattolico⁴.

¹ SANTAGATA, *Discriminazioni nel luogo di lavoro e «fattore religioso»: l’esperienza tedesca*, in *RIDL*, 2011, I, p. 353 ss.

² In Italia, il problema relativo all’uso del velo islamico si è posto, in origine, come una questione di diritto penale, a cominciare dall’incerta applicazione al velo islamico del divieto imposto dall’art. 5 della l. 22 maggio 1975, n. 152, di indossare qualunque mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona in luogo pubblico o aperto al pubblico senza giustificato motivo. Per qualche approfondimento si rinvia a: RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove atecniche di “diritto penale municipale”*, in *RIDPP*, 2008, pp. 133 ss.; FLORIT, *Velo, non velo*, 9 dicembre 2016, in questionegiustizia.it.

³ T. Lodi 3 luglio 2014, reperibile in <http://www.osservatoriodiscriminazioni.org/index.php/-2016/05/09/rifiuto-togliersi-velo-mancata-assunzione-hostess-fiera-commerciale-comportamento-non-integrato-discriminazione-tribunale-lodi-ordinanza-3-luglio-2014/>. Si è trattato del caso di una ragazza che, è ricorsa in giudizio, in quanto esclusa da una selezione, motivata dal fatto che non avesse accolto la richiesta dell’azienda di non indossare il velo islamico. La sentenza di primo grado che aveva rigettato il ricorso, è stata, poi, riformata in appello (Corte d’appello Milano 4 maggio 2016 n. 579, in *RIDL*, 2016, II, pp. 821 ss., con nota di PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno patrimoniale*), ritenendo i giudici di secondo grado che l’esclusione da un posto di lavoro a causa del velo islamico costituisca una discriminazione diretta in ragione della appartenenza religiosa.

⁴ NUZZO, *Verso una società multiculturale. La Corte di Giustizia sul velo islamico*, WP CSDLE

Sono numerosi i casi di cui si è occupata la Corte di Strasburgo, a proposito dei simboli religiosi esibiti non solo sui luoghi di lavoro⁵ e a proposito del velo islamico⁶.

Si è, da ultimo, aggiunta la giurisprudenza della Corte europea di Lussemburgo con i casi pilota di *Achbita* e di *Bougnaoui*⁷: i giudici europei avevano ritenuto che gli obiettivi legittimamente perseguiti da una impresa potessero giustificare una discriminazione indiretta sui luoghi di lavoro, che derivi dal divieto di indossare simboli religiosi o ideologici, ma senza precisare quali potessero essere tali obiettivi legittimi e lasciando che fossero gli Stati membri e i loro giudici a decidere.

La Corte di Giustizia è tornata a conoscere la medesima questione nella sentenza in commento. Le fattispecie concrete, trattate congiuntamente, vertono ancora una volta sull'interpretazione dell'art. 2, par. 1 e 2, lettera a e b, sull'art. 4, par. 1 e sull'art. 8, par. 1, della direttiva 2000/78, in tema di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

Nella causa C-804/18 una dipendente della *Wabe*, azienda che gestisce asili nido, viene sospesa dal servizio per il rifiuto di ottemperare al divieto aziendale di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di natura politica, filosofica o religiosa quando si è a contatto con i genitori o i loro figli.

“Massimo D’Antona”, 2017, n. 324, p. 2; RANIERI, *L’abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*, in VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale scientifica, 2011, pp. 259 ss., spec. p. 260.

⁵ Tra i più celebri: il caso *Eweida and others v. United Kingdom* 15 gennaio 2013, a proposito di una dipendente di una compagnia aerea che aveva indossato un crocifisso sul luogo di lavoro, vietato dalla parte datoriale, ma ammesso dalla Corte di Strasburgo, come manifestazione della libertà di pensiero, di coscienza e di religione. E il caso *S.A.S. v. France* 1^o luglio 2014, in occasione del quale la Corte ha stabilito che una legge francese contenente il divieto di indossare qualunque capo di abbigliamento che copra il volto non viola la CEDU.

⁶ Si veda, ad esempio, Corte EDU *Lehila sahin v. Turkey* 10 novembre 2005 n. 44774/98: il rifiuto dell'ammissione ai corsi universitari di alcuni studenti che indossano il velo islamico non viola l'art. 9 della CEDU, a proposito della libertà di pensiero, di coscienza e di religione; *Dahlab v. Svizzera* 15 febbraio 2000 n. 42393/98: il divieto imposto ad una lavoratrice di una scuola pubblica di indossare il velo non viola l'art. 9 della CEDU; *Ebrahimian v. France* 2 novembre 2015 n. 64846/11: il mancato rinnovo di un contratto di lavoro subordinato in una struttura sanitaria pubblica come misura disciplinare per il reiterato rifiuto di una lavoratrice di rimuovere il velo islamico non costituisce violazione dell'art. 9 della CEDU.

⁷ C. Giust. Grande Sezione 14 marzo 2017 causa C-157/15, *Achbita c. G4S Secure Solution NV*; causa C-188/15, *Bougnaoui c. Micropole SA*.

Nella causa C-341/19 una dipendente di una drogheria subisce un'ingiunzione ad astenersi dall'indossare, sul luogo di lavoro, segni vistosi e di grandi dimensioni di natura politica, filosofica o religiosa.

Ebbene, la Corte qui ribadisce la posizione assunta in passato, tuttavia, come si proverà ad argomentare, la recente sentenza non è un semplice consolidamento dell'orientamento già espresso qualche anno prima⁸.

2. Segue ...*il suo superamento*

Secondo la Corte, in entrambe le cause, il divieto di esibire un simbolo religioso è legittimo, in quanto deriva da una norma aziendale precedentemente fissata dalla parte datoriale e avente, peraltro, efficacia generale ed indiscriminata: infatti sia l'azienda che gestisce asili nido, sia la drogheria avevano disposto un divieto di esternazione di tipo politico, ideologico o religioso, cioè avevano emanato un atto unilaterale che configura una specie di codice etico, "ove l'adesione non solo alle regole di comportamento, ma anche ai valori ivi riportati è indicata come una sorta di obbligo giuridico"⁹.

Secondo l'avvocato generale, il divieto non avrebbe efficacia *erga omnes*, poiché alcune religioni, a differenza di altre, impongono un certo tipo di abbigliamento come precetto¹⁰, ma la Corte rigetta tale impostazione richiamando l'episodio in cui l'azienda della causa C-804/18 avrebbe chiesto e ottenuto da una lavoratrice che indossava una croce di rimuoverla, proprio in applicazione della norma aziendale.

È bene precisare che entrambe le cause nascono dalla circostanza che

⁸ Per i commenti ai casi unificati dalla C. Giust. C-157/15 e C-188/15, si veda: CAPPONI, *Simbologia religiosa e questione di genere*, in *LDE*, 2018; GUARISO, *Velo islamico e questioni connesse*, in *LDE*, 2018; TARQUINI, *Il velo, il mercato, il corpo delle donne. La giurisprudenza di fronte al divieto di vestizione del velo islamico*, in *LDE*, 2018; WEILER, *Je suis Achbita*, in *RTDP*, 2018, pp. 1113 ss.; BERTI SUMAN, *La Corte Ue ritiene non discriminatorio il divieto di indossare il velo islamico sul luogo di lavoro*, in *NGCC*, 2017, pp. 1340 ss.; COSIO, *Le sentenze della Corte di giustizia sul velo islamico*, in *LG*, 2017, pp. 443 ss.; NUZZO, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *RIDL*, 2017, II, pp. 436 ss.; sarà consentito un riferimento a PACELLA, *Velo islamico della dipendente e corporate image: un bilanciamento di interessi nel giudizio della Corte Europea*, in questa rivista, 2017, pp. 643 ss.; PROTOPAPA, *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell'impresa*, in *ADL*, 2017, pp. 1069 ss.

⁹ GUARISO, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰ Conclusioni dell'avvocato generale A. Rantos, 25 febbraio 2021, punto 52.

le dipendenti avrebbero potuto risultare discriminate dalla norma aziendale che impone l'obbligo di neutralità, proprio in virtù della loro religione e, dunque, rispetto ad altre o altri che, in azienda, o professano altre religioni o non aderiscano a nessuna.

Tuttavia, i giudici di Lussemburgo precisano che, intanto, l'eventuale accertamento di una discriminazione diretta basata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'art. 1 e 2, paragrafo 2 lett. a) della direttiva 2000/78, non è limitato alle sole differenze di trattamento tra chi professa una religione o manifesta delle convinzioni personali e chi non aderisce a nessuna religione o a determinate convinzioni personali.

In ossequio, cioè, al principio della parità di trattamento, la ratio della direttiva europea è quella di offrire "ad ogni persona una tutela efficace contro le discriminazioni fondate sul motivo di discriminazione suddetto" (punto 51).

Dunque, la Corte esclude, come aveva già fatto con i casi precedenti, una discriminazione diretta, per il fatto che la norma aziendale si impone parimenti ad ogni dipendente, senza distinzione alcuna tra persone che manifestino di professare proprio una determinata religione o aderire a delle specifiche convinzioni personali¹¹.

Ad ogni modo, fin qui gli elementi di cui si serve la Corte europea per giustificare il divieto aziendale sono gli stessi adoperati per decidere i casi di *Achbita* e di *Boungaoui*.

Piuttosto, l'elemento di novità della sentenza riguarda il requisito in base al quale legittimare la discriminazione indiretta.

Intanto, questa volta la libertà di impresa, che conduce all'obbligo di neutralità in azienda, è funzionale, in un caso, ad una libertà fondamentale della persona e, nell'altro, ai desideri della clientela: nel caso della educatrice di infanzia, il principio di neutralità, infatti, è diretto a tener conto delle legittime aspettative di clienti o utenti ad una istruzione libera ed esente da condizionamenti ideologici o di fede religiosa; mentre, nel secondo caso della commessa di una drogheria, è indirizzato a non urtare i gusti della clientela.

¹¹ A questo proposito si veda la decisione della Corte di Giustizia nel caso *Cresco Investition GmbH c. contro Markus Achatzi* C-193/17, in cui è stata accertata la sussistenza di una discriminazione diretta proprio sulla base di una norma nazionale che istituiva il Venerdì Santo come giorno di ferie e, perciò, fruibile solo per i membri delle Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, della Chiesa vetero-cattolica e della Chiesa evangelica metodista, determinando, cioè, una discriminazione basata direttamente sulla religione.

Proprio il bilanciamento impone di tener conto delle disposizioni normative a cui si affida la Corte¹².

Innanzitutto, bisogna dar conto di quanto dispone l'art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78, in merito al fatto che la differenza di trattamento sia giustificata laddove sussista un motivo, la cui caratteristica costituisca un 'requisito essenziale e determinante' per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Secondo l'interpretazione che ne aveva già fornito la Corte di Lussemburgo nella causa C-188/15, la nozione di requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa deve rinviare ad un requisito 'oggettivamente' dettato dalla natura o dal contesto in cui l'attività lavorativa in questione viene esercitata.

"Essa, per contro [...] non può includere considerazioni soggettive, quali la volontà del datore di lavoro di tenere conto dei desideri particolari del cliente" (punto 40).

Nella sentenza in commento questo punto viene affrontato in termini parzialmente diversi, direi correttivi: "la semplice volontà di un datore di lavoro di condurre una politica di neutralità, sebbene costituisca, di per sé, una finalità legittima, non è di per sé sufficiente a giustificare in modo oggettivo una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, dato che il carattere oggettivo di una siffatta giustificazione può ravvisarsi solo a fronte di una esigenza reale di tale datore di lavoro" (punto 64).

Nel caso della insegnante la Corte riconosce espressamente il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche e per il loro desiderio di far educare i loro figli da persone che non manifestino la loro religione e le loro convinzioni personali¹³, cioè riconosce che si tratta di una 'esigenza reale', per cui il datore di lavoro ha fornito prova del fatto che "in assenza di tale politica di neutralità [...] sarebbe violata la sua libertà di impresa [...] dal momento che, tenuto conto della natura delle sue attività o

¹² La Corte aveva già stabilito che "nel determinare la portata di qualsiasi deroga ad un diritto fondamentale [...] occorre rispettare il principio di proporzionalità che richiede che le limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze del fine così perseguito", così C. Giust. *Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatzi* 22 gennaio 2019 causa C-193/17; si veda altresì, *Lommers* 19 marzo 2002 causa C-476/99.

¹³ Punto 65 della sentenza.

del contesto in cui esse si inscrivono, egli subirebbe conseguenze sfavorevoli” (punto 67).

Dunque, rispetto ai casi precedenti, la Corte di Giustizia non lascia al giudice del rinvio l'accertamento della proporzionalità della misura, ma ritiene che la parte datoriale abbia fornito la prova della sussistenza di una esigenza reale, cioè di quel “qualcosa in più”¹⁴ che supporti il divieto di indossare qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche e religiose.

Rispetto all'altra fattispecie, il divieto di indossare il velo islamico deriva, invece, da meri desideri della clientela di non avere contatti con lavoratrici velate, ciononostante la Corte accerta che anche in questo caso può sussistere un'esigenza reale dell'impresa, come la “prevenzione dei conflitti sociali [... e...] la presentazione del datore di lavoro in modo neutrale nei confronti dei clienti” (punto 76).

Per di più, sono soddisfatti anche i requisiti dell'art. 4 della direttiva, ma alla luce di una nuova e più dettagliata interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia: se fino al caso *Bouagnaoui* poteva residuare la convinzione che i meri desideri della clientela non fornissero quel requisito essenziale e determinante per legittimare una discriminazione indiretta, ora, invece, si afferma che anche l'incontrare i desideri della clientela è una esigenza reale e oggettiva idonea a giustificare un sacrificio della libertà religiosa a fronte della libertà di impresa, confermata dal fatto che, secondo la Corte, l'esigenza reale del datore di prevenzione dei conflitti sociali e di presentazione in modo neutrale nei confronti dei clienti è perseguita in modo tanto più efficace quanto più sia estesa a qualsiasi segno, come si vedrà *infra*, anche di piccole dimensioni, e quanto più sia applicata ai e alle dipendenti a contatto con i clienti (punto 77). Dunque, la dimensione relazionale dell'attività di lavoro acquisisce una innegabile rilevanza per valutare la legittimità di una compressione della libertà religiosa nei luoghi di lavoro.

Il precedente della giurisprudenza europea non solo si consolida, si rafforza e, forse, si corregge.

¹⁴ COSIO, *Il velo islamico. La gerarchia mobile tra la libertà religiosa e altri diritti fondamentali*, in *MGL*, 2021, pp. 741 ss., spec. p. 750.

3. *Le dimensioni del simbolo e una conclusione*

Le questioni pregiudiziali poste nella seconda causa, C-341/19, vertono anche sulle dimensioni dei simboli religiosi: il giudice *a quo* chiede alla Corte europea se il divieto di indossare simboli religiosi debba essere limitato solo ai segni vistosi.

Probabilmente, la questione nasce dalla causa della sig.ra Achbita, in occasione della quale la CGUE aveva fatto espressamente menzione alla visibilità dei segni.

Interpretare questo riferimento nel senso di considerare soddisfatta la politica di neutralità perseguita dalla parte datoriale solo nel caso in cui il segno fosse poco percepibile apre, però, delle questioni, sul piano pratico, relativamente a come poter e a chi spetterebbe misurare il segno e, sul piano giuridico, ciò comporterebbe una violazione del principio di uguaglianza.

La difesa del diritto di chi lavora di indossare simboli di piccole dimensioni è, certamente, finalizzata a limitare il più possibile i divieti nei luoghi di lavoro e a tutelare la loro libertà di espressione, tuttavia, si legittimerebbero forme di discriminazione diretta: è noto che una o un credente di religione cristiana, ad esempio, – che, non solo non impone alcun particolare vestiario, ma, per di più, trova frequente espressione in simboli poco evidenti, come una piccola croce al collo (si veda il caso *Eweida*) –, gioverebbe di un trattamento migliore di una o un credente di una religione, appunto, musulmana¹⁵ o *sikh* che non potrebbe indossare simboli come veli, turbanti o *kirpan*¹⁶.

Secondo l'avvocato generale autorizzare nei luoghi di lavoro un segno religioso di piccole dimensioni è una “soluzione intermedia” (punto 80 delle conclusioni): egli vede, dunque, nelle dimensioni del simbolo uno strumento di bilanciamento tra l'interesse datoriale e la libertà di espressione delle persone che lavorano, che non sarebbe, così, del tutto sacrificata¹⁷.

Invece, la Corte di giustizia riprende le osservazioni alla causa in esame

¹⁵ Tuttavia, si veda VERCELLIN, *Una proposta di lettura attraverso fedi, veli e fondamentalismi*, in DONINI (a cura di), *Il vicino e l'altrove. Islam e occidente: due culture a confronto*, Marsilio, 2003, pp. 55 ss., secondo cui il velo femminile non ha attinenza con la religione, trattandosi, piuttosto, di un comandamento incentrato su questioni sociali e politiche.

¹⁶ In Italia, non ammesso, peraltro, da Cass. I sez. pen. 15 maggio 2017 n. 24084, in *DeJure*.

¹⁷ Condivide le argomentazioni dell'Avvocato Generale sulle dimensioni dei simboli POSO, *La neutralità (politica, filosofica o) religiosa del datore di lavoro deve, quindi, prevalere sulla libertà dei lavoratori di indossare abiti o simboli evidenti delle proprie convinzioni religiose sui luoghi di lavoro?*, in *Labor*, 23 luglio 2021, p. 5.

formulate dalla Commissione europea, in cui si legge che una norma interna di un'impresa che vieta soltanto di indossare simboli vistosi “è tale da pregiudicare più gravemente le persone che aderiscono a correnti religiose [...] che prevedono che sia indossato un indumento o un segno di grandi dimensioni, come un copricapo” (punto 72).

Inoltre, affinché la finalità sia legittima, occorre che la politica di neutralità, a cui è preposto il divieto di indossare simboli religiosi, sia coerente, cioè rivolta a qualsiasi segno (punto 77).

Ad uno sguardo d'insieme si può affermare che, forse, stia venendo meno quella linea di *self restraint* che, con i casi precedenti, aveva indotto i giudici europei a formulare delle indicazioni per gli Stati membri, affinché fossero i giudici nazionali a decidere dei casi concreti, legati alla rappresentazione simbolica della identità religiosa sui luoghi di lavoro, magari tenendo conto delle diverse tradizioni sviluppate in ciascun ordinamento.

La Corte europea ha tenuto conto del rapporto tra il diritto sovranazionale e quello interno, affrontando l'ultima questione pregiudiziale posta nella causa C-341/19, ritenendo che le disposizioni nazionali che tutelano la libertà di pensiero, di convinzione e di religione più favorevoli delle norme europee possono essere prese in considerazione nell'operare il bilanciamento tra principi.

Eppure, i giudici di Lussemburgo, con i casi qui esaminati, hanno imposto un orientamento più preciso di quello emerso con i casi *Achbita* e *Bouagnaoui* e che renderà, in futuro, più difficile per un giudice interno discostarsi dall'interpretazione secondo cui il diritto antidiscriminatorio sui luoghi di lavoro debba sempre essere bilanciato con la libertà di iniziativa economica privata che, anche in ossequio ai desideri della clientela, ne imponga un sacrificio.

Certamente, operare un bilanciamento, entrare nel «gioco delle compatibilità»¹⁸, resta una tecnica, non una soluzione e, in particolare, “invocare il bilanciamento fra i valori ‘lavoro’ e ‘impresa’ non ci dice quale fra i due valori deve prevalere, imponendoci soltanto una procedura argomentativa equa e ragionevole”¹⁹.

¹⁸ VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto e il pathos della dignità*, in *DLRI*, 2010, pp. 259 ss., spec. p. 278.

¹⁹ BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, pp. 175 ss., spec. p. 183.

A meno che il bilanciamento, in sede giudiziaria, non sia sostituito da una vera e propria gerarchia tra valori costituzionali come ha fatto la Corte costituzionale federale tedesca (BVG,

I giudici interni, tutt'al più, potranno fare i conti con l'ipotesi che le indicazioni della Corte di giustizia non determinino un sacrificio assoluto della libertà religiosa a fronte di quella di impresa, ma relativo ai casi in cui il bilanciamento conduce verso una causa oggettivamente intesa, ovvero verso quell'esigenza reale che emerge da questa sentenza²⁰.

2 novembre 2019, n. 2727/19), che, in un caso di licenziamento disciplinare, ha deciso che la dignità umana non può essere bilanciata con nessun diritto fondamentale individuale: ne ha parlato BARBIERI, *La libertà sindacale ed i suoi interpreti: i commentari dello Statuto dei lavoratori*, Pisa, 22 marzo 2020.

²⁰ Da ultimo, si può tener conto di una sentenza molto recente, con cui le Sezioni Unite di Cass. 9 settembre 2021 n. 24414 – che, peraltro, richiamano la sentenza in commento della CGUE (punto 27) – hanno dichiarato l'illegittimità dell'atto con cui il dirigente di una scuola ha disposto una sanzione nei confronti di un insegnante che ad ogni sua lezione rimuoveva il crocifisso dall'aula, per riporlo solo al termine, nonostante la vigenza di una norma interna del dirigente con cui si ordinava l'esposizione del crocifisso. È chiaro che il caso italiano è diverso dai casi europei in esame, dato che, trattandosi di un datore di lavoro pubblico, non può essere valutata la libertà di impresa, ma solo il principio dell'imparzialità dell'amministrazione pubblica.

Key words

Parità di trattamento, Direttiva 2000/78/CE, Simbolo religioso, Politica di neutralità, Regolamento aziendale.

Equal treatment, Directive 2000/78/CE, Religious sign, Policy of neutrality, Corporate rule.

Corte di Cassazione, VI Sezione, 27 maggio 2021, n. 14777 – Pres. Doronzo, Rel. Ponterio

Licenziamento – Art. 18, co. 4, l. n. 300/70 – reintegrazione – tipizzazione collettiva per le sanzioni collettive – discrimine tra tutela reale e tutela obbligatoria – violazione del principio di ragionevole – legittimità costituzionale – trasmissione del procedimento alla Sezione Quarta.

L'orientamento maggioritario della Suprema Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, che fa dipendere l'applicazione della tutela reale (art. 18, co. 4, l. 300/70) oppure obbligatoria (art. 18, co. 5) dalla tipizzazione casistica dell'illecito del dipendente da parte dei contratti collettivi, con riferimento alle sanzioni conservative, non appare rispondente ad un criterio di ragionevolezza, sia perché fa ricadere sui lavoratori le conseguenze delle lacune della contrattazione collettiva sia perché le clausole negoziali, basate su criteri casuali, non sono in grado di realizzare un adeguato contemperamento degli interessi delle parti.

★ ★ ★

Vincenzo Luciani

Licenziamento disciplinare e contrattazione collettiva: il silenzio “assordante” delle parti sociali

Sommario: **1.** L’orientamento maggioritario e i dubbi del giudice di legittimità. **2.** Le previsioni della contrattazione collettiva tra tipizzazioni e clausole elastiche. **3.** Le scelte del legislatore del 2012 e il principio di ragionevolezza. **4.** Il principio di uguaglianza e le conseguenze della latitanza dell’autonomia collettiva.

I. *L’orientamento maggioritario e i dubbi del giudice di legittimità*

La Sesta Sezione civile della Suprema Corte, con la pronuncia in commento¹, solleva dubbi sull’orientamento della giurisprudenza maggioritaria, formatosi sull’art. 18, co. 4, della l. 20 maggio 1970, n. 300, nella parte in cui riconosce al lavoratore illegittimamente licenziato il diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro nei casi in cui il “fatto” contestato “rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”. In particolare la Corte formula argomentazioni critiche nei confronti della posizione ormai consolidata della Sezione Lavoro che interpreta l’inciso riportato nel senso che la disposizione, dopo le modifiche della l. 28 giugno 2012, n. 92, “presuppone una valutazione di proporzionalità, fra sanzione conservativa e fatto in addebito, tipizzata dalla contrattazione collettiva, mentre, laddove il c.c.n.l. rimetta al giudice la valutazione dell’esistenza di un simile rapporto di proporzione in relazione al contesto, al lavoratore spetta la tutela indenitaria di cui all’art. 18 St. Lav., comma 5, l. 300/70”².

¹ La decisione è pubblicata anche in *RIDL*, 2021, II, fasc. 4, con nota di POLITO, *La seconda ipotesi di “ingiustificata qualifica” prevista dall’art. 18, co. 4, St. Lav.: tra lettura estensiva e restrittiva*; anche in *RGL Giurisprudenza online*, Newsletter 6/2021, con nota di SPEZIALE, *La possibile incostituzionalità della interpretazione della Cassazione su reintegrazione e fatti punibili dal contratto collettivo con una sanzione conservativa*, nonché in *LG*, 2021, p. 827 ss., con nota di GIORGI, *L’interpretazione dell’art. 18, co. 4, Stat. Lav. da parte del giudice di legittimità deve essere rimeditata*.

² Dopo l’ordinanza in commento, la S.C. si è pronunciata nuovamente (Cass. 10 giugno 2021 n. 16387), attenendosi all’orientamento prevalente e ritenendo che “solo ove il fatto contestato e accertato sia espressamente contemplato da una previsione di fonte negoziale vincolante per il datore di lavoro, che tipizzi la condotta del lavoratore come punibile con sanzione conservativa, il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela rein-

Gli effetti di questo indirizzo sono, non v'è dubbio, drasticamente penalizzanti in ordine alle tutele spettanti al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, perché nella sostanza, la sequenza argomentativa riportata, esclude *a priori* che il lavoratore possa rivendicare la tutela reintegratoria in tutti i settori – e non sono pochi – in cui gli accordi collettivi, nell'individuare i comportamenti da punire con sanzioni conservative, adoperano clausole elastiche. Nei contratti collettivi, in materia disciplinare, molto ricorrentemente, nelle disposizioni ad essa dedicate, si punisce con sanzione conservativa (senza esattamente individuare neppure quale tra rimprovero, multa o sospensione) il lavoratore che trasgredisca le disposizioni del “presente” contratto o dei regolamenti aziendali, oppure che svolga la sua prestazione in modo negligente. Emblematiche sono le previsioni del testo contrattuale che trova applicazione nella vicenda oggetto della decisione in commento: il CCNL per i dipendenti degli istituti di vigilanza privata, commina, tra le sanzioni conservative “il rimprovero scritto (lett. A), per le condotte caratterizzate da lievi irregolarità nell'adempimento; la multa (lett. B), per i casi di ritardo nell'inizio del lavoro e di esecuzione del lavoro senza la necessaria diligenza; la sospensione (capo C), per chi esegua il lavoro con negligenza grave od ometta parzialmente di eseguire il servizio”³.

2. *Le previsioni della contrattazione collettiva tra tipizzazioni e clausole elastiche*

La S.C., nella decisione in esame, riporta in modo completo ed esauriente tutte le argomentazioni che sono a fondamento dell'indirizzo maggioritario e che vengono ricostruite nei paragrafi da 32 a 43.

Rinviano ai paragrafi della sentenza che ripercorrono le motivazioni,

tegratoria prevista dal co. 4 dell'art. 18 novellato” (nello stesso senso Cass. 9 maggio 2019 n. 12365; 28 maggio 2019 n. 14500). In dottrina cfr. le opinioni di FIORILLO, MARAZZA, PISANI, PROSPERETTI e ROMEO, in AA.VV., *L'ingiustificata qualifica del licenziamento*, *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di VALLEBONA, in *MGL*, 2012, XII, p. 23 ss. Sul tema v. anche TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav. per la Riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 10, p. 873. Nello stesso senso DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, I, p. 269 ss.; TOSI, PUCETTI, *La tipizzazione collettiva degli illeciti disciplinari tra tutela reale e tutela obbligatoria*, in *RIDL*, 2019, II, p. 652.

³ Ancora più evidente è il taglio ampio delle clausole contenute nel CCNL del settore bancario riportate al paragrafo 43 dell'ordinanza in commento.

in questa sede si metteranno a fuoco le critiche che il Collegio muove a tale orientamento e che rappresentano il fulcro delle “perplexità” di cui si dichiara portatore il giudice di legittimità⁴.

Un primo dubbio che la Corte solleva è relativo alla natura dell’operazione ermeneutica che compie l’interprete allorché deve applicare una clausola negoziale che descrive in modo ampio ed elastico la condotta da punire con sanzione conservativa. Per riprendere uno degli esempi riportati e relativo ad una disposizione contrattuale riferita al caso di specie, tra le clausole analizzate c’è quella con cui “si applica la multa per chi esegua il lavoro senza la necessaria diligenza”.

Il giudice di legittimità muove da un presupposto che condivide, vale a dire che il giudizio di “proporzionalità” tra condotta e sanzione deve applicarsi solo nell’operazione preliminare che deve effettuare ogni giudice al cospetto di un licenziamento che viene impugnato, al fine di stabilire la legittimità o meno del recesso. Una volta qualificato il provvedimento come illegittimo, l’altra operazione deve mirare a verificare se il comportamento ha una reale valenza disciplinare: se la risposta è positiva, a questo punto è precluso al giudice procedere secondo un giudizio di “proporzionalità”, in quanto questo compito, ai sensi della nuova versione dell’art. 18, co. 4, spetta all’autonomia negoziale. Il giudice delle leggi dichiara di accettare questo schema, ma con un decisivo chiarimento: ciò che guida il giudice nel confronto tra condotta oggetto di contestazione e clausola negoziale elastica “non trasmoda nel giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato, rimanendo nei limiti di attuazione del principio di proporzionalità come già eseguito dalle parti sociali attraverso la previsione del contratto collettivo”⁵. In sostanza, chiarisce la Corte, il giudice, nel confrontare previsione generale e comportamento sanzionato si incarica di effettuare un giu-

⁴ Propense ad applicare l’art. 18, co. 4, l. 300/70, anche in presenza di clausole elastiche, Cass. 19 marzo 2019 n. 7660; 13 settembre 2018 n. 22380; 11 febbraio 2015 n. 2682, tutte consultabili in *Dejure*.

⁵ Riteniamo che in questo caso debba parlarsi più correttamente di clausole elastiche, quali norme formulate in termini ampi tali da consentire all’interprete di riempirle di volta in volta di concreto significato. Non si tratta di clausole generali, che indicano invece un criterio di giustizia, senza dettare una specifica regola in quanto delegano al giudice il compito di elaborarla: sul punto DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto contestato”*, in *ADL*, 2015 p. 269 ss.; CALCATERRA, *Sindacato di legittimità e norme elastiche in materia di lavoro*, in *GC*, 2000, p. 328 ss.; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 9 ss.; RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *RDC*, 1998, I, p. 1 ss.

dizio di “sussunzione” e quindi “non compie una autonoma valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto, ma interpreta il contratto collettivo e lo applica alla fattispecie concreta”. L’esempio che richiama la Corte sul punto è relativo ancora una volta alla negligenza: il giudice è chiamato a stabilire “se una determinata condotta sia suscumbibile nella nozione giuridica di negligenza lieve e non decidere se per la condotta di negligenza lieve sia proporzionata la sanzione conservativa o quella espulsiva”⁶.

Pur nella sua suggestiva costruzione, tuttavia obiettivamente l’operazione interpretativa evocata dalla Corte presuppone, necessariamente, allorché ci si trova al cospetto di una clausola elastica, un giudizio di proporzionalità, ancorché formulato in modo indiretto. Per stabilire se la condotta contestata al lavoratore sia da qualificare, per restare all’esempio richiamato dalla Corte, come negligenza lieve, si deve necessariamente compiere, proprio perché “a monte” manca una correlazione tassativa tra mancanza e sanzione ad opera delle parti sociali, un giudizio di “proporzionalità” tra condotta e fattispecie, al fine di stabilire se il comportamento contestato presenti tutti i requisiti per essere ricondotto alla nozione generale e quindi sia proporzionato alla sanzione ad essa collegata⁷. “Negligenza grave” costituisce una clausola elastica, che impone all’interprete di riempirla, nel caso da decidere, di concreto significato. Il legislatore del 2012 ha richiesto all’autonomia collettiva di specificare il significato (ad esempio la violazione delle regole in materia di sicurezza costituisce una negligenza grave), impedendo, in assenza, che sia il Giudice a farsene carico, ai fini dell’applicazione dell’art. 18, co. 4, l. 300/70. In altri termini, nella prospettiva caldeggiata dall’ordinanza in esame, si vorrebbe demandare al giudice un’operazione che, nella nuova disposizione, si intende affidare unicamente alle parti sociali in quanto, nel perseguimento di finalità di certezza, si è voluto rendere applicabile la sanzione più grave nei casi in cui il datore di lavoro “abusi” consapevolmente del potere disciplinare, per la chiara riconducibilità, intellegibile

⁶ In questo senso SPEZIALE, *La possibile incostituzionalità della interpretazione della Cassazione*, cit., p. 6.

⁷ Condivisibilmente Cass. 17 ottobre 2018 n. 26013 ha escluso l’applicazione dell’art. 18, co. 4, l. n. 300/70, allorché le parti sociali non fanno una scelta netta ed esaustiva di tipizzazione dell’infrazione punita con sanzione conservativa; in tal caso la violazione del comportamento rimane assoggettato al principio generale dell’applicazione della sanzione secondo la gravità dell’infrazione, da valutarsi in base alla natura, alle modalità ed alle circostanze del caso concreto.

ex ante, del comportamento contestato alle ipotesi ritenute dall'autonomia negoziale inadeguate a fondare il recesso dal rapporto.

3. *Le scelte del legislatore del 2012 e il principio di ragionevolezza*

La Corte affronta poi la questione sotto la lente di ingrandimento del principio di ragionevolezza: ritiene il Giudice che, assegnando ai contratti collettivi, mediante la tipizzazione delle condotte punibili con la sanzione conservativa, il ruolo di discriminare per la selezione, in ipotesi di illegittimità del licenziamento, tra la tutela reintegratoria e quella indennitaria⁸, si alimenterebbe un quadro normativo, appunto, irrazionale, in quanto la “tipizzazione non ha nesso eziologico e valoriale rispetto alla funzione di discriminare che viene ad essa attribuita. Con la conseguenza, irragionevole, di far ricadere sui lavoratori le lacune e la approssimazione della disciplina contrattuale collettiva”.

Ora, non v'è dubbio che l'individuazione specifica delle condotte da colpire con sanzione conservativa ha lo scopo di ampliare l'area della tutela reale e che la tecnica scelta dal legislatore con l'art. 18 co. 4 fa sì che l'assenza di una tipizzazione determini un restringimento dell'area di applicazione della reintegrazione. Ma questa costituisce proprio l'opzione di diritto alla base delle scelte del legislatore del 2012, cioè imporre la sanzione della sostituzione del rapporto solo nei casi in cui, da parte del datore di lavoro, il ricorso al provvedimento di recesso si presenti di particolare disvalore sociale, o perché il fatto oggetto della contestazione non è accaduto o comunque non presenta alcuna rilevanza disciplinare ovvero nei casi in cui il datore di lavoro, consapevolmente ha adottato un provvedimento espulsivo rispetto ad una condotta che le parti sociali ritenevano di punire con sanzione conservativa. Sul punto non appare condivisibile l'affermazione della Corte, secondo cui una tipizzazione di tutte le condotte di rilievo disciplinare sarebbe impossibile. È evidente che non può pretendersi un intervento pervasivo, tuttavia, proprio la presenza di accordi collettivi in cui ciò avviene, dimostra che, con uno sforzo da parte dei soggetti sindacali si può pervenire ad un'elencazione ricca e dettagliata delle condotte rilevanti disciplinarmente e contestabili al lavoratore⁸. Ed è proprio quando la tipizzazione viene ado-

⁸ V., ad es., l'art. 69 del vigente Ccnl Industria Alimentare, rubricato *Ammonizione, Multa*,

perata che è possibile aver chiaro in che misura muti il contesto di riferimento, in termini di affidabilità e certezza, rispetto all'ipotesi in cui occorre confrontarsi con una clausola elastica.

D'altra parte prospettare, come sembra evocare la S.C. nell'ordinanza in esame, il ricorso ad un'interpretazione estensiva o addirittura analogica darebbe vita ad un modello contrario a quello voluto dal legislatore sul piano della prevedibilità delle conseguenze scaturenti dai comportamenti tenuti dalle parti del rapporto.

È certamente condivisibile l'osservazione secondo cui è dirompente addossare sul lavoratore le conseguenze derivanti da una tecnica, impiegata dalle parti sociali, in termini di previsioni ampie, anche in considerazione del fatto che, almeno nei primi anni, hanno trovato applicazione disposizioni congegnate non in funzione di selezione delle tutele; ed è altresì vero, va aggiunto, che l'esito negoziale è frutto di una volontà di entrambi i soggetti che stipulano l'accordo sindacale. Tuttavia la scelta del legislatore è andata proprio in questa direzione, con la l. n. 92/2012 si è inteso affidare alle parti sociali la predisposizione della "scala valoriale" in vista dell'applicazione delle sanzioni conservative e, di conseguenza, dell'accesso alla tutela reintegratoria: tale opzione avrebbe richiesto una solerzia e un impegno dei soggetti con-

Sospensione, il quale stabilisce, ancorché in via esemplificativa, che "incombe nei provvedimenti dell'ammonizione, della multa o della sospensione il lavoratore: 1. che non si presenti al lavoro senza giustificare il motivo od abbandoni, anche temporaneamente, il proprio posto di lavoro senza autorizzazione, salvo il caso di materiale impossibilità di richiederla; 2. che ritardi l'inizio del lavoro o lo sospenda o ne anticipi la cessazione; 3. che non esegua il lavoro secondo le istruzioni ricevute, oppure lo esegua con negligenza; 4. che arrechi per disattenzione anche lievi danni alle macchine, agli impianti o ai materiali di lavorazione o che ometta di avvertire tempestivamente il suo superiore diretto di eventuali guasti al macchinario in genere o della evidente irregolarità dell'andamento del macchinario stesso; 5. che sia trovato addormentato; 6. che fumi nei locali ove ne è fatto espresso divieto; 7. che introduca, senza autorizzazione, bevande alcoliche nello stabilimento; 8. che si presenti o si trovi sul lavoro in stato di ubriachezza; in tal caso il lavoratore verrà inoltre allontanato; 9. che si presti a diverbio litigioso, con o senza vie di fatto, sempreché il litigio non assuma carattere di rissa; 10. che proceda alla lavorazione o alla costruzione, nell'interno dello stabilimento, senza autorizzazione della Direzione, di oggetti per proprio uso o per conto terzi, sempreché si tratti di lavorazione o di costruzione di lieve rilevanza; 11. che occulti scarti di lavorazione; 12. che consumi abusivamente generi alimentari prodotti o di pertinenza dell'azienda; 13. che in qualunque modo trasgredisca alle disposizioni del presente contratto o del regolamento interno dell'azienda o che commetta qualunque atto che porti pregiudizio alla morale, all'igiene, alla disciplina, sempreché gli atti relativi non debbano essere puniti con punizione più grave in relazione all'entità o alla gravità o alla abituale recidività dell'infrazione.

traenti che invece non ci sono stati. Anche nei contratti stipulati dopo il 2012, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 18, la maggior parte dei contratti collettivi ha reiterato sempre la medesima tecnica, procedendo solo raramente ad un'effettiva tipizzazione delle condotte da punire con sanzioni conservative⁹.

Pertanto non si condivide neppure la tesi della Corte secondo cui il canone della ragionevolezza, non verrebbe rispettato anche perché il discrimine tra tutela reale e tutela indennitaria sarebbe affidata a “criteri casuali, non idonei a costituire valido filtro della proporzionalità della sanzione rispetto all'addebito contestato e quindi a realizzare un adeguato temperamento degli interessi delle parti contrapposte”. Certo, non v'è dubbio che con le modifiche legislative del 2012 (portate ancora più avanti, proprio su tale tematica, dal d.lgs. 23/15)¹⁰, c'è un arretramento delle garanzie, con un forte restringimento dell'ambito di applicazione della tutela reale. Tuttavia non persuade il giudizio della S.C. secondo cui la scelta dello strumento sanzionatorio sarebbe rimesso a criteri casuali: la valorizzazione delle clausole della negoziazione collettiva costituisce una scelta precisa, basata su logiche tutt'altro che randomiche. Il rinvio alla contrattazione è ovviamente un rinvio mobile, che presuppone, anzi sollecita, l'intervento delle parti sociali, affidando loro il compito di riempire di contenuti le disposizioni che disciplinano le condotte passibili di sanzioni conservative, anche con l'obiettivo di ampliare l'ambito della tutela reale. Pertanto una opzione affidata a dinamiche tutt'altro che fortuite e imprevedibili, bensì rimessa all'apporto delle parti sociali che, settore per settore, dovrebbero farsi portatrici delle istanze e delle peculiarità emergenti dai contesti organizzativi.

Il vero punto critico è che le parti sociali sono gli assenti ingiustificati: nonostante l'apertura di credito nei loro confronti, hanno scelto la strada ben più confortevole di lasciare lo scomodo ruolo al giudice, perpetuando quello scenario di incertezza e, qui sì, di casualità, che le scelte legislative del 2012 miravano a superare. Nei contratti collettivi successivi alla riforma Fornero non risulta che le parti negoziali si siano adoperate per imprimere una svolta

⁹ Cfr. il CCNL Turismo e Pubblici Esercizi nella versione del 2017 che ha superato la tecnica basata su clausole elastiche del 2007.

¹⁰ L'art. 3, co. 2, riconosce la reintegra nel posto di lavoro, oltre che nel licenziamento nullo, solo allorché sia “direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”.

in questa materia, con il risultato che le clausole negoziali applicate in tema di procedimento disciplinare vengono tralaticciamente ripetute di contratto in contratto¹¹.

4. *Il principio di uguaglianza e le conseguenze della latitanza dell'autonomia collettiva*

Infine la decisione in commento solleva un dubbio di “irrazionale disparità di trattamento”: secondo il giudice di legittimità il rischio scaturisce dall'effetto di ammettere “una diversità di tutela rispettivamente reintegratoria e indennitaria, tra comportamenti non gravi, tipizzati dal contratto collettivo e puniti con sanzioni conservative, e fatti di pari o minore rilevanza disciplinare solo perché non espressamente contemplati dalla disciplina contrattuale”.

Il pericolo di un'iniqua differenziazione di trattamento è certamente concreto: tuttavia i due scenari prospettati dalla Corte (contesti in cui v'è una tipizzazione e contesti in cui manca) non è vero che costituiscono situazioni esattamente sovrapponibili. Nel primo ambito, in cui il datore di lavoro è avvisato dei confini tra comportamenti puniti con sanzioni conservative e sanzioni estintive, è giustificato, anche sotto il profilo della ragionevolezza, riservargli un trattamento più severo, addossandogli conseguenze più gravi in quanto ha violato consapevolmente la scala valoriale stabilita a monte dalle parti sociali ed alla quale, per effetto dell'art. 18, co. 4, era vincolato. Questa consapevolezza, e quindi anche il disvalore, non può essere considerato di pari portata nei contesti in cui la definizione *a priori* manca, in quanto le parti sociali si sono astenute dal tracciarla. Da parte loro, i lavoratori, subiscono un trattamento peggiore a causa delle omissioni e della latitanza dei soggetti collettivi deputati a rappresentarli¹².

¹¹ Per quanto concerne il settore Metalmeccanico, anche nel rinnovo del 2021, sul punto si conferma la precedente tecnica, fondata su clausole elastiche, del testo del 2016 e quindi le parti si astengono dal procedere a qualsiasi tipizzazione delle condotte da punire con sanzioni conservative.

¹² Sul punto MARESCA, *Licenziamento disciplinare, contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18, co. 4: i chiarimenti della Cassazione*, in *ADL*, 2019, I, p. 1297, osserva che l'art. 18, co. 4, “non apre la strada ad un'attività esplorativa che abbia ad oggetto il complessivo insieme delle clausole collettive del codice disciplinare e sia finalizzata a ricostruire l'intenzione delle parti stipulanti in ordine alla sanzione che avrebbero voluto applicare ad un'infrazione che non hanno, però, tipizzato”.

Dopo il 2012 il legislatore compie una scelta mirata ad impedire che sia il giudice ad occupare questo spazio e quindi, pur riconoscendo al lavoratore una tutela, quella indennitaria, esclude la sanzione più grave perché il provvedimento datoriale, in assenza della violazione di una condotta tipizzata, assume una valenza negativa di minore intensità.

Non appare sacrificato il principio di uguaglianza anche alla luce della considerazione che gli scenari non sono, ovviamente, cristallizzati e irreversibili: si tratta di un quadro mutevole, fluido, che può evolvere in senso più favorevole al lavoratore con il contributo delle parti sindacali.

Anche in questa materia, come nell'ambito della classificazione professionale, si richiede un doveroso cambio di passo: in materie cruciali per le sorti dei diritti "fondamentali" dei lavoratori, occorre abbandonare, da parte dei soggetti collettivi, l'approccio abdicativo rispetto al proprio ruolo, specie nei casi in cui le scelte del legislatore mirano a spostare in modo univoco il pendolo regolativo dal giudice alle parti sociali.

Key words

Licenziamento, reintegra, contratto collettivo, tipizzazione condotte del lavoratore da sanzionare, conseguenze, violazione criterio di ragionevolezza.

Dismissal, reinstatement, collective bargaining agreement, disciplinary provisions applicable to the contract, consequences, breach of reasonableness.

Trib. Firenze decreto 9 febbraio 2021 – Giudice Consani

Condotta antisindacale – natura dell’art. 28 Stat. Lav. – collaborazioni organizzate dal committente – disciplina applicabile.

L’art. 28 St. Lav., data la sua natura di norma meramente processuale, non può essere applicato alle collaborazioni organizzate dal committente, perché l’art. 2 d.lgs. 81/2015 estende a siffatte collaborazioni unicamente le regole del lavoro subordinato riguardanti il trattamento economico-normativo

Trib. Milano decreto 28 marzo 2021 – Giudice Moglia

Condotta antisindacale – collaborazioni organizzate dal committente – disciplina applicabile – pluralismo collettivo.

L’art. 2 d.lgs. 81/2015 permette di estendere anche l’art. 28 St. Lav. alle collaborazioni organizzate dal committente, rendendo antisindacale la condotta del datore di lavoro che sostiene una precisa sigla sindacale a scapito di altre.

Trib. Bologna decreto 30 giugno 2021 – Giudice Palladino

Condotta antisindacale – natura dell’art. 28 Stat. Lav. – collaborazioni organizzate dal committente – artt. 2 e 47-*quater* d.lgs. 81/2015 – rappresentatività comparata – rappresentatività largamente maggioritaria.

L’art. 2 d.lgs. 81/2015 permette di estendere anche l’art. 28 St. Lav. alle collaborazioni organizzate dal committente, rendendo antisindacale la condotta del

datore di lavoro che impone il contratto collettivo stipulato da un sindacato privo di valido potere negoziale ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 2 e 47-quater d.lgs. 81/2015.

Trib. Firenze sentenza 24 novembre 2021 n. 781 – Giudice Davia

Collaborazioni organizzate dal committente – condotta antisindacale – obblighi di informazione – obblighi di consultazione – sindacato di comodo.

L'art. 2 d.lgs. 81/2015 permette di estendere anche l'art. 28 St. Lav. alle collaborazioni organizzate dal committente, rendendo antisindacale la condotta del datore che non garantisce né gli obblighi di informazione stabiliti dal contratto collettivo applicabile né gli obblighi di consultazione introdotti dalla l. 223/1991 e che impone il contratto collettivo stipulato dal sindacato di comodo.

★ ★ ★

Pasquale Monda

Contrattazione collettiva e *gig economy*: la parola passa alla giurisprudenza*

Sommario: **1.** Le ragioni del contenzioso. **2.** Il contenuto dei provvedimenti: le “questioni preliminari”. **3.** La natura dell’art. 28 St. lav.: qualche breve osservazione. **4.** Art. 2 d.lgs. 81/2015 ed estensione della disciplina della subordinazione: il dibattito in giurisprudenza prosegue. **5.** L’operare dell’art. 28 St. lav. alle collaborazioni etero-organizzate: un possibile scenario... **6.** ... e alcune implicazioni. **7.** Passando alle “questioni di merito”. **8.** La rappresentatività comparata presuppone la coalizione: qualche dubbio. **9.** Rappresentatività comparata e rappresentatività “largamente maggioritaria”: i dubbi crescono. **10.** È antisindacale imporre il contratto collettivo stipulato da un “sindacato di comodo”: i dubbi proseguono.

1. *Le ragioni del contenzioso*

Con i provvedimenti qui in commento si avvia la fase delle “reazioni giudiziarie” ai contratti collettivi che hanno interessato taluni segmenti della *gig economy*¹: il riferimento è al contratto collettivo siglato da Assodelivery e Ugl e al meno noto, ma non meno importante, contratto collettivo stipulato tra AssoGrocery e Union Shopper. Su entrambi i testi, all’indomani della loro sottoscrizione, il dibattito si è “infiammato” e non sono mancate “dure condanne” tanto tra gli studiosi quanto tra i sindacati confederali². Lo stesso Ministero del Lavoro si è fatto sentire con due note circolari³, che esprimono una “solenne bocciatura dei testi contrattuali”⁴: insomma, un quadro nel quale l’esplosione del contenzioso era solo “questione di tempo”.

* Il contributo si colloca nell’ambito del PRIN 2017EC9CPX “Dis/Connection: Labor and Rights in the Internet Revolution” a cui partecipano unità di ricerca delle Università di Bologna, Napoli Federico II, Udine, Venezia Ca’ Foscari.

¹ Si colloca nella fase indicata nel testo anche la *class action* presentata Nidil, Filcams e Filt CGIL presso il Tribunale di Milano.

² V.le opposte letture di CARINCI F, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell’Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, n. 1; MARTELLONI, *CCNL Assodelivery - UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *Questione Giustizia*, 29 ottobre 2020; ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero “pirata”?*, in *lavoce.info*, 21 settembre 2020; TIRABOSCHI, *Il CCNL Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, in *Bollettino Adapt*, 28 settembre 2020 n. 35.

³ Il riferimento è alla nota dell’Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali datata 17 settembre 2020 seguita dalla circolare del 19 novembre 2020.

⁴ MARTELLONI, *op. cit.*

Per meglio intendere il *casus belli*, va detto che la l. 128/2019, nel regolamento a tutto tondo il lavoro tramite piattaforma⁵, ha confermato il ruolo assolutamente centrale del contratto collettivo, collegando alle regole da esso introdotte l'“arretramento” di significative regole legali: in estrema sintesi, l'art. 2, co. 2, lett. a), “fa arretrare” la disciplina sul lavoro subordinato, nonostante ricorra l'etero-organizzazione, e l'art. 47-*quater* d.lgs. 81/2015 “fa arretrare” le regole sul compenso, incentrate sul divieto di cottimo e sulla garanzia del minimo orario “parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale”.

Tuttavia, e si giunge al cuore del problema, non a qualunque contratto collettivo sono collegati gli effetti brevemente descritti, ma solo a quello stipulato dai sindacati “comparativamente più rappresentativi”. La locuzione è nota al giuslavorista al pari delle innumerevoli difficoltà da essa poste⁶: ecco perché non stupisce che le “accuse” rivolte ai suddetti contratti siano state prontamente fondate sulla “carezza” nel sindacato stipulante di un valido potere negoziale. Aspetto non secondario, perché il 2 novembre 2020 i sindacati aderenti alle storiche confederazioni hanno stipulato il “Protocollo attuativo dell'art. 47-*bis* e ss. d.lgs. 81/2015 CCNL Logistica, Trasporto, Merci e Spedizioni”, con il quale “le tutele relative alla disciplina della prestazione lavorativa e del relativo trattamento economico già definite nel Protocollo del 18 luglio 2018, riferibili a CCNL Logistica, Trasporto, Merci, Spedizioni si applicheranno altresì ai lavoratori di cui all'art. 47-*bis* ss. d.lgs. 81/2015”. E non è marginale considerare che tale protocollo, operando verso “qualsivoglia operatore commerciale e/o piattaforma digitale e/o committente che utilizzi lavoratori” di cui all'art. 47-*bis*, si candida, come sostengono alcuni⁷, a costituire una valida alternativa ai contratti collettivi *rider* e *shopper*.

⁵ La l. 128/2019, è opportuno ricordarlo, modifica l'art. 2 d.lgs. 81/2015 e introduce il Capo V-*bis* d.lgs. 81/2015.

⁶ Per una completa disamina dei problemi, rimane ancora attuale l'indagine di LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *DLRI*, 2009, p. 551 ss.

⁷ Ancora MARTELLONI, *op. cit.*

2. Il contenuto dei provvedimenti: le “questioni preliminari”

Venendo ai provvedimenti, l'inapplicabilità dei contratti collettivi da ultimo menzionati viene fatta valere mediante l'art. 28 St. lav., intrecciando, così, le loro già intricate vicende con l'altrettanto complesso problema di estendere la citata norma statutaria oltre i confini della subordinazione. Se i ricorrenti reputano antisindacale la “corsa” delle piattaforme a “imporre” contratti collettivi illegittimi⁸, le parti convenute fondano il rigetto del ricorso, prima che su “questioni di merito”, su “questioni preliminari”: il ricorso *ex art. 28* – si precisa – viola la disciplina riguardante sia la competenza territoriale, rimessa al giudice del luogo in cui è deliberata la condotta, sia, ed è il punto più delicato, la legittimazione passiva, non essendo le società convenute “datrici di lavoro”.

Ce n'è abbastanza, dunque, per comprendere l'estrema densità di temi affrontati ed è proprio questa densità di problemi che suggerisce di procedere con ordine: soffermandosi, anzitutto, sulle “questioni preliminari” collegate all'art. 28 e approfondendo solo in seguito i profili “di merito”.

Il decreto del Tribunale di Firenze, primo in ordine cronologico, accoglie la tesi sostenuta dalla società convenuta e rigetta il ricorso: sia chiaro, però, per difetto non di competenza territoriale del giudice adito ma di legittimazione passiva della società convenuta.

Per comprendere le ragioni del Tribunale, è utile precisare che la repressione della condotta antisindacale – secondo un consolidato orientamento⁹ – è “esperibile solo laddove sia ravvisabile un datore di lavoro e, quindi, un rapporto di lavoro subordinato, restando, negli altri casi, praticabili unicamente gli ordinari strumenti processuali”¹⁰. Molti sono stati i casi in cui ai giudici di legittimità è stato “chiesto” di estendere l'art. 28 St. lav. anche al lavoro parasubordinato, ma, sulla scia di una nota sentenza della Corte costituzionale¹¹, la Cassazione è sempre stata univoca: “il lavoro c.d.

⁸ Più precisamente, nel caso dei *riders* – secondo i ricorrenti – le società convenute hanno risolto numerosi rapporti di lavoro e ne hanno, altresì, subordinato la “riassunzione” all’“accettazione” del contratto collettivo. Mentre, nel caso degli *shopper*, è stata “chiesta” l’adesione al sindacato disponibile a concludere il contratto collettivo.

⁹ Anche su questo profilo la letteratura e la giurisprudenza sono molto ampie, da ultimo, per una ricostruzione del dibattito, v. FALSONE, *La repressione della condotta antisindacale fra spiazamenti, potenzialità inesprese ed esigenze di manutenzione*, in *LD*, 2021, p. 373 ss.

¹⁰ Così Cass. 18975/2015.

¹¹ C. Cost. 89/1995.

parasubordinato è soggetto alla sola disciplina dettata per il lavoro autonomo” e ancora “la parasubordinazione rileva esclusivamente al solo fine di applicare gli artt. 409 e ss. c.p.c., onde debbono ritenersi eccezione ai principi generali eventuali leggi estensive delle garanzie tipiche del lavoro subordinato a quello parasubordinato”¹².

Ebbene, il Tribunale di Firenze si rifà a simile impostazione, ritenendola non scalfita dall’art. 2 d.lgs. 81/2015 sia perché l’art. 28 St. lav. è una norma “meramente processuale” sia perché l’art. 2, co. 1, riguarda solo “la disciplina sostanziale relativa al trattamento economico e normativo dei rapporti di lavoro subordinato”: pertanto – conclude il Tribunale – alla collaborazione etero-organizzata è “inapplicabile una disposizione di carattere esclusivamente processuale qual è l’art. 28 St. lav.”.

La prospettata lettura non è condivisa dalla successiva giurisprudenza: il Tribunale di Milano, il Tribunale di Bologna e lo stesso Tribunale di Firenze, in sede di opposizione al decreto di rigetto, sostengono che l’art. 2, imponendo di trattare il committente “alla stregua di un datore di lavoro, non impedisca l’estensione dell’art. 28 al lavoro etero-organizzato”: superate le “questioni preliminari”, infatti, entrambi i decreti affrontano quelle “di merito”, accertando, nei termini di cui meglio si dirà, la condotta antisindacale.

3. *La natura dell’art. 28 St. lav.: qualche breve osservazione*

Nell’approfondire le argomentazioni espresse nel decreto del Tribunale di Firenze, ragioni espositive consigliano di distinguere quanto detto sulla natura “meramente processuale” dell’art. 28 St. lav. dal suo rapporto con l’art. 2 d.lgs. 81/2015.

Sulla prima questione ci si deve intendere, perché, nata sullo sfondo della tesi che correlava l’art. 28 alla tutela dei soli diritti sindacali del Titolo III (tesi c.d. “restrittiva”), la natura “meramente processuale” è stata rivisitata quando in dottrina, prima, e nella giurisprudenza di legittimità, poi, si è affermata una ricostruzione dell’art. 28 costituzionalmente orientata¹³.

¹² In questo senso Cass. 18975/2015, ma analogamente v. Cass. 1459/1997, Cass. 12259/1995; Cass. 9614/2001; Cass. 5738/2001.

¹³ Tra gli studi che, negli anni ’70, hanno avviato il “rinnovamento” dell’art. 28 St. lav. v. principalmente GAROFALO M.G., *Interessi collettivi e comportamento antisindacale*, Jovene, 1979; GRANDI, *Attività sindacale e repressione della condotta antisindacale*, in RIDL, 1978, I, p. 13; PROTO

Dalla fine degli anni '70, in particolare, il bene protetto dall'art. 28 non è più individuato nei diritti del Titolo III, bensì direttamente nei valori riconosciuti dagli artt. 39 e 40 Cost.¹⁴. La disposizione in parola, così, diventa un fondamentale presidio dell'organizzazione sindacale sia in quanto fenomeno espressione di libertà sia in quanto "soggetto" cui l'ordinamento riconduce, per intrinseca logica, l'autotutela collettiva (che si esplica anzitutto nella contrattazione collettiva). Non a caso, nell'art. 28 St. lav. si rinviene "la chiave di volta che assicura nella sua attuazione pratica, la credibilità dei principi che ispirano lo Statuto"¹⁵ e, ancora, "il vero cardine della tutela dell'azione sindacale che la legge ha inteso assicurare in conformità alla garanzia riconosciuta dalla Costituzione"¹⁶.

Gli esiti di tale impostazione sono importanti e, al contempo, radicali: se i beni protetti sono individuati direttamente nella Costituzione – si è detto – "non si vede perché ... attraverso l'art. 28 essi debbano essere tutelati in una accezione più ristretta"¹⁷. La condotta antisindacale, pertanto, ricorre ogni volta in cui, a prescindere dall'elemento soggettivo, si assumono "condotte, anche non tipizzate e in astratto lecite, ma in concreto *oggettivamente* idonee, nel risultato, a *limitare* la libertà, l'attività sindacale o il diritto di sciopero"¹⁸: ovvero, per usare una formula radicata nel dibattito, quando l'agire datoriale *reprime* il libero aggregarsi dei lavoratori o l'autonomia dell'organizzazione nel determinare contenuti e finalità dell'azione di autotutela.

Per effetto di questo mutato approccio, e veniamo al punto che più interessa, la natura "meramente processuale" dell'art. 28 St. lav. è stata rivista e adattata al *proprium* di un presidio chiave dell'autotutela sindacale. Intendiamoci, sul piano sostanziale l'art. 28 "nulla dice di più di quanto non sia già desumibile dagli artt. 39 e 40 Cost.", ma, instaurando una peculiare connessione tra un procedimento sommario e una fattispecie indeterminata quanto telologicamente orientata, reprime ogni limitazione dei valori tutelati. Sicché – si è scritto – la norma orienta "nel concreto i comportamenti dei soggetti

PISANI, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *FI*, 1973, Vol. 96, n. 4, p. 57 ss.; ROMAGNOLI, *Aspetti processuali dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1971, p. 1309 ss.; TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, FrancoAngeli, 1974.

¹⁴ Ripercorre tale dinamica evolutiva ASSANTI, *Condotta antisindacale nei rapporti di lavoro privati*, in *ED*, *Aggiornamento IV*, 2000, p. 341 ss.

¹⁵ GHEZZI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, voce del *Novissimo digesto*, 1971, XVIII, p. 481.

¹⁶ FRENI, GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1971, p. 12.

¹⁷ GAROFALO M.G., *op. cit.*

¹⁸ Cass. 14060/2019.

coinvolti e consente” – in una prospettiva di *law in action* – “l’immediata e diretta applicazione dei diritti costituzionali senza il tramite eventuale di altre norme di rango legislativo o contrattuale”. In definitiva, l’art. 28 introduce, sì, una *speciale* azione di tutela, ma non limitata a diritti puntualmente definiti; al centro di essa si pongono valori costituzionali di primissimo piano e questo ne fa uno strumento per affrontare tutti i “bisogni di protezione” e risolvere “tutti i problemi che [il loro] operare pone”¹⁹.

Tale ricostruzione si è progressivamente diffusa in letteratura ed è stata recepita anche dalla giurisprudenza: a confermarlo, del resto, sono gli stessi decreti del Tribunale di Bologna e di Milano, che collegano l’art. 28 alla realizzazione di beni a rilevanza costituzionale.

4. *Art. 2 d.lgs. 81/2015 ed estensione della disciplina della subordinazione: il dibattito in giurisprudenza prosegue*

Alla natura “meramente” processuale dell’art. 28 St. lav., il decreto del Tribunale di Firenze associa una peculiare lettura dell’art. 2 d.lgs. 81/2015, che muove dal suo secondo comma. In particolare – si precisa – il secondo comma dell’art. 2 “pare indurre univocamente a ritenere che l’estensione di cui al comma 1 concerna solo la disciplina sostanziale relativa al trattamento economico e normativo dei rapporti individuali di lavoro subordinato. Diversamente opinando, infatti, non si comprenderebbe la ragione per la quale il fatto che in un certo settore le collaborazioni abbiano un determinato assetto economico e normativo loro conferito da un accordo stipulato da associazioni sindacali rappresentative, farebbe venire meno l’esigenza di applicare a queste la disciplina del lavoro subordinato”: come a dire, se il secondo comma dell’art. 2 collega alla presenza di un trattamento normativo ed economico, pur se di fonte collettiva, l’arretramento della “disciplina del lavoro subordinato”, vuol dire che di essa il primo comma del medesimo articolo estende i soli contenuti economico-normativi.

Anche simile argomento, a ben vedere, genera molti dubbi, perché finisce con il ricavare dall’art. 2 un criterio selettivo della “disciplina del lavoro subordinato” applicabile alla prestazione etero-organizzata: punto non marginale se, come rileva anche la Cassazione²⁰, nessun criterio selettivo è formalizzato

¹⁹ Le citazioni sono di GAROFALO M.G., *op. cit.*

²⁰ Cass. 1663/2020.

dalla citata disposizione. Né la ricostruzione prospettata nel decreto del Tribunale apre nuovi scenari al riguardo, perché non considera che, con il secondo comma dell'art. 2, l'ordinamento affida al contratto collettivo il compito di differenziare in modo ragionato le regole applicabili alla fattispecie²¹. Muovendo da simile osservazione, dunque, si comprende perché – per riprendere le parole del Tribunale di Firenze – “il fatto che in un certo settore le collaborazioni abbiano un determinato assetto economico e normativo loro conferito da un accordo stipulato da associazioni sindacali rappresentative, ridimensiona l'esigenza di applicare la disciplina del lavoro subordinato”. L'ordinamento consente un arretramento dell'“disciplina del rapporto di lavoro subordinato” e la sua sostituzione con la disciplina collettiva perché quest'ultima si presta meglio a garantire un virtuoso equilibrio tra la tutela della debolezza socio-economica del collaboratore e le peculiarità della fattispecie normata: non a caso, la fonte collettiva viene selezionata mediante il filtro della rappresentatività comparata, che dovrebbe, ma il condizionale è d'obbligo, garantire l'affidabilità del suddetto equilibrio²².

Perdono consistenza, quindi, gli argomenti usati dal Tribunale di Firenze per giustificare l'inapplicabilità dell'art. 28 St. lav. al lavoro etero-organizzato: il “criterio selettivo” della disciplina sostanziale non trova nell'art. 2, co. 2, alcun fondamento testuale. E si torna, così, alla domanda di fondo: l'art. 28 rientra nella “disciplina del rapporto di lavoro subordinato” da estendere alle collaborazioni organizzate dal committente?

5. *L'operare dell'art. 28 St. lav. alle collaborazioni etero-organizzate: un possibile scenario...*

Rispondere alla domanda non è del tutto semplice: proviamo a spiegare il perché.

Seguendo per quanto osservato l'impostazione della Cassazione²³, fatta propria dal Tribunale di Milano e dallo stesso Tribunale di Firenze, in sede di opposizione al decreto di rigetto, all'etero-organizzazione la legge collega “l'applicazione *integrale* della disciplina del lavoro subordinato”, in quanto,

²¹ V., più diffusamente, ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, p. 746.

²² Sul punto si tornerà in seguito.

²³ Il riferimento è alla sentenza 1663/2020.

lo si diceva poc'anzi, “la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile” e “quando il legislatore ha voluto assimilare o equiparare situazioni diverse al lavoro subordinato, ha precisato quali parti della disciplina della subordinazione dovevano trovare applicazione”²⁴. Ragionando in questi termini, l'art. 28 St. lav. rientra senz'altro nella “disciplina del lavoro subordinato” applicata al lavoro etero-organizzato, trattandosi di una disposizione che sicuramente compone la rete di protezione del lavoro subordinato. D'altronde, se l'art. 2 interviene sulla debolezza socio-economica del collaboratore, non può stupire che l'“applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato” porti con sé l'art. 28, giacché siffatta norma tutela l'organizzazione sindacale, sul versante sia genetico-strutturale sia funzionale, per rafforzarne la capacità di riequilibrare proprio la debolezza del lavoratore. Né è sostenibile che la libertà sindacale e il diritto di sciopero – i beni tutelati dall'art. 28 St. lav. – siano limitati dagli artt. 39 e 40 Cost. al solo lavoro subordinato, perché l'ambito soggettivo di tali norme, enucleato in chiave storico-sistematica, include pure il lavoro parasubordinato in ragione dello squilibrio economico che gli è proprio²⁵.

Tuttavia, e veniamo all'elemento di difficoltà, su tale ricostruzione pende uno dei passaggi più criticati della sentenza di Cassazione da cui si è preso avvio: il riferimento è al “punto 41”, nel quale si precisa che “non possono escludersi situazioni in cui l'operare integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 c.c.”.

In molti rinvencono nel “punto 41” un *obiter dictum* o comunque un passaggio ininfluenza²⁶; a differenza di altri che, pur non ritenendolo marginale, considerano “singolare che la Corte possa ritenere irrilevante” il problema proprio per i *riders*²⁷.

²⁴ Cass. 1663/2020.

²⁵ Da ultimo v. ZOPPOLI A., *Fenomeno sindacale e Costituzione* e GAETA, *Lo sciopero*, in ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2021, rispettivamente p. 148 e p. 227.

²⁶ V. PERULLI, *Il diritto del lavoro “oltre la subordinazione”: le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 410/2020; SANTORO-PASSARELLI, *Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione n. 1663/2020*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT - 411/2020 e in MGL numero straordinario 2020.

²⁷ ALES, *In favore dell'etero-organizzazione come “concetto” autonomo: timeo danos et remedia ferentes*, in MGL numero straordinario 2020, p. 19 ss.

Certo, la Cassazione applica senza remore l'intera disciplina del lavoro subordinato ai *riders* etero-organizzati. Ma ciò – si afferma – non è “rassicurante”: “il punto 41 potrebbe trasformarsi in un sonoro *warning*”²⁸ e, all'occorrenza, dare nuova linfa al problema di estendere la disciplina della subordinazione, con il rischio di condizionarla al test di compatibilità ontologica tra norma e fattispecie. E, qualora simili timori dovessero rivelarsi fondati, anche l'estensione dell'art. 28 al lavoro etero-organizzato potrebbe dipendere da quello che a tutti gli effetti è un criterio selettivo: un criterio anch'esso non formalizzato, dai contenuti assolutamente incerti e incline ad aprire scenari del tutto “enigmatici”²⁹.

6. ... e alcune implicazioni

Prima di indagare i profili “di merito”, sono opportune due precisazioni che l'estensione dell'art. 28 al mondo della *gig economy* stimola: una riguarda la legittimazione attiva; l'altra attiene alla prova della collaborazione organizzata dal committente.

Sulla prima questione, l'art. 2 permette di “superare” il riferimento al “datore di lavoro”, ma nulla può rispetto ai vincoli riguardanti la legittimazione attiva: l'art. 28, pertanto, rimane appannaggio dei soli organismi locali delle associazioni nazionali e rimarcarlo non è marginale.

Sotto l'ombrello protettivo dell'art. 39 Cost., infatti, sono sorte numerose organizzazioni sindacali, alle quali, nonostante la dimostrata capacità di mediare e aggregare i “nuovi interessi”, non è permesso ricorrere all'art. 28, perché prive di carattere nazionale. Dietro tale preclusione, è evidente, si cela il noto problema della “compatibilità tra la dimensione organizzativa nazionale come indice di adeguato livello di rappresentatività”³⁰ e – per usare le parole della Corte costituzionale 231/2013 – una “realtà sociale del tutto rinnovata”: un problema su cui il dibattito non si è mai sopito e che qui è possibile solo menzionare, essendo, tra l'altro, connesso alla moderna sfida posta alle grandi confederazioni, ossia riacquistare consenso in realtà produttive complesse e molto frammentate.

²⁸ ZOPPOLI L., *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL* numero straordinario 2020, p. 283.

²⁹ V. *amplius* ZOPPOLI A., *Le collaborazioni eterorganizzate*, cit.

³⁰ C. Cost. 89/1995.

Sul nodo della legittimazione attiva altro non si può aggiungere, a eccezione che quanto detto non ridimensiona l'importanza di estendere l'art. 28 al lavoro etero-organizzato. Pur potendo ricorrervi solo taluni sindacati, non va trascurato che l'interesse ad agire è “collegato all'estensione stessa del principio di libertà riconosciuto dal Costituente”³¹ e – da più parti si afferma – ciò significa ammettere il ricorso all'art. 28 St. lav. anche quando si minaccia una diversa organizzazione presente nel contesto produttivo³²: la vicenda in esame, del resto, è eloquente, giacché i giudici rinvencono l'interesse ad agire dei ricorrenti nella lesione “del pluralismo sindacale”³³.

Venendo alla prova della collaborazione etero-organizzata, non è difficile intuirne l'importanza: dato che solo entro il perimetro dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 è consentito ricorrere all'art. 28, pur se incidentalmente, essa va dimostrata in giudizio. Non è sempre semplice, però, distinguere le collaborazioni organizzate dal committente da fattispecie contigue quali le collaborazioni *ex art. 409 c.p.c.* e questo rende non agevole precisare il *quid* della suddetta prova.

Per intenderci, le collaborazioni *ex art. 2, co. 1, d.lgs. 81/2015* – citando ancora la sentenza della Cassazione n. 1663/2020 – costituiscono “forme di collaborazione continuativa e personale realizzate *con l'ingerenza funzionale dell'organizzazione predisposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione*” (mio il corsivo) ovvero consistenti in una “prestazione del collaboratore [che] abbia carattere *esclusivamente personale*” (mio il corsivo) le cui modalità di esecuzione, “anche in relazione ai tempi e al luogo di lavoro, siano organizzate dal committente”. È l'etero-organizzazione, dunque, a segnare la principale differenza tra le due fattispecie; un'affermazione ancora più attuale dopo le modifiche all'art. 2, che hanno sostituito il riferimento al carattere “esclusivamente personale” della prestazione con l'espressione, già utilizzata dall'art. 409, n. 3, cpc, “prevalentemente personali”³⁴. Tuttavia, gli interventi sull'art.

³¹ ZOPPOLI A., *Soggetti e attività sindacale nei luoghi di lavoro*, in ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. *op. cit.*, p. 173.

³² Da ultimo FALSONE, *op. cit.*

³³ Un profilo della sentenza valorizzato da DONINI, *Condotta antisindacale e collaborazioni autonome: tre decreti a confronto*, in *LLI*, 2021, p. 3 ss.

³⁴ Mentre, per la formula “prestazioni di lavoro”, si è già da tempo osservato che essa perde “consistenza, anche discreativa, giacché può riferirsi al lavoro tanto subordinato quanto autonomo, ovvero intendersi quale mero svolgimento di un'attività oppure quale attività strumentale al compimento di più *opera* o finanche di un *opus*”. In tal senso ZOPPOLI A., *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*.IT - 296/2016.

2 non si limitano a quelli appena precisati; con il d.l. 101/2019 è venuto meno anche il riferimento al tempo e al luogo della prestazione per delineare l'ambito dell'etero-organizzazione, ponendo il problema di precisare l'estensione che tale potere deve avere per ricondurre la collaborazione entro l'art. 2: non è escluso che il coordinamento funzionale della prestazione si realizzi per taluni profili mediante l'organizzazione unilaterale e per altri mediante l'accordo menzionato dall'art. 409 c.p.c.

Per diradare le incertezze e tirare le fila sul nodo della prova, è utile osservare che, pur mancando specifiche indicazioni testuali, l'art. 409 c.p.c. fa dell'autonomia organizzativa un elemento necessario a identificare la collaborazione coordinata e continuativa: ossia la fattispecie che traccia, in una peculiare zona grigia, il limite oltre cui la disciplina sul lavoro autonomo non può spingersi. Sicché, se l'art. 2 muove dalla più volte menzionata debolezza socio-economica del collaboratore³⁵, non è peregrino ritenere che il regime del lavoro autonomo operi qualora manchi ogni manifestazione dell'etero-organizzazione: solo in simile circostanza l'autonomia organizzativa, su cui l'art. 409 c.p.c. insiste, può esprimersi e garantire quella "visibilità" nel mercato così rilevante nell'equilibrio della fattispecie.

Venendo a quanto più interessa, ciò significa che, per provare la riconducibilità della collaborazione nel perimetro dell'art. 2 e invocare l'art. 28, è sufficiente dimostrare il sussistere di una connessione funzionale tra prestazione e organizzazione esplicita mediante la determinazione unilaterale anche solo di taluni aspetti della prestazione: è questo, in definitiva, il *quid* della prova cui, *incidenter tantum*, le organizzazioni sindacali sono tenute quando agiscono per reprimere la condotta antisindacale nell'area della *gig economy*.

7. Passando alle "questioni di merito"

Fatte le dovute precisazioni sulle "questioni preliminari", occorre proseguire l'indagine, passando alle "questioni di merito" affrontate, lo si ricorderà, dai decreti del Tribunale di Milano e di Bologna oltre che dalla sentenza del Tribunale di Firenze.

³⁵ Il ricorso alla disciplina della subordinazione, cioè, è giustificato dall'attenuazione dell'autonomia del collaboratore, la cui prestazione, in ragione dell'organizzazione eteronoma, rimane assorbita nella struttura datoriale e non gli permette di maturare una piena soggettività economica indipendente. Su tali profili v. ancora ZOPPOLI A., *op. cit.*

Le argomentazioni sono differenti e, ancora una volta, è utile esaminarle disgiuntamente.

Sul decreto del Tribunale di Milano si può essere rapidi, perché il giudice qualifica antisindacale la condotta del datore che sostiene “una precisa sigla sindacale a scapito di altre”: essa – si legge nel provvedimento – “indirizzando le adesioni dei lavoratori verso un determinato sindacato, viola l’art. 17 St. lav. e distorce la dialettica sindacale”. Al riguardo non c’è molto da aggiungere sia perché le argomentazioni del Tribunale di Milano sono in linea con una diffusa casistica giurisprudenziale³⁶ sia perché non vi sono dubbi sulla distorsione della libera dialettica collettiva generata dal supporto a una sola organizzazione sindacale.

Tutto diventa più articolato quando si passa al decreto del Tribunale di Bologna e alla sentenza del Tribunale di Firenze: proviamo a spiegare il motivo, partendo dal contenuto dei provvedimenti.

Nell’argomentare l’antisindacalità della condotta datoriale, il Tribunale di Bologna ritiene il contratto collettivo *rider* “stipulato da un soggetto negoziale carente di valido potere negoziale ai fini dell’effetto derogatorio di cui agli artt. 2 e 47-*quater* d.lgs. 81/2015”, sviluppando, poi, una serie di riflessioni che guardano solo alla seconda norma indicata: più precisamente – si afferma – “il potere negoziale è subordinato al requisito della maggiore rappresentatività comparativa, che deve essere determinato su base nazionale” e – si aggiunge – “la norma fa riferimento ai contratti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e ciò induce a ritenere che non sia sufficiente la sottoscrizione di un’unica organizzazione sindacale, se non nel caso in cui essa sia largamente maggioritaria”. Fatte tali considerazioni, il giudice ritiene antisindacale la condotta della società che subordina la “riassunzione” dei *riders* all’accettazione del contratto collettivo illegittimo, perché privo dei requisiti imposti dalla legge.

Il Tribunale di Firenze, in sede di opposizione al decreto di rigetto della condotta antisindacale, accoglie l’assunto delle associazioni ricorrenti secondo cui “l’imposizione (pena il recesso dal rapporto) a tutti i ciclofattorini del contratto sottoscritto da Assodelivery con UGL Rider avrebbe il carattere dell’antindacalità attesa la natura di ‘sindacato di comodo’ della suddetta UGL”. Il Tribunale in parola fonda le sue ragioni su una serie di elementi “indiziari”, dai quali affiorerebbe “la ‘vicinanza’ del suddetto sindacato alle posizioni datoriali”.

³⁶ Per tutti v. Cass. 1912/2019.

8. *La rappresentatività comparata presuppone la coalizione: qualche dubbio*

Nell'impianto del decreto del Tribunale di Bologna, come è agevole constatare, risulta decisivo il nodo della rappresentatività comparata: nei limiti dell'indagine, quindi, su questa occorre concentrare l'attenzione.

In breve, tale locuzione fa la sua comparsa nella seconda metà degli anni '90³⁷; nata per contrastare il fenomeno dei cc.dd. contratti-pirata, è stata utilizzata per "selezionare" tra più contratti collettivi quello che, in chiave comparata appunto, esprime il più elevato consenso o, se si preferisce, il più elevato grado di rappresentatività. L'ordinamento, tuttavia, ha progressivamente mutato approccio nell'utilizzo della rappresentatività comparata, impiegandola per individuare i sindacati legittimati a sottoscrivere un determinato contratto collettivo o a compiere una data attività³⁸. Rimarcarlo è importante, perché, "venendo riferita all'agente negoziale o comunque al sindacato"³⁹, in molti ritengono che la rappresentatività comparata si sia sovrapposta alla maggiore rappresentatività. Una sovrapposizione consolidatasi con ciò che "può apparire solo una piccola variante dell'espressione"⁴⁰, ma che, in realtà, ne ridimensiona la valenza selettiva, perché esclude la necessità del "consenso sindacale unanime"⁴¹: il riferimento è alla scelta, inaugurata dal d.lgs. 276/2003⁴², di accostare la rappresentatività comparata a formule

³⁷ Precisamente dal 1995 osserva VARESI, *Pluralismo e rappresentatività sindacale 50 anni dopo lo Statuto dei lavoratori*, in *Libertà e attività sindacale dopo i cinquant'anni dello Statuto dei Lavoratori. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Pisa-Lucca, 5-6 maggio 2021, La Tribuna*, 2021, p. 62.

³⁸ ZOPPOLI A., *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia) sindacale*, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Napoli 16-17 giugno 2016*, Giuffrè, 2017, p. 354 ss.

³⁹ Ancora ZOPPOLI A., *Sindacato comparativamente più rappresentativo*, cit.

⁴⁰ VARESI, *op. cit.*

⁴¹ Tra i tanti v. BELLARDI, *La struttura della contrattazione collettiva e il D.lg. n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro: i nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, I, Cedam, 2005, p. 349 ss.; LISO, *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 20/2004*; MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in *Diritto del lavoro: i nuovi problemi*, cit., p. 473 ss.; PESSI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale (lavoro pubblico)*, in *ED, Annali IV*, 2011, p. 947.

⁴² Sul punto PESSI (*op. cit.*) evidenzia che nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, presentato dal Governo alle parti sociali il 3 ottobre 2001, "l'unanimità viene additato come fattore di rigidità del sistema di relazioni sindacali" e si introduce una visione "particolaristica" della rappresentatività comparata "per

poco inclusive caratterizzate dalla “preposizione semplice in luogo di quella articolata”⁴³.

Sullo sfondo di simile quadro, che tante incertezze ha generato e continua a generare, non stupiscono talune ambiguità rinvenibili nella motivazione del decreto del Tribunale di Bologna.

Anzitutto, non convince pienamente la scelta di fondare la mancanza di rappresentatività comparata per la presenza di un solo sindacato sull’art. 47-*quater* d.lgs. 81/2015: la norma, al centro di una nota circolare del Ministero del lavoro, non opera nel caso di specie.

Diversamente da quello che pare presupporre il Tribunale di Bologna, l’ambito di applicazione soggettivo del Capo V-*bis* del d.lgs. 81/2015, di cui l’art. 47-*quater* è parte, differisce da quello dell’art. 2; gli articoli 47-*bis* e ss. prospettano, cioè, un sistema di tutele alternativo a quello operante per le collaborazioni organizzate dal committente: a precisarlo è il primo comma dello stesso art. 47-*bis*, secondo cui “le tutele del lavoro tramite piattaforma” operano “fatto salvo quanto previsto dall’art. 2”. E, sebbene il comma 2 dell’art. 47-*bis* alimenti qualche dubbio in merito⁴⁴, in letteratura è diffusa l’opinione che individua i destinatari dei “livelli minimi di tutela individuati” dal Capo V-*bis* in chi svolge una prestazione estranea al perimetro dell’art. 2 d.lgs. 81/2015 e riconducibile entro l’area del lavoro genuinamente autonomo⁴⁵.

rispondere alla possibilità (sempre più reale e frequente) che sulle materie devolute alla contrattazione collettiva possono essere stipulati accordi separati, cioè sottoscritti sulla base del principio del ‘reciproco riconoscimento’, ma che non vedono la partecipazione di tutti i sindacati che fanno parte del sistema contrattuale ‘senza pretendere unanimismi che pregiudicherebbero il buon funzionamento dello stesso dialogo sociale’”.

⁴³ VARESI, *op. cit.*

⁴⁴ La norma considera piattaforma “i programmi e le procedure informatiche strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione”, sembrando, così, tornare all’unilaterale organizzazione della prestazione: più diffusamente v. PERULLI, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente e le tutele del lavoro autonomo tramite piattaforma digitale* e BARBIERI, *Contraddizioni sistemiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in CARABELLI, FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Ediesse, 2020, rispettivamente pp. 35-40 e pp. 76-82.

⁴⁵ Per una recente ricostruzione del dibattito v. CARABELLI, FASSINA, *op. cit.* Sulla natura autonoma dei *riders* cui si riferisce l’art. 47-*bis* v. anche BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclo fattorini*, in *LLI*, 2019, I., p. I ss.; CARINCI F., *L’art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. IT - 414/2020; CARINCI M.T., *op. cit.*; PASCUCCHI, *Note sul futuro del lavoro*, cit., pp. 43-51; ZOPPOLI L., *I riders tra fattispecie e disciplina: dopo la sentenza della Cassazione n. 1663/2020*, in *MGL* numero straordinario 2020, p. 278.

Quanto detto è di primissimo piano, perché il contratto collettivo *ridet* si colloca nel duplice solco dell'art. 47-*quater* e dell'art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. 81/2015. Tuttavia, sussistendo il requisito dell'etero-organizzazione⁴⁶, la validità del suddetto contratto va verificata considerando unicamente i requisiti stabiliti dall'art. 2, co. 2, lett. a), d.lgs. 81/2015. E non vi sono dubbi che tale disposizione impieghi una formula meno inclusiva rispetto a quella dell'art. 47-*quater*: riferendosi “agli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”, l'ordinamento, consapevole o meno che sia, ripropone la “solo apparente variante formale” cui, giova ripeterlo, in molti collegano l'effetto di annullare la necessità del consenso unanime.

Sia chiaro, questo non significa escludere ogni dubbio sul potere negoziale del sindacato stipulante il contratto collettivo *ridet*. Alla preposizione semplice, infatti, la norma da ultimo citata accosta il riferimento, non a caso declinato al plurale, alle “associazioni sindacali”: sicché, la maggiore rappresentatività comparata sembra, sì, prescindere dal consenso unanime, ma non – cosa ben diversa – dal consenso di una pluralità di sindacati.

Diversamente, si finirebbe con il riconoscere la funzione derogatoria contemplata dall'art. 2, co. 2, lett. a), anche al contratto collettivo espressione di un consenso circoscritto: eventualità che negherebbe il senso stesso del criterio selettivo. Un criterio, non va tralasciato, la cui logica intrinseca rimanda al sistema di fatto⁴⁷, a sua volta tarato su soggetti capaci di esprimere un consenso presuntivamente ampio e dal quale affiorano indicazioni tanto chiare quanto solide in tal senso. Pertanto, mutato lo scenario nel quale il suddetto criterio vede la luce, non stupisce che il suo utilizzo diventi sfuggente, rendendo, però, difficile sostenere che esso perda valenza selettiva: evenienza cui si rischia di giungere ammettendo che, per rimanere all'art. 2, co. 2, lett. a), il contratto possa essere stipulato da un “qualsiasi” sindacato. Non a caso, chi sostiene tale lettura pone, subito dopo, il nodo cruciale dei criteri per *pesare* la rappresentatività e individuare il sindacato la cui maggiore consistenza permette di concludere il contratto collettivo⁴⁸. Tuttavia, nel ricercare

⁴⁶ Diversamente, come rimarca pure il Tribunale, non potrebbe operare l'art. 28 St. lav.

⁴⁷ Tra i tanti v. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, in *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, cit., p. 216.

⁴⁸ PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *MGL*, 2020, p. 945 ss.

i suddetti criteri, si ripiega o su discutibili intrecci con il criterio maggioritario⁴⁹ o su altrettanto discutibili “riadattamenti” dei criteri per comprovare la rappresentatività sindacale in una specifica categoria: soluzioni ritenute entrambe “poco appaganti”⁵⁰.

Tornando alla sentenza, su tutte tali questioni il giudice non si addentra, limitandosi a mettere l’accento sulla formula, opposta a quella dell’art. 2, cui ricorre l’art. 47-*quater*. E si astiene, come è facile intuire, dall’affrontare anche il delicato e discusso tema dell’ambito entro cui eventualmente appurare la rappresentatività comparata. Si tratta, come si sa, di un problema classico del diritto sindacale, perché “l’ambito di misurazione della rappresentatività ha carattere costitutivo della stessa”⁵¹. Un problema, dunque, sicuramente precedente all’esplosione della *platform economy*, ma che con essa si ripresenta in tutta la sua complessità: rispetto al contratto collettivo in parola, infatti, molto si discute sulla possibilità di verificare la rappresentatività comparata entro la sola “categoria” dei *riders*, la cui “esistenza” è estremamente incerta⁵².

9. *Rappresentatività comparata e rappresentatività “largamente maggioritaria”: i dubbi crescono*

Non è peregrino avanzare qualche dubbio anche sull’equivalenza, sostenuta ai fini della valida conclusione del contratto collettivo, tra coalizione sindacale e singola organizzazione purché “largamente maggioritaria”: stando alla lettura del giudice, se la coalizione costituisce una sorta di precondizione della rappresentatività comparata, sembrerebbe affiorare una giustapposizione tanto inedita quanto poco chiara tra quest’ultima e la rappresentatività “largamente maggioritaria”.

Per spiegare i dubbi, è utile ricordare che la rappresentatività comparata, pur esprimendo un passo in avanti rispetto alla maggiore rappresentatività, rimane ben salda, lo si diceva poc’anzi, al sistema sindacale di fatto: con il

⁴⁹ Sul punto qualche considerazione verrà fatta nel successivo paragrafo.

⁵⁰ BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2018, p. 129.

⁵¹ ZOPPOLI A., *Rappresentanze sindacali e rappresentatività, le insidie del tempo*, in *DLM*, 2018, p. 349 ss.

⁵² Ripercorre il dibattito CORDELLA, *I diritti sindacali alla prova delle nuove tecnologie: fenomenologia, inquadramento giuridico e tutele sindacali nel lavoro dei rider*, in *WP CSDL E “Massimo D’Antona”.IT - 441/2021*.

suo impiego, l'ordinamento ha inteso ancora una volta sostenere quel modello, arginandone i segni di cedimento.

Nulla di nuovo potrebbe dirsi e l'osservazione sarebbe condivisibile. Ma tale premessa rende plausibile ritenere che la rappresentatività comparata non sia assimilabile alla rappresentatività maggioritaria come, invece, prospetta il giudice. Se la rappresentatività comparata è radicata nell'effettività, rimane determinante il rilievo del consenso che nasce e si afferma nella realtà: ad occupare la scena, cioè, è la concreta esistenza di un consenso suscettibile di essere considerato o, se si preferisce, "riconosciuto" in sé. Il che vale quando, come nel caso di specie, la rappresentatività comparata viene impiegata in chiave "soggettiva", ma anche quando con essa si seleziona, tra più contratti collettivi esistenti, quello applicabile.

Mentre la rappresentatività comparata è saldamente ancorata a un "giudizio presuntivo e, al più, solo meramente comparativo"⁵³, la rappresentatività maggioritaria valorizza un consenso, quello espresso dal sindacato che conclude il contratto, da quantificare (*rectius* misurare) rispetto all'intero bacino cui il contratto stesso si riferisce. Dunque, accostando rappresentatività comparata e consenso largamente maggioritario, si finisce, in qualche modo, per alterare la prima, che esclude ogni misurazione, reale e quantitativa, del consenso entro l'ambito di riferimento: nella prospettiva della rappresentatività comparata, in definitiva, è del tutto irrilevante la precisa individuazione del consenso maggioritario e, di riflesso, del dissenso "minoritario".

Pur non dichiarandolo espressamente, quindi, il Tribunale di Bologna sembra ammettere la possibilità di assorbire la rappresentatività comparata in quella maggioritaria, astenendosi, però, dal considerare sia la disomogeneità tra le due categorie sia, profilo anch'esso non marginale, che la percorribilità di questa strada presupporrebbe l'operare del T.U. del 2014: un aspetto mai affrontato nel provvedimento. Al riguardo, già una certa letteratura ha tentato di ricostruire la rappresentatività comparata entro il quadro regolativo del T.U. del 2014, per darle l'apporto quantitativo finora mancante: simili letture non possono essere qui approfondite, dovendo limitarsi a rimarcare che su esse il dibattito è aperto e che un consenso unanime ancora non è maturo⁵⁴.

La via percorsa dal giudice bolognese, in definitiva, pare estremamente

⁵³ ZOPPOLI A., *Sindacato comparativamente più rappresentativo*, cit.

⁵⁴ V. Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario, cit.

impervia e, a ben vedere, nemmeno del tutto necessaria. La condotta datoriale, che subordina la prosecuzione del rapporto di lavoro all'accettazione del contratto collettivo *rider*, sembra antisindacale in sé: anche in tale circostanza, come in quella esaminata dal Tribunale di Milano, ricorre un sostegno riservato a una sola organizzazione sindacale, cui consegue la limitazione del pluralismo collettivo. Piuttosto, ammesso che ce ne fosse bisogno, il decreto del Tribunale di Bologna costituisce l'ennesima riprova di quanto sia rischioso riproporre paradigmi appartenenti a un tempo oramai passato: le urgenze del sistema sindacale, che la quarta rivoluzione industriale contribuisce a rendere nitide, sono altre e vanno nella direzione di una revisione in chiave democratica della rappresentanza, senza la quale "c'è il rischio che tutte le nuove fabbriche saranno fabbriche senza sindacato, e purtroppo già oggi esistono molte fabbriche nuove in cui i lavoratori non ritengono il sindacato un loro rappresentante"⁵⁵.

10. *È antisindacale imporre il contratto collettivo stipulato da un "sindacato di comodo": i dubbi proseguono*

Perplessità non minori solleva la sentenza del Tribunale di Firenze, che, in sede di opposizione al decreto di rigetto dell'art. 28 Stat. Lav., accoglie le ragioni dei ricorrenti.

Tali dubbi non riguardano l'antisindacalità della condotta datoriale per violazione degli obblighi di informazione – radicati nel CCNL Terziario Distribuzione e Servizi applicato dalla società convenuta – e delle procedure di consultazione di cui alla l. 223/91. Sugli obblighi di informazione non sembrano esservi dubbi: se la società – come si scrive nella sentenza – applica il CCNL Terziario Distribuzione e Servizi, l'inosservanza della sua parte obbligatoria rende senz'altro antisindacale la condotta del datore di lavoro. Al pari del mancato avvio delle procedure di consultazione previste dalla l. 223/91, sulla cui estensione al lavoro etero-organizzato, considerata la prospettata lettura dell'art. 2, non può esservi disaccordo. Anzi, pare superfluo il pur apprezzabile tentativo di includere i ciclofattorini nel

⁵⁵ BENTIVOGLI, *Sindacato futuro nell'era dei big data e In-dustry 4.0. Industry 4.0: la smart factory necessita della smart union*, BENTIVOGLI, DIVICO, PERO, VISCARDI, NAVARETTI, MOSCONI, *#SindacatoFuturo in Industry 4.0*, 2015, p. 19.

perimetro soggettivo della direttiva 98/59/CE, per argomentare *ad adiuvandum* l'operare della l. 223/91. Sia chiaro, il punto è rilevante e attuale, ma, proprio per questo, avrebbe meritato un più ampio approfondimento: il Tribunale include il cicofattorino nella nozione europea di "lavoratore" alla base della direttiva 98/59/CE⁵⁶, ma si astiene dall'indagare se la relativa prestazione presenti le caratteristiche di quella nozione e, soprattutto, se si svolga "sotto la direzione del datore" nell'accezione fatta propria dalla Corte di Giustizia.

I menzionati dubbi, invece, riguardano l'accoglimento delle istanze dei ricorrenti, secondo cui "l'imposizione (pena il recesso dal rapporto) a tutti i cicofattorini del contratto sottoscritto da Assodelivery con UGL *Rider* avrebbe il carattere dell'antisindacalità attesa la natura di 'sindacato di comodo' della suddetta UGL".

Il Tribunale qualifica "di comodo" il sindacato in base a elementi "indiziari" della "vicinanza' del sindacato alle posizioni datoriali". Tuttavia, nelle limitate occasioni in cui ha indagato il contenuto dell'art. 17 Stat. Lav., la giurisprudenza di legittimità ha messo l'accento su elementi diversi dalla mera "vicinanza alle posizioni del datore". Sul punto rimane celebre la sentenza n. 3455/1991 della Cassazione, dove, abbandonando ogni automatismo, si precisa che il sindacato è di comodo quando riceve un sostegno, di qualunque forma esso sia, finalizzato ad "assoggettarlo alla volontà padronale". Già solo limitandosi a questo, è plausibile avanzare almeno qualche dubbio in merito alla possibilità di fondare l'applicazione dell'art. 17 sulla sola "vicinanza del sindacato alle posizioni datoriali".

Si potrebbe obiettare che il Tribunale di Firenze, nel concludere la sua argomentazione, sposti l'attenzione dalla "vicinanza alle posizioni datoriali" alla "natura non rappresentativa del sindacato e alla natura discriminatoria dei privilegi concessigli, non giustificati dalla forza contrattuale del sindacato stesso in azienda". E, così facendo, imbocchi una strada più vicina alle posizioni della Cassazione, secondo cui "l'assoggettamento alla volontà pa-

⁵⁶ Il riferimento è a una nozione di lavoratore "definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate, e la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione", su cui v. C. Giust., Balkaya, C-229/14. In letteratura, per tutti e da ultimo, AIMO, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in *Labor*, 2021, p. 390 ss.

dronale” ricorre laddove, nel proprio interesse, il datore “sostenga un’organizzazione sindacale per sopperire alla sua debolezza nei confronti delle altre organizzazioni dei lavoratori: onde anche un trattamento discriminatorio attuato dal datore di lavoro a favore di un’associazione sindacale può integrare l’ipotesi del ‘sindacato di comodo’, quando l’attribuzione di particolari privilegi non sia giustificata dalla forza contrattuale della stessa in azienda”.

Anche ragionando in questi termini, tuttavia, i dubbi non si affievoliscono: proviamo a spiegare il perché.

Il riferimento alla “natura discriminatoria dei privilegi” concessi al sindacato “privo di forza contrattuale” sembra evocare il noto problema dell’accreditamento datoriale, che, almeno per una certa fase storica, ha costituito il principale terreno applicativo dell’art. 17. Non è qui possibile dilungarsi, ma il riferimento è a quella giurisprudenza che ha utilizzato la suddetta norma per “blindare” il modello di rappresentanza dell’art. 19 nella sua versione ante-referendum: muovendo dall’art. 17, infatti, sono stati ritenuti “discriminatori” e perciò “nulli per illiceità dell’oggetto” gli accordi aziendali stipulati, unicamente per riconoscere diritti sindacali, dal datore di lavoro con organizzazioni estranee all’art. 19 e, pertanto, non aderenti al sindacato maggiormente rappresentativo⁵⁷.

Tuttavia tale impostazione, proseguendo nella sintesi consentita dalla notorietà delle vicende, non solo è stata superata dalla Cassazione, perché – precisa la Suprema Corte – “dopo il referendum del 95 veicolo dei diritti sindacali in azienda è la stipula di un contratto collettivo applicato all’unità produttiva”⁵⁸. Ma difficilmente può essere invocata nel caso in esame: più che la scelta datoriale di favorire un sindacato “non maggiormente rappresentativo” sottoscrivendo un accordo aziendale, fulcro della questione sembra essere la scelta di imporre un contratto nazionale stipulato ai sensi e per gli effetti degli artt. 2, co. 2, lett. a), e 47-*quater* d.lgs. 81/2015. Rilevarlo non pare marginale, perché sposta la riflessione su un

⁵⁷ Tra le tante Cass. 1913/1986, in *OGI*, 1986, p. 945; Cass. 783/1986, in *Mass. GC*, 1986, p. 2; Cass. n. 1913/1986; Cass. 6701/1988, in *Mass. GC*, 1988, p. 12.

⁵⁸ Cass. 1982/2005, in *OGI*, 2005, p. 13. Sugli sviluppi successivi al referendum del 1995 e sulle questioni di costituzionalità che hanno riguardato la norma non è possibile soffermarsi, si rinvia, anche per una ricostruzione del dibattito, a DELFINO, *L’art. 19 dello Statuto dalla rappresentatività “presunta” a quella “incerta”. E la rappresentatività “effettiva”?*, in *Quaderni di questa rivista*, 2020, n. 8, p. 267 ss.

duplice e diverso piano: la sussistenza di un valido potere negoziale secondo le norme da ultimo citate; la possibilità di imporre tale contratto, limitando il pluralismo sindacale in azienda. Insomma, si ritorna alle questioni di cui si è già detto in precedenza.

Key words

Gig economy, lavoro etero-organizzato, condotta antisindacale, rappresentatività comparata e maggioritaria, sindacato di comodo.

Gig economy, hetero-organized work, anti-union behaviour, comparative and majority representativeness, company union.

Giuseppe Santoro-Passarelli

L'autonomia collettiva: da Francesco Santoro-Passarelli
a Gino Giugni*

1. Sono molto lieto di intervenire a questo Convegno e ringrazio gli organizzatori, in particolare Roberto Voza, per avermi invitato. Come ringrazio il Rettore dell'Università di Bari, la Sindaca di Altamura e il Presidente dell'Associazione Avvocati di Altamura “Francesco Santoro-Passarelli.

Ho avuto il privilegio di conoscere in carne ed ossa i Maestri che oggi ricordiamo. E posso affermare, senza tema di essere smentito, che sono gli unici due autori che hanno elaborato teorie complete dell'autonomia collettiva nel nostro ordinamento. Teorie ovviamente diverse, ma non in contrasto tra loro, come talvolta si sostiene.

È noto che Santoro-Passarelli ha elaborato la teoria dell'autonomia collettiva come specie dell'autonomia privata. Quindi utilizza e fa propria una categoria già ampiamente sperimentata.

Per Santoro, come l'ordinamento riconosce ai singoli di regolare da sé i propri interessi, allo stesso modo riconosce ai gruppi il potere di regolare pattiziamente i loro interessi: non più individuali naturalmente, ma collettivi. Ossia di collettività di persone che non vanno confuse con la collettività generale, dunque non detengono un interesse generale, cioè un interesse pubblico.

In altri termini Santoro – già nel 1949 e nella voce “Autonomia collettiva” dell'Enciclopedia del Diritto – riconosce l'esistenza dei “gruppi inter-

* Discorso pronunciato il 3 dicembre 2021 in occasione del Convegno organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari su “*L'autonomia collettiva da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni*”, per l'inaugurazione della sala intestata a Francesco Santoro-Passarelli che accoglie una parte della sua biblioteca.

medi” in conformità a quanto stabilisce anzitutto l’art. 2 Cost. – che garantisce i diritti inviolabili dell’uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità – e poi l’art. 39 Cost., che fa riferimento ai sindacati in particolare. Con una notazione importante: i “gruppi intermedi” sono inseriti direttamente e stabilmente nel corpo sociale, ma non nell’organizzazione giuridica dello Stato. Perciò, oltre a essere liberi, questi gruppi sono soggetti privati. Diversamente dai sindacati corporativi, soggetti pubblici inseriti nell’organizzazione dello Stato.

Il problema più arduo allora è quello d’individuare il fondamento normativo della superiorità dell’autonomia privata collettiva, che non è fonte normativa, rispetto all’autonomia individuale; e quindi della conseguente inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale. Fondamento che Santoro individua in due norme del codice civile: gli artt. 1723 e 1726. Fondamento un po’ troppo angusto, come hanno rilevato anche i suoi allievi Renato Scognamiglio¹ e Mattia Persiani².

D’altra parte Santoro-Passarelli aveva assorbito la lezione del suo maestro Vittorio Polacco, secondo il quale le “clausole generali” sono gli “organi respiratori dell’ordinamento”. Nel senso che, attraverso queste clausole, la realtà entra nell’ordinamento per vitalizzarlo.

Santoro allora, per qualificare l’attività del sindacato come soggetto libero, privato ma collettivo, non esita a inventare la categoria dell’*autonomia collettiva* come specie dell’autonomia privata: non in forza di un ragionamento astratto, ma desumendola dall’osservazione della realtà³.

¹ SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, in *RDC*, 1971, p. 140 ss.

² PERSIANI, *Saggio sulla autonomia privata collettiva*, Cedam, 1972.

³ Santoro era talmente convinto che il contratto collettivo fosse un accordo che in pieno regime corporativo affermò senza mezzi termini al corso di “cultura sindacale” per funzionari sindacali, forzando in quel caso l’interpretazione delle norme corporative, che la legislazione vigente avrebbe l’imperdonabile difetto di equiparare il contratto collettivo alla legge laddove anche il contratto collettivo corporativo è un autocomando: come tutti i contratti collettivi di diritto comune in *Legislazione del lavoro. Lezioni raccolte da G. Benettin*, Cedam, 1936 (lit.).

È quindi scontato che Santoro-Passarelli, riproponga la sua ricostruzione nel nuovo ordinamento costituzionale, che si fonda su presupposti normativi totalmente diversi da quelli del regime corporativo.

2. La libertà sindacale; il sindacato come soggetto privato e non pubblico; la conseguente autonomia privata collettiva: costituiscono un trinomio inscindibile e possono considerarsi il risultato complessivo cui perviene Santoro-Passarelli. E, come afferma lo stesso Gino Giugni nella commemorazione di Santoro-Passarelli, “la definizione di autonomia collettiva, insieme con un piccolo apparato normativo, occorre riconoscerlo, gettarono le radici sistematiche della nostra materia”. Giugni ricorda il congresso di Taormina del 1954, che vide un aspro confronto tra Santoro-Passarelli, difensore della natura privatistica dell'autonomia collettiva e Costantino Mortati, sostenitore di quella pubblicistica. La disputa si concluse con la vittoria della teoria privatistica. “Vinse quasi con una rotta”: scrive Giugni; e riferendosi a sé stesso e a Federico Mancini, presenti a quel convegno, dice “noi anonimi assistenti avevamo capito che qualcosa di nuovo stava avvenendo: quarantadue anni fa a Taormina”. Ormai 67 anni fa!

A questo risultato bisogna aggiungere un'altra osservazione, che attiene al metodo seguito da Santoro-Passarelli, considerato un dogmatico⁴ quando nel 1944 scrive le sue *Istituzioni di diritto civile*, divenute poi *Dottrine generali del diritto civile* sulle suggestioni del nuovo Codice civile. Eppure, nella sua lunga esistenza, anche come cultore del diritto del lavoro che è un diritto in movimento, Santoro scrisse, circa 40 anni fa, nel 1982, un articolo dal titolo impegnativo “*Quid jus?*”, nel quale afferma che è svanito il sogno del diritto positivo inteso quale diritto scritto.

Quest'ultimo è il canale privilegiato dell'ordinamento, ma non è il solo canale. La massima *ubi societas ibi ius* non significa soltanto che la società non può fare a meno del diritto, ma significa che la società civile produce diritto e che il fatto, sorretto dal consenso, fa legge anche indipendentemente dalla consuetudine.

E ancora il nostro autore, in quegli anni di profonda trasformazione, esorta il giurista all'esigenza di estendere l'indagine dall'ordinamento formale all'ordinamento materiale: che si concretizza nelle regole e istituzioni spontanee, espresse direttamente dalla collettività.

Una veduta di così largo respiro, osserva Pietro Rescigno⁶, può prospet-

⁴ GIUGNI, *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *ADL*, 1997, p. 17.

⁵ Anche se il nostro sorrideva quando si sentiva affibbiare questa qualifica sostenendo, invece, che si sentiva sicuramente un sistematico. E ironicamente rilevava: “ma come si può confondere il sistema con il dogma”.

⁶ RESCIGNO, *Introduzione*, in SANTORO-PASSARELLI F., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Jovene, 1988.

tarla un giurista per il quale la professione del metodo positivo e della costruzione dogmatica non è, o non è più, granitica come si vorrebbe far credere.

E mi permetto di aggiungere che queste affermazioni confermano che Santoro, lungi dall'essere un giurista astratto e per l'appunto un dogmatico, è un attento osservatore della realtà che lo circonda, e nella sua lunga esistenza accademica, che va dal 1930 al 1995, con il realismo che gli era consueto, ha avuto il merito di comprendere e contestualizzare i profondi mutamenti che si sono succeduti nella società italiana: dal dopoguerra e dall'avvento della Costituzione fino al 1995, anno della sua morte.

3. Certamente la teoria dell'autonomia privata collettiva è stata anche un'importante operazione di politica del diritto, destinata a incidere sull'evoluzione della materia e a costituire in qualche misura la premessa – cioè il diritto originato dall'autonomia dei gruppi professionali – sul quale Giugni ha costruito la teoria dell'ordinamento intersindacale.

Come ha ricordato Paolo Grossi, Giugni⁷ ha avuto il privilegio di non fare parte di nessuna scuola accademica italiana e questo ha significato più libertà di ricercare la propria identità senza condizionamenti. Ma, scontato il paradosso, come Giugni stesso racconta⁸, nel suo periodo americano, si è avvicinato all'esperienza dell'istituzionalismo della scuola del Wisconsin, dominata dalla grande personalità di Commons, già scomparso quando egli arrivò in quella università. Lì Giugni incontrò Selig Perlman, che considerava il suo primo maestro e che – sempre secondo il ricordo di Giugni – ebbe su di lui un'influenza pari a quella successiva di Otto Kahn Freund⁹.

Come forse è noto, quella del Wisconsin è una scuola progressista di critica del pensiero economico classico. Ma bisogna anche dire: di fronte alle

⁷ GROSSI, *Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *DLRI*, 2007, pp. 248, 251.

⁸ ICHINO (a cura di), *Intervista a Gino Giugni*, in *RIDL*, 1992, I, p. 416 ss.

⁹ Su Khan Freund v. il ricordo di GIUGNI, *La memoria di un riformista*, a cura di A. Ricciardi, il Mulino, 2007, p. 67 ss. e anche le osservazioni di CELLA, *Il cammino del pluralismo: Giugni e le relazioni industriali*, in *DLRI*, 2007, p. 277: "Dal primo e dall'istituzionalismo pre-roosveltiano 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 pro-mozionale del New Deal".

problematiche sociali collegate alla depressione, alla disoccupazione, ai 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: 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 presentano¹⁰.

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 sottostanti. E così prende vita pian piano l'*Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, che certamente costituisce una svolta negli studi del diritto del lavoro e delle relazioni industriali.

Dopo quest'opera, infatti, nulla sarà come prima. Perché la dottrina successiva non potrà non confrontarsi con essa e, come ha sottolineato Tiziano Treu¹¹, 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 sindacali.

Nella ricostruzione di Giugni¹² si afferma la tesi che la legislazione promozionale non debba essere considerata 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. nei primi decenni post-costituzionali – ma di promozione dell'attività del sindacato in azienda. E in questo disegno di politica del diritto Giugni rivela la sua anima di genuino riformista.

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 concetti giuridici tradizionali. Che l'autore non rinnega, ma rilegge in chiave dinamica e interattiva¹³.

La teoria dell'ordinamento intersindacale, come afferma il suo autore, è stata elaborata con l'intento specifico di allargare e articolare il campo d'indagine al di là dei limiti della metodologia civilistica.

¹⁰ GIUGNI, *Introduzione*, in PERLMAN (a cura di), *A theory of the Labor Movement*, A.M. Kelley, 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 sul punto anche PINO, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, 2014, p. 31.

¹¹ TREU, *L'organizzazione sindacale*, Giuffrè, 1970.

¹² GIUGNI, *Introduzione*, cit.

¹³ FERRARI, *Gino Giugni e la teoria del diritto*, in *DLRI*, 2012, pp. 190-203.

Ma, al di là di questo risultato, è vero che il diritto del lavoro, nel corso di questi decenni, è stato uno dei laboratori più attivi che ha consentito di verificare il punto più delicato dei rapporti tra “diritto formale” e “diritto materiale”. Vale a dire come quest’ultimo s’innesti nell’ordinamento giuridico formale attraverso le cerniere della libertà dell’organizzazione sindacale e dell’effettività dell’azione sindacale. E deve riconoscersi che la dottrina dell’ordinamento intersindacale può considerarsi la teorizzazione, ancora non superata, di questo innesto.

In conclusione, quello che divide il costruttore di una categoria giuridica nuova, come l’autonomia privata collettiva (Santoro-Passarelli), dal ricercatore dei dati social-tipici, ossia pretestuali della fenomenologia dell’autonomia collettiva (Giugni), non può superare ciò che li unisce. Entrambi aderiscono al metodo sistematico; l’unica distinzione riguarda l’oggetto a cui vengono applicate.

Come ha ricordato Umberto Romagnoli¹⁴ entrambi condividono il medesimo progetto di tutela della libertà economica e della dignità della persona. E, come ha acutamente osservato Mario Rusciano¹⁵, entrambi si collocano all’interno di prospettive sincronicamente complementari ed egualmente solidali con la stagione privatistica del diritto sindacale. “Per questo un rapporto di interazione reciprocamente vantaggiosa ha potuto stabilirsi e il cammino della loro comune speranza proseguire”¹⁶.

¹⁴ ROMAGNOLI, *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *ADL*, 1997, p. 14.

¹⁵ RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 1984, p. 52 (nuova ed. 2003).

¹⁶ ROMAGNOLI, *op. cit.*

Key words

Autonomia collettiva, autonomia privata, ordinamento intersindacale, Gino Giugni, Francesco Santoro-Passarelli.

Collective autonomy, private autonomy, inter-union system, Gino Giugni, Francesco Santoro-Passarelli.

Virginia Amorosi

Raccontare la storia giuridica del lavoro in Italia: appunti tra passato e presente

Sommario: 1. Le persone e le cose. 2. Suggestioni francesi e nuove tendenze. 3. A ogni contesto la 'sua' storia. 4. Una conclusione, per rilanciare: norme, pratiche, soggetti.

1. *Le persone e le cose*

È possibile raccontare l'itinerario concettuale che, suffragato da riferimenti normativi e dottrinali, ha portato in un dato momento della storia alla produzione di una cultura giuridica sul lavoro, senza raccontare anche i soggetti destinatari ultimi di quella attenzione intellettuale?

La risposta può certamente essere affermativa, ma la domanda non è retorica e merita ulteriori riflessioni, a partire dalla banale osservazione di una tendenza: nella diffusa narrazione della storia del diritto come storia delle idee, si rischia di dimenticare che il nostro oggetto di studio è profondamente radicato nel tessuto materiale della società.

Le relazioni che il diritto formalizza, l'indirizzo che la cultura giuridica imprime alla vita di una comunità, l'intervento concreto degli ordinamenti e dei meccanismi legali di disciplinamento nella sfera dei soggetti sono elementi rispetto ai quali l'interesse dello storico-giurista potrebbe essere valorizzato da incursioni nella storia sociale e politica e, attraverso queste, nelle storie di uomini e di donne comuni¹. I soggetti reali che, nei contesti di ri-

¹ La tendenza ad "accostarsi a temi e metodi della storia sociale e politica" aveva costituito un forte elemento identitario della *nouvelle vague* che attraversava gli studi storico giuridici italiani negli anni settanta del novecento: cfr. MAZZACANE, *Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull'età moderna e contemporanea*, in *Scienza & Politica*, 1992, 6, p. 3 ss. (7). Tale tendenza era già stata presentata da Aldo Mazzacane in un preziosissimo scritto metodologico che, mentre

ferimento, erano privi di ‘protagonismo’ diretto nei processi legislativi o di costruzione disciplinare non possono essere privati del loro ‘protagonismo’, come gruppi o movimenti, nelle dinamiche sociali e politiche da chi oggi quelle dinamiche tenta di raccontarle. Ne risulterebbe altrimenti un discorso incompleto dal punto di vista metodologico, perché trascurerebbe di analizzare i meccanismi di formazione dei quesiti giuridici, obliterando di conseguenza le ragioni delle opzioni teoriche considerate dai giuristi nella storia e in parte sfociate nelle architetture normative.

Nel caso della storia del diritto del lavoro, tralasciare la considerazione degli agenti sociali – prestatori e datori di lavoro – può comportare conseguenze fuorvianti. Accantonando le pratiche contrattuali, che tanto sono state invocate dalla storiografia giuridica come terreno di interesse quanto al contrario sono state di fatto poco battute, si rischia di inseguire una trama che alterna mutevoli paradigmi scientifici a eventi legislativi seriali, presentandoli come assoluti, scollati dalla realtà, mentre il centro del discorso giuridico sul lavoro, la *ratio* profonda delle norme che disciplinarono le relazioni industriali erano (e sono) necessariamente connesse con le contraddizioni materiali della società in trasformazione. Lasciare nell’ombra il ruolo della classe operaia così come la consistenza economica degli interessi imprenditoriali in gioco – due fattori che peraltro sono sempre ben visibili già nei ragionamenti dei giuristi d’età liberale impegnati nel dipanare la relazione tra lavoro e diritto – conduce lo storico del diritto a produrre un racconto piano e sospeso: piano perché elusivo della componente conflittuale della società; sospeso perché sconnesso dalla componente materiale del diritto, ossia le persone e le cose². La cancellazione della testimonianza del conflitto sociale, in un rimbalzo di vuoti di memoria, potrebbe farci dimenticare che il diritto del lavoro nasce ‘contraddittorio’, perché destinato a tutelare interessi contrastanti e, nella misura in cui ha migliorato le condizioni dei lavoratori salariati, ha contribuito alla prevenzione della rivoluzione sociale. Ma,

dichiarava guerra ai conservatorismi, registrava i segnali di rinnovamento della disciplina e indicava nel materialismo storico l’opzione teorica da perseguire: ID., *Problemi e correnti di storia del diritto*, in *Studi Storici*, 1976, 3, p. 5 ss. Per ulteriori argomentazioni sul tema, cfr. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca* [1986], in *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, 2009, p. 1113 ss.

² Della copiosa letteratura sul tema ‘persone e cose’ come materia del diritto mi limito a citare la riflessione di Roberto Eposito che interpreta l’assiomatica divisione tra i due elementi come “esito di un lunghissimo percorso di disciplinamento che ha percorso la storia antica e moderna”: ID., *Le persone e le cose*, Einaudi, 2014, p. VII.

al contempo, il diritto del lavoro si è caratterizzato per essere un “*droit transactionnel*”, proprio perché generato dal conflitto sociale e nel tentativo di risolverlo³.

2. *Suggerimenti francesi e nuove tendenze*

L'immagine efficace di una transazione tra movimento operaio, padronato e Stato ci ricorda che il diritto del lavoro “delle origini” si giocava almeno su due piani, quello contrattuale e quello legislativo-istituzionale. La molteplicità delle forme assunte da queste due macro componenti e l'eterogeneità degli attori intervenuti nelle dinamiche di mediazione, immaginazione e costruzione di una disciplina per le relazioni industriali, e della sua dottrina, sono i temi variegati di una riflessione storiografica che risulta specialistica rispetto al suo oggetto e nello stesso tempo interdisciplinare.

Da circa un ventennio ormai, un cospicuo numero di storici del diritto francesi sono impegnati nel dirigere e promuovere ricerche a più voci sulla cultura giuridica del lavoro, con l'obiettivo di mettere in luce nuovi argomenti e approfondirne altri già trattati, sdoganando le potenzialità che possono scaturire dagli intrecci di prospettive metodologiche differenti: giuristi, storici delle istituzioni e storici sociali, economisti e sociologi, scienziati della politica, molte professionalità prestate alla valorizzazione di un interesse scientifico comune ma diversamente declinabile⁴.

³ La definizione è di HORDERN, *Introduction générale*, in ID. (dir.), *Construction d'une histoire du droit du travail*, Institut régional du travail, 2001, p. 11 ss. (14), e riflette i lavori di EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, e di SELIER, *La confrontation social en France*, Presses Universitaires de France, 1984. Sulla stessa linea interpretativa, ma più colorata e vivida, l'immagine del diritto del lavoro come “figlio di una trasgressione generalizzata” fornita da ROMAGNOLI, *Il lavoro non è una merce, ma il mercato del lavoro è una realtà*, in questa rivista, 2019, I, p. 17 ss. (18).

I riferimenti bibliografici che seguono in nessun modo danno contezza del vasto campo di ricerca della storia del lavoro: né della storia giuridica, né delle ‘altre’ storie del lavoro (politiche, sociali, economiche) che hanno trovato fortuna e diffusione più precoce e costante. Una ricognizione accurata, completa e di lungo periodo è, in prospettiva, auspicabile per tematizzare le necessarie differenze metodologiche e attrezzarsi meglio per la costruzione di un proficuo dialogo tra discipline.

Qui mi limiterò a una selezione molto ristretta di testi, tutta funzionale all'elaborazione di una proposta storiografica.

⁴ Mi riferisco a: HORDERN (dir.), *Construction*, cit.; DAUCHY, DUBOIS, LEKEAL (dir.), *Histoire, justice et travail, actes du colloque international*, Centre d'Histoire Judiciaire, 2005; LE CROM (dir.),

Dagli studi collettanei pubblicati in Francia emerge, accompagnata da una puntuale capacità di auto-narrazione, una volontà scientifica precisamente orientata verso la formazione di un vero e proprio “champ de recherche”, la storia del diritto del lavoro, che si vuole imporre come territorio di studio più esteso e articolato di quanto possa apparire una semplice “sous-catégorie de l’histoire du droit”⁵. Sono gli stessi storici del diritto del lavoro che, un po’ artefici, un po’ cronisti, testimoniano l’intensificarsi dell’attenzione per la loro materia, il moltiplicarsi di temi specifici di approfondimento e l’interesse concreto da parte di storici e sociologi per la costruzione di categorie giuridiche⁶.

La determinazione dei protagonisti del nuovo campo di ricerca è visibile e si riproduce nelle stesse ricognizioni sullo stato dell’arte, occasioni per consolidare paradigmi interpretativi e palesare letture omogenee delle tendenze storiografiche passate: si racconta di origini politiche negli anni settanta, del graduale intensificarsi di ricerche storico-giuridiche a partire dalla metà degli ottanta, dell’emancipazione dal ‘politico’ e di un liberatorio approdo al ‘sociale’ tra i novanta e il duemila; infine si individuano nei convegni di Aix-en-Provence del 2000 e di Nantes del 2003 i momenti fondativi della nuova storia del diritto del lavoro⁷.

L’auto-narrazione compiuta dai francesi coincide per alcuni profili contenutistici con l’immagine prodotta dalla storiografia italiana del lavoro quando parla di sé. La critica da parte degli storici contemporanei a quella che rappresentano come caratteristica dominante degli studi degli anni settanta, ossia la sovrapposizione della storia del lavoro con la storia del movimento operaio, si accompagna al graduale abbandono sia di una selezione tematica che privilegiava la materia sindacale sia di una manifesta propen-

Les acteurs de l’histoire du droit du travail, Presses Universitaires de Rennes, 2004; LE GALL, GAURIER, LEGAL (dir.), *Du droit du travail aux droits de l’humanité: Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

⁵ Cfr. LE CROM, *Avant-propos*, in ID. (dir.), *Les acteurs*, cit., p. 11; v. anche ID., *Pour un histoire sociale du droit du travail*, in *RDT*, 2013, p. 602 ss.

⁶ In particolare Francis Hordern nel 2001 forzava i confini della multidisciplinarietà, proponendo un tipo di ricerca che potesse coinvolgere non solo gli accademici, ma anche gli attori sociali: ID. (dir.), *Construction*, cit.

⁷ In particolare cfr.: LE GOFF, LE CROM, *Quelle histoire pour le droit du travail?*, in *Revue de droit du travail*, 2013, p. 599 ss.; LE CROM, *Avant-propos*, in *Les acteurs de l’histoire*, cit.; CHATRIOT, JOIN-LAMBERT, VIET, *Introduction*, in ID. (dir.), *Les politiques du travail (1906-2006). Acteurs, institutions, réseaux*, Presses Universitaires de Rennes, 2006, p. 9 ss.

sione alla contaminazione ideologica⁸. In effetti, nel ripercorrere la traiettoria degli studi sul lavoro dell'ultimo mezzo secolo, si dovrebbe considerare che la storiografia può essere letta anche alla luce dell'andamento dei rapporti di forza tra capitale e lavoro contemporanei, passando dalla fase del 'riflusso', e poi della normalizzazione del conflitto, con la sua definitiva scomparsa dalle rappresentazioni 'pop' (narrativa, giornalismo, cinematografia) che, dal dopoguerra fino agli anni settanta, avevano dato visibilità a entrambi gli elementi di quella relazione. Così, per oltre un ventennio, al di fuori del circuito scientifico specialistico che ha conservato la sua attenzione professionale, le lavoratrici e i lavoratori sono stati espunti dal discorso pubblico.

Con riferimento ai tempi più recenti, sembra che in Italia si assista al consolidarsi di una corrente di studi dedicati alla storia del lavoro caratterizzata per essere multidisciplinare e dichiaratamente inclusiva rispetto a temi e quesiti provenienti dal contesto presente. All'interno di tale prospettiva può trovare un posto significativo e ben armonizzato con le altre aree di ricerca la componente giuridica, che si manifesta non solo come storia di uno specialismo disciplinare, il diritto del lavoro, ma acquista un respiro più ampio fino ad assurgere a tessera necessaria per il racconto della cultura contemporanea del lavoro.

In un circolo virtuoso di condivisione di temi, interazione tra metodologie e letture incrociate di medesime fonti, è emersa una *new wave* italiana della storia del lavoro, stimolata nell'ultimo decennio dall'avvicinarsi di incontri, dibattiti e convegni: occasioni a partire dalle quali si sono delineati nuovi e proficui filoni di ricerca, e che spesso sono approdate a pubblicazioni collettanee⁹. Un contributo decisivo in termini organizzativi, di promozione della ricerca e monitoraggio delle iniziative (seminari, editoria, *call for paper*) è fornito dalla *Società Italiana di Storia del lavoro* (fondata nel 2012), e va amplificandosi, assumendo una dimensione internazionale, grazie alla costituzione dell'*European Labour History Network* che riunisce associazioni accademiche nazionali, gruppi di lavoro informali e singoli studiosi¹⁰.

⁸ Tra i contributi più indicativi in tale direzione cfr.: MUSSO, *Storia del lavoro in Italia dall'Unità a oggi*, Venezia, Marsilio, 2002; e più di recente PASSANITI, *Per una storia del lavoro senza frontiere: lavori, storie e diritti*, in CERASI (a cura di), *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, New digital frontiers, 2016, p. 191 ss.

⁹ Sul punto cfr.: MELLINATO, *Il ritorno della storia del lavoro, in Italia e oltre*, in *Contemporanea*, 2017, 2, p. 319 ss.; LANZA, *Bilanci per nuovi percorsi di storia del lavoro*, in *Società e storia*, 2019, p. 139 ss.

¹⁰ Di particolare interesse si rivela il sito della Società italiana <http://www.storialavoro.it/>:

Lo stato dell'arte degli studi di storia del lavoro in Italia indica un orientamento deciso a convogliare voci molteplici intorno a un oggetto di indagine molto specifico, un concetto denso o un soggetto trasversale che combinati con il tema del lavoro producono una connessione significativa e speciali ricadute sul piano della ricerca; per questa via, si moltiplicano studi sui binomi della storia del lavoro, come 'lavoro e cittadinanza', 'lavoro e migrazione', 'lavoro e genere'¹¹. Si tratta, in molti casi, di studi multidisciplinari che includono il diritto, il ruolo delle istituzioni e della dottrina giuridica e ai quali talvolta collaborano giuristi e storici del diritto.

3. *A ogni contesto la 'sua' storia*

La fascinazione storiografica per la cultura giuridica sul lavoro, in Italia, ha tradizionalmente colpito i professionisti del diritto positivo in maggior misura rispetto agli storici del diritto. A partire dai primi anni settanta, giuristori di professione come Maria Vittoria Ballestrero, Lorenzo Gaeta, Umberto Romagnoli, Gaetano Vardaro, Bruno Veneziani hanno dato avvio a un settore di ricerca che languiva, trascurato da una tradizione di studi storico giuridici che per lo più negava spazio alle indagini su contesti troppo vicini nel tempo, per evitare che fossero compromesse da facili addentellati nella realtà contemporanea¹².

Ed infatti, un bilancio della storiografia italiana sul diritto del lavoro necessariamente non può andare più indietro di un cinquantennio: fatta ecce-

uno strumento sempre aggiornato e ricco di informazioni, diventato pian piano punto di riferimento per gli studiosi italiani della storia del lavoro nelle sue molteplici articolazioni.

¹¹ Come esempi più recenti di tale orientamento cfr., tra le opere collettanee: COLUCCI, NANI (a cura di), *Lavoro mobile. Migranti, organizzazioni, conflitti (18.-20. secolo)*, New digital frontiers, 2015; BALDISSARA, BATTINI (a cura di), *Lavoro e cittadinanza. Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, 2017; il numero monografico di *Genesis. Rivista della Società Italiana delle Storie*, 2016, XV/2, intitolato *Per una storia del lavoro*; BONAZZA, ONGARO (a cura di), *Libertà e coercizione: il lavoro in una prospettiva di lungo periodo*, New digital frontiers, 2017; SARTI, BELLAVITIS, MARTINI (eds), *What is Work? Gender at the Crossroads of Home, Family, and Business from the Early Modern Era to the Present*, Berghahn Books, 2018; BETTI, DE MARIA (a cura di), *Genere, salute e lavoro dal fascismo alla Repubblica. Spazi urbani e contesti industriali*, BradypUS, 2020.

¹² Sul ritardo della storiografia giuridica italiana nell'affrontare temi di storia contemporanea, cfr. le argomentazioni critiche, coeve al momento di cambio di rotta, elaborate da MAZZACANE, *Tendenze attuali*, cit.

zione per alcune ricostruzioni isolate, fu nel decennio dei settanta che un cospicuo gruppo di giuslavoristi iniziò a raccontare la storia della loro disciplina. Il contributo di questi studi così precoci, nel quadro di una generale laconicità degli storici del diritto sul tema, ha permesso di fornire una terza dimensione, quella giuridica, a una storia italiana del lavoro che era ancora *in fieri* e sembrava coincidere con la storia del movimento operaio. Su quali fossero le ragioni di un interesse condiviso per le proprie origini da parte dei giuslavoristi, si possono formulare delle ipotesi che risultano intimamente connesse con quel tempo e quel contesto – sull'oggi, vista la presenza costante di ricerche di natura storiografica all'interno delle riviste di diritto del lavoro, condotte anche da giuristi non storici di professione, naturalmente ci sarebbe da dire dell'altro.

Con riferimento, dunque, agli anni settanta del novecento credo che un elemento di riflessione non trascurabile per i giuristi del lavoro fosse la necessità di adeguare il proprio statuto disciplinare alle trasformazioni sociali e la dottrina alle nuove norme, inseguendo l'obiettivo di rifondare un campo teorico che, seppur relativamente giovane, era decisamente mutevole sotto le pressioni del corpo sociale, e per questa ragione andava reso autonomo dal diritto privato dei contratti¹³.

D'altra parte, e più in generale, si trattava di ragioni legate al contesto di formazione professionale e intellettuale in cui le più giovani generazioni di giuristi operavano: l'attenzione al sociale e al politico era la cifra pervasiva di un 'nuovo umanesimo' – rivelatosi in seguito facilmente frangibile – che necessariamente passava per l'attenzione alla storia, animando un dibattito culturale ampio, partecipato con interesse anche dai giuristi, e volto a raccogliere le sensibilità più permeabili alle spinte innovatrici della società¹⁴. Proprio il de-

¹³ La difficoltà di svincolare l'interpretazione del contratto individuale di lavoro dalla struttura dell'istituto privatistico è il problema atavico della dottrina giuslavorista; qui mi limito a citare un recente contributo di Umberto Romagnoli, pubblicato nella rubrica *Al presente* del sito web della Società italiana di storia del lavoro, dove l'autore individua con agilità i punti chiave della questione nel passaggio cruciale da fascismo a repubblica: cfr. ID., *Diritto del lavoro: un genitivo metaforico*, in <http://www.storialavoro.it/al-presente-8/>, Agosto 2017.

¹⁴ Mi pare di scorgere una linea comune nei testi citati da Umberto Romagnoli nella sua *Introduzione a ID., Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, 1974, p. 5 ss. In queste pagine, preziosa fonte per leggere dall'interno un'epoca della cultura giuridica italiana tanto vicina quanto conclusa, l'autore confessa i motivi che lo hanno indotto, da giuslavorista, a occuparsi di ricerca storiografica, e mette l'accento proprio sul contesto: sull'interesse destato dallo Statuto dei lavoratori, sull'impegno intellettuale condiviso da alcuni giuristi nel trovare una ri-

siderio di avanzamento, in sintonia con la nuova legislazione di tutela del lavoro e gli strumenti di emancipazione ottenuti dalla classe operaia, a cominciare dallo Statuto dei lavoratori, induceva in particolare i giuslavoristi a condurre “una coraggiosa auto-critica fondata sul giudizio storico”, e a ripensare la loro disciplina a partire dal passato “per non essere costretti a riviverlo”¹⁵.

Sul tempo presente, per quanto sia difficile dare una lettura esaustiva, in mancanza del necessario distacco e con il rischio di chi maneggia un canocchiale rovesciato, ogni ipotesi andrebbe poi verificata. La volontà di confrontarsi con il passato da parte dei giuslavoristi di oggi sembra rispondere a esigenze quasi opposte a quelle che li guidavano cinquanta anni fa, perché è profondamente trasformato quel clima culturale che dava un protagonismo inedito al diritto del lavoro, caratterizzato da uno slancio della disciplina nella direzione dell'accoglimento di istanze democratiche e progressiste¹⁶.

Oggi, in un contesto in cui l'iperproduzione normativa è corrisposta a una deregolamentazione spregiudicata del mercato del lavoro e al progressivo depauperamento delle tutele istituzionali¹⁷, lo sguardo alla storia della disciplina può apparire a tratti nostalgico, in particolare quando ripercorre la fase ascendente della parabola dei diritti. Ma lo sforzo va condotto in altra direzione e, se possiamo considerare superati gli interrogativi foschi sulla fine del lavoro¹⁸, appare invece cruciale e dibattuto il tema della necessaria ‘reinvenzione’ del diritto del lavoro¹⁹.

sposta sostenibile e adeguata ai cambiamenti in atto, sulla necessità di individuare una via d'uscita alla “crisi d'identità che in epoca recente ha colpito i giuristi contemporanei”, (ivi, p. 6).

¹⁵ Ivi, pp. 9-10.

¹⁶ “Il tempo di festeggiamenti è finito da un pezzo”: così ROMAGNOLI, *Il lavoro non è una merce*, cit., p. 21. A proposito della crisi dei diritti nelle democrazie novecentesche, sebbene con sfumature diverse, vanno considerati anche i segnali allarmanti sullo svuotamento della Costituzione che molti giurpubblicisti indicano come tema urgente. Tra i contributi più recenti cfr. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, 2021.

¹⁷ Sul punto Maria Vittoria Ballestrero ha parlato di “bulimia legislativa” e di “normativa succube del pensiero economico neo-liberista”: ID., *Il Ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, 4, p. 761 ss.

¹⁸ A riguardo mi riporto alle convincenti argomentazioni di SUPIOT, *op. cit.*

¹⁹ Non potendo dare conto del corposo e multiforme dibattito sul tema, mi limito a fare riferimento alla tendenza a guardare a soluzioni internazionalistiche per ovviare alla disgregazione delle vecchie regole del diritto del lavoro nazionale. In particolare, l'intervento dell'ILO è invocato da più voci che, non a caso, ne sottolineano la longevità come un valore; tra i riferimenti più recenti cfr.: PERULLI A., *L'OIL e lo spirito di Filadelfia oggi: cent'anni di solitudine*, in questa rivista, 2019, 1, p. 6 ss.; e le conclusioni di SUPIOT, *op. cit.*, p. 49 ss; per un approccio meno ottimistico cfr. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*, in questa rivista, 2019, 1, p. 45 ss.

In considerazione di queste premesse, una lettura cronologica delle bibliografie sulla storia del diritto del lavoro in Italia mette in evidenza che, nella fase di espansione del movimento operaio, l'interesse storiografico dei giuslavoristi privilegiasse il tema della contrattazione collettiva e dell'esperienza sindacale, e che tale passione si spense nell'arco di un decennio, ma non senza lasciare traccia.

Infatti, seppur con obiettivi e approcci metodologici differenti, nella seconda metà degli anni ottanta il nucleo di studi sulle origini del diritto del lavoro fu intercettato da alcuni storici del diritto i quali presero a disegnarne con maggior precisione le coordinate. In particolare, l'intuizione di raccontare la storia del contratto collettivo come "parte essenziale nella nascita del moderno diritto del lavoro" fu espressa organicamente e argomentata come tesi storiografica da Cristina Vano in un saggio dallo spiccato gusto comparatistico, dedicato alla riflessione dei giuristi italiani a confronto con alcuni orientamenti europei, innanzi all'emergere della nuova prassi contrattuale²⁰. Il contratto collettivo di lavoro nell'ambito delle prime relazioni industriali rappresentava l'elemento *extra ordinem* che agiva nella dimensione fattuale dei rapporti di fabbrica e si imponeva sul piano della disciplina giuridica, scalzando l'armonia artefatta del diritto comune civilistico "aggiustato" dalla legislazione speciale.

Nella selezione degli argomenti degli storici del diritto l'indagine sulla componente sindacale lasciò subito il campo alla centralità della storia della disciplina tra otto e novecento, con particolare riguardo a temi quali: la riflessione scientifica sulle categorie giuridiche tradizionali e i tentavi di forzarle; il contratto individuale di lavoro e i correttivi legislativi; le ragioni teoriche che animavano i dibattiti sulle architetture dottrinarie, costruite intorno alla volontà di conservare i dogmi della civilistica senza tuttavia esporsi al pericolo del radicalismo sociale. Il paradigma interpretativo dominante è riassumibile nell'idea di un diritto del lavoro nato dall'esigenza di rispondere con gli strumenti del diritto civile di matrice liberale e individualistica all'emergere della dimensione collettiva nella moderna società industriale²¹.

²⁰ Cfr. VANO, *Riflessioni giuridiche e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in MAZZACANE (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, Liguori, 1986, p. 125 ss. (128), alla quale rinvio anche per una dettagliata bibliografia degli studi compiuti fino al 1985 sulle origini del diritto del lavoro.

²¹ In particolare qui mi riporto a contributi di ampio respiro tematico quali: PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Giuffrè, 2006;

Se i molteplici temi della storiografia sul diritto del lavoro in Italia possono essere qui tratteggiati solo per grandi aree, più minimale si rivela l'operazione di individuarne gli artefici. Fino a tempi relativamente recenti, infatti, la storiografia giuridica non ha considerato il diritto del lavoro, come terreno di ampio interesse e, poiché nelle bibliografie degli storici del diritto sono molto rari anche gli studi isolati su temi lavoristici, possiamo dire che in Italia i pochi appassionati sono dei veri specialisti²². Tra costoro Giovanni Cazzetta è particolarmente rappresentativo, sia per la sua vasta e costante produzione, sia per la capacità di imporre linee interpretative che hanno segnato non solo la storiografia sul diritto del lavoro, ma anche la storiografia sulla cultura giuridica *tout court*, entrando a far parte di quello strumentario che, anche sulla lunga durata, consente di leggere la dimensione giuridica del lavoro industriale nei suoi passaggi d'epoca – dai provvedimenti della Francia rivolu-

CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Giuffrè, 2007; STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, 2007; ROSSI F., *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, Giuffrè, 2017; e i più risalenti: CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini. Ratio legis e costruzione dogmatica nel diritto del lavoro*, Unicopli, 1990; VANO, I "problemi del lavoro" e la civilistica italiana alla fine dell'ottocento: il contributo di Emanuele Gianturco, in MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Liguori, 1987, pp. 167-219.

²² Tra i casi di studio 'isolati' ricordo il saggio di storia della legislazione di MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, in *Quaderni Fiorentini*, 1974-1975, p. 103 ss., che costituisce anche uno dei primissimi tentativi di affrontare il tema del lavoro da parte di uno storico del diritto. Tra gli "specialisti" si pensi ai già citati Paolo Passaniti e Irene Stolzi.

Per il primo, la cui ricca produzione spazia dalle biografie esemplari del socialismo giuridico, ai contratti, dal diritto di sciopero, al lavoro agricolo, ai nessi tra lavoro e Costituzione, riporto a titolo esemplificativo: PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit.; ID., *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Piero Lacaita Editore, 2008; ID., *Il pendolo dello sciopero e la pentola dell'agitazione contadina*, in *Studi senesi*, 2, 2010, p. 313 ss.; ID., *La Costituente tra cronaca e storia. Il nodo giuslavoristico nell'ordine democratico*, in GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014, p. 13 ss.; l'opera collettanea da lui curata ID., (a cura di), *Lavoro e cittadinanza femminile. Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, Franco Angeli, 2016.

Per la seconda, tra i suoi numerosi contributi sul diritto corporativo fascista e la prima fase repubblicana, qui cito: STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit.; ID., *Politica sociale e regime fascista: un'ipotesi di lettura*, in *Quaderni Fiorentini*, 2017, p. 241 ss.; ID., *Il diritto, i diritti*, in MUSSO (a cura di), *Storia del lavoro in Italia - il Novecento - 1945-2000: la ricostruzione, il miracolo economico, la globalizzazione*, Castelvechchi, 2015, p. 335 ss.; ID., *Lavoro e cittadinanza: ascesa e declino di un binomio*, in BALDISSARA, BATTINI, *op. cit.*, p. 67 ss.

zionaria, al modello Codice, dalla scienza civilistica dell'Italia liberale, al disegno corporativo, ai principi della Costituzione Repubblicana²³.

Negli ultimissimi anni si osserva, però, un'inversione di tendenza e il sorgere di una rinnovata curiosità da parte degli storici del diritto per il tema del lavoro. Da uno sguardo alle pubblicazioni più recenti il dato che rileva maggiormente consiste nella selezione variegata di argomenti e contesti: spesso molto diversi tra loro, non sempre interni alla storia dello specialismo disciplinare lavoristico, ma che piuttosto intrecciano l'ampio binomio 'lavoro e diritto', raccontandone alcuni aspetti riferibili ad altre discipline (diritto penale, criminale, previdenziale, internazionale e coloniale), ovvero mettendo in luce relazioni giuridiche più risalenti nel tempo rispetto alla rivoluzione industriale²⁴.

Oggi, mentre assistiamo al promettente convergere di approcci scientifici eterogenei verso il comune interesse per il lavoro e la sua storia, appare sempre più evidente l'importanza di coltivare metodologicamente o valo-

²³ Della corposa bibliografia di Giovanni Cazzetta su temi lavoristici, oltre alla monografia ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., mi limito a citare pochi testi che forniscono il quadro della sua produzione sottolineandone la continuità: ID., *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra otto e novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 1988, p. 155 ss.; ID., *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, in *Quaderni Fiorentini*, 1999, p. 511 ss.; ID., *Una consapevole linea di confine. Diritto del lavoro e libertà di contratto*, in *LD*, 1, 2007, p. 143 ss.; ID., *Legge e Stato sociale. Dalla legislazione operaia ai deflemmi del welfare 'senza legge'*, in *Quaderni Fiorentini*, 2017, p. 103 ss.; ID., *Il diritto del lavoro e dell'impresa*, in MAIFREDA (a cura di), *Storia del lavoro in Italia: l'Ottocento - Tradizione e modernità*, Castelveccchi, 2018, p. 283 ss.; ID., *Un processo di formazione: cultura giuridica del lavoro nel Novecento italiano*, in *RTDPC*, 2020, p. 737 ss.

²⁴ Solo per dare l'idea dell'eterogeneità di temi e tempi cfr: COLAO, *Visioni del mondo del lavoro nella storia. Percorsi tra cinema e diritto*, in questa rivista, 2021, 1, p. 229 ss.; MORELLO, *Diritto, lavoro, sicurezza. Le assicurazioni per gli infortuni tra Ottocento e Novecento*, ARAS Edizioni, 2015; ID., *L'organizzazione del lavoro nelle botteghe artigiane tra XIII e XV secolo. Il contratto di apprendistato*, in *Historia et ius*, 2016, 10, paper 9; PASSANITI, *La cittadinanza sommersa. Il lavoro domestico tra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2008, p. 233 ss.; ID., *I trent'anni che sconvolsero la trama storica del diritto di famiglia (e del lavoro)*, in questa rivista, 2012, 2, p. 329 ss.; ROSSI F., *Un 'punto di non ritorno': Lavoro minorile, sfruttamento e violenza durante l'età liberale*, in SANTANGELO CORDANI, ZICCARDI (a cura di), *Tra odio e (dis)amore. Violenza di genere e violenza sui minori dalla prospettiva storica all'età digitale*, Giuffrè, 2020, p. 169 ss.; SPECIALE, *La "lotta del male contro il male" nel "cimitero dei vivi" . Sul lavoro dei condannati alla fine dell'Ottocento*, in *Historia et ius*, 2016, 10, paper 23; STOLZI, *La parità ineguale. Il lavoro delle donne in Italia fra storia e diritto*, in *Studi storici*, 2019, 2, p. 253 ss.; STORTI, *Lavoratori ribelli e giudici eversivi. Sciopero e licenziamento collettivo nella giurisprudenza di Cassazione tra 1900 e 1922*, in LACCHÈ (a cura di), *Il diritto del Duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Donzelli Editore, 2015, p. 3 ss.

rizzare contenutisticamente, all'interno della ricerca storiografica contemporanea, sia la necessaria inclinazione per la comparazione che ha caratterizzato il diritto del lavoro fin dalle sue origini, sia l'interesse per la diffusione di una sensibilità internazionalistica che orientava l'agire dei diversi soggetti sociali, dalle organizzazioni operaie, ai giuristi, al capitale.

Non per mera consuetudine, infatti, ma per una specifica esigenza disciplinare, i giuristi, i politici, le istituzioni (Associazioni scientifiche, Ministeri, Uffici del lavoro, Organismi internazionali) che si sono confrontati con i problemi del lavoro hanno fatto della comparazione la cifra essenziale delle loro ricerche e delle loro pratiche. Per il legame imprescindibile che collega la costruzione di una storia alla natura del suo oggetto, nel caso della storiografia sulla cultura giuridica lavoristica d'età contemporanea, appare opportuna una sperimentazione ulteriore che può assumere due direzioni diverse ma ugualmente interessanti: da un lato promuovere ricerche che mettano a confronto esperienze omogenee all'interno di un dato contesto storico; dall'altro approfondire studi che verifichino il contributo della componente comparatistica nella formazione di una disciplina del lavoro in occidente. Tale modalità di ricerca può rivelarsi caratterizzante, anzi è già un terreno di notevole sviluppo, se osserviamo la pubblicazione di studi e la diffusione di ricerche che assumono la comparazione come strumento privilegiato per restituire la complessità dei rapporti industriali e mostrare la necessaria connessione tra le politiche del lavoro dei Paesi occidentali²⁵.

Al fine di completare il quadro delle suggestioni e delle possibili ricadute che derivano dagli approcci comparatistici nella costruzione della storia del lavoro, non è un dato trascurabile lo straordinario successo ottenuto dalla cosiddetta *Global Labour History* nell'arco degli ultimi vent'anni. Il tentativo di 'rivoluzione' metodologica compiuta dagli autori di storia globale del lavoro, infatti, pare trovare le sue origini in una più datata prospettiva di storia comparata *tout court*²⁶. La novità, proclamata con forza in numerosi studi di

²⁵ Riporto alcuni esempi dalla storiografia europea: VAN DER LINDEN, PRICE (ed.), *The Rise and Development of Collective Labour Law*, Peter Lang, 2000; CASTILLO, PIGENET, SOUBIRAN-PAILLET (dir.), *Estados y relaciones de trabajo en la Europa del siglo XX*, Madrid, Ed. Cinca-Fundación, 2008; HEPPLER, VENEZIANI (ed.), *The Transformation of Labour law in Europe. A comparative Study of 15 countries 1945-2004*, Hart Publishing, 2009; RUDISCHHAUSER, *Geregelt Verhältnisse. Eine Geschichte des Tarifvertragsrechts in Deutschland und Frankreich, 1890-1918/19*, Böhlau, 2016.

²⁶ Nella ricca bibliografia del fortunato *L'impero del cotone. Una storia globale*, Einaudi, 2016, l'autore, Sven Beckert, non manca di sottolineare che "la letteratura sulla storia globale è in

carattere teorico, consisterebbe nel superamento di metodologie e paradigmi di tradizione eurocentrica e nella costruzione di quesiti storiografici inediti, allungando lo sguardo oltre l'occidente e valorizzando le ripercussioni *globali* di rapporti economici, politici, sociali di lunga distanza geografica, gli scambi culturali e le trasformazioni prodotte dalla circolazione di persone, merci, capitali²⁷.

Tornando al campo della storia giuridica, uno sguardo globale – e non meramente transnazionale – sulle dinamiche che accompagnarono e spinsero la produzione di un discorso giuridico internazionalistico sul lavoro includerebbe, per esempio, lo spazio coloniale: il protagonismo delle molteplici soggettività che agirono all'interno di questo spazio (operai indigeni e schiavi, istituzioni coloniali e forme di organizzazione autoctone) e l'«effetto di ritorno» prodotto nelle metropoli. Quando parliamo di diritto internazionale del lavoro, parliamo, ovviamente, di una disciplina che alle sue origini si esprimeva nelle forme del diritto occidentale e perseguiva obiettivi di ordine e controllo tutti connessi con le strategie politiche dei Paesi europei a capitalismo avanzato. Ciò non esclude, ma piuttosto fornisce una ragione in più, di allargare l'oggetto della ricerca storiografica fino a verificare come la cultura giuridica europea sul lavoro avesse investito delle sue proiezioni sia territori geografici molto lontani e apparentemente estranei, sia soggetti diversi dai cittadini di uno Stato nazionale. In tal senso sarebbe possibile costruire una storia o, meglio, più storie *globali* del diritto del lavoro²⁸.

continua crescita. Non è invenzione di oggi tuttavia” (ivi, p. 482). Tra le opere a tal proposito citate, basti qui ricordare: BLOCH, *Per una storia comparata delle società europee*, in ID., *Storie e Storia*, Einaudi, 1997.

²⁷ Per una panoramica delle diverse tendenze che hanno caratterizzato la storia globale del lavoro, cfr. i saggi raccolti in DEVITO (a cura di), *Global labour history. La storia del lavoro al tempo della “globalizzazione”*, Ombre corte, 2012.

²⁸ Sulla costruzione disciplinare del diritto internazionale del lavoro a cavallo tra otto e novecento, mi permetto di rinviare a: AMOROSI, *Storie di giuristi e di emigranti tra Italia e Francia. Il diritto internazionale del lavoro di primo novecento*, ESI, 2020; per il discorso giuridico sul lavoro in una dimensione coloniale: ID., *Il lavoro come problema giuridico di ordine internazionale. Spunti dalle colonie d'Africa di primo novecento*, in BASCHERINI, RUOCCO (a cura di), *Lontano Vicino. Metropoli e colonie nella costruzione dello stato nazionale italiano*, Jovene, 2016, p. 137 ss.

4. *Una conclusione, per rilanciare: norme, pratiche, soggetti*

La cultura giuridica è multiforme non solo con riferimento alle fonti del diritto in senso tecnico, eterogenee in tutti i contesti storici seppur organizzate in maniera diversa (geometria variabile, gerarchie più o meno rigide o temperate). L'aggettivo "multiforme" si può riferire alle diverse componenti materiali o sociali della cultura giuridica: le pratiche legali, per esempio, che certamente hanno un posto di rilievo, ma anche la mentalità e gli elementi che la nutrono e la riflettono: opinione pubblica, letteratura, educazione e formazione. Tra le pratiche potremmo considerare in senso atecnico e generico la cosiddetta *agency*, nella misura in cui l'agire performativo dei soggetti in un dato contesto, con il risultato di modificare la loro condizione e quel contesto stesso, investe anche la dimensione giuridica.

Su tale punto, però, è opportuna una piccola precisazione, perché lo scarto tra la norma e l'*agency* è veramente molto ampio e, da un punto di vista concettuale, i due termini viaggiano su piani paralleli che rischiano di non incontrarsi mai. Al contrario, nel mezzo, ossia considerando lo spazio intermedio tra la dimensione formale e autoritativa della legge e l'agire imponderabile dei soggetti, c'è un mondo di pratiche giuridiche in senso tecnico che non può essere trascurato: l'agire degli avvocati, dei giudici e delle parti nei tribunali, i contratti, i patti, i comportamenti giuridicamente rilevanti nel cosiddetto "diritto del quotidiano"²⁹.

D'altra parte la valorizzazione della componente pratica della cultura giuridica non può farci cadere nell'errore di trascurare la componente formale³⁰.

Il diritto formale non può essere escluso dalla riflessione storiografica perché, al contrario, va valorizzato nella sua funzione di 'griglia interpretativa' della realtà. Non mi riferisco tanto allo strumentario dello storico: capire le leggi di un dato contesto per interpretarne le fonti, gli eventi, i comportamenti delle persone e delle istituzioni; ma piuttosto mi riferisco all'agire dei soggetti destinatari delle norme che è necessariamente influenzato, a volte

²⁹ HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, Il Mulino, 2013, p. 357 ss.

³⁰ Negli ultimissimi anni, in alcuni contributi di storiografia sociale del lavoro si è palesata l'intensione di liberarsi programmaticamente del diritto formale, della legge, della sfera delle regole autoritative: cfr., sul punto, la critica di CAZZETTA, recensione di *Libertà e coercizione: il lavoro in una prospettiva di lungo periodo, a cura di Giulia Bonazza e Giulio Ongaro*, in *Quaderni Fiorentini*, 2019, p. 666 ss.

anche condizionato, da quella griglia interpretativa. Questo diritto plasma la mentalità e i comportamenti, può generare conflitti, orienta le scelte politiche, personali, individuali e collettive, nel senso dell'ossequio ovvero all'opposto della contravvenzione, o della legittima pretesa.

Dovremmo considerare, infine, che il diritto è anche aspettativa, pretesa, rivendicazione, e non solo quando è codificato, formalizzato, e poi disatteso, dimenticato, calpestato, ma anche nella sua dimensione eventuale/irreale di desiderio, di tensione verso il miglioramento delle proprie condizioni. Noi il diritto lo possiamo immaginare anche quando ancora non esiste. E anche in questa formulazione il diritto può nutrire la memoria e le ricerche di storia del lavoro.

I post strutturalismi e i post modernismi ci hanno aperto gli occhi sulla microfisica del potere del discorso, dunque anche del discorso giuridico, ma le ragioni materiali che lo producono mi sembra siano andate spesso dimenticate, lasciandoci annichiliti di fronte alla contemplazione di un disegno egemonico inafferrabile, senza tempo e senza spazio. E anche oggi, dopo circa tre decenni in cui il protagonista più interessante e ricercato delle scienze sociali in occidente è stato il discorso, la narrazione, la costruzione culturale disciplinante (eppure la storia del diritto vi è arrivata in ritardo), mi sembra che potremmo ripartire dai soggetti, dagli stessi destinatari e artefici di quella costruzione³¹.

Negli ultimi anni le riflessioni sul lavoro, dentro e fuori gli ambienti accademici, sono state stimolate da un pressante interrogativo: "chi sono i lavoratori oggi?". Non è mio compito rispondere ora, ma tale riferimento mi pare opportuno perché rappresenta un segnale dell'emersione di un nuovo oggetto di studio che occupa l'interesse della sociologia, dell'economia, della scienza politica, del giornalismo, della letteratura, e deve necessariamente coinvolgere la storiografia giuridica³². Si tratta di una questione che ruota

³¹ A tal proposito, conserva ancora tutta la sua efficacia, fornendo un riferimento più solido allo spunto di riflessione che ho solo tratteggiato, il velato rimprovero che Carlo Ginzburg rivolge a Michel Foucault: "Ciò che interessa Foucault sono i gesti e i criteri dell'esclusione: gli esclusi, un po' meno [...] l'ambizioso progetto foucaultiano di un'*archéologie du silence* si è trasformato in silenzio puro e semplice – eventualmente accompagnato da una contemplazione estetizzante": ID., *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500*, Einaudi, 2009 [1976], p. XVI.

³² Ricordo a titolo di esempio: CLASH CITY WORKERS, *Dove sono i nostri. Lavoro, classe e movimenti nell'Italia della crisi*, La Casa Usher, 2014; FANA M., *Non è lavoro, è sfruttamento*, Laterza, 2017; COIN (a cura di), *Salari rubati. Economia politica e conflitto ai tempi del lavoro gratuito*, Ombre

intorno al medesimo tema: il soggetto nel suo contesto; si tratta di individuare la categoria soggettiva del ‘lavoratore-lavoratrice’ in un tempo e uno spazio delimitato (il presente, il passato) e cercare una definizione adeguata che non ceda troppo alla recente tendenza alla frammentazione e che contribuisca a leggere in profondità il problema, superando il paradigma della “liquidità” – nel quale abbiamo rischiato di annegare. In particolare per la storiografia giuridica, si tratta di cominciare a porci una domanda in più: “Chi costruì Tebe dalla sette porte?”. La risposta sembra degna di una rinnovata attenzione.

corte, 2017; FANA M., FANA S., *Basta salari da fame!*, Laterza, 2019; MINGIONE (cura di), *Lavoro: la grande trasformazione. L'impatto sociale del cambiamento del lavoro tra evoluzioni storiche e prospettive globali*, Feltrinelli, 2020. Per la letteratura, il progetto corale del COLLETTIVO METALMENTE, *Meccanoscritto*, Alegre, 2017, i romanzi di Simona Baldanzi e di Alberto Prunetti.

Key words

Storia del lavoro, cultura giuridica, metodologie e approcci storiografici.

Labour History, Legal Culture, Methodologies and Historiographical Approaches.

notizie sugli autori

Virginia Amorosi

Ricercatrice di Storia del diritto medievale e moderno, Università di Napoli Federico II

Giovanni Armone

Giudice del lavoro, Massimario della Corte di Cassazione

Maria Giovannone

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Roma Tre

Pietro Lambertucci

Ordinario di Diritto del lavoro, Università dell'Aquila

Vincenzo Luciani

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Salerno

Pasquale Monda

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Gemma Pacella

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Foggia

Paolo Pascucci

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Urbino Carlo Bo

Giuseppe Santoro-Passarelli

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Roma La Sapienza

Silvia Verdoliva

Segretario dell'Opera della Metropolitana di Siena

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

indice annata 2021

editoriale

- 5 FERRUCCIO DE BORTOLI
Produttività e crescita
- 261 DONATA GOTTARDI
Recovery Plan e lavoro femminile
- 545 PAOLO PASCUCCI
Vaccini e green pass nel sistema di prevenzione del rischio pandemico

saggi

- 43 EDOARDO ALES
Il benessere del lavoratore: nuovo paradigma di regolazione del rapporto
- 573 GIOVANNI ARMONE
Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE: questioni lavoristiche e non
- 59 LAURA CALAFÀ
Il lavoro intermittente tra politiche e poteri del datore di lavoro
- 371 LINA DEL VECCHIO
Il lavoro agile oltre l'emergenza
- 271 MASSIMILIANO DELFINO
Ultima direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori e trasposizione in Italia nel prisma del bilanciamento degli interessi
- 619 MARIA GIOVANNONE
Tutela del lavoro (e della concorrenza) dopo la Brexit
- 557 PIETRO LAMBERTUCCI
Obbligo di sicurezza: tutela collettiva e controllo giudiziario per l'effettività della prevenzione

- 345 CLAUDIA MURENA
Welfare aziendale e famiglia dentro e fuori le Leggi di Bilancio: limiti e prospettive
- 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
- 11 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Per un nuovo Statuto dei lavoratori
- 291 TEODORO TAGLIAFERRI
Alle origini dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro: governo mondiale e pace universal
- 317 LAURA TOMASI
Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea
- 77 PAOLO TOMASSETTI
Dal carbone al sole. Diritto del lavoro e identità sindacale nella transizione energetica (1800-2050)
- 593 SILVIA VERDOLIVA
Una moderna Istituzione medievale: le Fabbricerie

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)

- 411 SIMONE D'ASCOLA
Trasferimenti d'azienda con due cessionari: quando la Corte di Giustizia crea problemi anziché risolverli
 (Commento a Corte di giustizia dell'Unione Europea 26 marzo 2020, C-344/18, *ISS Facility Services NV*)
- 435 ANDREA GENTILE
Interesse e vantaggio dell'Ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica
 (Commento a Cassazione 17 novembre 2020 n. 4480)
- 651 VINCENZO LUCIANI
Licenziamento disciplinare e contrattazione collettiva: il silenzio "assordante" delle parti sociali
 (Commento a Cassazione 27 maggio 2021 n. 14777)
- 663 PASQUALE MONDA
Contrattazione collettiva e gig economy: la parola passa alla giurisprudenza
 (Commento a Trib. Firenze decreto 9 febbraio 2021; Trib. Milano decreto 28 marzo 2021; Trib. Bologna decreto 30 giugno 2021; Trib. Firenze sentenza 24 novembre 2021 n. 781)
- 639 GEMMA PACELLA
Velo islamico e libertà di impresa: nuovo orientamento della Corte di Giustizia
 (Commento a Corte di Giustizia UE 15 luglio 2021 C-804/18 e C-341/19)
- 423 LAURA TEBANO
Il distacco e i suoi presupposti tra (prevedibili) conferme e (auspicabili) distinzioni
 (Commento a Cassazione 11 settembre 2020 n. 18959)

osservatorio

- 695 VIRGINIA AMOROSI
Raccontare la storia giuridica del lavoro in Italia: appunti tra passato e presente
- 189 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa
- 507 GIUSEPPE DELLA ROCCA, PIERLUIGI MASTROGIUSEPPE
"Valutazione" nella pubblica amministrazione: questione irrisolta

- 211 MASSIMILIANO DELFINO
La didattica a distanza fra insicurezze e potenzialità
- 687 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
L'autonomia collettiva: da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni

opinioni e pareri

- 449 *La proposta di direttiva UE sui salari minimi adeguati*
- 450 *Le opinioni di Maximilian Fuchs (Germania), Emanuele Menegatti (Italia), Thomas Pasquier (Francia), Barbara Surdykowska, Łukasz Pisarczyk (Polonia)*

recensioni

- 523 GIUGLIEMO CORSALINI
Maurizio Cinelli, Guglielmo Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè-Lefebvre, 2020, pp. 330
- 243 UMBERTO GARGIULO
Guardando al dopo: il lavoro "da remoto" tra consapevolezza e speranze

lavoro e ... cinema

- 229 FLORIANA COLAO
Visioni del mondo del lavoro nella storia. Percorsi tra cinema e diritto

lavoro e ... tv

- 223 PAOLO PASSANITI
A proposito di "Pane e libertà"

table of contents 2021

editorial

- 5 FERRUCCIO DE BORTOLI
Productivity and Growth
- 261 DONATA GOTTARDI
Recovery Plan and Women's Work
- 545 PAOLO PASCUCCI
Vaccines and the Green Pass in the Pandemic Risk Prevention System

articles

- 43 EDOARDO ALES
The Well-Being of the Employee: a New Paradigm for Regulating the Employment Relationship
- 573 GIOVANNI ARMONE
Whistleblowing and Directive 1937/2019/EU: Labour and Non-Labour Law issues
- 59 LAURA CALAFÀ
On-Call Employment between Policies and Managerial Prerogatives
- 371 LINA DEL VECCHIO
Remote Working beyond the Emergency
- 371 MASSIMILIANO DELFINO
The Latest Directive on Transnational Posting of Workers in the Light of the Balancing of Interests
- 619 MARIA GIOVANNONE
Protection of Work (and Competition) after Brexit

- 557 PIETRO LAMBERTUCCI
Safety Duty: Collective Protection and Judicial Control for the Effectiveness of Prevention
- 345 CLAUDIA MURENA
Corporate Welfare and Family Inside and Outside the Budget Laws: Limits and Perspectives
- 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
- 11 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
For a new Workers' Statute
- 291 TEODORO TAGLIAFERRI
The Origins of International Labour Organization: World Government and Universal Peace
- 317 LAURA TOMASI
Foreigners and Social Benefits: Constitutional and European Case-law
- 77 PAOLO TOMASSETTI
From Coal to Sun. Labour Law and Trade Union's Identity in the Energy Transition (1800-2050)
- 593 SILVIA VERDOLIVA
A Modern Medieval Institution: the 'Fabbricerie'

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)

411 SIMONE D'ASCOLA

Transfer of Undertaking and the Continuity of the Employment Relationship: When the CJEU Creates Problems rather than Solving Them

(Comment to CJEU 26 March 2020, C-344/18, *ISS Facility Services NV*)

435 ANDREA GENTILE

Interest and Advantage of the Legal Body and the Systematic violation of the Accident Prevention Legislation

(Comment to Cassazione 17 November 2020 No. 4480)

651 VINCENZO LUCIANI

Disciplinary Dismissals and Collective Bargaining: the 'Deafening' Silence of the Social Partners

(Comment to Cassazione 27 May 2021 n° 14777)

663 PASQUALE MONDA

Collective Bargaining and Gig Economy: It Is the Turn of Jurisprudence

(Comment to Firenze Tribunal decree 9 February 2021; Milano Tribunal decree 28 March 2021; Bologna Tribunal decree 30 June 2021; Firenze Tribunal judgment 24 November 2021 n° 781)

639 GEMMA PACELLA

Islamic Veil and Freedom of Enterprise: New Orientation of the Court of Justice

(Comment to Court of Justice 15 July 2021, C-804/18 and C-341/19)

423 LAURA TEBANO

Posting of Workers and its Conditions between (Predictable) Confirmations and (Desirable) Distinctions

(Comment to Cassazione 11 September 2020 No. 18959)

observatory

695 VIRGINIA AMOROSI

Telling the Legal History of Work in Italy: Notes between Past and Present Times

189 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI

The Mafia Crime and Labour Law

- 507 GIUSEPPE DELLA ROCCA, PIERLUIGI MASTROGIUSEPPE
“Assessment” in public administration: an unresolved problem
- 211 MASSIMILIANO DELFINO
Distance Learning between Uncertainties and Potential
- 687 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Collective Autonomy: from Francesco Santoro-Passarelli to Gino Giugni

opinions and views

- 449 *The Proposal for an EU Directive on Adequate Minimum Wages*
- 450 *The opinions of Maximilian Fuchs (Germany), Emanuele Menegatti (Italy), Thomas Pasquier (France), Barbara Surdykowska, Łukasz Pisarczyk (Poland)*

reviews

- 243 UMBERTO GARGIULO
Looking at the After: Remote Work between Awareness and Hope
- 523 GIUGLIEMO CORSALINI
Maurizio Cinelli, Guglielmo Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè-Lefebvre, 2020, pp. 330

labour and ... cinema

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

labour and ... tv

- 223 PAOLO PASSANITI
About ‘Pane e libertà’

indice autori 2021

Edoardo ALES, 43, 153
Virginia AMOROSI, 695
Giovanni ARMONE, 573
Vincenzo BAVARO, 173
Silvia BORELLI, 189
Laura CALAFÀ, 59
Floriana COLAO, 229
Simone D'ASCOLA, 411
Ferruccio DE BORTOLI, 5
Maurizio CINELLI, 532
Lina DEL VECCHIO, 371
Giuseppe DELLA ROCCA, 507
Massimiliano DELFINO, 211, 271
Maximilian FUCHS, 450
Umberto GARGIULO, 243
Andrea GENTILE, 435
Maria GIOVANNONE, 619
Donata GOTTARDI, 260
Pietro LAMBERTUCCI, 557
Vincenzo LUCIANI, 651
Pierluigi MASTROGIUSEPPE, 507
Emanuele MENEGATTI, 450
Pasquale MONDA, 663
Claudia MURENA, 345

Gemma PACELLA, 639
Paolo PASCUCCI, 545
Thomas PASQUIER, 450
Pasquale PASSALACQUA, 101
Paolo PASSANITI, 223
Carlo PISANI, 129
Łukasz PISARCZYK, 450
Maura RANIERI, 189
Antonio RIEFOLI, 153
Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, II, 687
Barbara SURDYKOWSKA, 450
Teodoro TAGLIAFERRI, 291
Laura TEBANO, 423
Laura TOMASI, 317
Paolo TOMASSETTI, 77
Silvia VERDOLIVA, 593

Finito di stampare nel mese di gennaio 2022
dalla Grafica Elettronica (Na)

