

indice

editoriale

- 237 ADALBERTO PERULLI
Diritto del lavoro, valori e persona: alcuni spunti da Philipp Lotmar

saggi

- 247 MARIO BARCELLONA
La teoria generale di Renato Scognamiglio
- 265 MARIO RUSCIANO
“Specialità” del Diritto del Lavoro e “acontrattualità” del rapporto nel pensiero di Renato Scognamiglio
- 283 GANDOLFO MAURIZIO BALLISTRERI
Un sistema di tutele per tutti i lavori
- 307 CHARLES F.X. SZYMANSKI
Il caso “National Federation of Independent Business v. Osha” e l’obbligo vaccinale dei dipendenti negli Stati Uniti
- 337 COSTANTINO CORDELLA
Spunti operativi (e non solo) sulla comunicazione di avvio del lavoro autonomo occasionale
- 355 CHIARA CRISTOFOLINI
Il sostegno all’occupazione SURE: verso una sicurezza sociale anche europea?

giurisprudenza

- 383 GAETANO NATULLO
La “manifesta” incostituzionalità dell’art. 18, co. 7, dello Statuto dei lavoratori (Commento a Corte Costituzionale 19 maggio 2022 n. 125)

399 ANDREA GENTILE

La Cassazione ritorna sulla responsabilità ex d.lgs. 231/2001 e il risparmio di spesa in materia di cautele antinfortunistiche

(Commento a Cassazione 7 aprile 2022 n. 13218)

413 UMBERTO GARGIULO

Licenziamento e prescrizione: la Cassazione mette un punto, o forse un punto e virgola

(Commento a Cassazione 6 settembre 2022 n. 26246)

osservatorio

431 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI

Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa

recensioni

453 MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

Libertà religiosa e lavoro (a proposito del libro di Sonia Fernández Sánchez)

461 LORENZO ZOPPOLI

E adesso, pover'uomo? I working poors secondo Hans Fallada

465 *Notizie sugli autori*

467 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 237 ADALBERTO PERULLI
Labour Law, Core Values and Person: Some Reflections from Philipp Lotmar

articles

- 247 MARIO BARCELLONA
The General Theory of Renato Scognamiglio
- 265 MARIO RUSCIANO
“Speciality” of Labour law and “non-contractuality” of the Relationship in the Theory of Renato Scognamiglio
- 283 GANDOLFO MAURIZIO BALLISTRERI
A protection System for all Jobs
- 307 CHARLES F.X. SZYMANSKI
National Federation of Independent Business v. OSHA case and Employee Covid Vaccine Mandate in the United States
- 337 COSTANTINO CORDELLA
Operative (and Other) Suggestions on the Starting Communication for occasional Self-employed Workers
- 355 CHIARA CRISTOFOLINI
The Instrument for Temporary Support to Mitigate Unemployment Risk in an Emergency (SURE): Towards European Social Security?

case law

- 383 GAETANO NATULLO
The ‘Manifest’ Unconstitutionality of Article 18, para. 7, Statuto dei lavoratori (Comment to Corte costituzionale 19 May 2022 n. 125)

- 399 ANDREA GENTILE
The Cassazione Returns to the Issue of Liability under Legislative Decree 231/2001 and the Saving of Costs in Accident Prevention Measures
(Comment to Cassazione 7 April 2022 n. 13218)
- 413 UMBERTO GARGIULO
Dismissal and Prescription: The Supreme Court puts a full stop, or perhaps a semi-colon
(Comment to Cassazione 6 September 2022 n. 26246)

observatory

- 431 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
The Mafia Crime and Labour Law

review

- 453 MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
Religious Freedom and Work (about the book by Sonia Fernández Sánchez)
- 461 LORENZO ZOPPOLI
And Now What, Poor Man? Working Poor, according to Hans Fallada
- 465 *Authors' information*
- 467 *Abbreviations*

Adalberto Perulli

Diritto del lavoro, valori e persona:
alcuni spunti da Philipp Lotmar

1. Il diritto del lavoro, grazie alla sua dottrina e al patrimonio di idee che hanno fatto di questa branca del diritto uno dei più dinamici e intelligenti percorsi normativi di regolazione sociale, torna spesso ad interrogarsi sulle sue origini e sulle sue funzioni. E lo fa soprattutto in relazione al proprio campo di applicazione, dal quale dedurre sia le ragioni storiche e sociali che hanno elevato la fattispecie di subordinazione a figura centrale ed egemone della materia, sia per interrogarsi sui limiti attuali di questa storica prospettiva, nel segno di una più ampia e razionale visione del diritto del lavoro e del suo significato in un'epoca di profondi cambiamenti della società.

Oggi, infatti, il lavoro, nella sua dimensione essenziale di attività umana resa a favore di altri, e collocata in un processo produttivo sempre più globale e tentacolare, soffre la rigidità e l'insufficienza delle categorie oppositive su cui il sistema è stato edificato, e non riesce a diventare l'oggetto di un sistema razionale di tutele che lo colga, al contempo, nella sua unità concettuale e nelle sue diverse forme giuridiche, ovvero – per riprendere una formula costituzionale su cui è caduto presto l'oblio – “in tutte le sue forme e applicazioni”.

Furono, da prospettive diverse, Umberto Romagnoli e Giorgio Ghezzi – in anni di pieno fordismo! – a cogliere, con la straordinaria capacità di anticipare le linee di tendenza del diritto del lavoro e delle sue contraddizioni irrisolte, il nucleo fondamentale di questa problematica, un ventennio prima di quanti – *in primis* Massimo D'Antona – si cimenteranno nel ripensare il campo di applicazione del diritto del lavoro oltrepassando le colonne d'Ercole della fattispecie di subordinazione.

Romagnoli, nell'interpretare l'art. 3, comma 2, con riferimento allo squilibrio di potere *su tutto l'arco dei rapporti sociali*, afferma che il referente costituzionale delle categorie sotto protette si estende alla "vasta categoria dei lavoratori autonomi e dei piccoli imprenditori"; Ghezzi, dal suo canto, utilizza il paradigma del contratto di agenzia per dimostrare come le "stigmatate" della subordinazione siano ben presenti anche laddove alligna l'illusorio miraggio dell'indipendenza giuridica. Insegnamenti ancor oggi insuperati nel fornire indicazioni metodologiche per ripensare il campo di applicazione del diritto del lavoro, che non può continuare a rimanere arroccato sulla "grande dicotomia" senza rispondere ai bisogni sociali che si manifestano nelle diverse situazioni soggettive dei prestatori di lavoro, anche genuinamente autonomi, ma comunque "impigliati" nei rapporti sociali di produzione (e quindi economicamente dipendenti, coordinati o etero-organizzati dal committente, funzionalmente integrati, ecc.).

L'esigenza di tornare a riflettere sui fondamenti del diritto del lavoro per comprendere meglio il percorso cui ci si deve indirizzare nel presente è quindi più che mai attuale; ma per renderla effettiva ed utile, cioè per trasformarla in un progetto regolativo, bisogna provare a cercare, anche nella storia della materia, i suoi detriti abbandonati, che ancora attendono di essere ripresi e collocati nella giusta prospettiva. E si tratta – si badi – non solo di un'esigenza che nasce, e si esaurisce autoreferenzialmente nel ristretto (per quanto ampio!) sistema del "diritto positivo" (con le sue esigenze di coerenza logica, tanto care ai formalisti), o nella sua proiezione ideale – quella che una volta si chiamava volentieri la "politica del diritto" (con le sue rivendicazioni sostanzialistiche e anti-formalistiche, legata alla materialità del processo sociali).

Questa esigenza attraversa lo spettro dell'assiologia normativa, che del diritto fa parte ma ne sovrasta la trama come percorso meta-positivo, in vista di una razionalità nuova, compresa non più a partire dalle "categorie" date (e per quanto riguarda la nostra materia, oppositive) cui il lavoro umano viene artificialmente ricondotto (secondo ciò che, in un sistema di *civil law*, chiamiamo "logica della fattispecie"), ma in ragione delle specifiche finalità assiologiche (della "teleologia" o, in termini anglosassoni, *purpose*) del sistema stesso, nella sua articolazione valoriale e nella sua diversificazione modulare.

2. Oggi disponiamo di alcuni preziosi relitti abbandonati sulle lontane spiagge di una scienza giuridica *d'antan*, eppure talmente attuale nei suoi presupposti metodologici da far impallidire molte riflessioni contemporanee (ovviamente rigorosamente gius-positivistiche!) sul campo di applicazione del diritto del lavoro. Tra questi preziosi relitti spicca la raccolta di opere di Philipp Lotmar intitolata *La giustizia e altri scritti*, edita nella collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, a cura di Iole Fagnoli, e di Luca Nogler, i quali si sono sobbarcati la fatica della traduzione e la scrittura di una illuminante introduzione, che reca come titolo *La giustizia tra diritto romano e diritto del lavoro* a testimonianza dello spettro di interessi di Lotmar, che spaziavano, appunto, dal diritto romano alla teoria del diritto, dal diritto civile al diritto del lavoro.

È anzitutto importante, per il giuslavorista dei nostri giorni, cogliere di quest'opera la sua complessità valoriale e la sua rilevanza storico-giuridica, considerato che si tratta di scritti che vanno dal 1878, data degli studi critici in materia di *contravindicatio*, al 1902, quando viene pubblicato il famoso primo volume (il secondo sarà pubblicato nel 1908) sul "contratto di lavoro secondo il diritto privato dell'impero tedesco", di cui nel libro che presentiamo viene offerta l'introduzione nella traduzione di Luca Nogler, il quale, in una opportuna nota, giustifica la scelta di tradurre l'espressione *Arbeitsvertrag* non come "contratto di lavoro", ma attribuendo al testo un significato molto più ampio, comprensivo di tutte le prestazioni di *facere*; senza contare l'introduzione alla monografia sull'errore in diritto romano, inedita e data alle stampe postuma grazie alla traduzione di Irene Fagnoli. Complessità, quindi, di un'opera il cui interesse attuale non è certo solo storico, ma anche teorico e filosofico-giuridico, oltre che – naturalmente – civilistico, essendo l'Autore uno dei più grandi civilisti tedeschi del secolo scorso, nonché giuslavoristico, visto che Lotmar, come del resto altri civilisti dell'epoca (pensiamo agli italiani Ludovico Barassi, o al giovane Redenti o allo stesso Francesco Carnelutti), si trovò a vivere in un'epoca di vera e propria costruzione *ex novo* di disciplina assolutamente inedita, il diritto del lavoro.

Questi scritti di Lotmar sono, insieme considerati, uno straordinario spaccato di ciò che la scienza del diritto era – o meglio di ciò che la *cultura giuridica* era a quel tempo – e non è più: non è più, non tanto perché la cultura giuridica non sia "in sé" un campo vasto di riflessione su norma e natura, su *Phisis* e *Nomos*, su *Techne* e *Dike*, capace di seguire un percorso costellato di materiali elaborati da una millenaria riflessione sul diritto. La

cultura giuridica non è più quella che si respira nelle pagine lotmariane a causa della colpevole riduzione postmoderna del diritto a norma positiva, realizzata da una dottrina giuridica che ha consapevolmente rinunciato a coltivare una visione assiologica e morale del diritto, e si è frantumata e immiserita nelle secche del neo-formalismo, della neo-esegesi, o a tutto concedere – per quanto possa rilevare sul piano epistemologico: a mio parere poco o nulla – dell’analisi del linguaggio normativo. Una dottrina che spesso ignora ogni orizzonte assiologico e quindi fatalmente conduce a ciò che Paolo Grossi, nel suo ultimo libro, ha definito *l’inferno del nichilismo*; una dottrina per lo più autoreferenziale, in cui il “monismo giuridico” soffoca la ricchezza del fenomeno giuridico, che è non solo pluralismo storicizzato ma pluralismo vivo e costantemente rinnovantesi, nelle sue molteplici nevature, nelle sue continue aperture cognitive (per chi le vuole cogliere e vedere oltre il mero dato positivo).

E allora, basta leggere alcune righe dell’opera di Lotmar per respirare ciò che il diritto era, poco più di cent’anni fa, e dovrebbe ancor oggi essere considerato: cioè, anzitutto, un fenomeno sociale complesso, una “meraviglia”, come dice Lotmar – forse ispirandosi a Rousseau, il quale scrive della legge che crea l’eguaglianza come “una meraviglia”; un fenomeno in cui – per riprendere un passaggio dell’introduzione all’*errore in diritto romano* – l’analisi del giurista non interessa solo il mondo del diritto ma anche l’economia, la filosofia (in particolare la logica), la psicologia, la linguistica latina. Ma che meraviglia, davvero, leggere queste pagine così ricche di cultura (nel senso kantiano di *Kultur*), di moralità, di filosofia, di vivace costruzione intellettuale, di passione... Quella passione e quella filosofia che ritroviamo, soprattutto, nello straordinario scritto lotmariano del 1892, intitolato “*Del Diritto che è nato con noi*”.

Quasi come in una rappresentazione teatrale lo scritto si apre con una scena del *Faust* di Goethe in cui Mefistofele si rivolge ad uno studente, il quale si lamentava di non potersi adattare allo studio del diritto, esprimendo comprensione e criticando le leggi che si trascinano di generazione in generazione mentre “*del diritto che nasce con noi, sciaguratamente, non c’è mai verso che si discuta*”.

Lotmar ci parla qui dei diritti fondamentali, dei diritti umani che in principio non sono né positivi né effettivi ma progressivamente conquistano il loro riconoscimento positivo, e, soprattutto, anche laddove non diventano diritto positivo, non smettono di essere, in qualche modo, parte del sistema

giuridico, ronzando nell'aria politica per cercare di ottenere il riconoscimento statale come diritto (anticipando, così, temi della teoria sistemica, la quale descrive come, nei processi autopoietici, l'indipendenza e la dipendenza del diritto dalla società si presentano simultaneamente intrecciati e riguardano il fiume delle razionalità che, attraverso meccanismi di inferenza, chiedono al sistema il proprio riconoscimento). È questo quasi-diritto che dà "segni di vita", reclamando un accoppiamento tra la ragione giuridica e la ragione etico-morale, in cui lo *ius inventum* (Lotmar parla di un "diritto pensato") esce dalla latenza in cui lo ha costretto lo *ius positum* e si conquista uno spazio di durevole riconoscimento.

Ma *il diritto che è nato con noi* non è solo morale, partecipa a questa indistinta categoria di un quasi-diritto, di un diritto *in fieri* senza origine, originato equivocamente dal nulla in cui si nasconde il "mistero della sua forza". Quanto siamo lontani dal positivismo keleseniano e al contempo quanto siamo vicini all'idea di "fondamento assente" del diritto come dover essere la cui origine non è rintracciabile in qualcosa che è, che si dia nella realtà. E per comprendere la portata euristica di questo mistero della forza del *diritto che è nato con noi* e l'attualità della riflessione lotmariana nelle sue possibili odierne proiezioni "post-positivistiche" basterà pensare al tema sempre attuale dell'esigenza di una legittimazione meta-legislativa dell'ordine giuridico, di cui rimangono indimenticabili le riflessioni di Luigi Mengoni. Legittimazione di un diritto che, con le parole di Massimo Cacciari (il quale, su questo punto, prende le distanze da Natalino Irti) "non può non cercare di apparire *giusto*, di volersi *giustificare*": quale *auctoritas* potrebbe pretendere se venisse ridotto a semplice amministrazione della pura lettera del Nomos? Lotmar, infatti, prende posizione contro l'idea che la giustizia coincida con la legittimità e l'amministrazione del diritto. Il riferimento alla Giustizia rimane quindi immanente alla stessa positività della norma, e non ideale irrazionale alla Kelsen: al punto che si è potuto scrivere (Dworking) che il diritto è un ramo della morale politica.

Che il diritto sia un veicolo razionale per introdurre valori di "equità strutturanti" e non espressione di uno scientismo avalutativo appare evidente anche in un altro scritto di Lotmar. Mi riferisco anzitutto allo studio (del 1900) sui concordati di tariffa, materia che, come notava il Nostro, ha "urgente bisogno di una trattazione giuridica". Qui siamo nel cuore della riflessione creativa, della costruzione di categorie che nascono dal nuovo mondo dell'economia e della produzione, a fronte di fenomeni giuridici e

sociali assolutamente inediti: si pensi al fatto che l'accordo di tariffa non è stipulato, come accade negli altri contratti, tra due parti, ma tra parti pluri-soggettive (sicuramente dalla parte operaia), e svolge quella che oggi chiamiamo funzione normativa; pensiamo ai temi della coalizione e della rappresentanza, e quindi alla nascita del collettivo e dell'organizzazione, che Paolo Grossi ci ricorda essere i temi chiave degli affioramenti postmoderni del primo novecento: temi tutti da inventare, a cui la civilistica dell'epoca era impreparata, salvo appunto le notevoli eccezioni di alcuni giganti del pensiero giuridico che mettevano le mani nella realtà sociale indistinta e magmatica cercando di darne una forma giuridica; basterà pensare a Enrico Redenti e alla sua sistemazione dogmatica della giurisprudenza dei probiviri.

Ma è la originale costruzione lotmariana del contratto avente ad oggetto prestazioni di fare (per impiegare la già richiamata opportuna traduzione di Luca Nogler) che dovrebbe a mio avviso destare la massima attenzione della dottrina, almeno di quella più pronta ad uscire dalle secche del pensiero unico, o semplicemente della tradizione. Non solo e non tanto perché sono pagine fondative di una moderna concezione dogmatica di questo contratto di lavoro *sans phrase*, delle sue distinzioni con il contratto di locazione e con la compravendita, ma per la sua estrema modernità: una magistrale riflessione sul lavoro in generale, da un lato, e sul valore del lavoro dall'altro.

Per Lotmar il contratto di prestazione di fare non si esaurisce in quello che egli, con terminologia marxiana, chiama "lavoro salariato" e che noi oggi qualificiamo come subordinato, ma è la *prestazione personale di fare*, in cui coesiste l'unitarietà del concetto e la sua interna differenziazione (il contratto di servizio e il contratto d'opera, e quindi, semplificando ma non troppo, il lavoro subordinato e il lavoro autonomo). A fronte del quale, scrive Lotmar, si deve stimolare l'elaborazione di una più ricca e raffinata articolazione del sistema regolativo nonché una accresciuta sensibilità in ordine alla protezione della dimensione sociale del contratto di prestazione di fare (cioè nulla di diverso, a ben vedere, da ciò di cui discutiamo oggi, centoventidue anni dopo Lotmar, quando parliamo di universalismo e selettività delle tutele, di una loro modulazione oltre la fattispecie di subordinazione, e quindi di ridefinizione di un paradigma unitario del lavoro e delle sue garanzie di base).

Purtroppo questa intuizione di Lotmar non sarà seguita dalla dottrina successiva: certamente non da quella italiana, che da Arcangeli a De Gennaro, da Giorgianni sino ad arrivare a De Nova, ha ritenuto che la natura della

prestazione di fare non sia un criterio idoneo per costruire una categoria unitaria di prestazione di fare.

Quando mi occupai di questo tema, l'ultimo che si era posto dubitativamente questa domanda in questa prospettiva era stato Umberto Romagnoli, che però limitava la questione al lavoro autonomo; ed io stesso, seguii la via tradizionale, sotto il controllo di Giorgio Ghezzi, dello stesso Romagnoli e di Luigi Mengoni, prendendomi poi una rampogna da Marcello Pedrazzoli, che da buon studioso di Lotmar aveva probabilmente – sotto questo profilo – la vista più lunga dei suoi Maestri bolognesi.

3. Ma il profilo assiologico di questa straordinaria “introduzione” può e deve essere oggi ripensato alla luce di una considerazione che appare centrale nell'opera di Lotmar, e che illumina il dibattito di oggi sul diritto del lavoro e le sue articolazioni nell'ambito di una concezione allargata di lavoro umano.

Mi riferisco ai passi in cui il Nostro parla del coinvolgimento della *persona* nella prestazione di fare e lo confronta con il valore della prestazione che ha ad oggetto una cosa, rilevando che se anche dal punto di vista economico l'uomo possa considerare la prestazione di fare di minor valore, rispetto alla cosa, e ciò per il minor incremento patrimoniale che ne deriva, “dal punto di vista della specie” (immagino qui Lotmar intenda la specie umana) l'uomo “deve collocare la prestazione di fare ad un livello valoriale più alto rispetto a quello patrimoniale del venditore o del locatore”. E l'ordinamento giuridico, quale prodotto e strumento della società umana, deve adeguarsi a tale graduazione facendo sì che la prestazione di fare rappresenti la prestazione obbligatoria di maggior valore e che il relativo contratto venga considerato come l'oggetto più raffinato della disciplina contenuta nel diritto contrattuale.

È evidente che qui Lotmar non impiega il concetto di valore nella sua accezione economica, ma nella sua accezione etico-morale. Rispetto a Ludovico Barassi, che rimane ancorato alla logica paritaria del diritto civile, e spiega la subordinazione in modo del tutto formalistico giustificando i poteri datoriali secondo gli strumenti concettuali del diritto dei contratti, la modernità e la qualità (anche morale) della riflessione di Lotmar mi sembra indubbia. Molti anni prima di Khan-Freund, che identifica nella disparità di potere contrattuale la ragione d'essere del diritto del lavoro, egli rammenta

al giurista “quanto siano deboli gli strumenti del diritto privato in presenza di contraenti che si fronteggiano tra loro in una situazione di *estrema diseguaglianza di potere* come avviene quando si conclude una prestazione di fare”. Una prestazione di fare, quindi, e non necessariamente una prestazione di lavoro *subordinato*, è l’oggetto del diritto del lavoro.

Questo percorso decostruttivo della tradizionale logica normativa centrata sulla subordinazione è stato di recente espresso, con un peculiare approccio metodologico, da una dottrina di *common law* particolarmente autorevole (Brian Langille): le nozioni o categorie di lavoro “qualificate” (lavoratore subordinato, lavoratore autonomo, *worker*, altre categorie “intermedie”) non esistono in natura, sono frutto di razionalizzazioni normative (vere e proprie “finzioni dell’immaginazione legale”) che non trovano riscontro nella realtà. Le tutele del diritto del lavoro non si applicano ad una fattispecie concreta in quanto si tratta di una fattispecie di lavoro giuridicamente *subordinato*: al contrario, è quest’ultima che viene qualificata tale *perché gli si applica il diritto del lavoro*.

In questa visione radicale, secondo cui non è un fatto concreto *qualificato* dal diritto secondo test arbitrari e risalenti nel tempo a venire sussunto sotto una norma astratta, ma è l’applicazione della norma al fatto concreto secondo una razionalità *purposive* che ne determina la qualificazione giuridica, l’applicazione del diritto del lavoro non segue più la logica civilistica “fattispecie-effetti”, ma una razionalità regolativa nuova, quella, al contempo empirica e concettuale, dei valori e dei principi volti a tutelare il lavoro *in tutte le sue forme e applicazioni*, di cui la fattispecie di subordinazione esprime una parte, significativa ma non certo esclusiva.

In questa prospettiva il sistema giuridico del lavoro si trasforma in un ordinamento più vasto di quello riferibile al solo lavoro dipendente: un sistema in cui ciò che rileva non è tanto la qualifica soggettiva di lavoratore subordinato o di datore di lavoro, ma l’esistenza in concreto (nella realtà fattuale) di “*workers and firms*”, intesi come “fatti” concreti che devono essere riguardati alla luce dei principi di tutela del lavoro (nella prospettiva di Langille *rule of law, legality, ideal of equality, human freedom, human capability*). La razionalità di questo sistema deve essere compresa non più a partire dalle “categorie” oppositive cui il lavoro umano viene artificialmente ricondotto (secondo ciò che, in un sistema di *civil law*, chiamiamo “logica della fattispecie”) ma in ragione delle specifiche finalità (della “teleologia”) del sistema stesso, nella sua articolazione valoriale e diversificazione modulare.

Questa “rivoluzione copernicana” che inverte il processo di qualificazione facendolo dipendere non da presunte qualità del “fatto” cui collegare determinati effetti giuridici, ma direttamente dalla funzione protettiva della legge, ci consente di ripensare all’idea di “sistema” del diritto del lavoro, attualmente carente ed anzi decisamente soppiantato da un andamento asistemico nell’ordinamento/selezione delle tutele del lavoro, ancora principalmente incentrate sulla fattispecie di subordinazione. In questa prospettiva appare fondamentale trarre dalla sfera immanente dei valori primari (di rango costituzionale) la *teleologia del sistema*, e quindi la funzione di stabilizzazione delle aspettative normative espresse come bisogni di tutele e *capabilities* dalla sfera sociale, contribuendo in modo decisivo alla stabilizzazione del sistema sociale complessivo. Il diritto del lavoro potrà così, per usare ancora una volta la prospettiva giusnaturalistica di Lotmar, diventare un “diritto della persona ad una condizione tale che possa sviluppare la sua propria natura e così vivere”.

Mario Barcellona

La teoria generale di Renato Scognamiglio*

Sommario: **1.** Un metodo all'opera nell'opera. **2.** La critica degli orientamenti dominanti e la via "realistica" al loro superamento. **3.** Il diritto, i compiti dell'interprete e le condizioni di legittimità delle costruzioni teoriche. **4.** Due mosse strategiche: concetti senza i concetti e valore cognitivo della prassi. **5.** Compito cognitivo e funzioni operative dell'interpretazione: la rappresentazione realistica del "fatto" e la sua comprensione ad opera della "norma". **6.** Il valore cognitivo del fatto e l'autonomia del diritto: il ribaltamento dei modi dominanti di intendere il rapporto tra fatto e diritto. **7.** La categoria del "trattamento giuridico" e la rideterminazione teorica della relazione tra diritto e mondo: il "doppio giuridico" del mondo e l'efficacia come suo senso. **8.** La fattispecie come luogo della "veduta" e del "principio regolativo" e la disarticolazione delle discipline in altrettanti tipi distinti di problema. **9.** Il metodo realistico e la teoria funzionale del diritto.

1. Un metodo all'opera nell'opera

L'insegnamento che il professore Scognamiglio ha impartito ai suoi allievi ed il lascito che ha consegnato all'intera civilistica italiana vanno oltre il merito delle molte opere che ha scritto, tutte imprescindibili per chiunque dovesse tornare con serietà sui temi in esse trattati.

Insegnamento e lascito stanno, soprattutto, nel metodo che, già in giovanissima età, il Professore ha, sorprendentemente, messo a punto e che, però, fa corpo con le sue opere, giacché quel che ne ha detto lo ha detto sempre ragionando a partire dai temi che affrontava.

Quello messo a punto dal Professore è, infatti, un modo di ragionare

*Testo predisposto per la presentazione e consegna ai Familiari degli *Scritti per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, nella sede dell'Accademia Nazionale dei Lincei il 7 giugno del 2022, e pubblicato sul numero 4/2022 della Rivista di Diritto Civile.

sul diritto ragionando sul modo in cui doveva impostare le ricerche che stava conducendo: non un discorso sul metodo bensì un ragionare metodologicamente scandito, non una riflessione *a priori* o *ex post* sul metodo, bensì un metodo direttamente messo all'opera per operare.

E proprio questo lo rende assolutamente originale ed estremamente attuale: è un abito mentale costruito avvalendosi delle categorie generali del sapere per capire ciò che ci si propone di indagare, e, perciò, continua ad essere la *forma mentis* che ogni giurista dovrebbe acquisire per operare proficuamente.

Per questo il Professore non è stato solo un grande civilista, ma è stato, ed è, un grande Maestro.

Ed è, perciò, di questo modo del suo ragionare che vorrei parlarvi per ricordarlo.

2. *La critica degli orientamenti dominanti e la via “realistica” al loro superamento*

Circa quindici anni fa, il Professore, tracciando un bilancio della sua riflessione sugli istituti fondamentali del diritto civile e del diritto del lavoro, spiegava i limiti delle metodologie tradizionali della scienza giuridica e indicava nel “metodo realistico” la via per il loro superamento¹.

La *Begriffsjurisprudenz* – ricordava – rischia di degenerare nella sovrapposizione all'analisi giuridica di un “dato di derivazione concettuale”. Mentre la *Interessenjurisprudenz* – aggiungeva – rinuncia a conoscere e ordinare i fenomeni giuridici “secondo la logica dei concetti”².

Da qui una prima indicazione di metodo, che mostra tutta la sua attualità in un tempo come questo nel quale il caso e il rimedio sembrano aver preso la scena: i concetti non debbono prevaricare il mondo che loro è affidato di conoscere, ma senza concetti, ossia senza categorie – come direbbe Kant –, il mondo non è conoscibile e tanto meno ordinabile. Mentre conoscere e ordinare – come ricordava il Professore – è il compito proprio della scienza del diritto³.

¹ *Una riflessione sul metodo giuridico*, ora in SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, 2010, p. 2 ss.

² *Ibid.*, pp. 2 e 3.

³ *Ibid.*, p. 3.

Ed è per questo – concludeva in questo saggio di quindici anni fa – che valori, principi, clausole generali e diritto vivente, di cui la dottrina ha preso ad avvalersi nella seconda metà del secolo scorso, hanno da entrare a far parte dell’analisi giuridica, ma solo alla condizione che, per tal via, non si cada nell’*impasse* empirica e nel disordine casistico⁴.

3. *Il diritto, i compiti dell’interprete e le condizioni di legittimità delle costruzioni teoriche*

Il diritto si distingue dagli altri ambiti della regolazione sociale – scriveva nel *Contributo alla teoria del negozio giuridico* – per la strategia normativa che gli è propria: alla delusione delle aspettative sociali esso reagisce selezionando quelle tra esse che ritiene indispensabili e sanzionando con la forza i comportamenti che vi contraddicono.

I fenomeni giuridici si caratterizzano, perciò, – scriveva il Professore – per il “nesso indissolubile tra il fatto, che ne costituisce la sostanza materiale, e la norma, che impone al fatto la sua configurazione e ne dispone gli effetti”⁵.

Da questo – aggiungeva – consegue che l’analisi del diritto deve prendere le mosse dal fatto e verificare, poi, “quale nozione ne forgi e quale rilevanza gli attribuisca l’ordinamento”⁶.

A questo duplice compito ed al modo di esperirlo si riferisce, per l’ap-punto, il realismo che Scognamiglio indicava come via alternativa alla comprensione e interpretazione del diritto.

E è proprio questa direttiva realistica che spiazza non solo le dottrine dominanti sul concetto di negozio giuridico, ma ancor prima lo stesso modo di intendere il rapporto tra diritto e mondo e i compiti dell’interprete.

Entrambi questi compiti e le operazioni in cui essi si articolano sono magistralmente messi a punto e praticati nel “Contributo alla teoria del negozio giuridico”. Il quale, perciò, racchiude, accanto all’originale e profonda analisi di questa figura cruciale dell’ordine moderno, un saggio prezioso di metodologia giuridica.

⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁶ SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 2008, p. 14.

Al *Contributo alla teoria del negozio giuridico* occorre, dunque, rivolgersi per capire, meglio e più a fondo, cosa stia ad indicare il riferimento al “realismo” che Scognamiglio assume a carattere centrale del suo approccio all’analisi giuridica.

Poiché in questo saggio le proposizioni teoriche – come si è detto – si sviluppano sempre all’interno del ragionamento sul materiale normativo per capire il quale vengono, volta a volta, concepite, quello che mi propongono è di mettere insieme gli snodi teorici di questo ragionamento, di interrogarli e di mostrare ciò che ci dicono.

Il “*Contributo*” esordisce proprio con una considerazione di teoria generale, che attiene allo statuto teorico ed al senso operativo delle categorie giuridiche ed al loro necessario rapporto con la “realtà giuridica”.

Una categoria giuridica – vi si legge – è scientificamente legittima solo se trova rispondenza nella “realtà giuridica”. E questa rispondenza si dà solo a tre condizioni, e cioè se essa vale (a) a distinguere fattispecie giuridiche differenti, (b) ad individuare i problemi del mondo, della “realtà sociale” ad esse comuni e soprattutto (c) a determinare il trattamento specifico ad essi riservato dalle norme che li considerano⁷.

Potrebbe sembrare questa una premessa sullo statuto teorico delle categorie giuridiche che dice una cosa importante ma sulla quale oggi, dopo la crisi della vecchia dommatica, sarebbe difficile trovare qualcuno che non sia d’accordo.

In realtà, non è così.

Da questa premessa, infatti, sono fatte discendere due direttive fondamentali, che già fanno capire cosa significhi e cosa comporti, ancora oggi, il riferimento al principio realistico.

4. *Due mosse strategiche: concetti senza i concetti e valore cognitivo della prassi*

La prima direttiva è che le categorie giuridiche, e fra esse *in primis* quella di negozio giuridico, non sono un *a priori* dell’analisi giuridica, ma si danno ad essa sempre come un problema⁸.

⁷ *Ibid.*, p. 8 ss.

⁸ *Ibid.*, p. 74 ss.

Ne segue che sono frutto di meri preconcetti tutte le dottrine che muovano da nozioni precostituite, come, nel caso, quelle di “dichiarazione di volontà” o di “precetto privato”. E che, al contrario, una nozione giuridica deve procedere da un’analisi *spre-giudicata* tanto delle norme che delle fenomenologie cui si riferiscono.

La seconda, e dirimente, indicazione è che la costruzione di una nozione giuridica scientificamente fondata richiede, sempre e necessariamente, di comprendere e rappresentare il “fatto” delle norme in rapporto al modo in cui esso *in-mediatamente* si presenta nella realtà e di determinare il senso di una prescrizione normativa in base alla determinazione realistica, ossia ancora una volta *spre-giudicata*, del modo in cui essa se lo rappresenta e ne definisce il trattamento⁹.

5. *Compito cognitivo e funzioni operative dell’interpretazione: la rappresentazione realistica del “fatto” e la sua comprensione ad opera della “norma”*

Entrambe queste indicazioni sono, poi, avvalorate dalle ragioni che Scognamiglio chiama a dar conto del senso e dell’utilità di interrogarsi sulle categorie giuridiche, e quindi, nella specie, di interrogarsi sulla configurabilità della nozione di negozio giuridico.

La loro costruzione – ci dice il Professore – risponde al capire e ordinare che è proprio della scienza giuridica: soddisfa al compito cognitivo suo proprio e le permette di mettere in ordine, di ricondurre il diritto a sistema razionale nel senso di Weber.

Ma – si legge ancora nel “*Contributo*” – adempie anche ad una duplice funzione operativa¹⁰, che è cruciale per la presa del diritto sul mondo, sulla realtà sociale:

(a) quella di capire in cosa propriamente consista e come funzioni il trattamento specificamente riservato dall’ordinamento alle fenomenologie da esso considerate e

(b) quella di estendere tale trattamento alle fenomenologie che non rientrerebbero, a prima vista, nelle fattispecie delle norme che lo contengono.

⁹ *Ibid.*, p. 81-82.

¹⁰ *Ibidem*, p. 75.

Nel modo in cui sono concepite ed implementate queste due funzioni sta il *novum* che il Professore introduce nella metodologia dell'analisi giuridica.

Ambedue queste operazioni seguono un medesimo procedimento e si muovono sulle medesime basi, le quali mostrano il modo specifico in cui si articola il rapporto tra diritto e mondo/realità sociale.

La corretta ed efficace implementazione di ambedue queste funzioni, che, rispettivamente, presiedono all'interpretazione della legge ed alla sua estensione analogica, si deve sviluppare – secondo quel che si legge nel “*Contributo*”¹¹ – a partire da tre interrogativi:

- quello sul modo in cui nella realtà sociale in sé considerata si prospettano queste fenomenologie esuberanti,
- quello sul modo in cui la legge ha compreso e si è rappresentata le fenomenologie sociali che ha tipizzato nelle sue fattispecie,
- e, infine, quello sul trattamento che, in ragione di tale comprensione e per mezzo della conseguente tipizzazione, ha loro riservato.

L'interpretazione in senso proprio consiste, infatti, nella determinazione del campo di applicazione della sanzione al di là del *casus legis* per il quale è nella norma prevista. Essa richiede, perciò, di trascendere il *casus legis*, di assumerlo a simbolo del modo in cui la norma ha considerato una determinata fenomenologia sociale e ne ha determinato il trattamento giuridico. Di guisa che i confini entro i quali tale trattamento deve trovare applicazione si definiscono sul doppio registro della rappresentazione realistica delle fenomenologie sociali e della veduta che la norma se ne è fatta e che in tale trattamento si è espressa.

E lo stesso avviene per l'*analogia legis*. Anch'essa, infatti, transita sempre dalla riconducibilità delle fenomenologie che esorbitano dal dettato normativo alla veduta che l'ordinamento ha maturato rispetto alle fenomenologie da esso già considerate/tipizzate ed alle ragioni per le quali su di esse ha disposto in un modo piuttosto che in un altro. Di guisa che, anche in questo caso, l'oltre la norma al quale tale trattamento deve estendersi si determina secondo il doppio registro della rappresentazione realistica delle fenomenologie esuberanti e della veduta che la norma candidata a regolarle si è fatta delle fenomenologie da essa considerate e che in tale trattamento ha preso corpo.

¹¹ *Ibidem*, p. 8.

Entrambe queste operazioni cruciali dei giuristi, perciò, operano sempre sulla base di una triangolazione tra fenomenologie esuberanti, fenomenologie già considerate/tipizzate e ragioni del trattamento di queste ultime. La quale triangolazione suppone la rappresentazione realistica di entrambe queste fenomenologie, quella emersa dalla prassi e quella ricostruibile a partire dalla tipizzazione operata dalla norma, e la realistica determinazione del modo in cui l'ordinamento considera tali fenomenologie e distribuisce i propri rimedi.

6. *Il valore cognitivo del fatto e l'autonomia del diritto: il ribaltamento dei modi dominanti di intendere il rapporto tra fatto e diritto*

Questo serve a mostrare, nel piano teorico del “*Contributo*”, che ogni intrapresa interpretativa ed ogni estensione analogica si compone di due operazioni che attengono, rispettivamente, al “fatto” ed alla “norma” e che vanno condotte – questa è la novità – all’insegna del realismo¹².

La domanda che occorre rivolgersi è, allora, cosa stia a significare, già in queste indicazioni, il realismo che Scognamiglio prescrive.

Riferito al “fatto” siffatto realismo sta ad indicare che le fenomenologie sociali vanno considerate e rappresentate per come si danno e si comprendono nella realtà. E cioè – in termini più espliciti – vanno considerate e rappresentate non come brutto fatto, ingenua empiria¹³, bensì nel modo in cui esse si presentano e si lasciano apprezzare sul terreno proprio dell’analisi sociale, e, dunque, con i connotati che esse esibiscono nella prassi¹⁴ e con le funzioni che oggettivamente in essa assolvono¹⁵, del tutto a prescindere dal modo nel quale il diritto poi le tratta. Dunque, nel caso del negozio, né come volontà individuale e neanche come brulichio e chiacchiericcio di una prassi

¹² Cosicché (nel cap. II della Parte I del *Contributo*, cit.) l’indagine intorno al concetto di negozio giuridico viene articolata nella Sez. II, dedicata al concetto di negozio nella realtà sociale (83 ss.) e nella Sez. III, dedicata al concetto di negozio secondo il diritto positivo (III ss.).

¹³ *Ibid.*, p. 98, ove si legge che “l’atto di autonomia è un fenomeno della realtà sociale non un fatto naturale”.

¹⁴ *Ibid.*, p. 88, ove si legge che “il diritto prende ad oggetto delle sue statuizioni i fatti nel loro significato sociale”.

¹⁵ *Ibid.*, p. 109, ove si spiega che già nella realtà sociale “la funzione fa corpo con la struttura”.

indistinta, bensì come *Marketverbreitung*, come distribuzione e circolazione mercantile diffusa e crescente con le sue dinamiche e le sue funzioni¹⁶.

Questo aspetto del modo in cui la c.d. realtà sociale va considerata è decisivo, e va sottolineato. La c.d. realtà sociale è quello che si suole anche definire come l'“ambiente” del sistema giuridico, ciò per la soluzione dei cui problemi esso è istituito. Ma quest'ambiente è costituito, a sua volta, dagli altri sistemi della società (economico, politico, del costume, ecc.). Questo ambiente, che nel consueto lessico dei giuristi viene designato come realtà sociale, non è, dunque, bruto fatto o nuda empiria. Ma si prospetta al sistema giuridico come fenomenologia già compresa dagli altri sistemi sociali, già “nominata” con le loro categorie. E perciò questa fenomenologia, che vien detta genericamente realtà sociale, deve essere colta e considerata con le categorie proprie dei sistemi a partire dai quali, di volta in volta, si compulsa il diritto per riceverne regole.

Riferito alla “norma”, invece, siffatto realismo sta ad indicare che le disposizioni normative vanno comprese e rappresentate per il modo nel quale si riferiscono alle fenomenologie sociali¹⁷. E cioè – in termini più chiari – vanno comprese, e quindi, descritte ed apprezzate, per il *modo* in cui esse si rappresentano tali fenomenologie sociali¹⁸ e per la *qualità* degli effetti che, in ragione della rappresentazione che se ne son fatta, vi fanno seguire¹⁹.

Queste due mosse teoriche sono strategiche e mettono fuori-campo i pensieri allora dominanti sul negozio giuridico.

Ma quel che più conta è la ragione di queste due operazioni e del modo realistico in cui esse vanno concepite e condotte. La quale va oltre la materia cui viene riferita.

Segnatamente, il riferimento al sociale era già allora comune nella teoria del diritto e nelle dottrine giuridiche e veniva evocato da Stolfi per fondare nell'“essenza” dell'individuo la primazia della volontà e da Betti per sostenere

¹⁶ *Ibid.*, pp. 94 e 95.

¹⁷ *Ibid.*, p. 111, ove si avverte che “muovendo dal solo dato, desunto dalla realtà, del concetto empirico del negozio, [occorre] rivolgersi direttamente alla norma giuridica per determinare cosa essa stabilisce a suo modo”.

¹⁸ *Ibid.*, p. 91, ove si spiega che il procedere dalla nozione extra-giuridica di negozio non costituisce “una sorta di sociologismo metagiuridico ... [poiché] resta inteso che il diritto determina sempre a suo modo tale nozione”.

¹⁹ *Ibid.*, p. 113, ove si spiega che a questo riguardo il vero problema è “stabilire quale atteggiamento il diritto positivo adotti rispetto alla nozione [empirica] di atto di autonomia”.

l'immediata precettività delle esigenze che dalla società si potevano attingere.

Tanto nel primo caso che nel secondo, il dispositivo teorico sotteso a siffatto riferimento mimava, con un altro linguaggio, il vecchio dispositivo giusnaturalistico: il sociale, sia che venga inteso secondo la sua individualistica essenza ultima, sia che venga inteso come immediato *leben ergebnis*, va indagato poiché esso vincola il diritto a disporre in modo ad esso conforme.

E questo è ancora il senso in cui siffatto riferimento alla società viene oggi riproposto e sembra ormai divenuto l'argomento privilegiato di ogni attività interpretativa: il sociale come luogo di creazione dei valori che passano il sistema normativo e pretendono incondizionato riconoscimento giuridico, piena effettività – come ora anche si dice.

Del tutto opposto è, invece, il senso e la funzione che Scognamiglio attribuisce al riferimento al sociale ed alla necessità di indagarlo e comprenderlo realisticamente.

Il sociale, nella sua concezione, non vincola affatto il diritto, ma, al contrario, serve a confermarne l'autonomia ed a capire come essa specificamente si esplica: il sociale serve a capire le norme, mostrando le scelte che in ordine ad esso hanno compiuto. Per questo esso va compreso in modo realistico, perché solo una tale rappresentazione realistica può mostrare il modo reale nel quale il diritto su di esso si è determinato a disporre, e le reali ragioni per cui lo ha fatto.

Anche questa categoria dell'autonomia del diritto è cruciale. Essa non sta certo a significare che il diritto dispone senza curarsi della realtà. Sta ad indicare, piuttosto, che esso trae dalla realtà sociale (o – meglio – dai sistemi entro i quali essa è strutturata) informazioni che elabora *a suo modo*. Cosicché la c.d. realtà sociale non è prescrittiva delle soluzioni del diritto, ma gli sollecita risposte che permangono sempre nel suo potere dispositivo. Tutto questo si può anche illustrare dicendo che quello del diritto è un "sistema cognitivamente aperto ma operativamente chiuso" e può essere rappresentato con la metafora delle *black boxes*: tra il diritto e la realtà sociale non c'è un canale diretto attraverso il quale quest'ultima si riversa *in-mediatamente* nel primo, piuttosto la realtà sociale produce "irritazioni" del sistema giuridico in risposta alle quali esso appronta soluzioni, che dipendono dal modo nel quale, volta a volta, se le raffigura e si determina a "trattarle".

7. *La categoria del “trattamento giuridico” e la rideterminazione teorica della relazione tra diritto e mondo: il “doppio giuridico” del mondo e l’efficacia come suo senso*

La categoria-chiave di questa metodologia realistica è, perciò, quella del “trattamento normativo”, nel quale, per l’appunto, prende forma l’autonomia del diritto²⁰.

È questa categoria, infatti, che spiega, innanzitutto, la necessità della rappresentazione realistica delle fenomenologie evocate dal “fatto” posto a condizione della sanzione normativa.

La comprensione e rappresentazione di questa fenomenologia serve, infatti, a costruire il termine di paragone tra mondo dei fatti e mondo delle norme, e dunque a determinare come queste ultime, le norme, trattano i primi, i fatti. Sicché solo sapendo come realmente si danno i fatti si può capire come le norme effettivamente li trattino.

La distinzione tra fenomenologie sociali e loro trattamento giuridico è, perciò, istitutiva dell’autonomia del diritto e assurge a condizione della sua corretta comprensione.

Orbene, questa distinzione, che la stessa categoria del trattamento giuridico necessariamente suppone, implica quella della “veduta” e del “doppio”.

Il trattamento si dà solo quando qualcosa può essere “vista” in modo diverso da come si mostra nella realtà (ossia nella veduta degli altri sistemi sociali).

Il trattamento, perciò, suppone necessariamente una “veduta”, la quale implica già la scelta di un punto di vista, e quindi un apprezzamento che condiziona il successivo disporre in ordine a quel che si è visto in un modo o nell’altro.

Ovviamente, questa “veduta” può darsi in continuità o in discontinuità con il modo in cui si dà nella realtà (ossia dal punto di vista del sistema sociale volta a volta interessato) quel che ne è oggetto, ossia la fenomenologia sociale

²⁰ In SCOGNAMIGLIO, *Una riflessione sul metodo*, cit., p. 4, questo concetto, che ricorre costantemente nel lessico di SCOGNAMIGLIO, è spiegato magistralmente: “I fenomeni giuridici si caratterizzano ... per il nesso ... tra il fatto, che ne costituisce la sostanza materiale, e la norma, che impone al fatto la sua configurazione e ne dispone gli effetti ... conviene pertanto prendere le mosse dalla conoscenza del fatto ... per passare poi alla fase dell’indagine ... che consiste di verificare quale nozione, e rilevanza, del fatto l’ordinamento giuridico recepisca”.

che una norma considera e che essa decide di vedere in un modo o nell'altro. Nel che propriamente consiste l'autonomia del diritto rispetto all'ambiente sociale che è chiamato a normare.

Ma quel che deve essere chiaro è che anche quando questa veduta si dia in continuità con quest'ambiente (come nel caso del negozio giuridico e del suo "riconoscimento"), essa racchiude sempre una scelta, la quale, nella specie, è quella di assumere e trattare una fenomenologia *tel quel, as it is*, ossia per come essa si presenta nella c.d. realtà sociale²¹.

Questa "veduta" delle fenomenologie sociali, che presiede al loro trattamento giuridico, implica che il diritto operi sempre attraverso la mediazione di un "doppio" del mondo, il c.d. fatto normativo o frastico dell'enunciato normativo, un doppio che esso si crea appositamente secondo le proprie scelte e gli scopi suoi propri. E perciò implica anche che il senso di questo "doppio" si alimenti dalle conseguenze cui la sua costruzione è preordinata, ossia si alimenta dall'efficacia che gli è attribuita, dal tipo di effetti che gli vengono ricollegati²².

Il trattamento normativo, che Scognamiglio assume a criterio euristico della sua analisi giuridica, comporta, dunque, un duplice raffronto: quello tra le fenomenologie sociali e il loro "doppio giuridico" e quello tra questo "doppio" e le conseguenze che dal suo ricorrere il diritto fa discendere.

Il primo raffronto fa capire e mettere a fuoco l'autonoma "veduta" che il diritto si è fatto dello spezzone di mondo sul quale è chiamato a provvedere.

Il secondo raffronto mostra, invece, il senso specifico di questa "veduta", ossia il senso secondo il quale il diritto si è orientato a provvedere su di uno spezzone di mondo rappresentandoselo in un modo anziché in un altro e che determina, e spiega, il "principio regolativo" che discende dal modo in cui vi ha provveduto.

L'una e l'altro, perciò, racchiudono la *ratio* realistica delle norme e ne governano l'interpretazione.

²¹ Così in *Una riflessione sul metodo*, cit., p. 5.

²² SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria...*, cit., p. 17, ove si avverte che senza di questo "si sfugge all'esigenza di spiegare, attraverso il concetto, la peculiare essenza dinamica del negozio, ma si lascia poi sempre aperto ... il problema della sua efficacia".

8. *La fattispecie come luogo della “veduta” e del “principio regolativo” e la disarticolazione delle discipline in altrettanti tipi distinti di problema*

La categoria del “trattamento giuridico”, infine, comporta anche una radicale ricomprensione di quello strumento cruciale del quale i giuristi si avvalgono per le loro operazioni interpretative: la fattispecie.

A quest’operazione il Professore provvede quando si occupa della selezione delle norme alle quali rivolgersi per costruire la nozione di negozio giuridico.

Poiché le disposizioni che si riferiscono alle fenomenologie virtualmente interessate dalla logica negoziale sono molte e spesso rette da direttive diverse, il problema che, innanzitutto, si pone per costruire appropriatamente la nozione di negozio giuridico e verificarne la correttezza scientifica è quello di selezionare le norme alle quali rivolgersi per condurre entrambe queste operazioni²³.

Il criterio per operare questa selezione è indicato nel “*Contributo*” nella distinzione tra “norme relative al concetto” e “norme relative alla disciplina”²⁴.

Le prime sono quelle che valgono a definire il tipo di trattamento che l’ordinamento riserva alle fenomenologie da esso, di volta in volta, considerate.

Le seconde, invece, sono quelle deputate a risolvere i diversi problemi pratici che insorgono in dipendenza dello specifico trattamento riservato a tali fenomenologie.

Questa distinzione – come sappiamo – costituisce uno snodo cruciale non solo per la costruzione della nozione di negozio giuridico ma anche per la disamina, l’impostazione e la sistemazione delle molte questioni che si accompagnano a questa figura (del negozio giuridico).

Ma, dal punto di vista che qui si sta considerando, questa distinzione interessa per le riflessioni che la accompagnano e per le conseguenze che ne vengono tratte in ordine alla categoria della fattispecie in generale²⁵.

Si spiega nel “*Contributo*” che le norme relative al concetto sono quelle che concernono il trattamento che l’ordinamento riserva alle fenomenologie

²³ *Ibid.*, p. 13.

²⁴ *Ibid.*, pp. 25, 77-78, 81.

²⁵ *Ibid.*, p. 142.

sociali da esso specificamente considerate e ne ritagliano l'ambito operativo, ossia il campo ove soltanto possono trovare applicazione le diverse discipline che a tale concetto pertengono²⁶.

Queste norme, però, – ed è questo il punto – non possono essere rappresentate nei termini tradizionali del rapporto tra fattispecie ed effetti, ossia in quei termini consueti per cui la fattispecie, l'ipotesi di fatto, è causa degli effetti giuridici²⁷.

Proprio perché esse designano il trattamento, che il diritto attribuisce ad un pezzo di mondo, il fatto che esse contemplano – scrive Scognamiglio – non è mai riducibile alla somma degli elementi materiali che lo compongono, ma assume significato giuridico solo dal rapporto specifico con gli effetti che ad esso si fanno seguire: quale sia e in cosa consista la fattispecie lo dice solo il nesso semantico (e normativo) tra fatto ed effetti²⁸, e cioè la relazione per la quale quel che dice il fatto è illuminato dagli effetti.

Questo è illustrato in modo esemplare dalla c.d. fattispecie negoziale, dove – scrive Scognamiglio – è negozio solo ciò che “foggia e determina a suo modo gli effetti”²⁹.

Ma vale in generale.

Vale in generale, perché la fattispecie racchiude sempre una proporzione tra diritto e mondo o – se si vuole – l'interpretazione (nel senso di Nietzsche) che il diritto opera ai suoi fini delle relazioni della vita, la quale esprime pienamente il suo senso giuridico proprio nelle conseguenze che ne fa scaturire.

Ne segue che la fattispecie viene così riscritta e concepita dal Professore come spazio del significato della norma che risulta dall'insieme di “veduta” e “principio regolativo”, ossia dall'insieme del “rapporto proporzionale” che lega il “fatto” del suo enunciato e la materia sociale con esso considerata, da un lato, e della conseguenza che vi ha fatto seguire e che la spiega, dall'altro³⁰.

E ad analoghe considerazioni conduce anche la riflessione che, nel “*Contributo*”, viene sviluppata sulle “norme di disciplina”.

²⁶ *Ibid.*, p. 26 ss.

²⁷ *Ibid.*, pp. 15 e 16.

²⁸ *Ibid.*, p. 26: “intendendo il negozio come fattispecie ... si coglie la differenza dagli altri fatti giuridici solo sotto il profilo della struttura e deve rinunziarsi a comprendere la sua peculiare efficacia”.

²⁹ *Ibid.*, p. 14.

³⁰ *Ibid.*, p. 26 ss.

Le “norme di disciplina” sono quelle che suppongono già definito il loro ambito di applicazione, la c.d. fattispecie negoziale presupposta, e che si limitano piuttosto a risolvere gli incidenti di percorso in cui la sua formazione e l’articolazione temporale dei suoi effetti possono andare incontro.

Scognamiglio tratta questi incidenti come problemi particolari di un campo giuridico già prima ed autonomamente definito e spiega che la loro soluzione dipende, volta a volta, da “esigenze pratiche, molteplici e spesso discordanti, che il legislatore vuol comporre e [per risolvere le quali] non segue quindi certamente una linea unitaria”³¹.

Nel “*Contributo*” questo serviva per mostrare non solo l’impossibilità di giovare di queste discipline per costruire la nozione di negozio giuridico, ma anche per indicare l’approccio appropriato da seguire nella loro interpretazione e, segnatamente, il carattere molteplice delle *rationes* delle soluzioni che recano e la primazia del problema concreto che le reggono³². Ma anche in questo caso il paradigma interpretativo che così vi viene proposto vale in generale.

Queste “norme di disciplina” recano ciascuna una sorta di sotto-fattispecie, di fattispecie di secondo grado (l’errore, il dolo, ecc.)³³. Per esse vale, perciò, ma in dimensione ridotta, quel che vale per le “norme di concetto” e per il modo di intenderle loro proprio.

Segnatamente, proprio in ragione della scala minore in cui operano, in esse la “veduta”, la proporzione, si riduce alla dimensione del problema pratico che la norma ha visto e nella sua trasmutazione in un tipo normativo di problema, il cui senso, però, anche in questo caso si determina in rapporto al principio regolativo che essa viene chiamato a darvi soluzione.

Anche in questo caso vale, dunque, l’avvertimento cruciale che la tradizionale concezione “sommativa” della fattispecie – come è scritto nel “*Contributo*” – “coglie solo la struttura e non comprende la specifica efficacia”, che consiste nella *ratio* della norma e nell’ordine nel quale si iscrive.

Ma questa autonomia dei punti di vista che presiedono al trattamento dei singoli problemi inerenti ad una fattispecie fondamentale mette a fuoco un altro guadagno dell’approccio realistico di Scognamiglio, la sua disponibilità a concepire gli istituti giuridici come *unitas multiplex*: il negozio è uno,

³¹ *Ibid.*, p. 20.

³² *Ibid.*, p. 17.

³³ *Ibid.*, pp. 23 e 24.

ma le logiche che risolvono i problemi in cui si articola la sua disciplina sono molteplici.

9. *Il metodo realistico e la teoria funzionale del diritto*

Come sempre avviene, il metodo giuridico è solo la proiezione operativa di una teoria del diritto.

Il metodo realistico di Scognamiglio si rifà al paradigma weberiano della “scienza della realtà” e sulla sua base sviluppa dal punto di vista della scienza giuridica la concezione del diritto moderno come di una tecnica “formale” (formale nel senso di Weber) di regolazione sociale retta dalla weberiana razionalità orientata allo scopo.

Questa razionalità strumentale, che regge la struttura e il senso del diritto moderno, lo fa intendere, perciò, in termini essenzialmente funzionali, ossia lo fa consistere in un provvedere su qualcosa in vista di un fine.

Ma l'espletamento di una funzione suppone, innanzitutto, che si sappia, si conosca per com'è, ossia realisticamente, quello su cui si provvede (= la realtà sociale).

Suppone, ancora, che si assuma un “punto di vista”, tra i diversi possibili, secondo cui considerare quello in ordine al quale provvedere (= lo scopo prescelto).

E comporta, quindi, che la comprensione di ciò che viene approntato per provvedervi si possa dare soltanto in forza dell'analisi oggettiva del “trattamento” che viene riservato a quello su cui si provvede e della “veduta” che per determinarlo se ne è maturata (= il punto di vista secondo cui lo si è guardato e il principio regolativo che in conseguenza gli si è riferito ovvero, in termini tradizionali, la fattispecie con cui si è interpretata e ritagliata la realtà sociale e la sanzione giuridica che ne è fatta conseguire).

È in questo modo che è costruita la teoria del negozio giuridico di Scognamiglio ed è questo quel che suppone e prescrive in generale il suo realismo.

Il tempo della sua teoria generale è, dunque, il tempo stesso del diritto razionale e funzionale. Quando questo tempo cederà ad un altro tempo anche la sua teoria vedrà scemare la sua presa. Anche se per quest'altro tempo varranno ancora le sue parole sulla dispersione dell'*impasse* empirica e del disordine casistico. Con – mi sembrerebbe di poter aggiungere – l'insedia-

mento di un'altra antropologia sociale e di una nuova veste e dimensione del potere³⁴.

Si potrebbe osservare che in questa esposizione del metodo e della teoria di Scognamiglio mi sia capitato di utilizzare, talvolta, un lessico che ricorre anche nelle mie riflessioni su questi temi³⁵.

Ma se questo è avvenuto, è solo perché Renato Scognamiglio è stato il mio Maestro e perché Pietro, mio fratello, che è stato il suo primo allievo, mi ha ingiunto, già nella mia infanzia giuridica, di studiare e capire, di *apprendere* – come Lui aveva fatto e come mi aveva spiegato che avrei dovuto fare – il mitico *Contributo alla teoria del negozio giuridico*.

Questo, perciò, testimonia solo il mio debito e la mia riconoscenza.

³⁴ Per chi fosse interessato a quest'altro aspetto mi permetto di rinviare al volumetto di MONTANARI e BARCELLONA, *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del*, Castelvechchi Editore, 2022.

³⁵ BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Giappichelli, 1996; ID., *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, 2006; ID., *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze espropriative e interpretazione funzionale*, Mucchi Editore, 2022.

Abstract

Scognamiglio indica nel realismo il proprium del suo metodo. Riferito al “fatto” esso sta ad indicare che le fenomenologie sociali vanno considerate per come si comprendono nella realtà, e cioè non come bruto fatto, bensì nel modo in cui esse si lasciano apprezzare sul terreno proprio dell’analisi sociale. Riferito alla “norma”, invece, esso sta ad indicare che le disposizioni normative vanno comprese per il modo nel quale si riferiscono alle fenomenologie sociali, e cioè per il modo in cui esse se le rappresentano e per la qualità degli effetti che vi fanno seguire. La categoria-chiave di questa metodologia realistica è, perciò, quella del trattamento normativo, nel quale prende forma l’autonomia del diritto. Da questa categoria discende una radicale ri-comprensione della fattispecie normativa, la quale non è mai riducibile alla somma degli elementi materiali che la compongono, ma assume significato e contenuto giuridici solo dalla specifica veduta dei fenomeni sociali considerati e dal rapporto specifico con la qualità degli effetti che ad essa si fanno seguire.

Scognamiglio points to realism as the proprium of his method. Referred to “fact”, it indicates that social phenomena must be taken into consideration as they are perceived in reality, that is, not as a raw fact, but in the way in which they can be appreciated on the terrain of social analysis. Instead, regarding the “norm”, it indicates that legislative provisions must be understood for the way in which they refer to social phenomena, that is, for the way in which the provisions represent such phenomena and for the quality of the effects that are determined. Therefore, the key category of this realistic methodology is regulatory treatment, in which the autonomy of law takes shape. This category implies a radical renewed understanding of single legal cases, which never simply amount to the sum of their material elements but acquire legal significance and content only from his specific view of social phenomena considered and from the specific relationship with the quality of the effects that are produced.

Keywords

Realismo, norma, autonomia del diritto, interpretazione.

Realism, norm, autonomy of law, interpretation.

Mario Rusciano

“Specialità” del Diritto del Lavoro e “acontrattualità” del rapporto nel pensiero di Renato Scognamiglio*

Sommario: **1.** La biografia accademica di Renato Scognamiglio e lo studio del diritto del lavoro. **2.** Scognamiglio “civilista” e “laborista” nello sganciamento del diritto del lavoro dal diritto privato. **3.** La “specialità” del diritto del lavoro basata sul fattore soggettivo del lavoratore come “soggetto debole” da tutelare. **4.** Dalla specialità derivano: l’“acontrattualità” del rapporto di lavoro; la subordinazione socio-economica del lavoratore e la tendenza espansiva della tutela a lavoratori parasubordinati e autonomi. **5.** La specialità si accentua negli anni ‘60 per il protagonismo sindacale. **6.** (*Segue*) Il protagonismo sindacale e l’ordinamento intersindacale teorizzato da Gino Giugni. **7.** Le svolte sindacali e politiche degli anni ‘60: lo Statuto dei lavoratori massima espressione della specialità. **8.** La specialità si attenua per le crisi economiche e i mutamenti politici degli ultimi decenni. Destruzzurazione del diritto del lavoro e conseguente rivalutazione della “contrattualità” nei cc.dd. contratti di lavoro “atipici”. **9.** Conclusioni sull’attualità delle tesi di Renato Scognamiglio per recuperare la funzione storica del diritto del lavoro.

1. *La biografia accademica di Renato Scognamiglio e lo studio del diritto del lavoro*

Renato Scognamiglio è uno dei più illustri civilisti italiani del ‘900 che però ha operato scientificamente per oltre tre lustri anche nel nuovo millennio. L’abbiamo appena sentito da Mario Barcellona, che ne ha illustrato l’originalità e l’esemplare rigore di un metodo ispirato a quello che chiamerei “realismo ordinato e ordinante”.

Apprestandomi ora io a tracciare il profilo scientifico di Scognamiglio giuslaborista, premetto che non è esatto dire che, dai primi anni ‘70 del ‘900,

* Relazione all’Accademia dei Lincei, Roma 7 giugno 2022, nel centenario della nascita di Renato Scognamiglio.

egli “*passa*” dal diritto civile al diritto del lavoro. Il passaggio è veritiero se si allude all’insegnamento universitario. Effettivamente dal 1970 viene chiamato alla Sapienza di Roma da cattedratico di diritto del lavoro; e succede al suo Maestro, Francesco Santoro-Passarelli, che aveva a lungo mantenuto l’incarico di quell’insegnamento accanto alla cattedra di diritto civile. Non è veritiero invece il passaggio dal punto di vista scientifico. Scognamiglio è sempre rimasto un civilista. Basta scorrere il lungo elenco dei suoi Scritti per trovare corposi contributi teorici, squisitamente civilistici, pubblicati negli anni ’80, ben dopo la sua chiamata da giuslavorista alla Sapienza. Va detto piuttosto che ha sempre studiato e coltivato il diritto del lavoro e l’ha sempre fatto *da civilista*. Già da giovane egli è attento alle aree del diritto civile che tendono ad abbandonare il “padre naturale”: nel senso di superarne i tratti essenziali di diritto comune per seguire l’incessante mutamento della realtà socio-economica: in particolare il diritto commerciale e il diritto del lavoro. Quanto al diritto commerciale, mi limito a ricordare che, all’Università di Napoli, lo insegna, accanto alla titolarità del diritto privato comparato, nella seconda metà degli anni ’60, a seguito della prematura scomparsa di Alessandro Graziani.

Quanto al diritto del lavoro, vi si dedica da molto tempo prima della chiamata romana. Se non altro perché – secondo una diffusa consuetudine dell’epoca – insieme alla titolarità delle discipline civilistiche, tiene pure l’incarico di diritto del lavoro: sia all’Università di Catania, sia all’Università di Bari. E la stessa chiamata nel 1970 a Roma avviene mentre a Napoli insegna per incarico il diritto del lavoro. Incarico attribuitogli dopo l’improvvisa scomparsa di Giuseppe d’Eufemia e che conserverà fino al 1974, facendo per quattro anni la spola tra Roma e Napoli.

2. Scognamiglio “civilista” e “lavorista” nello sganciamento del diritto del lavoro dal diritto privato

Insomma lo Scognamiglio-civilista non ha mai distolto l’attenzione dal nascente diritto del lavoro: tanto da diventarne uno dei fautori della progressiva emancipazione dal diritto civile e fino a teorizzarne poi – grosso modo tra la fine degli anni ’50 e l’inizio degli anni ’60 – la cosiddetta “*specialità*”. Indimenticabili per me le sue “*Lezioni di Diritto del Lavoro*”. Un libro di non facile lettura per la particolarità della prosa e la densità concettuale,

ma pieno di idee originali. Non era comunque un Manuale. Solo in seguito egli scriverà un Manuale, nel quale conserva l’impianto organico delle “*Lezioni*”, ma lo arricchisce delle necessarie informazioni di legislazione e di giurisprudenza. Dunque un Manuale didattico vero e proprio, con varie edizioni di aggiornamento, adottato per tutto il tempo del suo insegnamento romano e anche oltre. Pubblicherà poi, per Laterza, pure un agile volume che si potrebbe considerare una sorta di “Introduzione metodologica allo studio del diritto del lavoro”.

Diciamo allora che Scognamiglio, proprio in quanto civilista eclettico, ha tutte le carte in regola per traghettare – dal diritto corporativo (pubblico) al diritto privato – il diritto del lavoro e a teorizzarne il cambiamento teorico-sistematico. Contribuisce infatti alla riappropriazione, diciamo così “giuridico-filosofica”, del diritto del lavoro da parte del diritto privato, dopo la caduta del fascismo e l’abrogazione dell’ordinamento corporativo. In pratica subito dopo la fine della seconda guerra mondiale e ancora prima dell’avvento della Costituzione repubblicana del 1948. Il cambiamento disciplinare del diritto del lavoro è un’operazione non solo di straordinario rilievo teorico-sistematico, ma di notevole impatto sul piano pratico. Se non altro perché incide sulla logica dell’interpretazione. Com’è noto è un’operazione portata avanti in quel periodo, all’Università di Napoli, da Francesco Santoro-Passarelli e dai suoi allievi, tra i quali appunto Renato Scognamiglio e Pietro Rescigno. Ne ricorda il valore lo stesso Santoro-Passarelli, che parla del periodo napoletano come di una stagione irripetibile di grande fervore intellettuale, nonostante la distruzione della guerra e, per giunta, l’eruzione del Vesuvio!

Insomma, nella figura di Scognamiglio, coesistono in perfetta armonia il civilista e il lavorista. E lui riesce a tenerle insieme senza confonderne il taglio metodologico, ma anzi ponendone in risalto interessanti occasioni e spunti di osmosi. Ci tiene a dirlo con chiarezza lui stesso. Nella Prefazione ai due volumi dei suoi “*Scritti giuridici*” (raccolti nel 1996 per i tipi della Cedam), egli scrive: “...il diritto civile e il diritto del lavoro trovano un punto, basilare e pur lontano, di unificazione, in quanto concernono l’uno i rapporti giuridici tra i privati in generale (il diritto comune) e l’altro il rapporto peculiare in cui è dedotto il lavoro subordinato (il diritto speciale), pur sempre intercorrente tra soggetti privati o assimilati (la progressiva privatizzazione del pubblico impiego). Questo basta a spiegare come la dottrina civilistica, dopo aver fatto da levatrice-quasi del diritto del lavoro, abbia potuto accompagnarne lungamente il cammino attraverso l’impegno di non pochi

autorevoli giusprivatisti che hanno coltivato in varia misura e con diversi orientamenti lo studio dell'una come dell'altra materia".

E aggiunge con la sua naturale lucidità e franchezza: "Di certo il duplice impegno è divenuto sempre più difficile, in conseguenza del grande sviluppo della dottrina giuslavoristica che negli ultimi decenni, pur senza interrogarsi troppo sulla peculiarità del suo oggetto e la diversità degli schemi costruttivi, ha lasciato quella civilistica sul palo di principi e nozioni tradizionalmente consolidati, inoltrandosi sulla via della autonoma elaborazione dei suoi problemi ed istituti. Anche se, giova segnalarlo, continuano a riscontrarsi, e vengono segnalati puntualmente, apporti reciproci del diritto civile e del diritto del lavoro nell'elaborazione di antichi e nuovi istituti".

E infine, con un tratto di velata timidezza, ricorda la sua vicenda personale: "Queste considerazioni ho ritenuto di proporre a giustificazione, se non a scusante, della mia duplice produzione scientifica sui versanti civilistico e giuslavoristico nel corso di una lunga attività, che si è divisa-quasi tra l'uno e l'altro settore prima e dopo degli anni '80. Una divisione che può apparire troppo meccanica e radicale, ma sulla quale ha influito inevitabilmente il fatto di essere stato io chiamato a Roma nel 1970 all'insegnamento del diritto del lavoro, proprio nel periodo in cui la materia andava assumendo, in conseguenza di storici eventi legislativi, politici e sociali, una maggiore importanza. E questa è anche la ragione che mi ha indotto a conservare quella cattedra anche negli anni successivi, resistendo alle più forti lusinghe del ritorno all'insegnamento del diritto civile".

E così, dopo l'incardinamento accademico alla Sapienza di Roma, Scognamiglio, cogliendo appunto l'importanza di quelli che ha chiamato gli "storici eventi legislativi, politici e sociali", offre numerosi e importanti contributi su tutti gli aspetti della nuova legislazione in materia di lavoro e, soprattutto sullo Statuto dei diritti lavoratori (la legge 20 maggio 1970 n. 300) e sulla svolta politico-economica e sociale precedente e successiva a questa legge.

3. La "specialità" del diritto del lavoro basata sul fattore soggettivo del lavoratore come "soggetto debole" da tutelare

Si può dire che, con lo Statuto dei lavoratori, Scognamiglio veda una conferma, sul piano legislativo, della sua concezione della "specialità" del diritto del lavoro. E sottolinea infatti che, nel diritto civile, non vi sono altrettante discipline inderogabili di rapporti contrattuali paragonabili alla legge 300 del '70. È vero che una certa dose di specialità incentrata sulla generica

tutela del lavoro – che qualcuno definisce “compassionevole” – attiene alla funzione originaria della nostra disciplina e bene o male si rinviene quindi nella *ratio* della legislazione fin dalla sua nascita: quindi anche nelle poche misure del periodo liberale e persino durante il fascismo.

Ma naturalmente la *ratio* della tutela cambia sensibilmente dal secondo dopoguerra ai nostri giorni e soprattutto dopo l’emanazione della Costituzione repubblicana del 1948. Ciononostante è come se la dottrina in genere desse per scontata la “specialità” della materia, senza però esplorarne a fondo il significato sostanziale. Mentre Scognamiglio ne fa la trama di fondo di tutta la sua elaborazione. Difatti, con quell’inciso che ho prima citato, egli non riesce a spiegarsi come sia possibile che la dottrina non si interroghi a sufficienza sulla “*peculiarità dell’oggetto del diritto del lavoro e sulla diversità degli schemi costruttivi*”. Perché è evidente che solo riflettendo sulla specialità è possibile inventare nuovi “schemi ricostruttivi” dei fenomeni legati alla mutevole realtà del lavoro umano, oggi insidiato non solo dalla globalizzazione dei mercati ma pure dalla continua evoluzione tecnologica, specie dalla digitalizzazione.

E va precisato che egli parla di “specialità” e non di “autonomia”: proprio per accentuare un effettivo distacco del diritto del lavoro dal diritto civile. In sostanza per lui l’“autonomia” è termine ambiguo, e comunque insufficiente, in quanto equivale a dire che il diritto del lavoro rimane una provincia del diritto civile con solo marginali diversità di *qualcuno* degli schemi ricostruttivi. Per lui invece la specialità è essenzialmente un dato strutturale del diritto del lavoro. Che, tra l’altro, consente agli studiosi di frequentare le altre scienze sociali – specie economia e sociologia – naturalmente stando attenti a mantenere la propria identità di giuristi e ad evitare spregiudicati “sociologismi”.

Oggi il dato strutturale della “specialità” va fatto uscire dalla memoria e portato nell’attualità. Per i giuslavoristi cioè esso è un valore da custodire, onde evitare che il diritto del lavoro perda – come pare stia avvenendo – la sua funzione storica, a causa di una legislazione fatta di provvedimenti molto contingenti, dettati dall’emergenza, poco sistematici e talvolta financo confusi. Norme che hanno provocato una diffusa precarietà del lavoro, non certo in linea con lo spirito della nostra Costituzione.

A ben vedere il discorso di Scognamiglio sulla specialità s’inserisce a pieno titolo nel dibattito attuale intorno all’invenzione e alla collocazione di *nuove* regole necessarie a disciplinare *nuove* situazioni giuridiche. Vale la

pena riportare testualmente quanto egli scrive, all'epoca, per chiarire la genesi della specialità: per un verso *“si assiste... all'inevitabile affermazione del principio della unitarietà dell'ordinamento giuridico”*, tanto da non potersi *“concepire la specialità delle parti che lo compongono nei termini di una radicale frattura”*: con la conseguenza della *“prevalenza anche in questo senso del diritto comune”*. Il quale infatti *“serve alla finalità, che soprattutto preme al legislatore democratico, di realizzare un'eguale tutela formale di tutti i cittadini di fronte all'ordinamento”*.

Per un altro verso però, nel dilemma *“se l'ordinamento... recepisca principi e regole nuove, così dando luogo alla costituzione di un diverso sistema di istituti e di norme, o invece si orienti nel senso della estensione, in linea prevalente, del sistema di diritto comune”*, non si può ritenere che *“il processo di unificazione del diritto dei privati corrisponda ad una legge irreversibile dell'evoluzione dell'ordinamento”*.

Gli pare dunque che non si possa trascurare il *“continuo sviluppo dell'ambiente economico-sociale, che propone... rapporti e situazioni nuove, che, diversificandosi in varia misura da quelle tradizionali, possano richiedere l'adozione di regole speciali”*.

E conclude: *“il senso e la misura della specialità del diritto del lavoro si colgono nella sua destinazione a colmare le disuguaglianze che, alla stregua del diritto comune, fatalmente si verificano tra lavoratori e datori di lavoro. Un risultato che è soltanto possibile raggiungere attraverso una serie di regole e di istituti intesi ad attribuire al lavoratore, a compenso della sua debolezza, una più intensa tutela giuridica. Il diritto del lavoro si distacca dall'ordinamento comune in questa direzione e nei limiti in cui la deviazione dalle regole valevoli per tutti si impone per la realizzazione della finalità che si è delineata: una specialità limitata... ma della quale occorre tenere il debito conto, se si vuole restare aderenti... alle istanze della realtà giuridica”*.

Per Scognamiglio dunque il criterio di rilevazione della specialità della disciplina sta *“nel fattore soggettivo, con riferimento alla figura del lavoratore piuttosto che nel fattore oggettivo con riferimento al rapporto di lavoro”*.

4. *Dalla specialità derivano: l'“acontrattualità” del rapporto di lavoro; la subordinazione socio-economica del lavoratore e la tendenza espansiva della tutela a lavoratori parasubordinati e autonomi*

Quest'ultima notazione è quanto mai attuale. Inoltre fa da cerniera tra la *“specialità”* del diritto del lavoro e l'altro pilastro su cui Scognamiglio poggia l'architrave della sua ricostruzione del diritto del lavoro. Vale a dire la concezione del rapporto di lavoro come *“rapporto giuridico acontrattuale”*.

Concezione a prima vista sorprendente in quanto proviene da un raffinato civilista. Ma, proprio per questo, meritevole di particolare attenzione: l'insigne civilista infatti è per giunta uno degli studiosi più accreditati della specifica materia del negozio giuridico e dei contratti in generale. E va subito sgombrato il campo da un equivoco, che egli tiene a chiarire: sostenere il carattere acontrattuale del rapporto non significa ovviamente negare che, per costituirlo, occorra il “consenso” del lavoratore. Ma un semplice consenso, magari “strappato” a un lavoratore per intuibili ragioni, non basta a fare un vero e proprio contratto, se si pensa come “...*la disciplina del rapporto di lavoro rimanga affidata principalmente a strumenti eteronomi, che trascendono la libera determinazione dei soggetti del rapporto*”.

Per Scognamiglio, dunque, il carattere acontrattuale del rapporto è un aspetto basilare del diritto del lavoro. E infatti da questo punto teorico egli non si allontanerà mai, anzi non perderà occasione per ribadirlo. Lo si ritrova ancora verso la metà degli anni '90 nella Relazione conclusiva di un Convegno su diritto civile e diritto del lavoro.

Senza dubbio questa posizione così ferma sull'acontrattualità del rapporto di lavoro fa riflettere sulla sua attuale validità. È certamente una posizione che dà solido sostegno, per l'originalità dell'argomentazione, alla proteiforme tutela giuridica di chi lavora al servizio e nell'interesse di altri, a prescindere dal “tipo” di rapporto di lavoro. Un aspetto, questo, di grande importanza – oggi forse più di ieri – almeno per due ragioni. La prima perché negli ultimi anni il legislatore è stato prodigo nel moltiplicare i tipi di rapporto, che paradossalmente sono stati poi definiti da qualche dottrina “atipici”. La seconda perché, adesso, sia la legislazione sia la giurisprudenza – anche dell'Unione Europea – tendono a estendere la tutela del lavoro subordinato a figure teoricamente riconducibili al lavoro autonomo, ma nei fatti intrise di “dipendenza” (rapporti parasubordinati; prestazioni coordinate; eterorganizzate; partite Iva; lavoratori organizzati da piattaforme digitali e algoritmi, come i c.d. *riders*). Peraltro, è bene precisare, la concezione scognamigliana dell'acontrattualità è originale anche perché non ha niente a che vedere con le concezioni istituzionistiche abbracciate da taluni giuristi, specie di altri paesi – come la Germania – e del resto oggi sulla via di perdere credito anche da quelle parti.

Balzano in primo piano, nella teoria di Scognamiglio, da un lato lo *stato di subordinazione socio-economica* (attuale o potenziale) in cui versano i lavoratori e, da un altro lato, la conseguente loro *debolezza contrattuale*. Com'è

possibile – si chiede Scognamiglio – far entrare nel contratto una subordinazione personale dell’uno all’altro contraente? Egli però non cade nel tranello di farsi accusare di una concezione “classista” del diritto del lavoro. Basandone infatti la specialità sulla funzione di tutela dei lavoratori subordinati, non intende “*attribuire ad essi una posizione di privilegio in quanto appartenenti alla classe del proletariato, bensì offrire un solido punto di appoggio alla costruzione del sistema, secondo un criterio unitario in grado di illuminare tutte le sue parti*”. E individua tale criterio nella valorizzazione del “*fattore personalistico*”: nel diritto del lavoro “*si attua la sintesi caratteristica di elementi personali – la tutela delle energie lavorative – e patrimoniali – la utilizzazione economica della prestazione di lavoro*”. Riecheggia qui l’influenza di Francesco Santoro-Passarelli, secondo il quale nel diritto civile è prevalente l’“avere”, mentre nel diritto del lavoro è prevalente l’“essere” della persona. La differenza con Santoro-Passarelli sta nel fatto che Santoro fa entrare questa sintesi nel contratto di scambio, mentre Scognamiglio va oltre: sottraendosi alle suggestioni del conflitto di classe, riconduce l’incisiva considerazione della personalità del lavoratore “*ai supremi principi ispiratori dell’ordinamento giuridico civile*”. Principi, si può aggiungere, ribaditi e valorizzati dalle numerose disposizioni della Costituzione repubblicana dedicate al lavoro: tutte da interpretare alla luce del comma 2 dell’art. 3 della Carta sull’eguaglianza sostanziale, accanto all’eguaglianza formale del comma 1. Fino al punto che le soluzioni più ardite del diritto del lavoro – a proposito di punti di osmosi – possono in prospettiva essere acquisite al diritto comune “*nel quadro della progressiva realizzazione di un ordine giuridico, atto ad assicurare alla persona umana una maggiore dignità e sicurezza*”. Con tale conclusione pare che Scognamiglio intraveda, con circa un decennio d’anticipo, non solo la “rivoluzione ordinamentale” dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 20 maggio 1970), ma pure la “rivoluzione culturale” che, grazie a quella legge, dai rapporti di lavoro si proietta a una fascia molto più ampia, per non dire alla generalità, dei rapporti civili e sociali.

Queste considerazioni teorico-sistematiche di Scognamiglio consentono di guardare oggi alla “specialità” del diritto del lavoro, distinguendone il significato nelle varie fasi storiche. La specialità infatti in una prima fase si accentua e per giunta in una maniera originale, del tutto sconosciuta ad altre discipline “speciali”. Mentre, in una fase successiva, si attenua sensibilmente. In questo secondo caso – che poi coincide col periodo attuale – anche a causa delle singolari deviazioni del legislatore del lavoro dai principi fonda-

mentali. Specialmente negli ultimi decenni infatti il legislatore pare aver dimenticato appunto i pilastri della disciplina.

5. *La specialità si accentua negli anni '60 per il protagonismo sindacale*

Ho appena detto che, nella prima fase, la *specialità* si *accentua*. Tanto da far assumere al diritto del lavoro un'autonomia non solo definitiva, ma addirittura più accentuata e spiccata rispetto alla stessa concezione di Scognamiglio: la quale risale sì al primo decennio '50 del secolo scorso, ma guarda ai chiari segni di evoluzione della materia. Egli infatti, in un saggio dei primi anni '60, destinato agli *Studi in memoria di Lodovico Barassi*¹, in garbata (ma non timida) polemica con lo stesso Barassi, ne critica la teoria contrattualistica del rapporto di lavoro. Avanza infatti riserve su tale teoria e argomenta con chiarezza la sua idea dell'interdipendenza tra specialità del diritto del lavoro e natura non contrattuale del rapporto. A suo avviso "*il diritto del lavoro si evolve ben presto secondo modi e verso obiettivi ben divergenti ed esorbitanti da quelli originari, così da giustificare i più forti dubbi circa la validità della tendenza tradizionale... a ricondurre l'intera materia sotto l'angolo visivo del contratto*".

Egli mette in luce la contraddizione dei contrattualisti: se il legislatore interviene con normative "*di intonazione... pubblicistica*" per attuare la tutela del prestatore che, mettendosi al servizio del datore, "*sopporta una grave quanto ineluttabile compressione della sua personalità*" e lo fa con l'intento preciso di rimediare a tale condizione, è impensabile che ciò non influisca sulla natura dello strumento giuridico mediante il quale s'incontrano le volontà del datore di lavoro e del lavoratore. Pertanto lo strumento non può essere il contratto, cioè la figura giuridica per eccellenza in cui "*si celebra al contrario la piena e feconda affermazione dell'autoregolamentazione dei propri interessi secondo i principi di libertà ed eguaglianza di tutti i cittadini*".

Perciò insiste nel ribadire che per lui "*non è agevole comprendere come la subordinazione possa inquadrarsi nella libertà contrattuale*"². E segnala inoltre che, accanto alla tutela legislativa caratterizzata da "*un intenso spirito sociale*", si

¹ SCOGNAMIGLIO R., *Considerazioni sull'oggetto del diritto del lavoro*, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 801 ss.

² SCOGNAMIGLIO R., voce *Lavoro subordinato*, in *EGT*, 1990, ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 977.

pone, col medesimo obiettivo, “*la progressiva costituzione di un ordinamento proprio ed esclusivo delle forze del lavoro (quello sindacale)*”.

In sostanza Scognamiglio, nell'avvertire il peso e l'importanza del *protagonismo sindacale*, vede in tale protagonismo un altro fattore che determina la “specialità” del diritto del lavoro. In ciò accogliendo la teoria di Francesco Santoro-Passarelli, che ricostruisce in chiave privatistica l'autonomia collettiva, partendo dal 1° comma dell'art. 39 Cost. sulla libertà sindacale e considerando già all'epoca improbabile, per le difficoltà soprattutto politiche, ma anche tecniche, l'attuazione degli altri commi della stessa disposizione costituzionale. Ma la sua prospettiva si allarga quando dice “*che il diritto del lavoro non si esaurisce di certo nella configurazione e nella disciplina del rapporto subordinato. Questo ramo del diritto si caratterizza altresì per la sua pluridimensionalità, che ne determina l'estensione dalla sfera degli interessi individuali giuridicamente rilevanti nell'ambito dei singoli rapporti alla sfera degli interessi collettivi, che costituiscono l'oggetto dell'ordinamento e del diritto sindacale, e alla sfera degli interessi generali che costituiscono l'oggetto della normazione pubblicistica della c. d. legislazione sociale*”.

6. (Segue) *Il protagonismo sindacale e l'ordinamento intersindacale teorizzato da Gino Giugni*

Il protagonismo sindacale raggiungerà poi il suo apice con la ricostruzione di Gino Giugni dell'ordinamento intersindacale³. Giugni, valorizzando la teoria della pluralità degli ordinamenti di Santi Romano, innesta la sua teoria proprio sulla ricostruzione privatistica dell'autonomia collettiva di Santoro-Passarelli, che già vede nel sindacato una delle più importanti “formazioni sociali” di cui all'art. 2 Cost. Innegabilmente, appunto grazie anche alla concezione santoriana dell'autonomia collettiva, i sindacati negli anni '50 possono in piena libertà produrre una sostanziosa e feconda contrattazione collettiva, che consente a Giugni di concepirla, in chiave euristica, come un vero e proprio ordinamento. Un insieme di regole – concordate dalle maggiori Organizzazioni, degli imprenditori e dei lavoratori – fondate sul reciproco riconoscimento delle rispettive rappresentanze e non limitate a fissare soltanto gli istituti dei rapporti individuali bensì a stabilire procedure contrattuali. Sono in sostanza regole tali da costituire un *ordinamento autonomo*

³ GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

rispetto all'*ordinamento statale* e da configurare così un compiuto "sistema di relazioni industriali".

In questo periodo la forte critica di Scognamiglio della natura contrattuale del rapporto di lavoro non trova grande attenzione da parte della dottrina. Ma non perché poco argomentata o poco convincente, bensì perché all'epoca l'interesse per la questione appare tutto sommato marginale e, manco a dirlo, proprio in quanto si accentua la specialità del diritto del lavoro: nel senso che nella disciplina acquista centralità appunto il protagonismo sindacale. Cosa meno strana di quel che si pensa se storicizzata: la specialità infatti si accentua per opera della contrattazione, grazie appunto a quel reciproco riconoscimento delle rappresentanze datoriali e sindacali, di cui s'è detto poc'anzi, e alla forza sprigionata dalle organizzazioni più rappresentative dei lavoratori. La solida struttura dell'*ordinamento sindacale autonomo* consente al legislatore di imboccare la strada del c. d. *laissez faire* collettivo. Finché l'*ordinamento sindacale* ce la fa da solo, l'*ordinamento statale* sta a guardare e lascia fare. Sicché nel diritto del lavoro si assiste a una sorta di supplenza a opera delle regole sindacali, le quali finiscono col prevalere (in senso politico non tecnico), per quantità e qualità, sulle regole legali. Fermo restando ovviamente il pronunciamento giurisprudenziale nelle controversie giuridiche. Le grandi organizzazioni dei lavoratori rivendicano nuovi diritti anzitutto nei rinnovi contrattual-collettivi, specie delle c. d. "categorie trainanti" (come i metalmeccanici), e ne sostengono l'accoglimento con azioni di autotutela sindacale (in pratica con l'esercizio del diritto di sciopero ex art. 40 Cost.). Spesso le "conquiste contrattuali" (come si dice nel lessico sindacale) anticipano successivi provvedimenti legislativi. Non a caso, mentre negli anni '50 il legislatore interviene su aspetti tutto sommato secondari del mondo del lavoro, a partire dai primi anni '60, sulla spinta delle rappresentanze sociali inizia un nuovo filone di politica del diritto. Il legislatore però interviene solo quando la forza sindacale, più politica che giuridica a causa della limitata efficacia dei contratti collettivi, non riesce a svolgere in pieno la sua funzione costituzionale. In pratica: manca l'*erga omnes* dei contratti collettivi (cui il legislatore tenta provvisoriamente di porre riparo con la legge Vigorelli: l. 14 luglio 1959 n. 741). Nel 1960 si stabilisce il divieto d'appalto di manodopera e nel 1962 l'eccezionalità del contratto a termine. Prodromi sia dell'abolizione della libertà di licenziamento (legge 604 del 1966), sia del massiccio intervento a tutto campo dello Statuto dei lavoratori (legge 300 del 1970).

L'autonomia collettiva e l'autotutela sindacale, dunque – quest'ultima

in particolare con la sua forza di pressione verso la controparte datoriale, oltre che verso il legislatore e il governo – sono dunque, secondo il Maestro, “*due fenomeni giuridici di natura del tutto originale e non riconducibili, per quanti sforzi si vogliano fare, agli schemi civilistici*”. Ma sono fenomeni essenziali alla ricostruzione della specialità del diritto del lavoro. Peraltro non è casuale – se mi si consente una notazione di carattere politico – che il legislatore si attivi dopo che le Confederazioni dei lavoratori, cessati i conflitti endosindacali dopo le scissioni (specialmente politiche) dei primi anni '50, raggiungono, intorno alla fine dello stesso decennio, la c.d. “unità d'azione”: sul piano sia della contrattazione sia del conflitto. Come non è casuale che la presenza sindacale si rafforzi progressivamente anche grazie alla partecipazione al Governo del Paese, dai primi anni '60, del Partito Socialista, cioè di una forza di estrazione operaia, distaccatasi del tutto dal Partito Comunista, ma apertamente *pro labour*.

7. *Le svolte sindacali e politiche degli anni '60: lo Statuto dei lavoratori massima espressione della specialità*

Allo Statuto dei Lavoratori – che segna il punto più alto della specialità del diritto del lavoro – si arriva anche grazie a questa storica svolta politica. E a ben riflettere lo Statuto, oltre ad accentuare la specialità del diritto del lavoro con quella che ho prima ricordato come rivoluzione ordinamentale, consente pure di leggere tra le righe la fondatezza della concezione contrattuale del rapporto di lavoro avanzata da Scognamiglio una decina d'anni prima. Come tutte le rivoluzioni culturali, infatti, la legge 300 è pure una “rivelazione” di nuovi bisogni dei lavoratori, in precedenza compresi per ragioni politiche ed economiche. Ora la legge guarda al lavoratore non solo e non tanto come “contraente debole”, ma soprattutto come “persona” in carne e ossa, tutelandone libertà e dignità ed estromettendo dall'area dell'obbligazione lavorativa i profili della persona che tecnicamente non vi rientrano e che tuttavia di fatto sono sempre stati nella disponibilità discrezionale dell'imprenditore.

Lo Statuto adotta a tal fine un'originale tecnica regolativa: innerva nel tessuto giuridico del rapporto di lavoro la filosofia costituzionale in materia di lavoro. Il legislatore, consapevole che una buona legge di tutela effettiva deve combinare fini e mezzi, lega “libertà e dignità dei lavoratori” alla “libertà

e attività sindacale” nei luoghi di lavoro. I fini sono sempre le garanzie individuali dei lavoratori, ma queste sono indispensabili anche a far funzionare i mezzi, cioè ad alimentare la forza sindacale che controlla l’impresa quanto al rispetto delle garanzie individuali. In sostanza un’esemplare circolarità virtuosa: l’effettività delle garanzie individuali è assicurata dalle garanzie collettive, la cui forza però dipende dall’adesione dei singoli lavoratori, una volta scomparso il timore delle rappresaglie datoriali. Come dire: il legislatore, in linea con lo spirito costituzionale in materia, stimola e promuove altresì la sindacalizzazione dei singoli per sostenere l’azione collettiva a tutela del lavoro.

8. *La specialità si attenua per le crisi economiche e i mutamenti politici degli ultimi decenni. Destrutturazione del diritto del lavoro e conseguente rivalutazione della “contrattualità” nei cc.dd. contratti di lavoro “atipici”*

La parabola discendente della specialità coincide col sopraggiungere delle crisi economiche. Molte delle quali vengono attribuite all’eccesso del costo del lavoro, a sua volta causato dall’eccesso delle garanzie riconosciute ai lavoratori. Il legislatore, condividendo abbastanza questo assunto, ridimensiona le medesime garanzie adducendo l’importanza sociale dell’interesse dell’impresa. Che però, a conti fatti, finisce col prevalere sulla tutela del lavoro. In sostanza, moltiplicando le “figure contrattuali” di uso della forza-lavoro, il legislatore finisce col ridare forza e potere dispositivo al datore di lavoro, il quale ovviamente sceglie la figura contrattuale a lui più conveniente, magari facendo passare il “proprio interesse” per “oggettiva esigenza della produzione”. Di solito il datore sceglie figure di rapporto di lavoro “a termine”, la cui conseguenza immediata è la “precarietà” del lavoro. Giuridicamente, attenuandosi la tutela, in pratica si attenua la specialità grazie alla rivalutazione del contratto: nella logica civilistica e secondo la scelta discrezionale dell’imprenditore. O, per meglio dire, si attenua la specialità nell’accezione originaria teorizzata da Scognamiglio (legata cioè alla marcata tutela dei lavoratori). In realtà la specialità permane, ma cambia di segno privilegiandosi l’esigenza imprenditoriale. Coll’evidente paradosso però di esaltare la natura acontrattuale del rapporto di lavoro, alla stregua della teoria di Scognamiglio: perché ovviamente il lavoratore, viepiù costretto ad accettare la figura contrattuale scelta dal datore, non è in grado di esprimere alcuna seria volontà. Sicché il contratto, fatto rientrare dalla finestra, esce dalla porta!

Oggi beninteso nessuno s'illude di vedere nella "specialità" del diritto del lavoro l'attributo per farne una sorta di "duro aggregato normativo", impermeabile alle intemperie dell'economia e dei mercati mondiali. Che influenzano in larga misura l'economia nazionale e si ripercuotono inevitabilmente sull'equilibrio redistributivo della ricchezza tra impresa e lavoro. Si può anzi dire che uno dei punti critici della specialità sia attualmente proprio l'eccessiva esposizione del diritto del lavoro al mutamento dei contesti storici, che costringono a rivedere continuamente gli schemi ricostruttivi della disciplina: ora a favore dell'impresa, ora a favore del lavoro. Si rafforza così, ripeto, l'intuizione di Scognamiglio di legare la "specialità" alla "acontrattualità". Insomma, se la specialità consente al legislatore di rivedere gli schemi ricostruttivi – in tal caso a favore dell'impresa – la restituzione al datore del potere di decidere il "tipo" di rapporto più adatto alle proprie esigenze produttive evidentemente smentisce in pieno l'idea contrattuale

Dunque il vero problema è decidere *fino a che punto e in che misura* i mutamenti storico-economici possano influire sulle strutture portanti e sulla compattezza sistematica del diritto del lavoro per non svuotarne del tutto il senso e la funzione. Ciò che invece sembra puntualmente avvenire man mano che si susseguono le crisi economiche cicliche. Non si tratta invero di salvaguardare formalmente la sopravvivenza del nostro "ramo speciale" dell'ordinamento, bensì di considerare quali conseguenze sostanziali possano derivare sul piano sociale – e quindi anche politico – se si svuota l'essenziale funzione di tutela di quanti si trovano a dipendere da altri, nelle forme più diverse – ossia al di là del c. d. *nomen iuris* del rapporto – per procacciarsi i mezzi di sussistenza attraverso il lavoro.

Stando infatti all'andamento della legislazione, della contrattazione e della giurisprudenza degli ultimi decenni, si nota che l'elaborazione di Scognamiglio – nell'anticipare, con spunti e intuizioni originali, importanti tappe evolutive del sistema giuslavoristico – fa risaltare le numerose aporie e contraddizioni del legislatore. Questi, soprattutto a cavallo tra vecchio e nuovo millennio, pare navigare a vista, cioè senza una bussola che indichi un percorso di politica del diritto in grado di mantenere un equilibrio socialmente sopportabile tra l'esigenza produttiva e la tutela del lavoro. Il legislatore è allora costretto a correggere con inusitata frequenza la rotta di politica del diritto. Per esempio, nei vari casi in cui, dopo aver adottato un provvedimento, deve correggerlo emanandone un altro a breve distanza di tempo e poi un

altro ancora. In pratica a smentirsi continuamente. Con la conseguenza di aumentare il contenzioso, intasare i tribunali e mettere in serio imbarazzo interpretativo gli stessi giudici del lavoro, investendoli di poteri e responsabilità che non spettano a essi. Così non si rende un buon servizio alla sempre agognata “certezza del diritto”.

9. *Conclusioni sull’attualità delle tesi di Renato Scognamiglio per recuperare la funzione storica del diritto del lavoro*

Non è facile per me ora concludere questo *excursus* della biografia scientifica di Renato Scognamiglio nella letteratura giuslavoristica. Un *excursus* certamente molto sintetico rispetto all’enorme e incessante produzione del Maestro nella nostra materia. Tanto per fare un esempio egli, nel 2006, ha curato, per la nostra *Associazione Italiana di Diritto del lavoro e della Sicurezza Sociale* e su commissione della Corte Costituzionale, un’opera collettanea su “Diritto del lavoro e Corte Costituzionale” per celebrare i 50 anni della stessa Corte. In quest’opera ha raccolto contributi di giuslavoristi di varie scuole e di noi suoi allievi: con l’intento sia di vagliare la coerenza con la Costituzione delle normative che si sono succedute nel tempo sia di riflettere sull’importante contributo della Consulta.

Posso solo dire che, se il legislatore avesse tempo e voglia di leggere alcune delle opere fondamentali di Renato Scognamiglio, troverebbe una bussola per interventi razionali e sistematici. Quali, per esempio: una legge sulla rappresentanza e rappresentatività sindacale, onde semplificare e risolvere molti dei problemi che attualmente si presentano nella realtà economica e sociale del Paese e assillano la nostra società. Dalla revisione delle strutture di gestione del mercato del lavoro agli ammortizzatori sociali; dal salario minimo garantito alla flessibilità e precarietà del lavoro.

Tutti problemi che al momento appaiono aggravati: prima, dalla pandemia e, adesso, dalla guerra tra la Russia e l’Ucraina (che non si sa fino a quando durerà). Dopo tali avvenimenti – senza precedenti e di straordinaria portata – molte cose inevitabilmente cambieranno, a cominciare probabilmente da una nuova fase storica di due fattori che hanno sconvolto il diritto del lavoro degli ultimi decenni: la globalizzazione (che ora pare regredire) e la rivoluzione tecnologica. Due fattori che influiranno parecchio ovviamente

anche sul futuro del diritto del lavoro. Il cui destino ovviamente non può che essere affidato al legislatore italiano ed europeo. Ma attenzione: i tratti della specialità del diritto del lavoro, nella misura in cui ne qualificano storicamente la funzione giuridica – e socio-politica – sono legati più di quanto non si pensi agli equilibri della democrazia costituzionale. Da questi equilibri infatti dipende la pace sociale: alla stregua appunto dei valori costituzionali fondamentali, riguardanti non soltanto il lavoro, ma gli stessi diritti civili e politici. Per la salvaguardia di tali valori occorre in prospettiva salvaguardare la tecnica giuridica dell'inderogabilità delle normative (legislative e contrattual-collettive) che regolano i rapporti di lavoro. L'unica tecnica in grado di tutelare le persone che dal lavoro traggono il sostentamento della loro esistenza.

Abstract

Si rileggono alcuni scritti di Renato Scognamiglio mettendone in luce aspetti significativi nei vari periodi storici: sia quanto alla “specialità” del Diritto del lavoro, sia quanto alla “acontrattualità” del rapporto di lavoro. Nell'attuale periodo storico, dopo il tentativo neo-liberista di destrutturazione del Diritto del lavoro, per valorizzarne la funzione storico-politica, è utile recuperare il nucleo centrale del pensiero teorico di Scognamiglio.

Through the reading of Renato Scognamiglio's writings, it is possible to highlight relevant aspects in the different historical periods: both about the “speciality” of labour law and the “non-contractuality” of employment relationships. In the current historical period, it is useful to recover the core of Scognamiglio's theoretical thought to enhance its historical-political function, especially after the neo-liberalist attempt to deconstruct labour law.

Keywords

Rapporto di lavoro, specialità, acontrattualità, destrutturazione neo-liberista, pensiero teorico di Scognamiglio.

Employment relationship, speciality, non-contractuality, neo-liberalist, Scognamiglio's theoretical approach.

Gandolfo Maurizio Ballistreri

Un sistema di tutele per tutti i lavori

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** I nuovi lavori e il tema dei diritti. **3.** L'intervento del legislatore: l'art. 2, comma 1, del d.lgs n. 81/2015. **4.** La Contrattazione collettiva. **4.** Tutele per il nuovo lavoro autonomo dipendente e la legge n. 81/2017. **6.** La sentenza della Cassazione del 24 gennaio 2020 n. 1663 sui *rider*. **7.** L'ipotesi di un sistema basico di tutele eguali per il lavoro subordinato e per quello in autonomia alle dipendenze. **8.** L'intervento dell'Unione europea.

I. *Introduzione*

Nel 2004 Gerard Lyon Caen scriveva “...bisogna allora allargare l'orizzonte di uno studio che è rimasto fino ad ora limitato al lavoro subordinato, fino a fargli ricomprendere qualunque attività, subordinata o non subordinata. Io mi sono avventurato su questa strada, senza evidentemente esaurire l'argomento. Ecco dunque un terreno da dissodare per gli studiosi di domani”¹: a distanza di oltre tre lustri tale analisi ha una straordinaria attualità.

Infatti, il laboratorio del lavoro nella sua accezione più ampia è aperto da tempo, anche in conseguenza della complessità socio-economica dei nostri giorni e della sistematica evoluzione dei nuovi modi di produrre e di prestare il lavoro in più sofisticate modalità organizzative, prodotte dall'avvento della nuova ondata tecnologica dell'economia 4.0.

In questo quadro appaiono non adeguati i tradizionali schemi giuridici definitivi del lavoro subordinato e di quello autonomo e, con essi, gli strumenti di tutela legislativa, poiché le nuove tecnologie stanno generando di continuo forme nuove di organizzazione del lavoro, che hanno caratteri pro-

¹ LYON-CAEN G., *Permanenza e rinnovamento nel diritto del lavoro in una economia globalizzata*, in *LD*, 2004, p. 257 ss.

pri sia del lavoro dipendente che di quello autonomo, si pensi in primo luogo ai “*platform workers*”.

Si è manifestata, di conseguenza, l’esigenza di una nuova sistematica dei criteri di imputazione e distribuzione delle discipline lavoristiche, in grado di rispondere alle diverse domande di tutela del mondo del lavoro, non solo quello in regime di subordinazione, soprattutto in una fase di generali cambiamenti, economici, sociali e produttivi, in essere e in divenire².

È già in corso, una riflessione di ampio respiro sulla nozione di lavoro subordinato rispetto alla tradizionale distinzione con il lavoro autonomo, anche alla luce di interventi legislativi, come l’art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 e la successiva novella operata dalla l. 2 novembre 2019 n. 128, che ha convertito il d.l. 3 settembre 2019 n. 101, nonché della giurisprudenza, con l’estensione delle tutele del lavoro dipendente a quelli svolti non sotto eterodirezione ma coordinati dal committente.

Il legislatore è sembrato così, volere recepire la domanda di una nuova stagione universalistica di diritti per tutte le forme del lavoro reso nei confronti di terzi, anche se non subordinato. Una tendenza espansiva sorretta dal principio di cui all’art. 35 Cost., per rispondere all’esigenza dell’estensione delle tutele sociali alle nuove categorie di lavoro collocate nella zona grigia tra subordinazione e autonomia, al lavoro autonomo “economicamente dipendente”, etero-organizzato, coordinato e continuativo, in definitiva a tutte forme di lavoro fuori dal perimetro storico della subordinazione e dalle garanzie approntate dal diritto del lavoro³.

Come è noto, l’intervento riformatore si è dispiegato in tre fasi tra loro connesse: l’art. 2, co. 2, d.lgs. 81/2015, che affrontato in modo radicale il tema della parasubordinazione, poi la l. 22 maggio 2017 n. 81, che ha definito il c.d. “Statuto del lavoro autonomo”, oltre a disciplinare lo smart working, e una terza volta con il d.l. 101/2019, convertito con la l. 128/2019, che, nel regolare e tutelare il lavoro prestato tramite piattaforme digitali (e non solo), ha tentato di dare organicità⁴.

Un punto di svolta è rappresentato dalla l. 81/2017, conseguente al lungo

² TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD*, 2017, spec. p. 394 ss.

³ Si rinvia al quadro indicato in questa prospettiva da PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Giappichelli, 2021.

⁴ FERRARO G., *Nuove subordinazioni vecchie categorie*, in *RIDL*, 2020, I, p. 349.

e controverso dibattito parlamentare proprio sul c.d. “Statuto del lavoro autonomo”.

Si tratta, indubbiamente, di un importante passaggio verso il riconoscimento di un sistema di tutele per tutte le varie forme di lavoro non dipendente⁵.

2. I nuovi lavori e il tema dei diritti

È stato opportunamente elaborato che “il problema del lavoro autonomo ci pone in collegamento non solo con la mobilità spaziale e la flessibilità temporale del lavoro, ma, soprattutto, con la integrazione piena fra vita e produttività, ossia con un lavoro ‘singolarizzato’ in cui il contenuto immateriale diventa dominante”⁶. In questa prospettiva si realizza nel diritto del lavoro italiano l’elaborazione di Massimo D’Antona, con “un pluralismo metodologico eclettico e in larga misura non consapevole”⁷, orientato alla comprensione dei nuovi paradigmi del diritto del lavoro, tramite un processo funzionale all’acquisizione di nuove conoscenze anche attraverso il diritto riflessivo⁸, nonché di recezione degli stimoli derivanti dalla comunicazione sociale⁹.

Si tratta di percorsi di ricerca orientati anche a ravvisare la nozione della subordinazione non già nell’etero-direzione, ma, invece, nella situazione di “doppia alterità” in cui svolge la prestazione il lavoratore subordinato¹⁰, che

⁵ DAGNINO, MENEGOTTO, PELUSI, TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro dopo la legge n. 81/2017*, ADAPT University Press, 2017.

⁶ FONTANA, *Il lavoro precario e il suo diritto*, Editoriale Scientifica, 2019, p. 42.

⁷ D’ANTONA, *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in RCDP, 1990, p. 207 ss.; ID, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Giuffrè, 2000, p. 53 ss.

⁸ Si tratta del superamento definito da Teubner del “trilemma regolativo”, ovvero l’incongruenza tra diritto e società, e la loro separazione e mancanza di comunicazione, immergendo il diritto nella costellazione dei sistemi e sottosistemi sociali, ma senza per questo privarlo della sua autonomia. Il diritto, infatti, come tutti gli altri sistemi, resta autonomo, ma regola la società attraverso l’osservazione reciproca, l’accoppiamento tramite interferenza e la comunicazione via organizzazione. Cfr. TEUBNER, *Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologia giuridica “costruttivista”*, in RCDP, 1990, p. 287 ss.

⁹ SCIARRA, *Post positivista e pre globale. Ancora sull’anomalia del diritto del lavoro italiano*, in DLRI, 2009, p. 160.

¹⁰ Già in questo senso ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè,

la Corte costituzionale ha individuato in seguito nell'alterità “*del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata*” e nell'alterità “*dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce*”¹¹ e, quindi, la condizione di doppia alienità in cui presta la propria attività il lavoratore subordinato, rappresentando la formalizzazione in termini giuridici del rapporto economico-sociale sottostante¹².

La conseguenza è lo sviluppo del dibattito su quella che è stata definita come “*crisi della subordinazione*”¹³, con la moltiplicazione delle proposte di ridefinizione del sistema, le quali, nel corso degli anni '90, “*una volta tipizzate e disciplinate dalla legge le forme atipiche più importanti nell'area della subordinazione*”¹⁴, hanno dato luogo alla predisposizione di importanti proposte di riforma, incentrate significativamente sul riposizionamento della linea di confine tra autonomia e subordinazione o “subordinazioni”¹⁵, sui modelli contrattuali e sulle relative tutele, per i lavoratori collocati su tale *limes*¹⁶.

1967, p. 197; MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1971, p. 42; MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, FrancoAngeli, 1979, p. 90, secondo cui “è proprio questa separazione dal prodotto del lavoro e dalla organizzazione in cui questo è inserito che segna la discriminante con il lavoro autonomo”.

¹¹ Il riferimento è a C. Cost. 12 febbraio 1996 n. 30.

¹² BARBIERI, *Della subordinazione dei cicofattorini*, in *Labour & Law Issues*, 2019, 5, 14, che valorizza il requisito della “doppia alienità” enucleato nella sentenza della C. Cost. 30/1996.

¹³ Tra i moltissimi contributi in dottrina, si segnala DE LUCA TAMAJO, FLAMMIA, PERSIANI, *La crisi della subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in QDRI, 1998; MONTUSCHI, *Sulla discussa “centralità” della fattispecie “contratto di lavoro”*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, II, Giuffrè, p. 1025 e ss.

¹⁴ DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli. Dal Protocollo Giugni al decreto Biagi*, in ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, Giuffrè, 2008, p. 357.

¹⁵ CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla “subordinazione” alle “subordinazioni”?*, in ADL, p. 968.

¹⁶ Tra tutta la pregevole letteratura scientifica si segnalano, chiedendo venia per le omissioni, GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, 1996; PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia*, cit., p. 9 ss.; PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in LD, 1997, p. 173 ss.; In ambito europeo, SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in DRI, 2000, p. 217 ss.

3. *L'intervento del legislatore: l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015*

In questa prospettiva nel nostro ordinamento lavoristico ha fatto “irruzione” l'art. 2, co. 1, del d.lgs. 81/2015, che ha previsto un'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione, i quali si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro¹⁷.

Se l'interpretazione dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 si assume essere quella di norma di disciplina, la conseguenza sarebbe l'estensione, per le intrinseche caratteristiche di debolezza organizzativa¹⁸ ovvero economica¹⁹, della disciplina della subordinazione²⁰ in conseguenza di un'asserita “contiguità”, senza, però, modificarne lo status legale di lavoro autonomo pur a prestazione organizzata, ma né coordinata e nemmeno eterodiretta dalla committenza²¹.

Questa interpretazione del profilo normativo entra in un chiaro rap-

¹⁷ DEL CONTE, *Premesse e prospettive del Jobs Act*, in *DRI*, 2015: “l'estensione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni etero-organizzate è la risposta del legislatore italiano del 2015 al problema della debolezza contrattuale dei collaboratori privi di una reale autonomia organizzativa della propria attività”, p. 955.

¹⁸ PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, 2016, I, p. 75; OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, *D&L*, 2016, p. 203 ss., spec. pp. 211 e 240; CIUCCIOVINO, *Le «collaborazioni organizzate dal committente» nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *RIDL*, 2016, I, p. 321 ss.; BELLOMO, *La “forma comune” tra il Jobs Act e i principi costituzionali*, in CARINCI F. (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*. Atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015, Modena, 2016, p. 222; VIESPOLI, *Il lavoro parasubordinato nel Jobs Act*, in SANTONI, RICCI M., SANTUCCI (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, *ESI*, 2016, p. 433; PESSI R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in “*Working Papers C.S.D.L.E. - Massimo D'Antona*”.*IT*, 2015, 282, p. 11.

¹⁹ PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in PERULLI, SALOMONE, FIORILLO, (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*. Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, Giappichelli, 2015, p. 290.

²⁰ ZILIO GRANDI, SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *ADL*, 2016, p. 765; VIDIRI, *Art. 2 del D.lgs. n. 81/2015 e lavoro autonomo: verso un diritto del lavoro a formazione giurisprudenziale?*, in *ADL*, 2015, p. 1124.

²¹ PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in “*Working papers C.S.D.L.E. - Massimo D'Antona*”.*IT*, 2015, p. 272; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT*, 2016, p. 294, spec. pp. 11-12; FIORILLO, *Le collaborazioni organizzate: problemi applicativi*, in *GC*, 2016, p. 3; ZOPPOLI A., *La collaborazione organizzata: fattispecie e disciplina*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2016, n. 296; BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della Share-Economy*, in *RIDL*, 2016, III, p. 87.

porto dialettico con quella che ritiene l'art. 2 del d.lgs. 81/2015 norma di fattispecie, con l'allargamento del perimetro della subordinazione ex 2094 cod. civ.²², integrando la nozione di "subordinazione attenuata", sotto il profilo della qualificazione²³, già ampiamente recepita a livello giurisprudenziale, con l'apprezzamento del dato dell'inserimento del prestatore nell'organizzazione rispetto al concreto esercizio del potere direttivo datoriale, sia nelle controverse formatesi per attività a bassa professionalità e seriali ovvero in quelle ad altro contenuto professionale²⁴.

E a sostegno di questa tesi è stato evidenziato come il requisito della etero-organizzazione nella fase funzionale di esecuzione del rapporto, appaia determinante per la sua riconduzione alla fattispecie astratta di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. 81/2015²⁵, segnata da alcuni elementi tipici: "una prestazione di lavoro, continuativa, prevalentemente personale, organizzata dal committente"²⁶.

Una terza posizione ermeneutica, invece, è quella di norma apparente²⁷ o altrimenti definibile di mero indirizzo interpretativo²⁸, definendo così la norma di legge in questione, strumento di positivizzazione di una linea giurisprudenziale già in essere²⁹.

Si è cercato di porre nei confronti dell'articolo 2 del d.lgs. 81/2015 tutto

²² TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, p. 157 ss.

²³ NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforma e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.It*, 2015, 280, p. 9; DONINI, *Il lavoro su piattaforma digitale "prende forma" tra autonomia e subordinazione. Nuove regole per nuovi lavori?*, in *DRI*, 2016, p. 173.

²⁴ In nomofilachia della S.C.: Cass. 8 aprile 2015 n. 7024; Cass. 28 marzo 2003 n. 4770; Cass. 7 ottobre 2013 n. 22785; Cass. 2 aprile 2009 n. 8068; Cass. 6 settembre 2007 n. 18692, Cass. 4 marzo 2015 n. 4346; Cass. 13 dicembre 2010, n. 25150; Cass. 22 novembre 2010, n. 23032, ivi, 2010, 49, 31; Cass. 22 dicembre 2009 n. 26986, in *MGC*, 2009, p. 1737. In dottrina, DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 467 ss.

²⁵ FOGLIA, *L'etero-organizzazione tra approccio rimediabile e qualificatorio. La Corte di Cassazione resta al bivio*, in *MGL*, 2020: "A riguardo è a dirsi, innanzitutto, come fare riferimento ad una scissione fra momento genetico e momento funzionale di un contratto di lavoro, contratto che si qualifica in relazione alla sua esecuzione ovvero con riguardo alla prestazione che risulta adempita, di modo che è la natura di questa ad identificare ab origine il contratto stipulato, sia operazione concettualmente opinabile", p. 312.

²⁶ PERULLI, *la Cassazione sul caso Foodora*, in *MGL*, Numero straordinario 2020, p. 166.

²⁷ TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, p. 1127. L'A. confuta l'integrabilità nel diritto vivente dell'etero-direzione quale eteroorganizzazione e viceversa.

²⁸ MAZZOTTA, *Lo strano caso delle «collaborazioni organizzate dal committente»*, in *Labor*, 2016, p. 11.

²⁹ Così le pronunzie della S.C.: Cass. 19 febbraio 2016 n. 3303 e Cass. 8 febbraio 2010 n. 2728.

l'impegno ermeneutico oltre che applicativo necessario, ma non vi è dubbio che esso rimane una norma non chiara e molto controvertibile³⁰, considerata la non facile individuazione del concetto di eterodirezione a cui normalmente si ricorre per definire la distinzione in generale tra lavoro subordinato e lavoro eterorganizzato, anche in ragione della nozione aggiornata di subordinazione a cui si riferisce la stessa giurisprudenza³¹, a meno che il legislatore nella predisposizione della norma non abbia voluto teleologicamente orientarla a funzioni anti-fraudolente nei confronti di quei rapporti di lavoro svolti in forma esclusivamente personale, autonomi ma simili a quelli subordinati, finalizzati da parte del committente a funzioni elusive della disciplina protettiva³².

Per non essere costretti a bloccarsi in questa operazione di distinzione tra eterodirezione ed eterorganizzazione si può tentare di focalizzare le differenze analizzando il potere direttivo³³, con il richiamo alle tesi secondo le quali quest'ultimo andrebbe al di là del potere di eterorganizzazione, avendo carattere di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione di lavoro e non di semplice specificazione (il potere di scelta) dell'attività prevista dal contratto³⁴.

E, invero, neppure la novella operata dal d.l. 101/2019 convertito dalla l. 128/2019, ha reso più chiaro il quadro interpretativo, anzi se del caso è stato reso ancora più problematico, a causa della previsione di una disciplina specifica per tutelare il lavoro autonomo tramite piattaforme digitali e che, a tal fine, si considerano “*i programmi e le procedure informatiche delle imprese che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, organizzano le attività di consegna di beni, fissandone il prezzo e determinando le modalità di esecuzione della prestazione*”³⁵.

³⁰ DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente* (nota a App. Torino 4 febbraio 2019 n. 26), in *RIDL*, 2019, II, p. 358 ss.

³¹ NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in *ADL*, 2016, I, p. 47 e ss.

³² SANTORO PASSARELLI G., *Ancora su etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione N. 1663/2020*, in *MGL*, Numero straordinario, 2020, p. 206.

³³ PISANI C., *Le leggi “mal fatte” sulle collaborazioni e la Cassazione: aumenta l'incertezza sull'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato*, in *MGL*, Numero straordinario, 2020, p. 193.

³⁴ COSÌ, PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, pp. 1258-1259.

³⁵ MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, p. 109.

Per le piattaforme digitali, quindi, qualora la prestazione non sia resa attraverso etero-organizzazione, a cui si estendono le tutele della subordinazione, si è utilizzato il metodo delle “*minimal protections*”: le tutele minime per garantire dignità ai prestatori di lavoro³⁶, certamente apprezzabile poiché in linea con le esperienze di altri paesi segnate dalla riformulazione in senso estensivo delle tutele lavoristiche³⁷, ma che integra un difficile coordinamento non solo con l’art. 2 ma anche con lo stesso quadro euro-unitario³⁸.

Conseguentemente se il lavoro autonomo è svolto con piattaforme digitali, l’elemento discrezionale essenziale è la “determinazione” delle modalità di esecuzione della prestazione da parte del committente, con l’eventuale ingerenza nella determinazione delle modalità per porre in essere l’esecuzione della prestazione da rendersi stabilmente nello svolgimento del rapporto³⁹, allorquando il coordinamento non sia previsto nell’accordo tra collaboratore e committente ma sia conseguenza di un’imposizione di quest’ultimo⁴⁰, con la tutela minimale indicata dal Capo V-bis del d.lgs. 81/2015, introdotto dal d.l. 101/2019 e convertito dalla l. 128/2019, in materia di tutele del lavoro tramite piattaforme digitali⁴¹.

³⁶ BETTINI, VIGLIOTTI, *La Cassazione sul lavoro dei riders: una ‘terra di mezzo’ in cerca di maggiori tutele*, in *MGL*, Numero straordinario, 2020, p. 54.

³⁷ Si suggerisce DE STEFANO, *European legal framework for “digital labour platforms”*, Office of the European Union, Lussemburgo, 2018; GARBEN, *Protecting workers in the Online Platform Economy: An overview of regulatory and policy developments in the EU*, Office of the European Union, Lussemburgo, 2017.

³⁸ MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L’uniformità non si addice al post-fordismo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT, 2019, n. 404, p. 7.

³⁹ QUADRI, *Le collaborazioni organizzate dal committente come incerta linea di confine tra lavoro tutelato e lavoro non tutelato*, in *MGL*, 2020, p. 383.

⁴⁰ ZILIO GRANDI, PICUNIO, *Riders e lavoro etero-organizzato: il primo intervento della Cassazione*, in *MGL*, 2020, p. 471.

⁴¹ SANTUCCI, *Notazioni metodologiche sulla qualificazione giuridica del lavoro con le “piattaforme digitali”*, in *MGL*, Numero straordinario, 2020, che opportunamente circa la “determinazione” da parte del committente, si interroga su “*Che cosa si debba intendere per “determinazione” delle modalità di esecuzione della prestazione è aspetto rimesso all’interpretazione. Si potrebbe ragionare per deduzione. Data la presenza di altre fattispecie in cui si registra ingerenza nell’esecuzione della prestazione, è evidente che la “determinazione” non può consistere in etero-direzione, né in etero-organizzazione. Deve essere qualcosa di meno intenso, compatibile con il carattere autonomo ma che in qualche modo condiziona la prestazione stessa, incidendo sulla libertà del lavoratore e ponendo in luce uno squilibrio contrattuale sì da pretendere una tutela fondata su più assi: economica, antidiscriminatoria, di garanzia di alcuni diritti, ad appannaggio di lavoratori legati ad una committenza forte sia diretta sia indiretta (i clienti della piattaforma). Può trattarsi di qualcosa che attenga al risultato produttivo o del servizio (qualità).*”

Si tratta indubbiamente di un'estensione dell'area di applicazione dell'art. 2, co. 1, del d.lgs. 81/2015, con un riferimento anche ai "lavoratori sicuramente autonomi deboli" a cui applicare la disciplina del lavoro subordinato⁴².

Certo, il legislatore, abolendo il lavoro a progetto con l'art. 52 del d.lgs. 81/2015, ha scelto di inserire nell'area di cui all'art. 2 co. 1 dello stesso provvedimento normativo, i rapporti di collaborazione organizzati dal committente applicando ad essi la regolamentazione del lavoro subordinato, pur non abrogando le collaborazioni continuative e coordinate, a carattere prevalentemente personale, ai sensi dell'art. 409 n. 3, cod. proc. civ.⁴³.

E il quadro interpretativo non è migliorato alla luce, della modifica dell'art. 2 del d.lgs. 81/2015 da parte della l. 128/2019.

Come è noto, dalla precedente versione sono stati enucleati gli elementi più significativi tendenti a collegare la fattispecie in questione alla subordinazione e, quindi, all'etero-controllo su tempi e luogo di lavoro, senza ulteriori specificazioni. Inoltre le prestazioni di lavoro entrano nel cono d'ombra della nuova previsione solo se "*prevalentemente personali e continuative*".

In pratica se le collaborazioni di tipo continuativo, se coordinate da un'organizzazione esterna "*e tendenzialmente impersonale*", vengono attratte sul piano regolamentare nell'area della subordinazione sotto il profilo delle tutele⁴⁴.

L'intervento legislativo ha ritenuto di operare una chiara scelta di politica del diritto, ma le conseguenze applicative non lo sono altrettanto⁴⁵.

È stato opportunamente sottolineato che la formulazione della norma in questione avrebbe potuto ampliare i confini classici della subordinazione,

Anche sulla linea di demarcazione tra etero-organizzazione e/o etero-direzione e determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione si potranno avere fattispecie atipiche ma comunque in minima misura tutelate dal nostro ordinamento al fine di temperare lo squilibrio contrattuale dell'economia digitale", p. 224.

⁴² SANTORO-PASSARELLI G., *Ancora su etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione N. 1663/2020*, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 207.

⁴³ Si veda SANTORO-PASSARELLI G., *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in "W.P. Massimo D'Antona"TM.IT, 411/2020, n. 411, p. 3.

⁴⁴ TURSI, *La disciplina del lavoro etero-organizzato: tra riqualificazione normativa del lavoro subordinato, tecnica rimediata, e nuovo paradigma di protezione sociale*, in LDE, 2020, n. 1.

⁴⁵ BARBIERI, *op. cit.*, p. 47.

ricomprendendo in essa le collaborazioni organizzate dal committente. Al contrario, ha operato una scelta opposta, riconducendole nell'alveo dell'autonomia, come ribadito dalla novella operata dalla l. 128/2019, con la precisazione che esse sono, anche, quelle “*prevalentemente personali*”, formulazione incompatibile con la previsione dell'art. 2094 cod. civ. e chiaramente riferita all'art. 2222 cod. civ.⁴⁶.

Ma l'applicazione della disciplina della subordinazione, secondo l'art. 2, co. 1, non avviene nell'ipotesi in cui siano stati sottoscritti contratti collettivi individuati dal comma 2, lett. a), dello stesso articolo del d.lgs. 81/2015, con la mancata estensione “*alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore*”, con la conseguenza che l'eccezione, per la molteplicità dei contratti collettivi stipulati, è nei fatti la regola⁴⁷.

Infatti, dalla lettura della norma in questione si evince con chiarezza come la disciplina di fonte legale sia sussidiaria all'autonomia collettiva, che ha, quindi, una funzione regolativa primaria di quest'area in continua evoluzione del mondo del lavoro, facendo configurare così, l'art. 2 anche come una “norma sulle fonti di disciplina”⁴⁸, pur osservando che la delega alla contrattazione collettiva è perimetrata, attribuita solo al livello nazionale, imponendo, altresì, che si specificino le esigenze di natura produttiva ed organizzative, che devono presentarsi come “*particolari*”⁴⁹.

Si configura, quindi, una equivalenza funzionale tra le discipline legali del comma 1 e quelle contrattuali del comma 2, poiché le seconde possono sostituirsi alle prime, con una integrale derogabilità della contrattazione collettiva rispetto al regime di tutele previste.

Quindi, in relazione ai profili regolatori concernenti la disciplina economica e normativa, l'autonomia collettiva è chiamata a svolgere un ruolo fondamentale in ragione della delega contenuta nell'art. 2 del d.lgs. 81/2015,

⁴⁶ MARESCA, *Coordinazione, organizzazione e disciplina delle collaborazioni continuative*, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 135.

⁴⁷ IMBERTI, *L'eccezione è la regola? Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in DRI, 2016, p. 393 ss.

⁴⁸ BELLOCCHI, *Chi governa le collaborazioni organizzate dal committente?*, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 43.

⁴⁹ FIORILLO, *Le collaborazioni organizzate dal committente: la Corte di Cassazione mette un punto (quasi) fermo*, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 111.

per sostanziare un graduale processo di armonizzazione nel passaggio non solo da un sistema protettivo ad un altro, ma, soprattutto, da uno *status* professionale ad un altro, con significative esperienze in alcuni settori segnati dal ricorso a molteplici rapporti collaborativi: volontariato, università, ricerca scientifica, *call center*, cinema⁵⁰.

In queste condizioni si applica la disciplina del diritto del lavoro, con un allargamento *de facto* dell'area "sostanziale" della subordinazione e la limitazione a inglobare in essa le prestazioni di lavoro organizzate dal committente, pur prescindendo dal controllo su tempo e luogo della prestazione, con un rinvio alla contrattazione collettiva delle organizzazioni sindacali e datoriali ritenute comparativamente più rappresentative a livello nazionale, per la individuazione dei profili retributivi.

4. *La Contrattazione collettiva*

In questo quadro il primo ccnl stipulato per i *rider*⁵¹, tra AssoDelivery, che rappresenta quasi tutte le imprese titolari di piattaforme per la gestione dei servizi di consegna a domicilio in area urbana e il sindacato Ugl, ha dato origine ad una serie di controversie legali⁵².

È stato analizzato⁵³ che la sottoscrizione "del ccnl del 15 settembre 2020,

⁵⁰ PESSI R., ZUMBO, *Collaborazioni organizzate e tipi contrattuali: tra conferme ricostruttive e nuove problematiche interpretative*, in *MGL*, Numero straordinario, 2020, p. 185.

⁵¹ Ccnl per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui, svolta da lavoratori autonomi, c.d. *rider*, tra l'Associazione di imprese AssoDelivery e l'Organizzazione Sindacale UGL, del 15 settembre 2020.

⁵² "Il contratto presenta un aspetto discutibile là dove qualifica senz'altro il rapporto in termini di lavoro autonomo, quando ben avrebbe potuto astenersene: ormai è chiaro che questa è una terra di nessuno tra lavoro subordinato e autonomo, che richiede regole nuove rispetto a quelle tradizionali di entrambi i campi, indipendenti dalla qualificazione del rapporto, della cui emanazione il legislatore incarica proprio la contrattazione collettiva. Il contratto ha inoltre qualche lacuna: avrebbe potuto, per esempio, essere previsto e protetto il caso di malattia di durata medio-lunga; ed essere prevista qualche forma di previdenza pensionistica integrativa. Detto ciò, va anche detto tuttavia che nel mondo intero, a quanto consta, questo è il primo contratto collettivo stipulato per il settore dei rider. E ha il grande merito di salvarlo dalla paralisi cui sarebbe stato altrimenti condannato a fine ottobre dalle regole su orario e retribuzione contenute nel d.l. n. 101/2019", così ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, in *lavoce.info*, 21 settembre 2020.

⁵³ CARINCI F., *Tribunale di Palermo. L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *ADL*, 2020, p. 17 ss.

quanto all'oggetto, riguarda proprio i *riders* modello Foodora, così elevandoli a categoria contrattuale del tutto autonoma ed autosufficiente ai sensi dell'art. 39, co. 1 Cost., se pur come lavoratori autonomi e non subordinati; quanto ai soggetti firmatari da un lato del tavolo c'è l'Assodelivery, cui sono associate gran parte delle società operanti con l'utilizzo di *rider*, e dall'altro lato c'è l'Ugl Rider, una federazione aderente alla Unione Generale del Lavoro, con alcune centinaia di iscritti.

Le confederazioni "storiche" però, hanno contestato la legittimità del contratto collettivo sottoscritto da Ugl e Assodelivery, sostenute dal Ministero del Lavoro e dall'Ispettorato Nazionale del lavoro. A sua volta l'Ufficio legislativo del Ministero del Lavoro, il 17 settembre 2019, ha ritenuto, alla luce del Capo V-bis, inserito da ultimo nel d.lgs. 81/2015, che non spetti ad un contratto collettivo qualificare il rapporto come autonomo, perché è lo stesso art. 47-bis a farlo.

La contestazione, quindi, si è spostata sulla previsione dell'art. 47-*quater* – *"I contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale possono definire criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente"* – ritendendolo non utilizzabile per il ccnl in parola, con un'evidente forzatura interpretativa, poiché non tiene in considerazione la rappresentatività dell'associazione datoriale contraente, di gran lunga maggioritaria tra quelle a cui aderiscono le società operanti tramite *rider*, ma si concentra su quella dei lavoratori, pur ammettendo che l'Ugl è dotata di tale requisito, ma si eccepisce che "da sola" non poteva sottoscrivere il ccnl, consentendo, così, la esclusività a quello della Logistica, sottoscritto dalle federazioni nazionali di categoria dei trasporti di Cgil, Cisl, Uil, con l'esplicita volontà di sostenere il regime di "oligopolio" delle confederazioni "storiche", con il contrasto al principio di libertà e pluralismo sindacali sancito dall'art. 39, co. 1 Cost. In questa prospettiva il Tribunale di Firenze, nella II fase di un ricorso per comportamento anti-sindacale, è intervenuto anche sulla legittimità del ccnl sottoscritto tra Assodelivery e Ugl, applicato in quell'azienda, dichiarandone la cessazione della sua applicazione, per carenza di rappresentatività del sindacato stipulante, di effettiva contrattazione e confronto con i lavoratori⁵⁴.

⁵⁴ Un primo commento di FALASCA, *Rider come dipendenti, il recesso passa dai licenziamenti collettivi*, in "Il Sole 24Ore", 25.11.2021, p. 39.

A sua volta l'intesa tra Cgil, Cisl, Uil e Amazon Italia Logistica, consentirà di avviare trattative su temi organizzativi come orari, turni, carichi di lavoro, su elementi normativi come il corretto riconoscimento dei livelli di inquadramento, sulle materie di salute, sicurezza e prevenzione sul lavoro, sulla formazione e sui temi economici come il premio di risultato, incentivi e particolari maggiorazioni anche a livello territoriale⁵⁵.

E in una diversa quanto innovativa prospettiva, invece, si pone il contratto collettivo di secondo livello che precede l'assunzione quali lavoratori dipendenti di oltre 4000 *rider*, stipulato tra Takeway.com Express Italia e Filt-Cgil, Fit-Cisl e Uil Trasporti. Con tale accordo le parti hanno definito il passaggio da Just Eat a Takeaway.com. e la conseguente trasformazione del rapporto di lavoro da autonomo a subordinato, individuando una forma di "subordinazione adattata" alle peculiarità del rapporto di lavoro dei *rider* del settore del *food delivery*, dimostrando così, la possibile compatibilità tra la previsione statica dell'art. 2094 cod. civ. e le caratteristiche di flessibilità e non continuità della prestazione dei ciclo-fattorini⁵⁶.

5. La sentenza della Cassazione del 24 gennaio 2020 n. 1663 sui rider

Sul contrasto giurisprudenziale verificatosi nella giurisdizione della Corte d'Appello di Torino, la Corte di Cassazione è intervenuta, come è noto, con la sentenza del 24 gennaio 2020 n. 1663⁵⁷, rigettando il ricorso di Foodora nei confronti dell'avvenuto riconoscimento dell'applicabilità alla fattispecie litigiosa dell'art. 2 d.lgs. 81/2015 e, quindi, ribadendo il diritto dei lavoratori appellati alla corresponsione della retribuzione prevista per i dipendenti inquadrati al V livello del ccnl della "Logistica trasporto merci"⁵⁸. Una sentenza che, muovendosi nel solco di recente nomofilachia di legittimità⁵⁹, ha modificato i paletti classici tra autonomia e subordinazione, in con-

⁵⁵ Amazon, siglato accordo con i sindacati sulle relazioni industriali, in "il Diario del Lavoro", 16 settembre 2021.

⁵⁶ INGRAO, *La subordinazione "adattata" dei riders nell'accordo Takeaway.com Express - OO.SS.: le relazioni industriali alla conquista della gig economy*, in Labour Law Community, 21 luglio 2021.

⁵⁷ In LDE Newsletter" n°9 - *La Corte di cassazione in materia di riders/ciclofattorini sentenza n. 1663 del 24 gennaio 2020*, 24.01.2020.

⁵⁸ MARESCA, *op. cit.*

⁵⁹ Cassazione, 26 febbraio 2002 n. 2842; Cassazione, 23 aprile 2014 n. 9196.

seguenza dell'attenuazione o della mancanza del potere direttivo e disciplinare, di solito riscontrate proprio dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁶⁰ e che sarà, senza dubbio, uno snodo fondamentale per l'applicazione giurisprudenziale⁶¹.

Infatti, la differenza sostanziale esistente tra il rapporto di lavoro subordinato e quello svolto in autonomia, proprio secondo la recente pronuncia della Suprema Corte, è l'apprezzamento della sussistenza della subordinazione come disponibilità del prestatore nei confronti del datore, quando si verifichi l'assoggettamento del prestatore di lavoro al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro ed al conseguente inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale con prestazione delle sole energie lavorative corrispondenti all'attività di impresa⁶².

E, quindi, allo scopo di qualificare un rapporto di lavoro subordinato, la giurisprudenza in passato, ma specialmente di recente, ha individuato alcuni criteri essenziali: innanzitutto l'esistenza del vincolo va concretamente rilevata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito; in secondo luogo, ci si deve servire di "criteri distintivi sussidiari", quali la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale ovvero l'incidenza del rischio economico, l'osservanza di un orario, la forma di retribuzione, la continuità delle prestazioni e via di seguito, in relazione a prestazioni lavorative dotate di maggiore elevatezza e di contenuto intellettuale e creativo, anche se può, però, verificarsi anche in relazione a mansioni estremamente elementari e ripetitive, "*le quali, proprio per la loro natura, non richiedono in linea di massima l'esercizio di quel potere gerarchico che si estrinseca – secondo quanto asserito in numerosissime pronunce di questa Corte – nelle direttive volta a volta preordinate ad adattare la prestazione alle mutevoli esigenze di tempo e di luogo dell'organizzazione imprenditoriale e nei controlli sulle modalità esecutive della prestazione lavorativa*"⁶³.

Pertanto, si ritiene che possa sussistere una forma di subordinazione anche in assenza del vincolo di soggezione al potere direttivo del datore di lavoro ed in presenza, viceversa, dell'assunzione per contratto, da parte del

⁶⁰ Per tutte, Cass. 27 marzo 2000 n. 3674; Cass. 3 aprile 2000 n. 4036.

⁶¹ ROMEO L., *Relazione*, Seminario *Oltre la subordinazione: le nuove tutele per i rider. La sentenza della Cassazione n. 1633/2020*, Università degli Studi di Messina, 20 novembre 2020.

⁶² *Ex multis* Cass. 4036/2000; Cass. 9 gennaio 2001 n. 224; Cass. 29 novembre 2002 n. 16697; Cass. 1 marzo 2001 n. 2970.

⁶³ Cass. sez. lav. 5 maggio 2004 n. 8569.

prestatore, dell'obbligo di porre a disposizione del datore le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità⁶⁴.

La Cassazione ha ritenuto opportuno, quindi, indicare un nuovo principio di diritto che contenga, in modo ben preciso, l'indicazione di tutti i criteri sussidiari idonei ad identificare il vincolo di subordinazione e soggezione al datore.

Un'impostazione della Suprema Corte che inquadrebbe l'art. 2 d.lgs. 81/2015 come norma non di fattispecie e che ha suscitato diversi dissensi in campo dottrinale.

La Corte di Cassazione, dunque, ha reputato tale previsione legislativa come una norma di disciplina, certamente non ignorando il dibattito dottrinale, specie quello incentrato sulla dicotomia tra le fattispecie classiche del lavoro subordinato e autonomo, confutando la tesi della norma "apparente", poiché si deve sempre dare un senso ad una norma al pari di quanto l'art. 1367 cod. civ. prescrive per il contratto.

L'adesione operata dalla Suprema Corte alla tesi della "norma di disciplina" consente di superare il rilievo che, in diversa ipotesi, esporrebbe il comma 2 dell'art. 2, d.lgs. 81/2015 alla eccezione di incostituzionalità, per violazione del principio di indisponibilità del tipo contrattuale del lavoro subordinato⁶⁵. L'interpretazione operata in termini di norma di disciplina, quindi, ha il pregio di essere conforme a Costituzione⁶⁶, inserendo così, i rapporti di lavoro autonomo parasubordinato nell'ambito del perimetro della subordinazione per le tutele tipiche di quest'ultima, senza incidere sul principio della indisponibilità del tipo contrattuale, storicamente presidiato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni '90⁶⁷. E, quindi, se la sentenza della Suprema Corte si legge "*come riconduzione all'art. 2094 c.c. delle mansioni comandate dalle macchine o esercitate dalle dirigenze apicali, intersecherebbe quella subordinazione "attenuata", varata dalla giurisprudenza (Cass. 6086/1991)*"⁶⁸.

⁶⁴ Cass. 6 luglio 2001 n. 9167 e Cass. 26 febbraio 2002 n. 2842.

⁶⁵ Così opportunamente, GIUBBONI, *Il Jobs act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge n. 81/2017*, in *DLRI*, 2017, p. 477.

⁶⁶ SANTONI, *Autonomia e subordinazione nel riordino delle tipologie contrattuali*, in *DML*, 2016, p. 505 ss.

⁶⁷ Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale n. 121/1993 e n. 115/1994, con il principio sempre ribadito, ad esempio anche dalla sentenza n. 76/2015.

⁶⁸ Così, CARINCI F., *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 166*, in *LDE*, 2020, n. 1. pp. 7-8.

Poiché l'art. 2 del d.lgs. 81/2015 viene qualificato come norma di disciplina e non di fattispecie, non si possono rilevare questioni relative alla compatibilità con il principio della indisponibilità del tipo contrattuale del lavoro subordinato, considerando che le collaborazioni organizzate dal committente, anche se prossime alla subordinazione, sono pur sempre tipologicamente rapporti di lavoro in autonomia, a cui il legislatore, estende alcune delle protezioni della subordinazione in considerazione della sussistenza di alcune peculiari caratteristiche di tali rapporti, come continuità della prestazione e carattere esclusivamente personale della stessa, etero-organizzazione circa le modalità, anche spazio-temporali, di svolgimento, escludendo, invece, a cagione di altri profili, le ipotesi elencate nel comma secondo della norma in questione, come del resto quelle indicate nel quarto comma per la natura pubblica della committenza.

Ne consegue che la legislazione giuslavoristica trova applicazione, oltre che ai rapporti di lavoro subordinati (ovvero etero-diretti), anche a quelle prestazioni che, pur non avendo il carattere della eterodirezione, siano continuative e di natura personale, purché le modalità di esecuzione vengano organizzate dal committente anche in ragione dei tempi e dei luoghi di lavoro⁶⁹. La scelta del legislatore con la l. 128/2019 è stata, dunque, quella di riferirsi ad una prestazione di lavoro certamente di tipo autonomo, non esclusivamente e anche solo prevalentemente personale, le cui modalità esecutive sono però organizzate dal committente⁷⁰.

Il lavoro etero-organizzato, dunque, è l'area individuata dalla pronuncia della Cassazione per un avanzamento delle tutele previste per la fattispecie della subordinazione oltre i confini classici⁷¹, in cui si verifica l'integrazione funzionale dell'attività del collaboratore nell'organizzazione aziendale, determinata dallo stesso in via unilaterale, in guisa che la prestazione sia utile al perseguimento delle finalità economico-produttive cui detta organizzazione è preordinata⁷². Anche se il limite appare desumibile, comunque, dall'aspetto funzionale del problema, poiché l'inserimento stabile di prestazioni

⁶⁹ Si veda VALLEBONA, *Sintesi - Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, Gruppo 24Ore, 2015, p. 153 ss.

⁷⁰ ROMEI, *I rider in cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *RIDL*, 2020, I, p. 89 ss.

⁷¹ PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *RGL*, 2016, I, p. 65 ss.

⁷² MARTELLONI, *Le collaborazioni etero-organizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, in *LDE*, 2020, I.

lavorative nell'ambito organizzativo da altri predisposto, non configura eterodirezione, “*almeno fin tanto che non si riscontra un potere unilaterale dell'imprenditore di modificare a suo piacere quell'organizzazione*”⁷³.

E a supporto di tale ragionamento giuridico la Cassazione si è riferita ad interventi legislativi volti, nello specifico, ad equiparare o ad assimilare “*situazione diverse al lavoro subordinato*”, come, ad esempio, l'applicazione ai soci delle cooperative di alcuni degli istituti del lavoro dipendente, disposto dall'art. 1, co. 1, l. 1204/1971, sancendo che “*non possono escludersi situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 Cod. Civ.*” e che “*la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile*”⁷⁴.

La Suprema Corte ha supportato la volontà del legislatore di eludere il problema della qualificazione, attraverso il riferimento alla “*disciplina applicabile*”, ma senza dare indicazioni circa la disciplina del lavoro subordinato che si ritiene applicabile a fattispecie non riconducibili alla tradizionale nozione di subordinazione⁷⁵. In questo modo si è ritenuto di superare il problema dell'eventuale riparto dell'onere della prova per la connessione tra l'art. 2094 cod. civ. e l'art. 2697 cod. civ., conseguente ai problemi derivanti dalla difficoltà di dare contezza dell'esercizio dei poteri datoriali, a causa della “*frammentazione delle circostanze indicative*”⁷⁶, come sistematicamente indicato dalla nomofilachia in via di principio, secondo cui è onere del prestatore di lavoro provare il vincolo di subordinazione al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che si estrinseca in ordini specifici, oltre che nell'attività di controllo e vigilanza delle prestazioni lavorative⁷⁷.

Inoltre, è del tutto evidente che la sentenza della Cassazione è in sintonia con lo *ius superveniens* di cui al d.l. 101/2019 convertito con l. 2 novembre

⁷³ FERRANTE, *Alienità dell'organizzazione produttiva e la vora subordinato a margine della questione dei ciclo-fattorini*, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 93.

⁷⁴ Mi permetto segnalare BALLISTRERI, *Nuove frontiere tra subordinazione e autonomia* come indicato dalla Cassazione con la sentenza n. 1663/20, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 34.

⁷⁵ ALBI, *Fra qualificazione del rapporto di lavoro e disciplina applicabile: l'ordine normativo che non c'è*, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 16.

⁷⁶ GRAGNOLI, *L'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 e gli indicatori della subordinazione non codificati*, in MGL, Numero straordinario, 2020, p. 119.

⁷⁷ Cass. 11530/2013, secondo cui è principio di diritto applicato dalla giurisprudenza che “*per dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato è onere del prestatore di lavoro fornire la prova della sussistenza di tutti gli elementi necessari e sufficienti alla qualificazione del rapporto come subordinato*”.

2019 n. 128, in riferimento all'interpretazione quale norma di disciplina dell'art. 2, d.lgs. 81/2015, con finalità sia di prevenzione sia rimediale, affermando che: “*l'intento protettivo del legislatore appare confermato dalla recente novella*”, con la conseguenza di rendere più esigibile l'applicazione delle norme sulla subordinazione, stabilendo che siano sufficienti, perché sia applicabile la norma, prestazioni rese “*prevalentemente*” e non più “*esclusivamente*” personali, richiamando in modo chiaro ed esplicito il lavoro svolto per mezzo di piattaforme digitali ed espungendo la locuzione “*anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*”, per definire l'elemento della etero-organizzazione, in una inequivocabile volontà non restrittiva.

La sentenza quindi, prende atto “*della complessità e varietà delle nuove forme di lavoro e della difficoltà di ricondurle ad unità tipologica*”, riuscendo così a cogliere l'elemento teleologico effettivo del legislatore, che superando la questione qualificatoria della natura di tali prestazioni di lavoro, le collaborazioni svolte personalmente con continuità e in etero-organizzazione, ha ritenuto di accordare ad esse le tutele del lavoro subordinato⁷⁸.

La nuova nozione di etero-organizzazione, per come definita dalla novella legislativa della l. 128/2019 e secondo l'interpretazione quale norma di disciplina in senso estensivo della sentenza della Corte di Cassazione, interviene sensibilmente sul mondo del lavoro in piattaforma tramite *delivery*; infatti, secondo il richiamato intervento legislativo l'elemento della etero-organizzazione si deve sempre considerare sussistente quando la prestazione lavorativa “*è organizzata mediante piattaforme digitali*”⁷⁹.

In questa direzione, pertanto, l'interpretazione è quella di un intervento di disciplina per tutelare l'area grigia tra subordinazione e autonomia, quella “*terra di mezzo*” in cui insistono le collaborazioni personali, continuative ed etero-organizzate, anche in funzione preventiva e rimediale⁸⁰.

Il lavoro autonomo continuativo a carattere prevalentemente personale, quindi, viene ad essere attratto nell'area disciplinata della subordinazione se

⁷⁸ FIORILLO, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, cit., p. 104.

⁷⁹ Sul lavoro in piattaforma si veda SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, 7a ed., Giappichelli, 2020, p. 539 ss.; GAROFALO D., *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *LG*, 2020, p. 5 ss.; ALES, *Oggetto, modalità di esecuzione e tutele del “nuovo” lavoro autonomo. Un primo commento*, in *MGL*, 2019, p. 717 ss.; CAPPONI, *Lavoro tramite piattaforma digitale: prima lettura del d.l. n. 101/2019 convertito in l. n. 128/2019*, in *DRI*, 2019, p. 1231 ss.

⁸⁰ PROIA, *Il lavoro autonomo continuativo e le collaborazioni “organizzate” tra esigenze di tutela e contrasto agli abusi*, in ALPA, BELLOMO (a cura di), *Giuseppe Santoro Passarelli. Giurista della contemporaneità*, Giappichelli, 2018, II, p. 501 ss.

avente natura etero-organizzata ovvero se si verificano ingerenze del committente non concordate *ex ante*⁸¹. La conseguenza è che il lavoro dei *rider* si dovrà assoggettare all'intero sistema di protezioni tipizzante il lavoro alle dipendenze. Una prospettiva individuata anche dalla Corte costituzionale, che con la sentenza n. 112/2021, ha affermato l'incostituzionalità di una legge regionale della Regione Lombardia, che prevedeva l'esclusione dei lavoratori autonomi dai canoni di locazione più bassi per l'edilizia residenziale pubblica, riservati alle famiglie meno abbienti⁸², con una chiara pronuncia verso l'inclusione del lavoro autonomo "fragile" nel sistema welfaristico italiano, oltre la paratia con la subordinazione.

6. Le tutele per il nuovo lavoro autonomo dipendente e la legge n. 81/2017

Il legislatore italiano, con la l. 81/2017 ha deciso di non inserire il lavoro autonomo connotato da dipendenza economica nell'area sottoposta alle garanzie della subordinazione, ma definendo delle tutele⁸³.

Tali disposizioni in materia di lavoro autonomo completano un sistema di regolazione modificato profondamente da una sequenza di interventi legislativi: la normativa di attuazione della l. 10 dicembre 2014 n. 183, il d.lgs. 81/2015 relativamente al riordino delle tipologie contrattuali, la stessa abrogazione del lavoro a progetto, su cui già la l. 28 giugno 2012 n. 92 aveva provveduto a restringerne l'applicazione, sia sul versante dei requisiti di validità che su quello dell'apparato sanzionatorio, mentre è stato realizzato lo "spacchettamento"⁸⁴ delle collaborazioni coordinate e continuative⁸⁵.

L'art. 3 della l. 81/2017 prevede, infatti, una tutela specifica nel caso di "clausole e condotte abusive", articolata in tre strumenti: l'inefficacia con conseguente risarcimento dei danni nell'ipotesi di inserimento nel contratto di clausole specificamente qualificate come abusive; il risarcimento dei danni in caso

⁸¹ MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, MGL, 2020, p. 348.

⁸² C. Cost. 112/2021, in www.cortecostuzionale.it.

⁸³ MARAZZA, *In difesa del lavoro autonomo (dopo la legge n. 128 del 2019)*, in *RIDL*, 2020, p. 62 ss.

⁸⁴ RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 557 ss.

⁸⁵ GIUBBONI, *op. cit.*, p. 426.

di rifiuto abusivo del committente di stipulare il contratto in forma scritta⁸⁶; il rinvio all'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di abuso di dipendenza economica, subordinato ad una valutazione di compatibilità⁸⁷.

Si tratta di un intervento legislativo che, pur formalizzando il tipo del lavoro autonomo economicamente dipendente, non lo qualifica⁸⁸, impegnando oltremodo l'interprete a sciogliere i complicati profili ermeneutici, allorquando si trova di fronte a fattispecie poste all'esterno del più lineare modello basilico della subordinazione⁸⁹, definendo il lavoro autonomo nella sua complessità "in positivo"⁹⁰.

7. *L'ipotesi di un sistema basilico di tutele eguali per il lavoro subordinato e per quello in autonomia alle dipendenze*

Per andare oltre lo steccato tradizionale tra subordinazione e autonomia in tema di diritti e garanzie sociali, adeguandosi all'evoluzione dei lavori nell'Economia 4.0, si è da tempo teorizzato uno zoccolo minimo non derogabile a tutela di tutte le forme di lavoro poste in essere nei confronti dei terzi, secondo una graduazione di tutele a "geometria variabile", in funzione del rapporto costitutivosi.

Questa prospettiva scaturisce, anche, dalla richiamata sentenza n. 1663/2020 della Cassazione, basata sul necessario distinguo tra fattispecie di subordinazione e prestazione etero-organizzata dal committente, che consente di rispettare la lettera della legge, poiché l'art. 2, co. 1, del d.lgs. 81/2015 si basa sul concetto di organizzazione della modalità esecutiva della presta-

⁸⁶ MATTIONI, *La tutela del lavoro autonomo nelle transazioni commerciali (Art. 2) e le clausole e le condotte abusive (Art. 3, commi 1-3)*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, p. 280 ss.

⁸⁷ ZOPPOLI L., *Abuso di dipendenza economica e lavoro autonomo: un microsistema di tutele in difficile equilibrio*, in RIDL, 2019, I, p. 97.

⁸⁸ VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 2017, n. 336, p. 8.

⁸⁹ DIAMANTI, *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, in DRI, 2018, p. 105 ss.; VOZA, *L'intervento della l. n. 81/2017 sulla nozione di collaborazione coordinata e continuativa*, in GAROFALO D. (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University Press, 2018, p. 294 ss.; RAZZOLINI, *Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale. L'ambito di applicazione della legge n. 81/2017*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, p. 22.

⁹⁰ GIUBBONI, *op. cit.*, p. 483.

zione e non su quello di “dipendenza” e di “direzione” di cui all’art. 2094, cod. civ., quanto la *ratio* legislativa.

La norma, infatti, non può avere il senso di restringere il campo di applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, senza di conseguenza alcuna logica giuridica, ma, invece, di ampliare la sfera delle tutele estendendola a favore di lavoratori collocati al di fuori dell’area *strictu sensu* della subordinazione, “*tradizionalmente delimitato dalla presenza dell’elemento tipologico del potere direttivo o, in alternativa, dalla sussistenza di indici sussidiari di etero-direzione sufficientemente precisi e concordanti*”⁹¹.

Si può, quindi, affermare, anche grazie alla giurisprudenza, che l’ordinamento del lavoro non meno che la contrattazione collettiva devono evolversi verso un sistema di protezione sociale e di diritti più universale, tale da ricomprendere la subordinazione quanto i nuovi lavori economicamente dipendenti, tenendo anche in conto che molti interventi legislativi hanno sancito come la tutela previdenziale non discenda solo dalla qualificazione del rapporto di lavoro.

In questa stessa prospettiva si deve ascrivere l’incremento della tutela contro la disoccupazione per i lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, derivante dalla previsione della l. 81/2017⁹².

Un primo livello di protezione potrebbe prevedere un “*compenso orario minimo legale a carattere universale*”⁹³, nuovo sistema con cui apprestare una rete di protezione economica minimale per tutte quelle prestazioni, che ben possono risultare caratterizzate da una debolezza socio-economica sebbene non siano etero-organizzate, e che – sia perché estranee alla disciplina della subordinazione applicata a queste ultime, sia per l’abrogazione della disciplina del lavoro a progetto con i suoi riferimenti all’adeguatezza del corrispettivo – risultano sottratte a qualunque forma di tutela.

Si potrebbe realizzare così, uno “stralcio” – inserendo l’istituto nella legge per il salario minimo legale di recepimento della recente direttiva europea⁹⁴ –

⁹¹ Così PERULLI, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull’art. 2, co.1, d. lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, in *LDE*, 2020, I.

⁹² FILÌ, *Stabilizzazione ed estensione dell’indennità di disoccupazione per i lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata e continuativa*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo*, Cedam, 2018, pp. 347-358.

⁹³ Mi permetto rinviare a BALLISTRERI, “*Compenso minimo legale*”, *subordinazione e contrattazione collettiva*, in *VTDL* 2019, pp. 933-938.

⁹⁴ Per l’ampio ventaglio di posizioni si rinvia opportunamente, solo per citare alcune posizioni in dottrina e chiedendo venia per le omissioni non volute, a DELFINO, *Salario legale, contrattazione*

alla necessaria realizzazione di un sistema basico di tutele per il lavoro anche non subordinato, ma alle dipendenze, riscontrando le elaborazioni dottrinali che indicano l'esigenza di andare "oltre la subordinazione"⁹⁵, per proporre un diritto del lavoro in grado di estendere la propria operatività sui nuovi ambiti di prestazione, che già sul finire del '900 si sono ampiamente sviluppate con il richiamato tema del "lavoro senza aggettivi"⁹⁶, per la definizione di un nucleo minimo di tutele per tutte le attività di lavoro.

Una linea di teoria giuslavoristica indicata al tempo e ancora più attuale ai giorni nostri, è quella del superamento della dicotomia tra subordinazione e autonomia, con la creazione di un sistema di diritti, di tutele e di garanzie sociali anche di quei lavori che si ritengono "fuori dal mercato, del fine di lucro e quindi globalmente fuori dal diritto del lavoro"⁹⁷, per uno statuto giuridico della cittadinanza sociale, da concretizzarsi con un "nuovo Statuto del lavoro"⁹⁸.

D'altronde, anche la scienza economica, su di un altro versante, ha acclarato l'utilità del salario minimo legale, con il conferimento del Premio Nobel per l'Economia a David Card. L'economista canadese infatti, è stato premiato per i suoi studi con i quali è stata dimostrata la funzione del salario minimo legale quale strumento di contrasto al fenomeno dei *working poors*, ma anche di sostegno all'occupazione⁹⁹.

collettiva e concorrenza, Editoriale Scientifica, 2019; FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitudine, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei "nuovi" lavori*, in *Labor*, 2019 p. 23 ss.; TREU, *Il salario minimo: limiti della supplenza giurisprudenziale e prospettive*, in *GI*, 2015, p. 743; BAVARO, *Il salario minimo legale e le relazioni industriali*, in www.ildiariodellavoro.it, 22.10.2014; BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *DRI*, 2014, p. 741 ss.; BIASI, *Il salario minimo legale nel "Jobs Act": promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* 2015, n. 241; GUARRIELLO, *Verso l'introduzione del salario minimo legale?*, in Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, *ADAPT Labour Studies e-Book series* n. 40, 2015; ICHINO, *Minimum wage: perché non piace ai sindacati*, www.pietroichino.it, 11.02.2014; MAGNANI, *Salario minimo*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, *ADAPT Labour Studies e-Book series*, n. 40, 2015; PROSPERETTI G., *I minimi salariali: il problema dell'erga omnes*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, cit.; SPATTINI, *Salario minimo legale vs contrattazione collettiva in Italia e in Europa*, www.bollettinoadapt.it, 23.3.2015; SPEZIALE, *Il salario minimo legale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2015, n. 244; VALLEBONA, *Sul c.d. salario minimo garantito*, in *MGL*, 2008, p. 326.

⁹⁵ PERULLI, *Oltre la subordinazione*, cit.

⁹⁶ Si veda D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *RGL*, 1999, I, pp. 311-331.

⁹⁷ D'ANTONA, *Le metamorfosi della subordinazione*, in *QRCDL*, 1996, I.

⁹⁸ PERULLI, TREU, *In tutte le sue forme e applicazioni*, Giappichelli, 2022.

⁹⁹ Si veda CARD, KRUGER, *Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania*, in *The American Economic Review*, 1994, vol. 84, p. 4.

8. *L'intervento dell'Unione europea*

A fronte delle incertezze dell'ordinamento italiano, tra carenze legislative, oscillazioni giurisprudenziali e opposizioni sindacali e datoriali, l'Unione europea ha approvato una direttiva sul tema del salario minimo legale¹⁰⁰.

Si è in presenza, indubbiamente, di una svolta, considerato che la retribuzione in ambito eurounitario è stata considerata sino ai giorni nostri un “*fattore di competitività dei costi*” e non come prefigura l'ILO, sin dall'approvazione della convenzione C117 del 1962, un “*fondamentale labour standard*”, tale da rafforzare “*l'uguaglianza retributiva e favorire l'inclusione sociale*”¹⁰¹.

Una svolta che riguarda anche, su di un altro versante, la direttiva che inquadra i *rider* e, più in generale, i lavoratori in piattaforma, nel perimetro del lavoro subordinato¹⁰².

L'Unione europea, anche a seguito della pandemia, sembra liberarsi del dogma dell'austerità e del rigorismo, per percorrere la strada dell'Europa sociale¹⁰³, partendo dalla promozione di livelli adeguati dei salari minimi, sostenendo la contrattazione collettiva e migliorando l'accesso effettivo alla protezione sociale dei lavoratori¹⁰⁴.

¹⁰⁰ TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *DRI*, 2021, p. 1 ss.

¹⁰¹ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰² Proposta della Commissione europea di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul miglioramento delle condizioni di lavoro in piattaforma - lavori 2021/0414 (COD).

¹⁰³ FONTANA, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'antona”*.INT, 2016, n. 132.

¹⁰⁴ Mi permetto citare BALLISTRERI, *Após Gotemburgo: reflexões sobre direitos sociais na União Europeia*, in “*Minerva*”, *Revista de Estudos Laborai*, Universidade Lusitana Editora, Lisboa, 2019.

Abstract

Sul tema delle tutele per il lavoro non subordinato esiste un vasto dibattito dottrinale, reso ancora più pregnante e attuale dall'irrompere nel sistema produttivo dell'Economia 4.0, della Gig Economy e dei lavori in piattaforma, con l'esigenza di una corretta applicazione dell'art. 2, co. 1, d.lgs. 81/2015, il quale ha posto in essere un'estensione della disciplina della subordinazione anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente, con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, come quelle dei rider. E le nuove frontiere dei diritti per il lavoro alle dipendenze, non in regime di subordinazione, sono state indicate anche dalla giurisprudenza e, in particolare, dalla Cassazione con la sentenza n. 1663/2020 e dall'Unione Europea.

There is a vast doctrinal debate on the issue of protections for non-subordinate work, made even more meaningful and topical by the breaking into the production system by Economy 4.0, Gig Economy and platform jobs, with the need for correct application of the art. 2, paragraph 1, legislative decree n. 81/2015, which has put in place an extension of the discipline of the subordinate employment relationship also to collaboration relationships that take the form of exclusively personal, continuous work and whose execution methods are organized by the client also with reference to times, and place of work, as for the rider. And the new frontiers of rights for dependent work, not in a subordinate regime, was also indicated by the Jurisprudence and, in particular, by the Supreme Court with sentence no. 1663/2020 and from the European Union.

Keywords

Lavoratori delle piattaforme, lavoro subordinato, lavoro autonomo, lavoro etero-organizzato, cittadinanza sociale.

Platform workers, self-employment, subordinate work, hetero-organised work, social citizenship.

Charles F.X. Szymanski*

Il caso “National Federation of Independent Business v. Osha” e l’obbligo vaccinale dei dipendenti negli Stati Uniti

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** *National Federation of Independent Business v. Osha*, pandemia da Covid-19 e separazione dei poteri: la prima legislazione federale in materia di lavoro durante la pandemia. **3.** *Segue.* L’obbligo vaccinale dell’OSHA per i datori di lavoro del settore privato. **4.** *Segue.* Azioni legali contro l’obbligo vaccinale dell’OSHA nei tribunali di grado inferiore. **5.** *Segue.* La decisione della Corte Suprema. **6.** L’impatto della decisione *National Federation of Independent Business v. Osha* sull’obbligo vaccinale per i dipendenti pubblici e privati: le limitazioni all’ambito di applicazione della decisione. **7.** *Segue.* Obblighi vaccinali oltre la normativa emergenziale dell’OSHA nel caso *National Federation of Independent Business v. Osha*. **8.** Conclusioni.

I. Introduzione

Quasi tutti, in un modo o nell’altro, sono stati colpiti dalla pandemia da Covid-19. Dal 2020, milioni di persone in tutto il mondo sono morte a causa di questo virus e altre centinaia di milioni ne sono state infettate¹. Le risposte iniziali di molti Stati al diffondersi della pandemia hanno incluso l’imposizione di *lockdown*, costringendo le persone a restare per lo più nelle proprie case, al fine di prevenire la diffusione del virus². Fortunatamente, i vaccini per il Covid-19 sono stati rapidamente sviluppati e sono diventati disponibili

* La traduzione dall’inglese all’italiano è di Claudia Murena.

¹ OMS, *WHO Coronavirus (Covid-19) Dashboard*, in <https://covid19.who.int/#:~:text=Globally-%2C%20as%20of%208%3A36pm,6%2C243%2C038%20deaths%2C%20reported%20to%20WHO> (al 6 maggio 2022 si registravano oltre 6 milioni di morti e oltre 513 milioni di persone infettate nel mondo durante la pandemia da Covid-19).

² IP, *The Natural Law Ethics of Public Health Lockdowns*, in *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y Online Supp.*, 2022, pp. 454-455. I Paesi di tutto il mondo hanno risposto alla pandemia da Covid-19 “imponendo lock-down generali ad oltre 4,5 miliardi di persone in tutto il mondo, cioè quasi il 60% della popolazione globale”.

su scala generale all'inizio del 2021³. Mentre molte persone hanno accolto con favore l'opportunità di vaccinarsi, altre hanno mostrato perplessità o si sono mostrate addirittura contrarie all'idea. Tale ritrosia è riconducibile a qualche sospetto sui vaccini in generale, alla fretta con cui sono stati introdotti i vaccini per il Covid-19, o ad altre obiezioni basate su convinzioni personali o addirittura religiose⁴.

Poiché l'efficacia dei vaccini contro il Covid-19 era in parte collegata al raggiungimento di una certa soglia di popolazione vaccinata, i Paesi hanno adottato diversi approcci per incoraggiare o costringere i propri cittadini a vaccinarsi. Uno di questi approcci prevedeva un obbligo vaccinale per categorie specifiche di lavoratori o per la maggior parte dei dipendenti in generale. Alcuni, in particolare gli operatori sanitari e gli insegnanti, laddove non vaccinati, avevano un rischio maggiore sia di trasmettere il Covid-19 ai soggetti più vulnerabili (malati o infermi; bambini) sia di contrarlo, data la natura del proprio lavoro⁵. Anche altri ambienti lavorativi, come gli stabilimenti di confezionamento della carne, si sono dimostrati incubatori di Covid-19, data la vicinanza in cui lavorano i dipendenti di queste strutture⁶. In linea generale, tutti i dipendenti meritavano un luogo di lavoro sicuro, in cui il rischio di contrarre il virus fosse ridotto al minimo attraverso la vaccinazione, e ciò è coinciso con l'interesse dello Stato ad aumentare la quota di popolazione vaccinata proprio per una questione di salute pubblica⁷.

³ HOWARD, *All 50 states now have expanded or will expand Covid vaccine eligibility to everyone 16 and up*, CNN (aprile 6, 2021), in <https://edition.cnn.com/2021/03/30/health/states-covid-19-vaccine-eligibility-bn/index.html>; DEUTSCH, HIRSCH, *Where the EU vaccine rollout stands at the end of Q2*, Politico, 1° luglio 2021, in <https://www.politico.eu/article/eu-coronavirus-vaccines-rollout-progress-summer-2021-q2/> (il 60% degli adulti nell'UE ha ricevuto almeno una dose di vaccino contro il Covid entro la metà del 2021).

⁴ MIDDLETON, *Employer Mandated Vaccinations: What if an Employee Refuses?*, in *Bus. Entrepreneurship & Tax L. Rev.*, 2021, pp. 184-185; GUIDI, ROMANO, SOTISA, *Depolarizing the Covid Vaccine Passport*, in *Yale L.J. Forum*, 1° marzo 2022, pp. 1023-1025 (si rileva che l'obbligatorietà dei vaccini contro il Covid può contribuire all'esitazione nei confronti dei medesimi); MALLAPATY, *Researchers fear growing COVID vaccine hesitancy in developing nations*, *Nature* (23 Dicembre 2021), in <https://www.nature.com/articles/d41586-021-03830-7>.

⁵ GATES, *Legal and Ethical Implications of Mandatory Covid-19 Vaccination Programs*, in *Quinnipiac Health L.J.*, 2022, pp. 145-147 (a favore della vaccinazione degli operatori sanitari); WYMAN, HEAVENRICH, *Vaccine Hesitancy and Legal Ethics*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 2022, p. 2 ss. (insegnanti).

⁶ Kelly K. Dineen, *Meat Processing Workers and the Covid-19 Pandemic: The Subrogation of People, Public Health, and Ethics to Profits and a Path Forward*, in *St. Louis U.J. Health L. & Pol'y*, 2020, p. 14.

⁷ VOEGEL, *The Syringe That Drips Money: How Title VII Affects Employer-Mandated Vaccinations*

Diversi Paesi, in Europa, hanno adottato questo approccio “massimalista” – in particolare l’Italia – ed hanno imposto alla maggior parte dei dipendenti di vaccinarsi, salvo perdere, diversamente, il lavoro. Sebbene tali misure abbiano incontrato una certa resistenza da parte dei lavoratori e dei sindacati, le loro azioni legali sono per lo più fallite. Dato il pericolo che il Covid-19 rappresentava, e visti gli esiti letali che il virus aveva già mostrato, i Tribunali hanno ritenuto che l’obbligo vaccinale dei lavoratori rientrasse fra le legittime prerogative dei rispettivi Governi per proteggere la salute pubblica⁸.

La situazione negli Stati Uniti è stata molto diversa, e caratterizzata da grande frammentarietà. A livello nazionale, due agenzie amministrative federali – il Dipartimento della salute e dei servizi umani (HHS) e il Dipartimento per la salute e la sicurezza sul lavoro (OSHA) – hanno emanato misure emergenziali che richiedevano, rispettivamente, agli operatori sanitari e alla maggior parte dei dipendenti del settore privato, di essere vaccinati. In particolare, il provvedimento dell’OSHA avrebbe avuto un impatto su quasi 84 milioni di dipendenti. Tali azioni amministrative sono state contestate nei tribunali ed alla fine la Corte Suprema degli Stati Uniti è arrivata ad una decisione divisa: mentre l’obbligo vaccinale per gli operatori sanitari poteva

in the Manufacturing Sector, in *Ind. Health L. Rev.*, 2022, pp. 229-230 (“Un ambiente di lavoro sicuro può essere la ragione più importante per imporre un obbligo vaccinale”); GATES, *supra*, nota 5, p. 147 (lo scopo dell’obbligo vaccinale per i dipendenti federali è quello di garantire un luogo di lavoro sicuro); SHAHDANIAN, SCIRICA, *The Legal and Practical Considerations for New Jersey’s Public Sector Employers*, in *APR N.J. Law.*, Aprile 2021 (“Gli esperti di salute pubblica prevedono che i datori di lavoro giocheranno un ruolo importante nel vaccinare un numero sufficiente di persone per raggiungere l’immunità di gregge”); KAMINER, *Vaccines in the Time of Covid-19: How Government and Businesses Can Help Us Reach Herd Immunity*, in *Wis. L. Rev. Forward*, 2020, p. 101 ss.

⁸ CREGO, DUMBRAVA, DE GROOT, KOTANIDIS, MENTZELOPOULOU, *Legal issues surrounding compulsory Covid-19 vaccination, Briefing for the European Parliament* (Marzo 2022), in [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729309/EPRS_BRI\(2022\)729309_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729309/EPRS_BRI(2022)729309_EN.pdf) (gli Autori evidenziano che la Germania, la Grecia, la Francia, l’Italia, la Lettonia, l’Estonia e l’Ungheria hanno introdotto obblighi vaccinali per tutte o alcune categorie di lavoratori, o hanno comunque permesso ai datori di lavoro di imporre i propri obblighi vaccinali, ed analizzano le questioni legali che si sono poste in relazione a tali obblighi); FRANKLIN, POGGIOLI, *Italy Is Making COVID-19 Health Passes Mandatory For All Workers*, NPR (17 Settembre 2021), in <https://www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2021/09/17/1038240183/italy-vaccine-health-pass-for-employees>; The Local it, *Italian court upholds rule suspending unvaccinated workers without pay* (11 Marzo 2022), in <https://www.thelocal.it/20220311/italian-court-upholds-rule-suspending-unvaccinated-workers-without-pay/>.

entrare in vigore, le disposizioni, di più ampia portata, dell'OSHA, concernente tutti i dipendenti del settore privato, non poteva⁹. Il presidente Biden si è anche avvalso delle proprie prerogative esecutive per imporre l'obbligo vaccinale ai dipendenti del ramo esecutivo federale nonché ai dipendenti degli appaltatori federali. Finora, i tribunali di grado inferiore hanno confermato l'obbligatorietà per i dipendenti federali, ma non con riguardo agli appaltatori federali.

Al di là di questi tentativi di imporre un obbligo di vaccino ai dipendenti a livello nazionale, vari Stati e Governi locali hanno imposto i propri obblighi vaccinali ai dipendenti pubblici (polizia, vigili del fuoco, personale amministrativo) o ad enti pubblici (ad esempio, le strutture sanitarie). Questi sono stati impugnati sia in base alle leggi federali che a quelle statali, ma nella maggior parte dei casi non hanno avuto successo¹⁰.

Infine, i singoli datori di lavoro privati hanno talvolta deciso di richiedere che tutti i propri dipendenti fossero vaccinati. Sebbene il sistema americano dell'*at will employment* (n.d.t. recesso libero dal rapporto di lavoro) abbia dato ai datori di lavoro una grande flessibilità per attuare tale volontà, in alcune circostanze limitate – riguardanti azioni legali volte ad acclarare la sussistenza di discriminazioni religiose ai sensi della legge federale antidiscriminazione ed una interferenza con i diritti di contrattazione collettiva – i tribunali hanno posto restrizioni all'obbligo vaccinale¹¹.

⁹ *Biden c. Missouri*, 142 S.Ct. 647 (2022) (a sostegno della regolamentazione del DHHS); *National Federation of Independent Business v. Osha*, 142 S.Ct. 661 (2022) (sospensione della regolamentazione emergenziale dell'OSHA).

¹⁰ V. GUMINA, KILLORAN, REIB, *Covid-19 Vaccination Mandates: What Now?* 95-MAR Wis. Law. 12, Marzo 2022 (raccolta dei casi).

¹¹ THOMPSON, SUPINA, PATTIT, SWINK, *What Should Ethical and Strategic Employers do about Covid-19 Vaccines?*, in *Univ. San Fran. Law Rev.*, 2021, pp. 229-231 (il c.d. "*employment at will*" è il punto di partenza per l'autorità di un datore di lavoro di richiedere le vaccinazioni; la normativa antidiscriminazione che copre la disabilità e la discriminazione religiosa può offrire una certa protezione, ma le richieste di risarcimento basate su queste leggi sono spesso infruttuose); MILLER, *Inoculating Title VII: The "Undue Hardship" Standard and Employer-Mandated Vaccination Policies*, in *Fordham L. Rev.*, 2021, p. 2305 ss. (l'A. evidenzia la possibilità di richiesta di risarcimento del danno per discriminazione religiosa ai sensi del Titolo VII per i dipendenti che siano costretti a vaccinarsi contro le proprie convinzioni religiose, pur tuttavia segnalando che i datori di lavoro hanno un obbligo relativamente debole di mantenere in servizio tali dipendenti); MIDDLETON, *op. cit.*, nota 4, pp. 179-184; SHAHDANIAN & SCIRICA, *op. cit.*, nota 7, pp. 18-19 ("In un contesto sindacalizzato, l'obbligo di vaccinazione può essere oggetto di contrattazione collettiva e tale contrattazione può essere necessaria prima dell'attuazione di tale obbligo").

Il presente saggio, focalizzandosi sul più importante di questi casi, *National Federation of Independent Business v. Osha* (che si occupa del regolamento OSHA, riguardante 84 milioni di lavoratori dipendenti)¹², tenta di spiegare l'apparente frammentarietà nell'approcciare l'imposizione dell'obbligo vaccinale dei dipendenti ai sensi del diritto americano e di chiarire la portata di alcune percezioni errate sul ruolo dell'individualismo americano. In linea generale, le dottrine costituzionali della separazione dei poteri e del federalismo hanno ispirato la risposta della magistratura statunitense, piuttosto che concentrarsi sui diritti individuali.

In primo luogo, analizzando il caso della *National Federation of Independent Business v. Osha*, si evidenzierà che la Corte Suprema ha bloccato l'obbligo vaccinale dei dipendenti sul presupposto che l'OSHA avesse travalicato le proprie prerogative per emanare la regolamentazione in questione. Un'agenzia amministrativa come l'OSHA opera come parte del ramo esecutivo del governo ed applica le leggi emanate dal Congresso, il ramo legislativo. Sebbene l'OSHA possa ragionevolmente interpretare lo statuto che è tenuta ad applicare, non può aggiungervi alcunché o spingersi oltre il suo ambito di applicazione. Secondo la Corte, l'OSHA non aveva l'autorità statutaria per imporre a livello nazionale un obbligo vaccinale dei dipendenti, bensì solo il Congresso poteva farlo attraverso una legislazione supplementare¹³. Al contrario, nel caso *Biden c. Missouri*, la Corte ha consentito l'imposizione di un obbligo vaccinale agli operatori sanitari, ma solo perché lo statuto applicabile autorizzava il DHHS ad agire in tal senso (a differenza del caso OSHA)¹⁴. Successivamente, si dimostrerà che i fondamenti del federalismo hanno conferito ai singoli Stati l'autorità primaria sulla salute e la sicurezza dei propri cittadini, e quindi un'ampia facoltà di richiedere ai propri dipendenti pubblici di essere vaccinati per tali motivi. Grazie a questa ampia concessione di potere costituzionale, i vari obblighi imposti dagli Stati non erano dunque in conflitto con la legge federale, e sono stati per lo più ritenuti legittimi. Inoltre, poiché in base alle leggi statali i datori di lavoro privati hanno una discrezionalità pressoché totale sui termini e le condizioni di impiego da offrire ai propri lavoratori, essi sono liberi di imporre (o meno) un obbligo vaccinale, a meno che questo non entri in conflitto con la legge federale applicabile in alcuni casi, come, ad esempio, con riguardo alla discriminazione

¹² 142 S.Ct. 661, *supra*, nota 9.

¹³ *Id.*

¹⁴ 142 S.Ct. 647, *supra*, nota 9.

religiosa e legata al fattore disabilità, oltre che nel diritto del lavoro, laddove l'obbligo interferisca con i diritti religiosi o di contrattazione collettiva dei dipendenti.

Sebbene l'approccio americano all'obbligo vaccinale dei dipendenti possa sembrare dispersivo e persino sorprendere, in realtà deriva da principi di lungo corso sulla separazione dei poteri e sul federalismo. Eppure, il risultato finale in una pandemia mortale è stato tutt'altro che soddisfacente: regole vaccinali diverse per i dipendenti di Stati diversi durante una crisi che ha colpito l'intera nazione.

2. National Federation of Independent Business v. Osha, *pandemia da Covid-19 e separazione dei poteri: la prima legislazione federale in materia di lavoro durante la pandemia*

Durante la fase iniziale della pandemia da Covid-19, c'era la consapevolezza di dover intraprendere in tempi brevi un'azione legislativa a livello federale, per attenuare l'impatto economico su datori e lavoratori. Sebbene gli Stati avessero l'autorità costituzionale primaria sulle misure di salute e sicurezza pubblica necessarie per combattere il virus, e il governo federale un ruolo più limitato, l'aiuto federale è intervenuto sotto forma di sostegno fiscale per via legislativa¹⁵. Vari lockdown a livello statale hanno costretto le imprese a chiudere, in particolare quelle del settore dei servizi (compresi locali e ristoranti), con il rischio di una disoccupazione di massa. Il Congresso ha quindi emanato una legislazione che prevedeva prestiti e sovvenzioni a fondo perduto per le imprese che mantenessero i propri dipendenti. Allo stesso tempo, la legislazione prevedeva anche generose indennità di disoccupazione per i lavoratori che avevano perso il lavoro a causa della pandemia, in aggiunta ai sussidi ricevuti dai rispettivi sistemi di assicurazione sociale statali. Anche i lavoratori autonomi, in maniera innovativa, sono stati coperti da questa legge, ed hanno ricevuto un'indennità di disoccupazione. Poiché, a differenza di quanto avviene in gran parte del mondo sviluppato, i lavora-

¹⁵ WEEKS, PATEL, *Introduction: The Future Of Global Health Governance*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, 2021, pp. 487-488: "Nell'ambito della sanità pubblica, in particolare, i governi statali e locali detengono un'ampia autorità per imporre la vaccinazione, la quarantena, l'isolamento, il distanziamento sociale, l'utilizzo di mascherine ed altri interventi cruciali per controllare la diffusione delle malattie infettive. L'autorità del governo federale è più limitata").

tori americani non hanno diritto a congedi retribuiti per malattia, la legge ha previsto anche un congedo temporaneo retribuito in caso di malattia da Covid-19 o di assistenza a un familiare affetto dal virus. Tale normativa è stata infatti concepita allo scopo di evitare che i dipendenti malati si recassero al lavoro, col rischio di diffondere il virus, nel timore di non essere pagati se fossero rimasti a casa¹⁶.

Tuttavia, la legislazione federale in parola non si è occupata della tutela dei dipendenti del settore sanitario che prestavano servizio. Le vaccinazioni efficaci contro il Covid-19 sono diventate disponibili circa un anno dopo l’inizio della pandemia, e sono state diffuse su larga scala all’inizio del 2021, ma in quel momento e per molti mesi successivi non è stato imposto ai datori di lavoro alcun obbligo vaccinale a livello nazionale.

3. Segue. *L’obbligo vaccinale dell’OSHA per i datori di lavoro del settore privato*

L’immobilismo federale rispetto al Covid-19 ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro è stato pesantemente criticato; in particolare, dai lavoratori del settore dell’imballaggio delle carni, che hanno sofferto di alti tassi di contagio da Covid-19¹⁷. Dopo la vittoria del democratico Joe Biden sul repubblicano Donald Trump nelle elezioni presidenziali del novembre 2020, gli analisti si

¹⁶ *Ivi*, p. 491 (l’A. delinea le disposizioni del CARES Act, ivi incluse le indennità di malattia); BENFER, MOHAPATRA, WILEY, YEARBY, *Health Justice Strategies to Combat the Pandemic: Eliminating Discrimination, Poverty, and Health Disparities During and After Covid-19*, in *Yale J. Health Pol’y, L. & Ethics*, 2020, p. 167: “Il CARES Act, la più grande legge di sostegno economico nella storia degli Stati Uniti, ha approvato un piano per 2,2 trilioni di dollari per aiutare le imprese e i singoli individui colpiti dalla pandemia e dalla crisi economica, offrendo ai lavoratori una copertura sanitaria per il COVID-19, un aumento dei sussidi di disoccupazione e dei congedi per malattia retribuiti”; ARNOW-RICHMAN, *Integrated Learning, Integrated Faculty*, in *Temp. L. Rev.*, 2020, p. 745: (“Il Congresso, in quello che si spera possa essere un modello per il futuro, ha recentemente esteso i sussidi federali di disoccupazione ai “gig workers” dislocati a seguito della pandemia da COVID-19).

¹⁷ YEARBY, MOHAPATRA, *Systemic Racism, the Government’s Pandemic Response, and Racial Inequities in Covid-19*, in *Emory L.J.*, 2021, pp. 1435-1436 (gli A. sottolineano la grande pericolosità del Covid-19 nell’industria dell’imballaggio delle carni ed il fatto che la maggior parte dei dipendenti del settore non fosse coperta dal CARES Act, comprese le disposizioni in materia di assenze per malattia legate al Covid-19).

aspettavano che Biden adottasse misure più incisive a tutela della sicurezza dei lavoratori, al cospetto dell'avanzare della pandemia. Trump veniva generalmente considerato a favore delle imprese, durante la pandemia; al contrario Biden, che godeva del sostegno della maggior parte dei sindacati statunitensi, sembrava propendere verso la difficile situazione dei dipendenti¹⁸.

Con l'inizio della presidenza di Biden, nel gennaio 2021, la diffusione del vaccino contro il Covid-19 in America ha subito un'accelerata. Sebbene vi sia stata un'ampia adesione iniziale, lo scetticismo generale ha fatto sì che i tassi di vaccinazione non superassero il tetto del 50-60%, dopo diversi mesi, in molti Stati¹⁹: una percentuale inferiore a quella necessaria per raggiungere l'immunità di gregge. Quando gli appelli pubblici in favore della vaccinazione non hanno ottenuto i risultati richiesti, il Presidente Biden ha preso in considerazione altri mezzi per incrementare il tasso di vaccinazione²⁰; uno di questi è stato quello di ordinare, nel settembre 2021, all'Agenzia federale per la salute e la sicurezza sul lavoro (OSHA), di utilizzare la propria autorità per emanare una normativa emergenziale che ordinasse ai datori di lavoro del settore privato con più di 100 dipendenti di richiedere, come regola generale, la vaccinazione dei propri dipendenti. L'OSHA ha completato e pubblicato gli standard emergenziali di salute e sicurezza nel novembre 2021, con la previsione di coprire oltre 82 milioni di dipendenti²¹.

In particolare, la normativa emergenziale dell'OSHA richiedeva alle imprese di grandi dimensioni di vaccinare i propri dipendenti o, in alternativa, di sottoporli a tamponi settimanali, con l'utilizzo di mascherine sul posto di lavoro. I dipendenti che non si adeguavano alle prescrizioni dovevano essere

¹⁸ LERNER, *How Trump Gutted OSHA and Workplace Safety Rules: Trump's attack on the Occupational Safety and Health Administration has left workers vulnerable to Covid-19*, *The Intercept* (20 Ottobre 2020), in <https://theintercept.com/2020/10/20/trump-osha-workplace-safety-covid/>; SHESGREEN, *How COVID-19 shaped the 2020 election, swinging some voters to Biden but bolstering Trump with his base*, *USA Today* (9 Novembre 2020), in <https://eu.usatoday.com/story/news/politics/elections/2020/11/09/covid-19-shaped-2020-election-amid-split-biden-trump-response/3729201001/> (alle elezioni presidenziali, la maggior parte degli elettori riteneva che Biden, rispetto alla pandemia da Covid-19, avrebbe fatto meglio di Trump).

¹⁹ GAMIO, WALKER, *See Which States Are Falling Behind Biden's Vaccination Goal*, *New York Times* (3 Giugno 2021), in <https://www.nytimes.com/interactive/2021/06/03/us/virus-vaccine-states.html> (gli A. osservano che l'obiettivo di Biden di vaccinare almeno il 70% degli Americani con almeno una dose sconta ritardi in molte aree geografiche).

²⁰ LARKIN, BADGER, *The First General Federal Vaccination Requirement: The OSHA Emergency Temporary Standard for Covid-19 Vaccinations*, in *Admin. L. Rev. Accord*, 2022, pp. 377-378.

²¹ Caso *National Federation of Independent Business v. Osha*, cit., nota 9, punti 663-664.

allontanati. Esistevano alcune eccezioni per i lavoratori a distanza che trascorrevano il 100% del loro tempo lontano dal luogo di lavoro e per i dipendenti che lavoravano prevalentemente all’aperto. In aggiunta a ciò, i dipendenti potevano richiedere un’esenzione dal vaccino per motivi religiosi, laddove il loro credo religioso lo vietasse, come anche i datori di lavoro potevano richiedere ulteriori esenzioni allorquando erano in grado di provare che le proprie politiche di salute e sicurezza proteggevano adeguatamente i dipendenti dai rischi del Covid-19²².

4. Segue. Azioni legali contro l’obbligo vaccinale dell’OSHA nei tribunali di grado inferiore

Quasi immediatamente, diversi soggetti, tra cui Stati, numerosi datori di lavoro e organizzazioni imprenditoriali, hanno presentato ricorso, nei tribunali federali, contro l’obbligo vaccinale imposto dall’OSHA. Un caso ha raggiunto la Corte d’Appello degli Stati Uniti per il Quinto Circuito, che ha emesso un’ordinanza sospensiva dell’applicazione della normativa emergenziale dell’OSHA. L’argomentazione del Quinto Circuito, nel concedere la sospensione, si è incentrata sul probabile superamento, da parte dell’OSHA, delle proprie prerogative come agenzia amministrativa, nel disporre l’obbligo vaccinale; il suo operato ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale relativamente alla separazione dei poteri; e, in ogni caso, la formulazione della normativa in parola non si rivelava adattabile alle diverse tipologie di imprese ed ai diversi ambienti lavorativi²³.

Poco dopo, in base alle regole procedurali federali, tutte le cause pendenti che contestavano l’obbligo di cui si discute sono state riunite davanti ad un’unica Corte di appello federale, quella del Sesto Circuito. Il Sesto Circuito ha annullato la precedente sospensione, concludendo che le azioni dell’OSHA rientravano nell’ambito della sua autorità amministrativa e costituzionale. La Corte ha inoltre respinto la richiesta di decidere il caso *en banc* (n.d.t.: in sessione plenaria), con un voto equamente diviso di 8 a 8²⁴. Di norma, le Corti di Appello federali d’appello si pronunciano in una com-

²² *Ivi*, punti 663–664, 671 (Dissenso).

²³ *Ivi*, punto 664, dove si richiama *BST Holding*, 17 F.4° 604 (5° Cir. 2021).

²⁴ *Ivi*, dove si richiama *In re MCP No. 165*, 20 F.4° 264 (2021) e *Ion re MCP n. 165*, 21 F.4° 357 (CA6 2021).

posizione collegiale di tre giudici. Quando i casi sollevano questioni legali particolarmente importanti che possono influire sull'interesse pubblico, a discrezione della Corte d'Appello federale, possono essere decisi *en banc*, nel senso che tutti i giudici possono ascoltare e decidere il caso, piuttosto che un gruppo più ristretto²⁵.

Successivamente, le parti hanno presentato un'istanza alla Corte Suprema degli Stati Uniti, chiedendo che annullasse la decisione del Sesto Circuito e imponesse una sospensione dell'obbligo vaccinale dell'OSHA. La Corte ha accettato di ascoltare due ricorsi, uno presentato da un'associazione di imprese e uno da un gruppo di Stati, riunendoli in un'unica causa²⁶.

4. Segue. *La decisione della Corte Suprema*

La Corte Suprema ha ribaltato la decisione del Sesto Circuito e ha ridisposto la sospensione della normativa emergenziale dell'OSHA, che richiedeva l'obbligo di vaccinazione. Quando viene richiesta una sospensione – in questo caso, per impedire all'OSHA di dare attuazione alla propria regolamentazione emergenziale – è necessario dimostrare che le parti richiedenti la sospensione hanno un'elevata probabilità di successo nel merito del caso e che un giudizio equitativo sul caso favorirebbe la concessione della sospensione. Nel caso in esame, la Corte Suprema ha ritenuto altamente probabile che l'OSHA avesse agito oltre i limiti delle proprie prerogative amministrative²⁷. L'Agenzia ha l'autorità statutaria di emanare regolamenti in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Ha anche il potere di “emanare norme temporanee emergenziali, necessarie per proteggere i “dipendenti” da gravi pericoli sul posto di lavoro”²⁸. La Corte si è concentrata sulle prerogative statutarie dell'OSHA, il cui intervento deve riguardare le questioni *occupazionali* e la tutela dei *dipendenti* in caso di emergenza. Il Covid-19, invece, era un rischio universale, a cui era soggetta l'intera popolazione. Nella maggior parte delle situazioni, esso non rappresentava un rischio unico o comunque maggiore per i dipendenti nei rispettivi luoghi di lavoro. Nell'emanare una normativa emergenziale plausibilmente volta a richiedere la vaccinazione di oltre

²⁵ Regole federali della procedura d'appello, 35, 28 U.S.C.A.

²⁶ *National Federation of Independent Business v. Osha*, cit., punto 664.

²⁷ *Ivi*, punti 664-665.

²⁸ *Ivi*, punto 664.

84 milioni di dipendenti, l’OSHA, a dire della Corte, aveva superato le proprie prerogative, poiché agiva per regolamentare la salute pubblica in generale piuttosto che specifici pericoli sul luogo di lavoro²⁹. Sebbene l’OSHA si occupi di pericoli che si verificano sia sul posto di lavoro che in altri ambienti, come il rischio di incendi, secondo la Corte un obbligo vaccinale rivolto a decine di milioni di lavoratori rappresenta un eccesso di potere particolarmente ampio. A differenza delle norme antincendio e sanitarie per i luoghi di lavoro, un obbligo vaccinale non può essere annullato se si rivela in seguito illegittimo³⁰.

La Corte ha riconosciuto che l’OSHA poteva imporre restrizioni inerenti al Covid-19 per i luoghi di lavoro che presentavano pericoli particolari per i lavoratori: si pensi ai dipendenti di laboratori a contatto con il virus o ai luoghi di lavoro particolarmente affollati, dove il rischio di contrarre il coronavirus è maggiore. Tuttavia, la normativa emergenziale dell’OSHA andava ben oltre tali situazioni specifiche, riguardando essenzialmente ogni datore di lavoro privato con più di 100 dipendenti³¹.

Per quanto riguarda il giudizio equitativo, la Corte ha riconosciuto che le parti, da entrambi i lati, avevano eccepito il rischio di gravi conseguenze correlate alla concessione, o meno, della sospensiva: i datori di lavoro sostenevano che l’obbligo vaccinale avrebbe portato a ingenti perdite finanziarie e a dimissioni di massa dei dipendenti, se fosse entrato in vigore. L’OSHA, al contrario, evidenziava come la sospensione della normativa emergenziale avrebbe causato 6.500 morti e centinaia di migliaia di malattie altrimenti prevenibili. Pur tuttavia, tali evenienze non hanno pesato sulla concessione della sospensione, visto il presupposto per cui l’OSHA non aveva chiaramente l’autorità per imporre un obbligo vaccinale³².

In un parere favorevole separato, tre giudici, schierati con la maggioranza – Gorsuch, Thomas e Alito – hanno fornito un’ulteriore spiegazione circa le importanti limitazioni costituzionali ai poteri delle agenzie amministrative come l’OSHA, in particolare relativamente alla salute pubblica. La Costituzione degli Stati Uniti prevede solo specifici poteri per il governo federale, mentre tutti gli altri poteri sono lasciati agli Stati. In ef-

²⁹ *Ivi*, punti 664-665.

³⁰ *Ivi*, punto 665.

³¹ *Ivi*, punti 665-666.

³² *Ivi*, punto 666.

fetti, tradizionalmente gli Stati e le loro gerarchie politiche hanno esercitato ampie prerogative costituzionali per regolamentare la salute pubblica³³.

Pertanto, affinché il Governo federale possa rivendicare l'autorità di imporre un obbligo vaccinale alla maggior parte dei dipendenti del settore privato, è necessario dimostrare: 1) la fonte costituzionale e statutaria di tale autorità; 2) che l'esercizio di tale autorità non viola il principio costituzionale della separazione dei poteri. La Costituzione conferisce poteri a ciascuno dei tre rami del governo federale: esecutivo, legislativo e giudiziario, ed essi non sono fra loro interscambiabili. In relazione alle prerogative di un'agenzia amministrativa, ci sono due dottrine rilevanti che devono essere esaminate per determinare se vi sia stata una violazione della separazione dei poteri: la dottrina "delle questioni rilevanti" e la dottrina "della non-delega" (*major questions doctrine* e *non-delegation doctrine*). In base alla prima, quando l'agenzia si presta a regolamentare una materia che ha ampie ripercussioni economiche e politiche, il Congresso deve indicare chiaramente di aver dato all'agenzia tale potere. Ciò garantisce che l'agenzia, che fa parte del ramo esecutivo del governo, non usurpi il potere del ramo legislativo (il Congresso) regolamentando un settore importante³⁴. Secondo la dottrina della non delega, il Congresso non può delegare l'autorità di cui si discute ad un'agenzia amministrativa per evitare di essere ritenuto responsabile di decisioni impopolari. Analogamente, il Congresso non può aggirare la propria responsabilità attraverso prescrizioni vaghe, che diano ampio spazio all'interpretazione ed all'attuazione da parte di un'agenzia amministrativa³⁵.

In questo caso, sebbene il Governo federale abbia il potere di regolamentare la salute e la sicurezza sul lavoro, l'obbligo vaccinale imposto dall'OSHA aveva violato il principio della separazione dei poteri. Costringere 84 milioni di lavoratori a vaccinarsi era certamente una "questione rilevante", e, ai fini di legittimità della normativa emergenziale, il Congresso doveva aver dato all'OSHA un chiaro mandato per legiferare in tal senso; cosa che, in tal caso, non era accaduta, dal momento che l'operato dell'OSHA riguardava per lo più la salute pubblica, invece che i pericoli specifici del luogo di lavoro. Inoltre, il Congresso non avrebbe mai potuto delegare una

³³ *Ivi*, punto 667 (parere conforme).

³⁴ *Ivi*.

³⁵ *Ivi*, punto 669.

questione legislativa così importante e di interesse pubblico ad un’agenzia amministrativa esecutiva³⁶.

Altri tre giudici – Sotomayor, Breyer e Kagan – si sono espressi in maniera opposta, ritenendo che la normativa emergenziale dell’OSHA sull’imposizione dell’obbligo vaccinale rientrasse nell’ambito dell’autorità statutaria dell’agenzia. Ai sensi dello statuto, l’OSHA ha il diritto di emanare norme di emergenza per affrontare “nuovi pericoli” e “agenti fisicamente dannosi” che rappresentano gravi pericoli per i dipendenti. Il Covid-19 risponde a questa definizione, in quanto si tratta di un nuovo pericolo e il virus è considerato un agente nocivo, la cui diffusione è causa di gravi pericoli per i lavoratori. Di conseguenza, i giudici dissenzienti hanno ritenuto che l’OSHA aveva il diritto di emanare una normativa emergenziale per affrontare la diffusione del Covid-19 sul luogo di lavoro³⁷. Non erano in linea con la maggioranza sul fatto che l’obbligo vaccinale investisse un problema di salute pubblica più ampio, piuttosto che i pericoli specifici sul luogo di lavoro, come richiesto dallo statuto. L’OSHA regola ordinariamente i pericoli di incendio ed i problemi igienico-sanitari nei luoghi di lavoro, anche se tali problemi non riguardano esclusivamente i luoghi di lavoro. L’oggetto dei regolamenti dell’OSHA deve, sì, essere correlato alla sicurezza sul luogo di lavoro, ma non deve riguardare esclusivamente tale ambito. Nel caso di specie, il vaccino avrebbe migliorato la salute e la sicurezza dei dipendenti, e quindi può dirsi che la specifica regolamentazione rientrava nell’ambito dell’autorità statutaria dell’OSHA³⁸. Infine, i giudici dissenzienti hanno sottolineato che qualsiasi valutazione equitativa penderebbe a favore dell’operato dell’OSHA, poiché evidentemente idoneo a salvare vite umane³⁹.

6. *L’impatto della decisione National Federation of Independent Business v. Osha sull’obbligo vaccinale per i dipendenti pubblici e privati: le limitazioni all’ambito di applicazione della decisione*

Non si possono minimizzare, da un lato, gli esiti drammatici della decisione della Corte Suprema nella causa *National Federation of Independent Bu-*

³⁶ *Ivi*, punti 669–670.

³⁷ *Ivi*, punto 672 (parere dissenziente).

³⁸ *Ivi*, punti 673–675.

³⁹ *Ivi*, punti 676–677.

siness v. Osha. I giudici hanno sospeso un obbligo vaccinale che avrebbe portato alla vaccinazione di circa 84 milioni di lavoratori del settore privato durante l'ondata della variante omicron del virus Covid-19. Se questi lavoratori fossero stati vaccinati, come richiesto dall'OSHA, vi sarebbe stato un notevole miglioramento della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro negli Stati Uniti, ed anche un impatto positivo sugli sforzi del governo federale per combattere la pandemia in generale, con un notevole aumento dei tassi di vaccinazione nel Paese⁴⁰. Per altro verso, la decisione della Corte può essere considerata limitata sotto molti aspetti.

Dal punto di vista procedurale, la questione è stata sottoposta alla Corte come richiesta urgente di sospensione della regolamentazione emergenziale dell'OSHA, concernente la vaccinazione dei dipendenti. La sospensione è una misura temporanea e non costituisce una decisione nel merito. Di conseguenza, il caso prosegue presso la Corte d'Appello degli Stati Uniti per il Sesto Circuito per una decisione definitiva sull'autorità dell'OSHA di emanare la sua regolamentazione emergenziale in risposta alla pandemia Covid-19, e tale decisione potrebbe essere in ultima istanza riesaminata dalla Corte Suprema⁴¹. Sebbene sia molto probabile che i tribunali alla fine ritengano che l'OSHA non aveva il potere di intraprendere questa azione, in considerazione dell'ampia formulazione della decisione della Corte Suprema sul punto, tecnicamente, è possibile giungere a una conclusione diversa.

Inoltre, sempre in base alla decisione della Corte, la stessa OSHA ha mantenuto l'autorità di emanare una regolamentazione emergenziale più ristretta, volta a proteggere meglio i lavoratori specificamente a rischio di contrarre il virus Covid-19. La Corte ha fatto specifico riferimento agli operatori di laboratorio in contatto diretto con il virus ed ai dipendenti che lavorano in luoghi di lavoro angusti, in cui il virus ha maggiori opportunità di diffondersi⁴². La decisione era inoltre circoscritta alla questione se l'OSHA possedesse l'autorità statutaria di richiedere la vaccinazione contro il Covid-19 per determinati dipendenti e non affrontava la questione se diverse agenzie amministrative avessero tale autorità in un quadro legislativo diverso.

⁴⁰ V. SHACHAR, COHEN, *The Danger of the Supreme Court Undercutting Biden's Vaccination Rules*, Time, 10 gennaio 2022, in <https://time.com/6138247/supreme-court-bidens-vaccination-rules/> (gli Autori prevedevano come un eventuale diniego della Corte dell'obbligo vaccinale avrebbe rappresentato un grave danno per la salute pubblica).

⁴¹ *National Federation of Independent Business v. Osha*, cit., punti 666-667.

⁴² *Ivi*, punto 666.

La Corte non ha inoltre stabilito che il Governo federale non aveva l'autorità di approvare una legge che avrebbe imposto ai dipendenti del settore privato di vaccinarsi contro il Covid-19. Il Congresso aveva approvato un'importante legislazione in risposta alla pandemia da Covid-19, riguardante in parte anche direttamente i lavoratori. Tuttavia, non aveva incluso nella normativa un obbligo vaccinale di portata generale. Peraltro, a causa delle difficoltà politiche inerenti all'inserimento di questo requisito – i Democratici non avevano i voti in Senato per approvare una legge che includesse un obbligo vaccinale – il Presidente Biden ha cercato di raggiungere questo obiettivo attraverso un'azione amministrativa esecutiva. Come ha sottolineato l'opinione conforme del giudice Gorsuch, ciò è contrario alle prerogative costituzionali inerenti alla separazione dei poteri. Ma la Corte non ha impedito al Congresso di approvare una legge che prevedesse l'obbligo vaccinale laddove avesse avuto la volontà politica (e i voti) per farlo⁴³.

Né sono state poste limitazioni agli Stati e alle loro ramificazioni politiche (cioè i governi locali) nel richiedere che i dipendenti fossero vaccinati nelle rispettive giurisdizioni. Nel diritto costituzionale degli Stati Uniti, gli Stati hanno tradizionalmente avuto un'ampia discrezionalità nel regolamentare la salute e la sicurezza pubblica, e sarebbero anche liberi di approvare leggi adeguate secondo valutazioni di opportunità⁴⁴. Inoltre, la decisione della Corte non ha avuto alcun impatto sul diritto dei datori di lavoro privati di richiedere ai propri dipendenti la vaccinazione contro il virus Covid-19 come condizione per l'assunzione, rispetto all'adozione di tale provvedimento in base ad un obbligo legislativo, federale o statale.

Questi vuoti lasciati dalla Corte Suprema sono stati colmati in una certa misura da forme diverse di azione esecutiva e amministrativa a livello federale, oltre che da leggi statali e locali e da regolamenti interni dei datori di lavoro privati, come sarà illustrato qui di seguito.

⁴³ *Ivi*, punto 670 (parere conforme), laddove si evidenzia anche che il Congresso ha approvato in passato leggi che richiedevano vaccinazioni obbligatorie: *ivi*, punto 678.

⁴⁴ *Ivi*, punti 667, 670 (parere conforme).

6. Segue. *Obblighi vaccinali oltre la normativa emergenziale dell'OSHA nel caso National Federation of Independent Business v. Osha*

6.1. *Altri obblighi vaccinali concernenti i dipendenti di agenzie amministrative federali o esecutivi (Presidenziali)*

Oltre all'OSHA, nel novembre 2021 anche un'altra agenzia amministrativa federale, il Dipartimento della Salute e dei Servizi Umani (HHS), nella persona del Segretario, ha imposto un obbligo vaccinale a determinati dipendenti, anche se meno esteso⁴⁵. L'HHS è incaricato, tra gli altri compiti, di amministrare due imponenti programmi sanitari federali, *Medicare* e *Medicaid*. *Medicare* fornisce prestazioni sanitarie agli anziani, mentre *Medicaid* fornisce assistenza sanitaria alle persone a basso reddito⁴⁶. In risposta alla pandemia da Covid-19, l'HHS ha emanato un regolamento provvisorio che richiedeva agli operatori sanitari che forniscono servizi a pazienti *Medicare* e *Medicaid* presso centri di assistenza domiciliare, ospedali e istituzioni correlate di essere vaccinati contro il virus. Erano previste eccezioni per motivi medici e religiosi e la norma non era applicabile agli operatori sanitari che lavoravano per il 100% del tempo a distanza⁴⁷.

Diversi Stati hanno contestato l'operato dell'HHS e hanno ottenuto una sospensione del regolamento da un tribunale distrettuale federale. Il Dipartimento si è rivolto alla Corte Suprema per richiedere la cancellazione della sospensione⁴⁸. Nella decisione *Biden c. Missouri*, la Corte ha appoggiato l'operato dell'HHS, ripristinando l'obbligo vaccinale per alcuni operatori sanitari.

La Corte ha spiegato che il Segretario del Dipartimento della Salute e dei Servizi Umani aveva l'autorità statutaria di richiedere certi requisiti per gli enti sanitari che forniscono servizi *Medicare* e *Medicaid*, compresi quelli "che [egli] ritiene necessari nell'interesse della salute e della sicurezza degli individui che ricevono servizi dall'ente". L'obbligo di vaccinare tali operatori sanitari era direttamente collegato alla salute ed alla sicurezza di tali persone, soprattutto poiché questi pazienti erano ad alto rischio di ammalarsi grave-

⁴⁵ Caso *Biden c. Missouri*, cit. (nota 9) punto 650.

⁴⁶ *Ivi*.

⁴⁷ *Ivi*, punto 651.

⁴⁸ *Ivi*, punti 651-652.

mente di Covid-19⁴⁹. Inoltre, in assenza di un obbligo di vaccinazione, i pazienti avrebbero potuto temere di curarsi in queste strutture per paura di contrarre il Covid-19, contribuendo ulteriormente alla crisi della salute pubblica innescata dalla pandemia⁵⁰. Infine, la decisione dell’HHS di emanare la propria regolamentazione in tempi brevi in veste di normativa provvisoria, senza il normale processo di commento e revisione, è stata ritenuta ragionevole data l’emergenza senza precedenti che il Paese si trovava ad affrontare⁵¹.

Di conseguenza, a differenza della regolamentazione emergenziale dell’OSHA, quella dell’HHS rientrava direttamente nell’ambito della sua autorità statutaria, ed era stata concepita per proteggere specifici individui vulnerabili dal Covid-19, ovvero gli anziani e i non abbienti beneficiari dell’assistenza di *Medicare* e *Medicaid*⁵². Sebbene non sia stata menzionata nella decisione della Corte, un’altra possibile distinzione tra le due fattispecie è la portata molto più ampia dell’obbligo vaccinale dell’OSHA (riguardante 84 milioni di dipendenti del settore privato, a dispetto dei soli operatori sanitari che forniscono servizi Medicare e Medicaid). L’eccessiva ampiezza della regolamentazione dell’OSHA ha suggerito che quell’obbligo vaccinale fosse finalizzato alla tutela della salute pubblica in generale, più che volto a proteggere specificamente i lavoratori, ai sensi del relativo statuto⁵³.

Anche il Presidente Biden è intervenuto in tale situazione, emettendo ordinanze esecutive richiedenti essenzialmente che 1) tutti i dipendenti federali e 2) i dipendenti di appaltatori federali (dipendenti privati che lavorano per datori di lavoro con contratti governativi federali) ricevessero la vaccinazione contro il Covid-19⁵⁴. Le fonti dell’autorità del Presidente Biden per intraprendere queste azioni sono state in parte diverse. Per quanto riguarda l’ordinanza di vaccinazione dei dipendenti federali, il Presidente ha agito di fatto come Direttore generale dei lavoratori federali, il quale, come tale, ha

⁴⁹ *Ivi*, punti 652-653.

⁵⁰ *Ivi*, punto 651.

⁵¹ *Ivi*, punto 654.

⁵² *Ivi*, punto 652.

⁵³ *National Federation of Independent Business v. Osha*, cit., punto 666.

⁵⁴ V. l’ordinanza esecutiva n. 14042, 86 Fed. Reg. 50, punti 985-88, 9 settembre 2021 (che ha richiesto ad una speciale *task force* di stabilire dei requisiti per gli appaltatori federali al fine di garantire adeguate tutele ai propri dipendenti contro il Covid-19; poco dopo la *task force* ha imposto la vaccinazione della maggior parte dei dipendenti di tali appaltatori) e l’ordinanza esecutiva n. 14043, 86 Fed. Reg. 50.989, 50.990, 9 settembre 2021 (che ha richiesto la vaccinazione di tutti i dipendenti del ramo esecutivo).

il diritto di prendere decisioni sulle politiche del personale e di gestione, compresa la definizione di condizioni di lavoro sicure⁵⁵. Un complesso sistema legislativo, il *Civil Service Reform Act* (CSRA), protegge i dipendenti federali da azioni illegittime nei confronti del personale. I dipendenti che subiscono un provvedimento negativo sul lavoro (come una sanzione disciplinare o un licenziamento) possono appellarsi ad una commissione amministrativa (il *Merit System Protection Board*, MSPB), per poi presentare un ulteriore ricorso ad una Corte d'Appello federale⁵⁶. Esiste anche un processo amministrativo nell'ambito del quale un dipendente può richiedere l'inibizione di una politica illegale⁵⁷. Nel caso *Feds for Medical Freedom c. Biden*⁵⁸, una Corte d'Appello federale ha annullato la sospensione, da parte di un tribunale di grado inferiore, dell'ordine esecutivo del Presidente Biden relativo alla vaccinazione dei dipendenti federali. La Corte ha chiarito che i dipendenti federali non potevano impugnare direttamente l'ordine esecutivo del Presidente Biden in Tribunale. Al contrario, dovevano prima passare attraverso il processo amministrativo delineato nel CSRA, che rappresenta per essi un rimedio esclusivo. Nella maggior parte dei casi, ciò implica che i dipendenti federali che rifiutino di vaccinarsi subiscano una sanzione disciplinare e la impugnino in via amministrativa. L'MSPB potrebbe allora adottare un rimedio soddisfacente per il dipendente ove ritenesse l'ordine esecutivo illegittimo⁵⁹.

Per quanto riguarda l'ordine esecutivo che impone i vaccini ai dipendenti degli appaltatori federali, l'autorità del Presidente Biden deriva dal *Federal Property and Administrative Services Act*. Questa legge conferisce al Presidente l'autorità generale di promuovere l'efficienza e l'economia nell'assicurare che i contratti federali siano assegnati alle condizioni più vantag-

⁵⁵ *Appeals court OKs Biden federal employee vaccine mandate*, NPR News (7 aprile 2022), in <https://www.npr.org/2022/04/07/1091558679/appeals-court-oks-biden-federal-employee-vaccine-mandate>: "L'amministrazione ha sostenuto che la Costituzione conferisce al Presidente, in quanto capo della forza lavoro federale, la stessa autorità dell'amministratore delegato di una società privata per richiedere che i dipendenti siano vaccinati".

⁵⁶ Caso *Feds for Medical Freedom c. Biden*, 30 E4° punti 503, 506-508 (5° Cir. 2022) (vengono delineate le procedure nell'ambito del CSRA).

⁵⁷ *Ivi*, punti 510-511.

⁵⁸ 30 E4° 503, cit.

⁵⁹ *Ivi*, punti 509-510. Nella sua decisione, la Corte ha anche sottolineato che altri 12 tribunali di grado inferiore che si sono confrontati con la stessa questione si sono rifiutati di bloccare l'obbligo vaccinale del presidente Biden per i dipendenti federali: *ivi*, punto 505, n. 1.

giose per il governo federale⁶⁰. Secondo il presidente Biden, imporre la vaccinazione ai dipendenti degli appaltatori federali significava far sì che questi ultimi lavorassero in modo più efficiente, perché i loro dipendenti avrebbero perso meno tempo a causa del Covid 19⁶¹. Tuttavia, nelle cause *Georgia c. Biden* e *Kentucky c. Biden*, una Corte distrettuale federale e una Corte d’appello federale hanno rispettivamente inibito l’applicazione dell’ordinanza presidenziale, conducendo un’analisi simile a quella che la Corte Suprema ha poi condotto nella causa *National Federation of Independent Business v. Osha*. Entrambe le giurisdizioni hanno riconosciuto che il Presidente aveva in un certo qual modo un’autorità generale ai sensi della legge per promuovere l’economia e l’efficienza nei contratti federali. Tuttavia, per apportare un cambiamento politico importante – in questo caso, richiedere la vaccinazione di milioni di dipendenti – era necessario che lo statuto concedesse in modo più specifico e chiaro tale ampia autorità, cosa non avvenuta nel caso di specie. L’ordinanza esecutiva è sembrata più che altro diretta a promuovere la tutela della salute pubblica in generale che non a rendere più efficienti i contratti federali⁶².

6.2. Obbligo vaccinale dei dipendenti statali e locali

La Corte Suprema molto tempo fa ha definitivamente stabilito il diritto costituzionale generale degli Stati di imporre vaccinazioni alle rispettive popolazioni per la tutela della salute pubblica⁶³. Nel caso *Jacobson c. Massachusetts*⁶⁴, il Massachusetts aveva promulgato una legislazione che richiedeva che la popolazione di varie città e comuni fosse vaccinata contro il vaiolo su raccomandazione di un Consiglio di sanità pubblica che lo ritenesse necessario in una determinata località. La legge è stata impugnata in tribunale per illegittimità costituzionale e la questione è stata sottoposta alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Esprimendosi favorevolmente nei confronti della legge, la Corte ha spiegato che:

⁶⁰ Caso *Kentucky c. Biden*, 23 F.4° punti 585, 589–590 (6° Cir. 2022); caso *Georgia c. Biden*, ESupp.3d; 2021 WL 5779939, 9–10 (S.D. Ga. 2021).

⁶¹ Caso *Georgia c. Biden*, 2021 WL 5779939, punto 10.

⁶² *Ivi*, punti 10–12 (emanazione di un’ingiunzione a livello nazionale contro l’applicazione dell’ordine esecutivo); caso *Kentucky c. Biden*, 23 F.4°, punti 604, 606–607.

⁶³ *Gumina et al.*, cit., nota 10, pp. 15–16.

⁶⁴ 197 U.S. 11 (1905).

“L’autorità dello Stato di emanare tale normativa deve essere riferita a quello che viene comunemente chiamato potere di polizia, un potere al quale lo Stato non ha rinunciato quando è diventato membro dell’Unione secondo la Costituzione. Sebbene questa Corte si sia astenuta da qualsiasi tentativo di definire i limiti di tale potere, *ha tuttavia riconosciuto distintamente l’autorità di uno Stato di emanare leggi sulla quarantena e ‘leggi sanitarie di ogni tipo’*; si tratta, in effetti, di tutte le leggi che si riferiscono a questioni completamente interne al territorio statale e che, nella loro attuazione, non incidono sulla popolazione di altri Stati. In base a principi consolidati, il potere di polizia di uno Stato deve essere ritenuto in grado di comprendere almeno le norme ragionevoli stabilite direttamente da un atto legislativo per proteggere la salute e la sicurezza pubblica”⁶⁵.

Esistono solo precipue eccezioni a questo principio generale. La Corte, nel caso *Jacobson*, ha riconosciuto che obbligare gli individui a vaccinarsi, quando sia medicalmente controindicato a causa delle loro specifiche condizioni di salute, potrebbe essere in conflitto con l’obiettivo dello Stato di promuovere la salute pubblica⁶⁶. L’obbligo vaccinale imposto a livello statale può anche essere illegittimo laddove violi un altro principio costituzionale o statutario federale, in particolare la libertà di religione⁶⁷. Come anche laddove la legge statale sia in conflitto con altri principi costituzionali o legali dello Stato. Per quanto riguarda gli obblighi vaccinali statali e locali imposti ai dipendenti, le questioni legali sollevate hanno riguardato per lo più presunti conflitti con la normativa federale anti-discriminatoria e costituzionale legata alla libertà di religione, con le leggi statali relative all’autorità del potere esecutivo o legislativo di imporre un tale obbligo e con il diritto del lavoro statale.

I casi sollevati in Massachusetts, New York e New Jersey illustrano la gamma di risposte a tali questioni. Nel caso *We The Patriots USA, Inc. c. Hochul*⁶⁸ la legge di New York imponeva a tutte le strutture sanitarie dello Stato di garantire che determinati dipendenti si vaccinassero contro il Covid-19.

⁶⁵ *Ivi*, punti 24-25 (mio il corsivo).

⁶⁶ *Ivi*, pp. 38-39.

⁶⁷ Sebbene un commentatore sostenga, dopo aver esaminato la giurisprudenza applicabile, che qualsiasi azione legale costituzionale federale contro l’obbligo del vaccino per il Covid-19 per motivi di libertà di religione (relativamente, cioè, a quanti sostengono che essere vaccinati violerebbe il proprio Credo) probabilmente fallirebbe. V. KAMINER, *op. cit.*, pp. 112-115.

⁶⁸ 17 F.4° 266 (2° Cir. 2021).

In particolare, i dipendenti di cui si discuteva erano coloro che “svolgono attività tali che, se fossero infettati dal COVID-19, potrebbero potenzialmente esporre alla malattia altro personale coperto [dalla normativa], pazienti o residenti”⁶⁹. Esisteva un’eccezione medica all’obbligo vaccinale, laddove il vaccino fosse stato dannoso per la salute di un particolare individuo. Tuttavia, non vi era alcuna esenzione specifica per i dipendenti che si opponessero alla vaccinazione per motivi religiosi⁷⁰. Diversi dipendenti hanno sostenuto che l’obbligo vaccinale statale violasse la legge federale contro la discriminazione, in particolare il Titolo VII della legge sui diritti civili. Tale Titolo proibisce la discriminazione (tra l’altro) su base religiosa e impone ai datori di lavoro di offrire una soluzione ragionevole ai dipendenti che non possono rispettare un certo requisito sul luogo di lavoro per motivi religiosi. In base alla clausola di supremazia della Costituzione degli Stati Uniti, in caso di conflitto tra leggi statali e federali, prevalgono le seconde. In questo caso, i dipendenti sostenevano che la mancanza, nell’ambito dell’obbligo vaccinale imposto dallo Stato, di una specifica esenzione religiosa, violasse il requisito di ragionevole adattamento di cui al Titolo VII. La Corte d’appello federale ha respinto tale argomentazione, sottolineando che la legge non contiene alcun divieto assoluto di concedere accomodamenti ragionevoli per motivi religiosi. Era ipotizzabile che agli obiettori religiosi potesse essere assegnato il telelavoro come soluzione, ad esempio, invece di vaccinarsi. Di conseguenza, non vi era alcun conflitto tra la legge statale e quella federale che implicasse l’applicazione della Clausola di Supremazia⁷¹.

Nel caso *New Jersey State Policemen’s Benevolent Association c. Murphy*⁷², il Governatore del New Jersey aveva emesso un’ordinanza esecutiva che impo-

⁶⁹ *Ivi*, punto 274.

⁷⁰ *Ivi*, punto 275.

⁷¹ *Ivi*, punti 290-293. Un’altra Corte d’Appello federale è giunta ad una conclusione simile. *Does 1-6 v. Mills*, 16 F.4th 20, 36 (1° Cir. 2021). Entrambi i tribunali, nei casi *Mills* e *We The Patriots USA*, hanno anche respinto le affermazioni dei dipendenti secondo cui l’obbligo vaccinale violava il loro diritto costituzionale federale al libero esercizio della religione, che si trova nella clausola di libero esercizio del Primo Emendamento. *Mills*, 16 F.4°, punto 35; *We The Patriots USA*, 17 F.4°, punto 290. La Corte Suprema si è rifiutata di sospendere in via cautelare le leggi di New York e del Maine, sebbene il giudice Gorsuch abbia espresso un forte dissenso in entrambi i casi, ritenendo che un obbligo vaccinale che contenga un’eccezione medica, ma non un’eccezione religiosa, sia incostituzionalmente discriminatorio nei confronti del libero esercizio della religione: Gumina et al., cit., nota 10, pp. 16-17.

⁷² - A.3d - (N.J. Super. 2022), 2022 WL 414152.

neva agli agenti di custodia delle carceri dello Stato di vaccinarsi contro il Covid-19⁷³. I sindacati che rappresentano le guardie carcerarie hanno presentato un'azione legale per contestare il provvedimento in questione per diversi motivi, sostenendo che il governatore non aveva l'autorità di emanare l'ordinanza, in base alla legge statale, e che violava le prerogative sindacali in base ai rispettivi contratti collettivi di lavoro⁷⁴. Il tribunale ha respinto queste argomentazioni nella loro interezza. Analizzando gli statuti pertinenti del New Jersey, l'organo giudicante ha concluso che il Governatore possedeva un'ampia autorità per fronteggiare l'emergenza sanitaria causata dalla pandemia da Covid-19. Inoltre, il provvedimento che richiedeva alle guardie carcerarie di vaccinarsi era specificamente mirato ad affrontare un aspetto particolarmente grave della crisi: i tassi elevatissimi di infezioni da coronavirus nelle carceri dello Stato⁷⁵. Non vi era, inoltre, a detta dell'autorità giudicante, alcun conflitto con il contratto collettivo di categoria. Secondo il diritto del lavoro del New Jersey, alcune decisioni dello Stato sono considerate una prerogativa governativa non negoziabile, quando implicano importanti politiche statali. Richiedere alle guardie carcerarie di vaccinarsi nel bel mezzo di una pandemia che ha colpito le carceri in modo particolarmente duro era proprio una di queste prerogative governative non negoziabili; di conseguenza, la contrattazione collettiva non poteva ostacolare l'ordinanza esecutiva del Governatore⁷⁶.

Infine, nel caso *State Police Association of Massachusetts c. Commonwealth*⁷⁷, il Governatore del Massachusetts ha emesso un'ordinanza che imponeva a tutti i dipendenti del ramo esecutivo del governo di vaccinarsi contro il Covid-19. Un sindacato che rappresenta 1.800 agenti della polizia di Stato ha chiesto di negoziare questa nuova politica, sostenendo che era necessaria ai sensi della legge sul lavoro dello Stato, poiché riguardava i termini e le condizioni di impiego degli agenti. Si sono svolti alcuni negoziati, incentrati sulla controproposta del sindacato di inserire l'opzione di un test al posto della vaccinazione. Alla fine, però, il Governatore ha attuato unilateralmente la politica senza attendere la conclusione dei negoziati. Il sindacato ha presentato un'azione per condotta antisindacale all'organo amministrativo competente, sostenendo che il Governatore avesse violato i suoi obblighi

⁷³ *Ivi*, punto 1.

⁷⁴ *Ivi*.

⁷⁵ *Ivi*, punti 7-8.

⁷⁶ *Ivi*, punto 9.

⁷⁷ 2021 WL 5630383 (Mass. Sup. 2001).

nell’ambito della contrattazione collettiva ai sensi della legge sul lavoro del Massachusetts. Mentre il procedimento era pendente, il sindacato ha anche presentato un’azione legale, chiedendo che l’obbligo vaccinale venisse inibito. Il tribunale ha respinto la richiesta del sindacato, non in grado di dimostrare un danno irreparabile in assenza dell’ingiunzione. In particolare, il danno che il sindacato o i suoi membri avrebbero subito sarebbe stato di natura economica: un dipendente che si rifiuti di vaccinarsi potrebbe subire sanzioni disciplinari o essere licenziato. Tuttavia, tale danno può ricevere un ristoro integrale dalla Divisione del Massachusetts per i Rapporti di Lavoro – che ha l’autorità di ordinare il reintegro e il pagamento dell’intera retribuzione arretrata – nel caso in cui il Governatore desse corso all’obbligo vaccinale in violazione del suo dovere di contrattazione collettiva⁷⁸.

6.3. Obblighi vaccinali da parte di datori di lavoro privati

I datori di lavoro privati hanno la massima flessibilità nell’imporre obblighi relativi al Covid-19 ai rispettivi lavoratori. La Costituzione degli Stati Uniti agisce quasi sempre per limitare l’azione del governo o dello Stato, e non quella di soggetti privati. Con l’eccezione delle leggi federali concernenti la contrattazione collettiva e l’antidiscriminazione, il diritto del lavoro americano è in gran parte lasciato agli Stati. Il diritto del lavoro statale, a sua volta, si basa sulla dottrina di *common law* dell’*employment at will*, che lascia ai datori di lavoro un’ampia discrezionalità nell’assumere, licenziare e gestire i propri dipendenti. Il famoso, o, forse, famigerato principio dell’*employment at will* consente ai datori di lavoro di licenziare qualsiasi dipendente per qualsiasi motivo o senza alcun motivo: in altre parole, il rapporto di lavoro è in balia della “volontà” del datore di lavoro. Di conseguenza, un datore potrebbe liberamente imporre a tutti i suoi dipendenti l’obbligo di vaccinarsi e licenziare legittimamente i dipendenti che si rifiutano di farlo⁷⁹.

⁷⁸ Ivi, punti 3-4. V. anche *Civil Service Employees Association Inc., Local 1000, AFSCME, AFL-CIO, c. Stato di New York (sistema giudiziario unificato)*, 73 Misc. 3d, 874, 894 (N.Y. Supr. Ct. 2021): “La scelta tra l’acceptare una vaccinazione cui si è fortemente contrari, da un lato, e la perdita del posto di lavoro dall’altro, può sembrare una non scelta. In realtà, lo è. Nessuno, nell’ambito della politica contestata, è costretto ad accettare una vaccinazione contro la sua volontà. Coloro che scelgono volontariamente di non vaccinarsi si espongono indiscutibilmente ad un danno significativo – la potenziale perdita del posto di lavoro – che può essere riparato. Per questo motivo, non c’è alcun danno irreparabile...”.

⁷⁹ THOMPSON et al., *op. cit.*, nota 11, pp. 229-231.

Le uniche limitazioni per il datore di lavoro possono essere poste dalla contrattazione collettiva federale e dalla legge anti-discriminazione. Ai sensi del *Labor Management Relations Act* (LMRA)⁸⁰, i tribunali federali hanno giurisdizione sulle controversie relative all'interpretazione dei contratti collettivi per la maggior parte dei dipendenti del settore privato⁸¹. In pratica, la maggior parte degli accordi collettivi contiene clausole compromissorie, in base alle quali sono devolute ad un arbitro (concordato dal sindacato e dal datore di lavoro) eventuali controversie sull'interpretazione dell'accordo, con una decisione definitiva e vincolante. Una parte potrebbe chiedere ad un tribunale federale, ai sensi dell'LMRA, di annullare o confermare il lodo arbitrale, sebbene il tribunale possa annullarlo solo in circostanze molto limitate⁸². È anche possibile per un sindacato richiedere che un tribunale federale conceda un'ingiunzione contro il datore di lavoro, vietando qualsiasi modifica delle condizioni di lavoro fino a quando un arbitro non decida la controversia, se (tra gli altri fattori) il sindacato subisca un danno irreparabile laddove le modifiche entrino in vigore immediatamente. Questa circostanza potrebbe essere particolarmente presente quando è in gioco la salute e la sicurezza dei lavoratori⁸³. Per quanto riguarda gli obblighi vaccinali imposti dai datori di lavoro, i sindacati hanno sostenuto che essi violano i termini del contratto collettivo di lavoro applicabile e che devono essere negoziati con il sindacato prima di essere attuati. Un obbligo vaccinale ha certamente effetti sulle condizioni di lavoro dei dipendenti, e di norma sarebbe un profilo obbligatorio

⁸⁰ 29 U.S.C., sez. 185.

⁸¹ Caso *Textile Workers Union of America c. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957).

⁸² V. *United Steelworkers of Am. v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 581 (1960); *United Steelworkers of Am. v. Am. Mfg. Co.*, 363 U.S. 564, 567 (1960); *United Steelworkers of Am. v. Enter. Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593, 598 (1960). Queste decisioni, considerate insieme, sono conosciute come *La trilogia dei lavoratori siderurgici*.

⁸³ RUBEN J. GARCÍA, *The Human Right to Workplace Safety in a Pandemic*, in *Wash. U. J.L. & Pol'y*, 2021, p. 133. Tali regole per le ingiunzioni in attesa dell'arbitrato riguardano l'LMRA. I dipendenti delle compagnie aeree e ferroviarie sono coperti da un'altra legge federale sul lavoro, il *Railway Labor Act* (RLA). Ai sensi dell'RLA, se esiste una controversia importante tra un sindacato e un datore di lavoro, quest'ultimo non può attuare un cambiamento di politica fino a quando la controversia non è risolta. Se invece si tratta di una controversia minore, il datore di lavoro può attuare il cambiamento nelle more dell'esito dell'arbitrato. I tribunali hanno ritenuto che l'obbligo vaccinale imposto da un datore di lavoro sia una controversia minore e possa essere attuato fino a quando un arbitro non decida diversamente: caso *Northeast Illinois Regional Commuter Rail Corporation c. International Association Of Sheet Metal, Air, Rail, And Transportation Workers - Transportation Division*; 2022 WL 60523 (N.D. Ill. 2022).

di contrattazione⁸⁴. Molti accordi collettivi, tuttavia, contengono clausole di “diritti di gestione”, in cui il sindacato rinuncia al proprio diritto di contrattare su determinati cambiamenti, che il datore di lavoro può attuare in relazione alla gestione della propria attività. Una clausola sui diritti di gestione di portata ampia potrebbe plausibilmente fornire al datore di lavoro il diritto di richiedere vaccinazioni contro il Covid-19⁸⁵. In ogni caso, la corretta interpretazione del contratto collettivo è demandata ad un arbitro. I tribunali sono stati riluttanti nel concedere un’ingiunzione, bloccando l’attuazione del dell’obbligo vaccinale fino all’arbitrato, perché i sindacati non sono stati in grado di dimostrare l’esistenza di un danno irreparabile collegato al perpetuarsi dell’obbligo⁸⁶.

I sindacati hanno sostenuto che il danno irreparabile risiede nel fatto che una vaccinazione non può essere revocata. Dunque, un dipendente si ritrova costretto a sottoporsi alla vaccinazione per paura di perdere il posto di lavoro, con l’eventualità che alcuni mesi dopo un arbitro decida che l’obbligo viola il contratto collettivo. Tuttavia, i tribunali hanno stabilito che si tratta solo di un danno economico che può essere successivamente risarcito da un arbitro. Un dipendente riluttante a farsi vaccinare potrebbe rifiutarsi di ottemperare all’obbligo, essere licenziato e in seguito ottenere per via arbitrale un indennizzo e la reintegrazione, se la politica del datore di lavoro risultasse aver violato l’accordo⁸⁷.

⁸⁴ Caso *United Steel, Carta e Silvicultura, Gomma, Produzione, Energia, Allied Industrial & Service Workers International Union, AFL-CIO.CLC, contro Essentia Health*, 280 F. Supp. 3d, 1161, 1164 (D.Minn. 2017).

⁸⁵ *Ivi*, punto 1165 (il datore di lavoro ha sostenuto che l’attuazione della politica vaccinale rientrasse nei suoi diritti di gestione ai sensi dell’accordo collettivo); American Law Institute, *Legal and Practical Considerations for Employers Weighing Covid-19 Vaccination as a Condition of Continued Employment*, VCCE0310 ALI-CLE 333, 11-12 Marzo 2021: “Per i datori di lavoro con una forza lavoro sindacalizzata, l’accordo di contrattazione collettiva applicabile può già conferire al datore di lavoro il diritto di sviluppare e attuare unilateralmente un programma vaccinale”.

⁸⁶ Caso *International Brotherhood of Teamsters, Local 743, Plaintiff, v. Central States, Southeast and Southwest Areas Health and Welfare and Pension Funds*, 2021 WL 4745258, punto 1 (N.D. Ill. 2021) (viene respinta la richiesta del sindacato di un’ingiunzione preliminare contro l’attuazione della politica di vaccinazione obbligatoria per il Covid-19 del datore di lavoro, in attesa dell’arbitrato); caso *Essentia Salute*, cit., punti 1165-1167.

⁸⁷ Caso *Essentia Salute*, cit., punto 1165. L’organo giudicante ha poi ritenuto che anche il ricevimento di un vaccino antinfluenzale non desiderato non rappresenterebbe un rischio inaccettabile per la sicurezza, né comprometterebbe la procedura di arbitrato prevista dal contratto collettivo: *ivi*, punto 1167.

Le leggi federali contro la discriminazione possono anche porre alcune restrizioni alla prerogativa datoriale di imporre un obbligo vaccinale. La Commissione per le pari opportunità di lavoro (*Equal Employment Opportunity Commission*, EEOC), incaricata di dare attuazione alla normativa federale contro le discriminazioni sul lavoro, ha pubblicato delle linee guida che indicano come “le leggi federali sull’EEO non impediscono a un datore di lavoro di richiedere a tutti i dipendenti che entrano fisicamente nel luogo di lavoro di essere vaccinati contro il COVID-19, fatte salve le disposizioni in materia di accomodamenti ragionevoli del Titolo VII e dell’ADA”⁸⁸. In particolare, il Titolo VII, come già detto, vieta la discriminazione religiosa da parte dei datori di lavoro. Ciò include l’obbligo per questi ultimi di fornire ai dipendenti una alternativa ragionevole nel caso in cui la politica del datore di lavoro sia in conflitto con le loro convinzioni religiose. Di conseguenza, una rigida politica in materia di vaccini, senza eccezioni, potrebbe violare il Titolo VII. Il datore di lavoro deve come minimo essere aperto ad un dialogo con il dipendente per verificare se è possibile trovare un accomodamento ragionevole (lavoro a casa, aumento dei test, assegnazione a diverse mansioni, ecc.)⁸⁹. Peraltro, un datore di lavoro non è tenuto ad accettare una soluzione che gli comporti un onere eccessivo, definito come qualsiasi cosa che vada oltre un costo *de minimis*. Si tratta di uno standard molto leggero e, nel contesto dei vaccini contro il Covid-19, è evidente che qualsiasi soluzione che comporti un rischio per l’incolumità generale o degli altri dipendenti, o che comporti dei costi per il datore di lavoro, costituirebbe un onere eccessivo e probabilmente non verrebbe richiesta⁹⁰.

Nella misura in cui la politica del datore di lavoro non contenga esenzioni mediche volte ai dipendenti per i quali, a causa di particolari condizioni di salute, la vaccinazione potrebbe essere pericolosa, potrebbe ravvisarsi un contrasto con l’*Americans with Disabilities Act* (ADA), che vieta la discriminazione dei disabili. Come nel caso della discriminazione religiosa, il datore di lavoro deve offrire una soluzione ragionevole ai dipendenti disabili, in modo

⁸⁸ *What You Should Know About COVID-19 and the ADA, the Rehabilitation Act, and Other EEO Laws*, EEOC Technical Assistance (14 Marzo 2022), punto K.1, in <https://www.eeoc.gov/wysk/what-you-should-know-about-covid-19-and-ada-rehabilitation-act-and-other-eeo-laws#K>.

⁸⁹ *Ivi*, punto K.2.

⁹⁰ Caso *Miller*, cit. (nota 11), punti 2318–2322: “l’attuale standard di eccessiva onerosità consente ai datori di lavoro di imporre quasi sempre un obbligo vaccinale senza fornire alcun accomodamento relativo al fattore religioso”.

che possano continuare a svolgere il proprio lavoro⁹¹. Nonostante tali limitazioni, è evidente che se un datore di lavoro del settore privato è “non union” (come la stragrande maggioranza dei datori di lavoro negli Stati Uniti) e include nella propria politica vaccinale contro il Covid-19 delle eccezioni, in modo che i dipendenti possano rifiutarsi di essere vaccinati per motivi medici e religiosi, vuol dire che è essenzialmente libero di imporre unilateralmente tale politica a sua discrezione.

7. Conclusioni

Da un certo punto di vista, la decisione della Corte Suprema nella causa *National Federation of Independent Business v. Osha* è stata piuttosto scioccante. Nel bel mezzo di una pandemia un’agenzia amministrativa incaricata di proteggere la sicurezza e la salute dei dipendenti—l’OSHA—decideva di imporre un obbligo vaccinale alla maggior parte dei dipendenti del settore privato, nel tentativo di mitigare gli effetti del Covid-19 sui luoghi di lavoro. Lo statuto operativo autorizza l’OSHA ad adottare misure di emergenza quando si trova di fronte a nuovi pericoli e agenti che rappresentano un grave pericolo per i dipendenti, e il Covid-19 sembrava soddisfare tutti questi elementi. In tale contesto, un osservatore neutrale si sarebbe potuto aspettare che la Corte Suprema concedesse all’OSHA il beneficio del dubbio, in questo caso, non da ultimo a causa delle rilevanti questioni sanitarie in gioco riguardanti i dipendenti e l’intera società. Invece, la Corte ha adottato un approccio diverso, ritenendo che un obbligo vaccinale tanto ampio, data l’elevata posta in gioco, avrebbe dovuto essere chiaramente autorizzato dal ramo legislativo del Governo, in base al principio costituzionale della separazione dei poteri. L’OSHA, in quanto agenzia amministrativa che opera sotto l’egida del ramo esecutivo del Governo, può solo creare ed attuare norme direttamente connesse alla sua funzione di tutela della sicurezza sul lavoro, e non spingersi oltre, entro la sfera della protezione della salute pubblica. Sarebbe stato compito del Congresso intraprendere un’iniziativa legislativa di questo tipo, se lo avesse ritenuto veramente necessario.

Tuttavia, dal punto di vista del diritto costituzionale e amministrativo, la Corte Suprema ha avuto ragione. C’era una grande frustrazione, a livello

⁹¹ EEOC Technical Assistance, cit., punto K.5.

esecutivo – cioè da parte del Presidente Biden – per il fatto che gli americani non si fossero vaccinati volontariamente in numero sufficiente entro la fine del 2021⁹². Allo stesso tempo, il Congresso indugiava ad approvare un obbligo legislativo sui vaccini, poiché non aveva abbastanza voti per farlo al Senato. La regolamentazione emergenziale dell’OSHA, finalizzata a richiedere la vaccinazione di 84 milioni di lavoratori americani, era essenzialmente un tentativo di aggirare il normale processo legislativo. In effetti, nella causa *Biden c. Missouri*, la Corte Suprema ha dato prova di una certa coerenza ideologica, *sostenendo* un regolamento amministrativo emanato dall’HHS che richiedeva vaccini per gli operatori sanitari che prestavano servizi per i beneficiari delle prestazioni federali di assicurazione sanitaria Medicare e Medicaid, laddove lo statuto autorizzava chiaramente l’HHS a intraprendere tale azione⁹³.

Piuttosto che incolpare la Corte Suprema, sarebbe meglio sottolineare alcune debolezze intrinseche della struttura costituzionale federale degli Stati Uniti nel momento in cui il Paese si è trovato ad affrontare la pandemia Covid-19. La Costituzione conferisce agli Stati un potere di polizia che comprende il diritto di proteggere la salute e la sicurezza, e più specificamente di imporre un obbligo vaccinale. Tuttavia, poiché la questione dei vaccini è stata collegata, per un gran numero di persone, a rivendicazioni di libertà nel diritto di rifiutare il vaccino, molti Stati con una tradizione *anti-establishment* o individualista si sono rifiutati di emanare leggi sulla salute pubblica che richiedessero vaccini per i dipendenti, come anche le mascherine protettive. Altri Stati hanno adottato un approccio normativo diverso e più proattivo. Tuttavia, una tale frammentarietà nell’affrontare situazioni attinenti alla sicurezza dei dipendenti e alla salute pubblica relativamente ad una questione, come la pandemia, di rilevanza nazionale, non era probabilmente il modo più efficace di operare, poiché la situazione sembrava richiedere una risposta federale unitaria alla crisi, almeno nelle aree di competenza costituzionale. Per quanto riguarda le questioni finanziarie, il Congresso ha agito procurando un sostanziale sollievo economico ai lavoratori (subordinati e autonomi) e ai datori di lavoro, ad esempio con il potenziamento delle indennità di malattia. Relativamente ai vaccini, invece, si è creata una situazione di

⁹² Caso *Kentucky c. Biden*, cit., 23 F.4°, punto 589 (Il 9 settembre 2021, il Presidente Biden ha tenuto un discorso in cui ha annunciato che la sua “pazienza” con “gli americani non vaccinati... si sta esaurendo”).

⁹³ Caso *Biden c. Missouri*, cit., 142 S.Ct. punto 647.

stallo: i senatori degli Stati contrari alle vaccinazioni obbligatorie sono riusciti a bloccare qualsiasi legislazione in tal senso, lasciando di fatto l'unico ricorso all'azione esecutiva e amministrativa. Il risultato è stato duplice, come abbiamo visto: l'obbligo vaccinale per i dipendenti federali e per alcuni operatori sanitari è stato confermato, mentre l'obbligo generale dell'OSHA per i dipendenti del settore privato, insieme a quello per i dipendenti degli appaltatori federali, entrambi respinti. I datori di lavoro privati hanno avuto l'autorità di richiedere la vaccinazione dei propri dipendenti, limitata solo in alcuni casi dalla legge federale sul lavoro collegata alla contrattazione collettiva e dalle leggi federali che vietano la discriminazione religiosa e basata sulla disabilità. Tuttavia, ciò ha ulteriormente contribuito all'approccio frammentario delineato sopra: diversi Stati possono prevedere requisiti diversi per le vaccinazioni dei dipendenti, con la conseguenza che, all'interno di ogni Stato, diversi datori di lavoro possono adottare diverse politiche vaccinali.

Probabilmente, un approccio così eterogeneo all'obbligo vaccinale dei dipendenti sembra un po' caotico, e lo è; ma è il prodotto di un sistema costituzionale federale con rigide divisioni di potere tra il Governo federale e gli Stati, e, all'interno dello stesso Governo federale, tra i diversi rami, esecutivo, legislativo e giudiziario.

Abstract

La diffusione della pandemia da Covid-19, a partire dai primi mesi del 2020, ha provocato scompiglio in tutto il mondo. Gli Stati hanno tentato di contenere il danno imponendo in un primo momento dei *lock-down* draconiani. Con la disponibilità dei primi vaccini efficaci, all'inizio del 2021, molti Stati hanno allentato i *lock-down*, adottando allo stesso tempo misure per garantire che le loro popolazioni fossero adeguatamente vaccinate, in alcuni casi, mediante l'introduzione di un obbligo vaccinale, in particolare per i lavoratori dipendenti. Mentre obblighi vaccinali per i dipendenti sono stati attuati in molti Stati europei, e ritenuti legittimi dalle rispettive giurisdizioni, negli Stati Uniti il risultato è stato diverso. Nel caso *National Federation of Independent Business v. Osha*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha bloccato l'entrata in vigore di un regolamento d'emergenza emanato da un'agenzia amministrativa incaricata di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori, che richiedeva alla maggior parte dei dipendenti del settore privato di essere vaccinati contro il Covid-19. Il presente saggio esamina le motivazioni di tale decisione e spiega come le specificità del diritto costituzionale americano abbiano portato ad un approccio giuridico frammentario nel determinare la validità dell'obbligo di vaccinazione dei dipendenti federali, statali e privati.

From early 2020, the Covid-19 pandemic has spread and wrought havoc across the globe. States attempted to limit its harm by first enacting draconian lock-downs. Later, after effective vaccines became available in early 2021, many states moderated these lock-downs while at the same time taking steps to ensure their populations were adequately vaccinated. Some of these steps included vaccine mandates, particularly for employees. While employee vaccine mandates were implemented in many European states, and found to be lawful by the courts in these jurisdictions, a different result ensued in the United States. In *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Health and Safety Administration*, the United States Supreme Court blocked an emergency regulation by an administrative agency charged with ensuring worker health and safety from taking effect, which would have required most private sector employees to be vaccinated against Covid-19. This essay examines the rationale for that decision, and explains how specificities in American constitutional law have resulted in a divergent legal approach to determining the validity of federal, state and private sector employee vaccine mandates.

Keywords

Covid-19, obbligo di vaccinazione, salute e sicurezza sul lavoro.

Covid-19, mandatory vaccination, OHS.

Costantino Cordella

Spunti operativi (e non solo) sulla comunicazione di avvio del lavoro autonomo occasionale*

Sommario: **1.** Differenze e compatibilità tra lavoro autonomo occasionale e contratto di prestazione occasionale (cd. PrestO). **2.** Perché il regime giuridico delle PrestO non si applica anche al lavoro autonomo occasionale. **3.** ... e perché lo stesso lavoratore non può essere impiegato prima con le PrestO e poi con un contratto di lavoro autonomo occasionale. **4.** (*Segue*). Il rilievo lavoristico dell'occasionalità nel rapporto tra PrestO e lavoro autonomo occasionale. **5.** Il significato "previdenziale" dell'occasionalità. **6.** Le regole di dubbia efficacia per il lavoro intermediato da piattaforme digitali.

1. *Differenze e compatibilità tra lavoro autonomo occasionale e contratto di prestazione occasionale (cd. PrestO)*

Introducendo l'obbligo per i committenti di comunicare l'utilizzo dei lavoratori autonomi occasionali prima dell'inizio della prestazione, l'art. 13, del d.l. 21 ottobre 2021 n. 146 (di modifica del comma 1, art. 14, del d.lgs. 81/2008)¹ merita un approfondimento specifico, di carattere non solo operativo, giacché pone in primo piano vecchi nodi teorici, ancora critici, sui rapporti presi in considerazione.

Occorre precisare che, per la prima volta in materia di lavoro occasionale, il legislatore si è mosso senza lasciare dubbi sulla qualificazione dei rapporti², avendo espressamente previsto che l'obbligo di comunicazione

* La ricerca è stata finanziata nell'ambito del programma Asse IV del PON Ricerca e Innovazione "Istruzione e ricerca per il recupero – REACT-EU", Azione IV.4 – Dottorati e contratti di ricerca su tematiche dell'innovazione, in collaborazione con la British School Group di Napoli, quale impresa partner del programma di ricerca.

¹ Convertito dalla legge 17 dicembre 2021 n. 215.

² È noto quanto sia stato lungo il dibattito generato dall'assenza di riferimenti normativi

riguardi i lavoratori occasionali *autonomi*: ciononostante – come ci ha insegnato Alda Merini –, ogni alba ha i suoi dubbi, e le nuove norme sono comunque foriere di incertezze.

L'obbligo si differenzia per aspetti di dettaglio da quello previsto per le prestazioni occasionali *ex art. 54 bis* del d.l. 50/17, cd. PrestO: per il lavoro autonomo occasionale *ex art. 2222 c.c.*, in base a quanto stabilito dal nuovo art. 13, d.l. 146/2021, la comunicazione deve solo “precedere” l'inizio del lavoro e il suo eventuale annullamento può avvenire in qualunque momento antecedente l'inizio dell'attività del prestatore³; per le prestazioni occasionali *ex art. 54 bis*, cit., invece, l'onere informativo è imposto in maniera più dettagliata, entro “un'ora prima” dall'inizio del lavoro, e la revoca è consentita fino a tre giorni successivi al giorno di svolgimento programmato⁴.

Tuttavia, il confronto tra le due discipline conduce a riflettere anche su questioni più di sistema.

Esistendo per entrambi gli strumenti l'interesse, sia di favorire i committenti che hanno necessità di manodopera saltuarie, sia di evitare che la più ampia flessibilità concessa sfoci in una più agevole fuoriuscita dalle maglie del lavoro regolare, c'è da rilevare che ad essere fonte di incertezze è, anzitutto, il comune concetto di occasionalità.

In questo scritto si proverà a rispondere ad alcune domande pratiche sulla compatibilità d'utilizzo di entrambi gli strumenti da parte del committente con il medesimo lavoratore: da ciò si partirà per definire, in via induttiva, il rapporto tra i due concetti di occasionalità proposti in ciascun istituto.

Nella seconda parte del lavoro, invece, si considererà come l'occasionalità

sulla qualificazione tipologica, prima, dei rapporti di lavoro accessorio (d.lgs. 276/2003), poi, del lavoro occasionale (così come regolato dal d.lgs. 81/2015) e, infine, della struttura bicefala realizzata dall'art. 54 *bis* d.l. 50/2017, con il contratto di prestazioni occasionali e il libretto famiglia, entrambi senza riferimenti al loro inquadramento nel lavoro subordinato piuttosto che in quello autonomo. In dottrina PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona” - IT*, 2017, n. 343, p. 7 ss.; VALENTE, *Il lavoro occasionale: precedenti e disciplina*, in *MGL*, 2017, p. 758 ss.; MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona” - IT*, 2017, n. 346, p. 14 ss.; EMILIANI, *Prestazioni occasionali tra autonomia e subordinazione*, in *VTDL*, 2018, p. 1; *contra* MARI-NELLI, *Riflessioni sul fattore tempo nelle prestazioni di lavoro occasionali*, in *LLI*, 2022, p. 173 ss.; CORDELLA, *Libretto Famiglia e Contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, in *DRI*, 2018, p. 1181.

³ Si ricava da quanto previsto nella nota congiunta Ministero del lavoro e INL dell'11 gennaio 2022 n. 29.

⁴ Comma 18, art. 54 *bis*, d.l. 50/17.

del lavoro incida sotto il profilo previdenziale e ci si occuperà poi, nell'ultimo paragrafo, di esaminare le criticità che caratterizzano la comunicazione obbligatoria di lavoro autonomo occasionale per le attività intermedie da piattaforme digitali.

2. *Perché il regime giuridico delle PrestO non si applica anche al lavoro autonomo occasionale*

La prima domanda alla quale vale la pena rispondere è se le imprese rientranti nel campo applicativo delle PrestO possano effettivamente servirsi del lavoro autonomo occasionale riconoscendo ai lavoratori un regime giuridico peggiorativo rispetto a quello previsto all'art. 54 bis cit.

Si tratta di un profilo rimasto senza un reale esame della dottrina, e che, invece, avrebbe meritato più attenzione, se si pensa al fatto che, da un lato, escludendo le imprese rientranti nel regime delle PrestO dalla possibilità di utilizzare il lavoro autonomo occasionale si perviene alla conclusione, a tratti paradossale, di privare solo le piccole realtà produttive⁵ di uno strumento utile per l'utilizzo flessibile della manodopera, qual è il lavoro autonomo occasionale: è evidente, infatti, che quest'ultimo è l'istituto tra i due a cui sono agganciate minori formalità e con il quale è consentita maggiore libertà di negoziazione al committente della prestazione.

D'altro canto, però, bisogna anche tener presente che, ove il committente possa scegliere quale dei due istituti utilizzare, si potrebbe obiettare la possibile violazione di una normativa inderogabile a tutela dei lavoratori, giacché nelle PrestO è imposto il rispetto di specifiche tutele (per esempio, il compenso minimo orario), mentre nel lavoro autonomo occasionale la disciplina del rapporto è rimessa, pressoché totalmente, alla negoziazione tra i contraenti. A questo proposito occorre richiamare il comma 1 dell'art. 54 bis, cit., che, consentendo "la possibilità di acquisire prestazioni di lavoro occasionali" entro i limiti e con le modalità di cui al presente articolo potrebbe essere letto, infatti, come una disposizione la cui efficacia inderogabile si estende a qualsiasi rapporto che si svolge in forma occasionale.

Il problema è, apparentemente, superato da chi ritiene che il *discrimen* tra

⁵ Come si dirà più approfonditamente in avanti, le PrestO si applicano solo ai committenti con meno di sei dipendenti, ai sensi della lett. a), comma 14, dell'art. 54 bis, d.l. 50/17.

le PrestO e il lavoro autonomo occasionale stia nella qualificazione giuridica del rapporto: subordinato quello delle PrestO, e autonomo quello descritto dall'art. 2222 c.c.⁶, a cui oggi viene accostato – ai fini della comunicazione obbligatoria – l'aggettivo di “occasionale”: la differente qualificazione svincolerebbe, così, il lavoro autonomo occasionale dai limiti di utilizzo delle prestazioni occasionali di lavoro subordinato previste dall'art. 54 *bis* cit.

Tuttavia, la soluzione innesca questioni ancor più discusse, che hanno a che vedere con l'effettiva possibilità di ritenere, in via interpretativa (data l'assenza di un dato testuale sicuro), che le PrestO siano stipulabili se le parti si accordano per l'esecuzione di prestazioni di lavoro subordinato. Tra i problemi più gravi che se ne ricaverebbero, quello della necessità di giustificare, in base al principio dell'indisponibilità del tipo⁷, perché ai lavoratori con contratti a termine di brevissima durata sono riconosciute tutte le tutele del lavoro subordinato, mentre ai lavoratori occasionali subordinati spetterebbero solo quelle indicate dall'art. 54 *bis* cit. (dal momento che per le PrestO è previsto un rinvio specifico a una serie di tutele che esclude il riconoscimento delle altre).

La questione pare comunque risolversi grazie a una soluzione più lineare, che trova nella corretta interpretazione del testo la sua argomentazione più solida. Si deve evidenziare infatti che, ai fini dell'acquisizione di prestazioni di lavoro occasionali, *l'occasionalità si ritiene rispettata solo se non sono superati i limiti economici indicati* nella norma che regola l'istituto. Il campo applicativo delle PrestO è infatti predefinito dallo stesso art. 54 *bis*, che fa coincidere l'occasionalità con i limiti relativi: ai compensi percepiti dal lavoratore con riferimento alla totalità dei committenti (a), ai compensi versati dal committente con riferimento alla totalità dei lavoratori (b) e a quelli percepiti/versati tra il singolo lavoratore e lo stesso committente (c)⁸.

⁶ In questo senso v. MIGLIORINI, *Prestazioni occasionali 2022: funzionamento e limiti*, 20 aprile 2022, in www.fiscomania.com; CASSARO, *Il punto sul contratto di lavoro autonomo occasionale alla luce dei nuovi obblighi comunicativi*, 30 agosto 2022, in www.studioelpac.it

⁷ In proposito sia consentito rinviare a quanto già scritto in CORDELLA, *Libretto famiglia e contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, in *DRI*, 2018, 4, p. 1158–1182.

⁸ Il superamento del limite orario massimo di 280 ore annuali, previsto al comma 20 dell'art. 54 *bis* per l'impiego dello stesso lavoratore con un singolo utilizzatore, al quale è collegata la trasformazione del rapporto come a tempo indeterminato, è un limite solamente alternativo rispetto a quello economico del comma 1, lett. c, dell'art. 54 *bis* (come si desume anche dalla formulazione del comma 20 “In caso di superamento [...] del limite di importo di cui al comma 1, lettera c), o comunque del limite di durata della prestazione pari a 280 ore nell'arco dello stesso anno

La definizione di occasionalità data per le PrestO ha dunque un significato lavoristico proprio, che è legato al mancato superamento dei tre limiti di compenso indicati – oltre al necessario rispetto delle altre modalità di utilizzo dettate dall'art. 54 bis cit. – e a cui è collegato, per i committenti, l'accesso ai vantaggi nell'utilizzo della manodopera previsti (su tutti, l'esenzione dall'imposizione fiscale e un regime previdenziale agevolato).

I termini in cui l'occasionalità si esprime nelle PrestO sono dunque del tutto peculiari, sono già definiti in maniera specifica nell'art. 54 bis cit. e, inoltre, non possono essere assimilati a quelli del lavoro autonomo ex art. 2222 c.c., per il quale si richiede di verificare la *frequenza* dell'impegno lavorativo richiesto dal committente in relazione solamente al rapporto in essere *con un singolo lavoratore*.

Benché la frequenza del lavoro autonomo occasionale sia verificabile alla luce dell'impegno economico necessario al committente per acquisire le prestazioni del lavoratore – come si dirà più avanti nel testo –, va tuttavia escluso che la scelta delle parti sull'utilizzo di un certo tipo di istituto subisca interferenze dovute alla presunta estensione dei limiti di compenso delle PrestO a tutti i rapporti che si svolgono in forma occasionale.

La definizione legislativa di occasionalità a carattere “multifattoriale”, tipica delle PrestO, guardando *oltre* il singolo rapporto, rende il loro regime applicabile solo se le parti *lo hanno volontariamente scelto*: per essere utilizzate esiste infatti la necessità che i contraenti delle PrestO non abbiano precedentemente raggiunto i parametri economici dell'art. 54 bis cit. tramite progressi rapporti (tenuti in conto anche di quelli svoltisi con lavoratori/committenti diversi) e, conseguentemente, ne deriva che sia il campo applicativo dell'istituto a impedire che il loro regime giuridico venga esteso ai rapporti di lavoro autonomo occasionale.

La questione teorica dell'estensibilità applicativa del regime delle PrestO al lavoro occasionale in generale può dunque, con ragionevole certezza, es-

civile”, corsivo aggiunto). Per tale motivo ad esso non può essere assegnata una funzione identificativa del concetto di occasionalità autonoma rispetto a quella del limite economico a quale è collegato. Poiché se si divide l'importo massimo di 2500 euro per il compenso minimo orario di 9 euro, stabilito al comma 16, risulta consentito lo svolgimento proprio di un numero di ore di poco inferiore a 280, vi sarebbe da chiedersi anche quale utilità abbia la scelta di inserire un limite temporale aggiuntivo rispetto a quello economico: da questo punto di vista, la ratio legislativa pare essere quella di evitare che il pagamento da parte dei committenti di compensi orari inferiori ai 9 euro possa anche comportare la facile elusione della sanzione della trasformazione del contratto a tempo indeterminato prevista al comma 20.

sere esclusa. Tuttavia, ad essa è connesso un nodo teorico, pure poco investigato in dottrina, ma dagli importanti risvolti pratici: v'è da chiedersi se possa ritenersi rispettato il requisito dell'occasionalità ove il committente utilizzi lo stesso lavoratore, prima con le PrestO e poi con un contratto di lavoro autonomo.

3. ...e perché lo stesso lavoratore non può essere impiegato prima con le PrestO e poi con un contratto di lavoro autonomo occasionale

Questa seconda questione può avere una prima soluzione che esclude ogni facoltà per i committenti di utilizzo di entrambi gli strumenti per lo stesso lavoratore. In questo senso, raggiunto il limite di compenso erogabile al prestatore in base all'art. 54 *bis*, comma 1, lett. c (pari a 2500 euro)⁹, il committente non sarebbe obbligato ad inviare la comunicazione per informare dell'avvio di nuove attività di lavoro autonomo con il medesimo prestatore d'opera, perché il superamento del limite economico farebbe venire meno anche il carattere occasionale del lavoro e dunque la possibilità di utilizzare il lavoro autonomo *ex art.* 2222 c.c.

La questione si pone, ovviamente, solo per i committenti di piccole dimensioni – essendo le PrestO consentite solo alle imprese con meno di sei dipendenti a tempo indeterminato¹⁰ –, ma il modo di intendere la relazione tra i due istituti appena citato (in assenza di un dato testuale sicuro) porterebbe a limitare gli spazi d'utilizzo “agevolato” della manodopera occasionale che il legislatore, invece, intendeva garantire alle piccole realtà produttive con le PrestO¹¹.

⁹ Lett. c), comma 1, art. 54 *bis*, d.l. 50/17.

¹⁰ Lett. d), comma 14, art. 54 *bis*, d.l. 50/17, salvi i casi delle aziende alberghiere e delle strutture ricettive che operano nel settore del turismo, per le quali l'utilizzo è consentito se impiegano soggetti svantaggiati (quelli cioè indicati al comma 8 del medesimo art. 54 *bis* cit., e cioè: *a.* titolari di pensione di vecchiaia o di invalidità; *b.* giovani con meno di venticinque anni di età, se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado ovvero a un ciclo di studi presso l'università; *c.* persone disoccupate, ai sensi dell'articolo 19 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150; *d.* percettori di prestazioni integrative del salario, di reddito di inclusione (REI) ovvero di altre prestazioni di sostegno del reddito) e sempreché abbiano alle proprie dipendenze fino a otto lavoratori.

¹¹ Al contempo l'intento era stato di evitare che si servissero dello strumento le imprese di grandi dimensioni che sotto la vigenza delle norme del d.lgs. 81/2015 avevano fatto un uso smodato dello strumento, rivolto anche a soddisfare esigenze permanenti di manodopera, v. ZILLI, *Prestazioni di lavoro accessorio e organizzazione*, in *ADL*, 2017, 1, I, p. 86 ss.

Questa ragione potrebbe, allora, far propendere per ritenere consentito il reimpiego del lavoratore in opere e servizi *ex art.* 2222 c.c. (anche) dopo il superamento del limite economico delle PrestO, ma è opportuno riflettere più attentamente sul concetto di “occasionalità” a cui è collegato l’obbligo di comunicazione: a riguardo c’è anzitutto da domandarsi, quando il lavoro autonomo sia occasionale e se esistano spazi interpretativi per considerare sussistente tale caratteristica una volta superato tra le parti il limite economico della lett. c dell’art. 54 *bis*¹².

4. (Segue). *Il rilievo lavoristico dell’occasionalità nel rapporto tra PrestO e lavoro autonomo occasionale*

Sull’occasionalità occorre dire, in linea generale, che essa non è tra i requisiti il cui accertamento permette di distinguere un rapporto di lavoro subordinato da uno autonomo¹³. Le principali norme alle quali ci si rifà ai fini qualificatori (gli artt. 2222 e 2094 c.c.) sono prive di richiami al concetto e, in assenza di dati normativi preclusivi, l’esecuzione della prestazione in forma occasionale è consentita nel lavoro subordinato come in quello autonomo¹⁴.

Accade, così, che il lavoratore autonomo svolga una pluralità di opere o

¹² Che, come si ricorderà, in caso di superamento (o di impiego del lavoratore per più di 280 ore annuali), comporta la trasformazione del rapporto come a tempo indeterminato e pieno, ai sensi del comma 20, art. 54 *bis* cit.

¹³ In senso conforme cfr. ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, relazione “Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro”, Giornate di Studio AIDLASS 2022, 16-17 giugno, Torino, p. 53 del dattiloscritto; FERRARO E., *Continuità e lavoro autonomo*, in *Labor*, 2020, p. 590, il quale d’altro canto evidenzia che il carattere occasionale dell’attività integra un elemento di giudizio che potrebbe condizionare il riscontro fattuale di una vera e propria “disponibilità” nel tempo (spec. p. 604). In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 13 febbraio 2012, n. 1987; Cass. 8 agosto 2008 nn. 21482-21483. Nel medesimo senso v. anche BAVARO, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in *Labor*, 2020, p. 676.

¹⁴ D’altro canto è noto che l’assenza di richiami espressi non è comunque sufficiente a escludere la rilevanza di un certo elemento se si considera che, a prescindere dal metodo di indagine applicato (quello tipologico, piuttosto che quello sussuntivo, malgrado il primo consenta una maggiore discrezionalità all’interprete), la giurisprudenza svolge l’attività di qualificazione dei rapporti di lavoro sulla base di una serie di indici sintomatici che, sebbene non espressamente richiamati nelle fattispecie astratte definite dalla legge, sono utilizzati come parametri per “adattare” la fattispecie astratta al tipo di lavoro eseguito dal lavoratore e, conseguentemente, per identificare nel caso concreto i tratti essenziali di quelle fattispecie. Da questo punto di vista l’occasionalità può svolgere un ruolo significativo nei termini evidenziati da ultimo da FERRARO (v. *supra*, nota precedente).

servizi per lo stesso committente, facendo venir meno il carattere occasionale delle prestazioni, senza che ciò sia sufficiente a qualificare il rapporto come subordinato¹⁵; alla stessa maniera può esservi un lavoratore che, pur impiegato per un periodo molto circoscritto, è considerato subordinato in virtù delle modalità della prestazione (come conferma l'art. 19, co. 4, d.lgs. 81/2015, che ammette i contratti di lavoro *subordinato* di durata non superiore a dodici giorni).

La scarsa capacità selettiva ai fini lavoristici del concetto di occasionalità è confermata, d'altronde, anche dalla relazione tra lavoro autonomo *ex art. 2222 c.c.* e collaborazioni *ex art. 409 n. 3 c.p.c.* Malgrado (ad una prima lettura) possa apparire il contrario, la continuità dell'attività lavorativa – quale elemento richiesto dall'art. 409 c.p.c. per configurare una *co.co.co.*¹⁶ – è astrattamente compatibile anche con una prestazione occasionale.

Come rilevato in dottrina, è ben possibile che si presentino casi in cui, per realizzare un'opera o un servizio, sia necessaria un'attività continuativa di giorni, settimane o mesi – si pensi a una consulenza per la quale sono necessari lunghi studi e approfondimenti –, ma che, al contempo, questa resti l'unica forma di impiego del lavoratore intrattenuta tra le parti¹⁷.

Esiste, in altri termini, una continuità legata all'attività preparatoria al

¹⁵ Si pensi ai contratti con cui è conferito l'incarico, per un certo periodo, di prestare senza vincolo di subordinazione un'attività avente ad oggetto il controllo sulla qualità dei prodotti aziendali, o di gestire la contabilità dell'impresa o anche di vigilare sul patrimonio aziendale, come rilevato da PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *LLI*, 2022, p. 59.

¹⁶ Disposizione che, come noto, non distinguendo tra continuità tecnica, intesa come riferita alle concrete modalità di esecuzione della prestazione, e continuità meramente funzionale al perseguimento del risultato, le ammette entrambe e, in tale maniera – con l'inclusione della continuità tecnica – finisce per scaricare gran parte dei tratti distintivi con il lavoro subordinato sugli indici relativi all'esercizio dei poteri datoriali. Sull'inidoneità dell'elemento della continuità ai fini qualificatori v. la bibliografia citata alla nota successiva.

¹⁷ Il concetto di continuità del lavoro è nuovamente al centro del dibattito lavoristico in relazione specialmente al lavoro svolto tramite piattaforme digitali; a tal proposito si vedano almeno i recenti contributi pubblicati in *LLI*, 2022, 1, di BARBIERI, *Dell'inidoneità del tempo nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, p. 22, ove emerge una ampia ricostruzione, anche di rilievo storico, sul concetto di continuità e sulla sua inidoneità a costituire un elemento discrezionale ai fini dell'inquadramento di un lavoro come autonomo piuttosto che subordinato, e PROIA, *Tempo e qualificazione del rapporto di lavoro*, spec. p. 62, che condivide la medesima prospettiva di BARBIERI circa l'inidoneità della "continuità" a individuare il *discrimen* tra lavoro subordinato e non, e precisa che il carattere continuativo delle *co.co.co.* è riferibile al contratto che ha ad oggetto la ripetizione di *opera*, ma anche a quello in cui rilevi la mera continuità di fatto dell'attività preparatoria necessaria all'adempimento istantaneo di un singolo *opus* (p. 63). Sul tema v. in generale BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008.

raggiungimento del risultato, che rientra tra le diverse modalità con le quali può realizzarsi un lavoro occasionale (in tali casi il lavoro autonomo occasionale si distinguerebbe comunque dalle collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409 c.p.c., giacché a identificare queste ultime concorrono altri elementi, oltre alla continuità, a partire dal “coordinamento”¹⁸.

Rispetto alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro può dirsi allora che l’occasionalità non ha un ruolo selettivo, non essendo stata individuata dalla legge come caratteristica di un tipo di rapporti¹⁹. Al contempo però, come è stato detto all’inizio, essa è al centro della definizione legislativa delle PrestO²⁰, per le quali, da un lato, i problemi definitori del concetto sono superati dal fatto che a rilevare sono i parametri economici dell’art. 54 *bis* cit.²¹, ma, dall’altro, si pone la questione se tali parametri, e in particolare quello della lett. c del comma 1 della disposizione (e cioè il limite economico di 2500 euro, che è l’unico dei tre riguardante specificamente la relazione tra un committente e

¹⁸ La cd. continuità *esterna*, definita da GHERA (ID., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 2006, n. 109, 9, spec. nota 27) come la programmazione concordata delle coordinate spazio-temporali necessarie a realizzare il singolo *opus* a cui si è obbligato il prestatore, il quale la distingue dalla continuità necessaria a rilevare la messa a disposizione delle energie del lavoratore a favore del committente (cd. continuità *interna*), che invece vincola il dipendente rispetto a ciascuna delle singole frazioni spazio-temporali di cui si compone la prestazione.

¹⁹ Sull’utilizzo del concetto da parte del legislatore, per fattispecie specifiche quali il lavoro dell’atleta o nell’ambito delle norme che in precedenza hanno regolato le collaborazioni occasionali v. FERRARO F., *Continuità e lavoro autonomo*, cit., pp. 603-604.

²⁰ Sulla natura *sui generis* dell’occasionalità nelle PrestO, cfr. MARINELLI F., *Riflessioni sul fattore tempo nelle prestazioni di lavoro occasionali*, in *LLI*, 2022, p. 173 ss., la quale evidenzia che rilevano non solo limiti di durata ma anche parametri economici, che mal si adattano al concetto di occasionalità tradizionale.

²¹ Per un resoconto sul carattere precettivo o meno dell’occasionalità nelle PrestO, anche alla luce dell’ordinanza della Cassazione, Ufficio Centrale per il Referendum, del 29 novembre 2017, sia consentito il rinvio a CORDELLA, *Libretto famiglia*, cit., p. 1171 ss. Sul contratto di lavoro occasionale dopo l’introduzione dell’art. 54 *bis* d.l. 50/2017, poi convertito con modifiche in l. 96/2017, cfr. *ex plurimis* CIUCCIOVINO, *Prestazioni di lavoro occasionale*, in *Il libro dell’anno del diritto* 2018, Treccani, 2018, p. 314 ss.; FANTUZZI, *Le prestazioni occasionali. Libretto Famiglia. Contratto di prestazione occasionale*, in LANOTTE (a cura di), *Il lavoro autonomo e occasionale*, Giuffrè, 2018, p. 258 ss.; MONDA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro occasionale*, in *WP CSDLE*, It. n. 346/2017, p. 19; VENTURA, *Dal lavoro occasionale accessorio alle prestazioni occasionali evitando il referendum: è “PrestO” fatto*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University press, 2018, p. 540; DONÀ, *Prestazioni occasionali: tutte le novità*, *Il civilista*, Giuffrè, 2017, 31; PINTO, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in ZILIO GRANDI - BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Wolters Kluwer, Cedam, 2018, p. 175 ss.

un singolo lavoratore), possa esercitare un'influenza anche su altri istituti in cui è presente lo stesso concetto lavoristico di occasionalità.

Per la sua natura di compenso derivante dalla relazione contrattuale tra un committente e un singolo lavoratore, il limite della lett. c, dell'art. 54 *bis* potrebbe esercitare una funzione di "parametro" nel giudizio sull'occasionalità del lavoro autonomo, laddove le parti si siano già servite delle PrestO. In altre parole, la verifica sul limite dei compensi versati/percepiti tra il committente e il singolo lavoratore, che nelle PrestO definisce il concetto di occasionalità, potrebbe fondarsi anche sui compensi derivanti da uno o più contratti di lavoro autonomo, per i quali, il loro utilizzo successivo alle PrestO, fa presumere la necessità, elusiva, di far eseguire un'attività in forma occasionale, anche quando non lo è più.

In tal senso, rispondendo alla domanda posta nel paragrafo precedente, pare che l'utilizzo del lavoro autonomo occasionale dopo il raggiungimento dei limiti per le PrestO, benché non vietato espressamente, vada comunque escluso laddove porti al superamento del compenso della lett. c, dell'art. 54 *bis*. Tale limite infatti, determinando in maniera puntuale il significato lavoristico dell'occasionalità quando il rapporto è tra un committente e lo stesso lavoratore, svolge il ruolo di *vincolo posto dal sistema* per preservare, in chiave antifraudolenta, il rispetto del concetto stesso di "occasionalità": l'utilizzo delle PrestO, con la successiva stipula di un contratto autonomo occasionale, è presumibile sia il modo per continuare a servirsi del lavoratore in maniera occasionale, sfuggendo però al superamento del limite e, per questa ragione, andrebbe combattuto applicando la conseguenza sanzionatoria della trasformazione del rapporto come a tempo indeterminato, prevista dal comma 20 dell'art. 54 *bis* cit.

Il discorso proposto finora ha riguardato solamente il caso specifico in cui vi sia stato già tra le parti l'utilizzo delle PrestO; siccome però l'approdo a cui si è giunti per tale caso è stato di far coincidere l'occasionalità del lavoro autonomo con il significato che lo stesso concetto ha nelle PrestO (quando il limite economico è riferito al rapporto tra committente e singolo lavoratore), tale univocità applicativa merita di essere valutata anche più in generale, verificando cioè se il limite economico sia utilizzabile nel giudizio sull'occasionalità o meno del lavoro autonomo *ex art. 2222 c.c.* (giudizio oggi necessario per l'impresa che debba effettuare la comunicazione obbligatoria di inizio rapporto).

Come si è precedentemente notato²², le ragioni per tenere distinti il

²² V. par. 2.

concetto di occasionalità del lavoro autonomo da quello delle PrestO si basano sul fatto che in queste è necessario rispettare parametri economici riferiti, non solo al singolo rapporto con il lavoratore, ma a tutti i rapporti che nell'anno sono stati intrattenuti dal committente tramite l'istituto, nonché a quelli avuti dal lavoratore con gli altri committenti. Se si prende in considerazione, invece, solamente il parametro economico della lett. c dell'art. 54 *bis* questa distinzione applicativa viene meno e la possibilità di ricondurre il limite economico in questione anche al lavoro autonomo occasionale potrebbe giustificarsi per il vantaggio in termini di certezza giuridica che ne deriverebbe per le imprese.

Sulla questione c'è da tener presente che, finora, la necessità di una definizione di occasionalità per il lavoro autonomo non era stata sentita, perché a tale concetto non era connesso alcun concreto rilievo selettivo; ora che invece il legislatore ha definito l'obbligo di comunicazione per il lavoro autonomo occasionale, diviene essenziale per le imprese riconoscere, con sicurezza, quando debbano adempiere l'onere informativo. A tal fine, il criterio basato sul limite economico di 2500 euro, ripreso dalla disciplina della lett. c) dell'art. 54 *bis* cit. permetterebbe di escludere dall'obbligo di comunicazione i casi in cui i committenti abbiano già adempiuto all'onere comunicativo per precedenti prestazioni eseguite dal medesimo lavoratore (e per le quali il limite economico non è stato superato).

Tuttavia, questa interpretazione non pare sostenibile con argomentazioni davvero persuasive. Se nel caso dell'esistenza di un precedente rapporto tra le stesse parti basato sulle PrestO, l'applicabilità del vincolo economico anche al successivo lavoro autonomo occasionale è giustificata da finalità antifraudolente, e comporta l'applicazione del rigido apparato sanzionatorio previsto al comma 20 dell'art. 54 *bis*, in questo caso la generale applicabilità del parametro della lett. c dell'art. 54 *bis* al lavoro autonomo occasionale finisce per ostacolare e non avvantaggiare le finalità dell'art. 13, d.l. 146/21: al superamento del limite economico verrebbe infatti meno il carattere occasionale della prestazione e il committente sarebbe esonerato dall'obbligo di comunicazione, creando, in assenza di un dato testuale certo, un effetto diverso da quello perseguito dalla legge.

L'applicazione del parametro economico al lavoro autonomo occasionale darebbe sì il vantaggio per i committenti di avere un riferimento certo su quando debba essere effettuata la comunicazione obbligatoria, ma al contempo andrebbe bilanciato con la finalità espressamente perseguita dal legi-

slatore con l'art. 13 del d.l. 146/21, e cioè il monitoraggio e il contrasto di forme elusive nell'utilizzo di tale tipologia contrattuale.

In questo caso un bilanciamento tra gli opposti interessi, alla regolarità del lavoro e alla semplificazione degli adempimenti, che permetta di ritenere prevalente la seconda pare possibile solo in presenza di un'espressa disposizione di legge che disponga in tal senso, dovendosi al contrario ritenere preminenti le finalità di contrasto all'elusione della normativa lavoristica, che sono più che giustificate dal fatto che si tratta di un tipo contrattuale oggetto, da sempre, di un ampio utilizzo irregolare.

Resta infine da dire, sull'occasionalità del lavoro, che al limite di origine lavoristica si aggiungono quelli derivanti dal concetto di occasionalità di formazione previdenziale, su cui ora ci soffermeremo.

5. Il significato "previdenziale" dell'occasionalità

Se in ambito lavoristico l'occasionalità ha quindi ricevuto una sua legittimazione legislativa solo in relazione a istituti specifici, sotto il profilo previdenziale essa ha, invece, un valore fondamentale per l'applicazione del regime agevolato del lavoro non abituale.

Non è il caso di riprendere l'evoluzione storica di tale regime previdenziale, ma interessa domandarsi, ai nostri fini, se esista una coincidenza applicativa tra i lavoratori per i quali vi è l'obbligo della comunicazione preventiva (per espressa indicazione legislativa finalizzata a favorire la regolarizzazione dei rapporti e, quindi, anche il rispetto degli obblighi previdenziali)²³, e i beneficiari del regime previdenziale agevolato²⁴.

²³ La nota congiunta del Ministero del lavoro e dell'INL del 11 gennaio 2022 n. 29, che detta i criteri applicativi della nuova norma e le modalità per la trasmissione delle comunicazioni, precisa più puntualmente che l'obbligo di comunicazione è escluso per "tutte le attività autonome esercitate in maniera abituale e assoggettate al regime IVA", confermando così la coincidenza tra coloro che sono soggetti alla preventiva denuncia all'Ispettorato del lavoro e coloro che godono del regime giuridico, anzitutto previdenziale e fiscale, agevolato del lavoro non abituale. La nota appena citata esclude anche le professioni intellettuali, perché oggetto di "apposita disciplina contenuta negli artt. 2229 c.c.", ma sotto tale profilo genera perplessità essendosi così perduta l'opportunità di combattere i fenomeni di irregolarità che spesso riguardano queste attività, specie quando si tratta di professioni non regolamentate.

²⁴ Sotto il profilo previdenziale, occorre evidenziare che i compensi percepiti fino a 5.000 euro non sono soggetti al prelievo previdenziale. Solo al superamento della franchigia dei 5.000 euro, il prestatore deve iscriversi alla Gestione separata ed esporre sulla ricevuta di pagamento

Questo accostamento di significato va approfondito per comprendere in particolare se tra l'occasionalità "lavoristica" e il lavoro non abituale "previdenziale", quali referenti normativi accomunati dal fatto di descrivere la frequenza con cui un'attività viene eseguita, esistano, come pare, delle distinzioni da farsi sul piano logico-giuridico.

In ambito lavoristico il giudizio sull'occasionalità tiene conto, ovviamente, delle attività eseguite dal lavoratore *per il singolo committente*, guardando, in particolare, al loro carattere saltuario o meno (oltre che al rispetto dei parametri indicati per le PrestO, nei termini già rappresentati). Dal punto di vista previdenziale la frequenza dell'attività è verificata, come anticipato, sulla base di un referente normativo di segno "opposto"²⁵, e cioè l' "abitudine", come, ad esempio, accade quando la giurisprudenza di legittimità è chiamata ad accertare se il lavoratore sia assoggettabile all'obbligo di iscrizione alla gestione separata Inps per i professionisti appartenenti a un ordine o elenco²⁶.

Ciò che merita attenzione in proposito sono gli indici di rilevamento di questo secondo referente normativo. Secondo i giudici di legittimità l'abi-

il contributo previdenziale previsto. Il contributo dovuto è per 2/3 a carico del committente e per 1/3 a carico del lavoratore. Con riferimento alla contribuzione obbligatoria prevista dalla cosiddetta gestione separata INPS va segnalato che la lettura delle norme oggi vigenti fa considerare tenuto all'iscrizione alla gestione e al versamento del relativo contributo ogni soggetto che si trovi nelle condizioni di esercitare una attività professionale in forma abituale priva di (o per la quale non è obbligatoria l'iscrizione ad una) autonoma Cassa di previdenza ovvero una attività di parasubordinazione, come le co.co.co. (v. *amplius, infra*). Anche dal punto di vista fiscale v'è da sottolineare che il requisito dell'occasionalità è ricavato, in negativo, dal fatto che il lavoratore svolge la prestazione fuori da un'attività commerciale "abituale", in base a quanto risulta a fini tributari dall'art. 67, comma 1, lett. l), d.p.r. 917/1986. Ai sensi dell'art. 67, primo comma, lett. i) del D.P.R. n. 917 del 1986 i compensi derivanti da prestazioni occasionali di lavoro autonomo sono classificati come redditi diversi e sono assoggettati ad imposizione fiscale secondo le ordinarie regole di tassazione mediante denuncia degli stessi nella dichiarazione dei redditi. A carico del committente vige l'obbligo di effettuare la ritenuta d'acconto pari al 20% del compenso corrisposto e di versarla secondo le previsioni del d.lgs. 241/1997.

²⁵ In base al disposto dell'art. 2, comma 26, l. 335/1995, per come autenticamente interpretato dall'art. 18, comma 12, d.l. 98/2011 (conv. con l. 111/2011) e fatto salvo il raggiungimento della soglia di compenso di 5000 euro, ex art. 44, comma 2, d.l. 269/2003, conv. con l. 326/2003, che comporta l'obbligo di iscrizione alla Gestione separata anche se l'attività è svolta in forma occasionale.

²⁶ Sempreché i loro redditi non siano già soggetti a contribuzione presso la cassa di riferimento cfr. Cass. 32167/2018, in motivazione, cui hanno dato continuità, tra le numerose, Cass. nn. 519 del 2019, 317 e 1827 del 2020, 477 e 478 del 2021.

tualità – quale contrario della occasionalità – va apprezzata nella sua dimensione di scelta *ex ante* del professionista e non come conseguenza *ex post* derivante dall'ammontare del reddito prodotto²⁷, ed è per questa ragione che deve ritenersi esista una distanza applicativa tra il significato di occasionalità lavoristico e quello previdenziale.

Per accertare la presenza del secondo significato occorre individuare una serie di indici, da verificare in relazione – non solo al singolo rapporto con un committente, ma con riguardo – *alle modalità generali con le quali il lavoratore espleta l'attività nei diversi rapporti di lavoro che instaura*, tra i quali, ad es., la scelta di iscrizione ad un albo, le dichiarazioni rese ai fini fiscali, l'accensione della partita IVA, l'esistenza di una organizzazione materiale predisposta a supporto della sua attività²⁸.

Questo modo di intendere l'occasionalità dell'attività sotto il profilo previdenziale comporta dunque che il lavoratore impiegato in maniera occasionale/saltuaria da un committente (e quindi in astratto soggetto all'obbligo di comunicare l'inizio del lavoro autonomo) non è detto possa beneficiare anche del regime previdenziale agevolato, dal momento che potrebbe pure svolgere quella attività in forma abituale per una pluralità di committenti.

Per rappresentare efficacemente il rapporto tra i due significati potrà dirsi che l'occasionalità “lavoristica” mantiene la sua rilevanza giuridica solo se sussiste anche una occasionalità “previdenziale”.

Differenziando tra le diverse ipotesi, vi sarà da considerare il quando l'attività è occasionale sia nei termini lavoristici spiegati, sia dal punto di vista previdenziale: in tal caso non vi saranno interferenze tra i due ambiti e per il lavoratore vi sarà l'obbligo di invio della comunicazione preventiva all'Ispettorato e, al contempo, la possibilità di beneficiare del regime previdenziale del lavoro non abituale.

Le interferenze tra il regime lavoristico e quello previdenziale si hanno

²⁷ Cfr. Cass. sentenza 25 maggio 2021, n. 14390, ove è altresì precisato che se il giudizio fosse effettuato *ex post* ne deriverebbe che il requisito dell'iscrizione alla Gestione separata resterebbe ancorato alla produzione di un reddito superiore alla soglia di cui all'art. 44, d.l. 269/2003, cit., dal quale deriva l'assoggettamento a contribuzione anche di attività libero-professionali svolte in forma occasionale.

²⁸ V. ancora Cass. 14390/21, cit., punto 12. Nel medesimo senso anche la giurisprudenza tributaria v. Cass. civ. sez. trib., 2 luglio 2014, n. 15031, ove i giudici di legittimità hanno dato peso alle modalità di svolgimento dell'attività, cosicché l'entità del reddito da sola non sia stato considerata sufficiente a stabilire se un'attività è occasionale o abituale, dovendo essere riscontrate le modalità operative.

invece quando il lavoratore decide di eseguire l'attività in forma professionale. Benché possa risultare in astratto rispettata l'occasionalità "lavoristica" in virtù dell'assenza di precedenti rapporti lavorativi con lo stesso committente, la scelta del lavoratore di svolgere quella attività in maniera professionale e continuativa al servizio di una pluralità di committenti (a prescindere dal superamento di determinati limiti economici) esclude alla radice l'obbligo di comunicazione preventiva – come emerge anche a p. 2 della circolare del Ministero del lavoro dell'11 gennaio 2022 n. 29, che esclude dall'obbligo tutte le attività autonome esercitate in maniera abituale.

Sotto questo profilo il concetto di occasionalità del lavoro autonomo, a cui ha fatto richiamo il legislatore all'art. 13, del d.l. 146/21, può dirsi avere un primo tratto selettivo nei termini lavoristici spiegati nel paragrafo precedente – ai quali occorre riferirsi per valutare quando esista l'obbligo di comunicazione iniziale –; ad esso si aggiunge però un ulteriore elemento che interferisce sull'esistenza del lavoro occasionale, e cioè la scelta del lavoratore di svolgere l'attività in forma professionale – secondo il concetto di abitualità a cui è collegato il regime previdenziale ordinario previsto per il tipo di attività –, da intendersi come un requisito di chiusura alla cui presenza è esclusa, a priori, la necessità dell'invio della comunicazione.

Per indagare le ragioni giuridiche che giustificano l'esclusione del lavoro autonomo svolto in maniera professionale dall'obbligo di comunicare l'instaurazione del rapporto c'è bisogno, anche in questo caso, di tenere conto delle finalità dell'art. 13 d.l. 146/21. La disposizione è infatti intervenuta a modificare l'art. 14 del d.lgs. 81/08, la quale norma è diretta a far sì che gli organi di vigilanza possano adottare gli opportuni provvedimenti per il contrasto al lavoro irregolare, nonché per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

Tali finalità, a ben vedere, vedono nei lavoratori autonomi che svolgono saltuariamente attività lavorative i loro principali destinatari. Per questi, infatti, è molto più elevato il rischio che l'attività non venga denunciata agli organi competenti, data la più remota eventualità, per il committente, di incorrere in provvedimenti ispettivi per attività svolte dai lavoratori fuori dai locali aziendali (come può accadere in particolare per le attività saltuarie di lavoro autonomo) ovvero, anche all'interno di questi, ma per periodi limitati e occasionali. Inoltre, a far ritenere che le intenzioni legislative siano state riferite solo al lavoro autonomo occasionale, inteso (anche) come quello non professionale, vi è il fatto che i maggiori rischi per la salute e la sicurezza della

manodopera derivano proprio dalla scarsa abitudinarietà con cui i lavoratori occasionali eseguono una certa prestazione.

6. *Le regole di dubbia efficacia per il lavoro intermediato da piattaforme digitali*

Un ultimo approfondimento conviene sia fatto per il lavoro nel settore del *food delivery*. A pochi giorni dalle modifiche introdotte sull'obbligo di comunicazione iniziale per i lavoratori autonomi occasionali è entrata in vigore una disciplina *ad hoc* per i rapporti di lavoro "intermediati da piattaforma digitale". Grazie ad essa è stato risolto il problema di rendere compatibile il nuovo obbligo di comunicazione in un settore, come quello della consegna di beni per conto altrui in ambito urbano e tramite piattaforme digitali, *ex art. 47 bis* e ss. d.lgs. 81/2015, che, come noto, mal si adatta, per le concrete modalità esecutive, all'obbligo *preventivo* di comunicazione.

L'impiego dei rider da parte delle piattaforme digitali segue una logica assimilabile – e per certi versi dai tratti ancor più accentuati – a quella del modello di gestione industriale del *just in time*, applicato nel corso del '900 e giunto alla sua massima espansione sul finire del secolo, con l'ampia apertura, a livello internazionale, per il lavoro flessibile²⁹ – che ha reso l'utilizzo dei lavoratori anch'esso *just in time*.

Grazie all'uso delle app il lavoratore svolge l'attività solo se esiste un consumatore interessato al servizio/prodotto, ma soprattutto diviene possibile che, ricevuta la richiesta da parte del consumatore, l'impresa non debba né occuparsi di chiamare il lavoratore – il quale, anzi, ha già espresso la sua disponibilità alla consegna – né sia soggetta al costo economico dovuto al tempo in cui il lavoratore è a disposizione (ma non ha eseguito la prestazione)³⁰. Quando l'attività dei rider è inquadrata nell'ambito del lavoro au-

²⁹ Cfr. *amplius* GALLINO, *Il lavoro non è una merce*, Laterza, 2007, p. 27, il quale evidenzia come il metodo del *just in time* sia stato uno dei principali antecedenti causali della crescente richiesta di lavoro flessibile da parte delle imprese. Sul tema in generale cfr. per tutti FONTANA R., *Complessità sociale e lavoro. La modernità di fronte al «just in time»*, Carocci, 2013. In tema di flessibilità dal punto di vista lavoristico, v. almeno i contributi pubblicati in ZOPPOLI L., DELFINO, *Flexicurity e tutele*, Ediesse, 2008.

³⁰ Cfr. BARBIERI, *Dell'inidoneità del tempo*, cit., p. 42 ss.; CARINCI M.T., *Sul principio di proporzionalità quantitativa della retribuzione al "lavoro prestato" ex art. 36 Cost.*, in *LLI*, 2022, p. 89 ss.; dal punto di vista della giurisprudenza, cfr. etiam GHIANI, *Il ruolo del tempo e dell'orario di lavoro attraverso la giurisprudenza sui riders*, in *LLI*, 2022, p. 72 ss.

tonomo, questi esprimono una preferenza sulle fasce orarie in cui intendono lavorare e, ottenuta l'assegnazione all'interno della fascia oraria, il tempo in cui il lavoratore resta in attesa di ricevere l'incarico è tendenzialmente a suo esclusivo carico³¹.

È evidente che l'immediatezza operativa con la quale questo lavoro è stato pensato si debba svolgere, per adattarsi all'obbligo del committente/piattaforma digitale di comunicare l'instaurazione del rapporto di lavoro autonomo occasionale *preventivamente* rispetto all'esecuzione delle attività, avrebbe richiesto una modifica del modello di business o, comunque, un pesante aggravio organizzativo.

La possibile *impassé* è stata allora evitata dalla l. 233/2021, di conversione del d.l. 152/2021, che ha introdotto una speciale disciplina concernente gli obblighi di comunicazione, intervenendo sull'art. 9-*bis* del d.l. 510/1996 (conv. da l. 608/1996) e stabilendo che tale comunicazione sia “*effettuata dal committente entro il ventesimo giorno del mese successivo all'instaurazione del rapporto di lavoro*”.

Si tratta, evidentemente, di una scelta di compromesso che permette di perseguire una finalità di controllo sui casi di impiego irregolare nel settore del *food delivery*, ma che, al contempo, evita eccessivi aggravii organizzativi, in un settore che si regge sul lavoro *just in time*: ciononostante, il *reddé rationem* sull'efficacia della misura non può, comunque, essere positivo.

Essa difficilmente riuscirà a dissuadere i committenti dall'intento fraudolento di tenere i rapporti di lavoro nell'irregolarità – con o senza la complice volontà del lavoratore. Termini così ampi per la comunicazione di svolgimento della prestazione permetteranno infatti di scegliere se dichiarare la prestazione, a seconda che vi sia stato o meno un controllo ispettivo: ai committenti è lasciata, in pratica, la possibilità di regolarizzare il rapporto di lavoro, senza l'applicazione di sanzioni, anche dopo che gli organi ispettivi hanno accertato il mancato invio della comunicazione, e ciò di certo non agevolerà l'efficacia dissuasiva delle sanzioni applicabili.

³¹ Sull'occasionalità della prestazione quale elemento di semplificazione della valutazione circa l'effettiva sussistenza della libertà del lavoratore di accettare la prestazione, e dunque, anche a favore della reale consensualità delle MODALITÀ di esecuzione di un rapporto di lavoro autonomo cfr. ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediale, fattispecie*, cit., p. 55 del dattiloscritto.

Abstract

Il contributo intende rispondere ad alcune domande pratiche sulla compatibilità d'utilizzo da parte degli stessi contraenti del lavoro autonomo occasionale e delle prestazioni di lavoro occasionale previste all'art. 54 bis d.l. 50/17: a partire da tale analisi ci si occupa poi di definire, in via induttiva, il rapporto tra i due concetti di occasionalità previsti per ciascun istituto.

Nella seconda parte del lavoro si tiene conto poi di come l'occasionalità del lavoro incida sotto il profilo previdenziale e ci si occupa, nell'ultimo paragrafo, di esaminare le criticità che caratterizzano la comunicazione obbligatoria di lavoro autonomo occasionale per le attività intermedie da piattaforme digitali.

The paper answers to some practical questions about the possibility by the same worker to be employed with occasional self-employment and with occasional work provided by Article 54 bis of Decree Law 50/17: starting from this analysis, it then inductively addresses the definition of the relationship between the two concepts of occasionality provided each institute.

The second part of the article considers how the occasional nature of the work affects the social security point of view; finally, in the last section, it examines the critical issues that characterize the mandatory communication of occasional self-employment for activities intermediated by digital platforms.

Keywords

Lavoro autonomo occasionale, prestazioni di lavoro occasionale, comunicazione obbligatoria di inizio attività.

Occasional self-employment, performance of occasional work, mandatory communication of the start of activity.

Chiara Cristofolini

Il sostegno all'occupazione SURE: verso una sicurezza sociale anche europea?*

Sommario: **1.** SURE: uno strumento anti-crisi a sostegno dell'occupazione. **2.** La configurazione giuridica tra istanze di solidarietà e di sostenibilità. **3.** La configurazione giuridica nel prisma dell'impegno europeo a favore della finanza sostenibile. **4.** L'esigenza di una misura di tutela occupazionale permanente. **5.** La compatibilità con il quadro normativo europeo. **6.** La necessità di un quadro regolatorio in materia di finanza sostenibile. **7.** Rilievi conclusivi.

1. SURE: uno strumento anti-crisi a sostegno dell'occupazione

Per contrastare le ricadute socio-economiche della pandemia, l'Unione europea ha adottato un ampio e articolato insieme di misure a carattere straordinario¹. Tra i principali interventi in materia di politiche del lavoro figura, in particolare, il *Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emer-*

* Il presente contributo si inserisce nell'ambito delle attività di ricerca del progetto Jean Monnet "Financial Innovation for Active Welfare Policies (FI4AWP)", attivato nel 2019 con il supporto della Commissione Europea (Programma Erasmus+). *Il sostegno della Commissione europea alla produzione di questa pubblicazione non costituisce un'approvazione del contenuto, che riflette esclusivamente il punto di vista dell'autore, e la Commissione non può essere ritenuta responsabile per l'uso che può essere fatto delle informazioni ivi contenute.*

With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union



¹ Per un approfondimento sulla risposta europea cfr. TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *DRI*, 2020, 2, pp. 244-247 e pp. 255-258; RICCOBONO, *Un «salto di specie» per l'UE? La solidarietà europea alla prova della crisi pandemica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 2020, n. 154, p. 21 ss.; CASOLARI, *Prime considerazioni sull'azione dell'Unione ai tempi del Coronavirus*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, 1, 94 ss.; ROSSI, *Luci ed ombre sull'intervento dell'Unione Europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *Nomos*, 2020, 1, 1 ss.; TEBANO, *L'Unione Europea tra "vecchi" vincoli e nuove risorse nel sostegno all'occupazione*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Quaderno di DLM*, 2021, n. 11, p. 387 ss.; TRIGGIANI, *Il principio di solidarietà nell'Unione europea*, in *DLRI*, 2021, 2, p. 235 ss.

gency (SURE), approvato con Regolamento UE 2020/672 del 19 maggio 2020². Attraverso tale iniziativa le istituzioni europee hanno inteso fornire assistenza finanziaria agli Stati membri che avevano subito o rischiavano di subire “gravi perturbazioni economiche” a causa di un “aumento repentino e severo” della spesa pubblica, effettiva o programmata, connessa al finanziamento di misure a tutela dell’occupazione (art. 1, co. 2, Reg. (UE) 2020/672). È stato così istituito un apposito fondo, pari a 100 miliardi di euro, le cui risorse sono state erogate ai Paesi richiedenti sotto forma di prestiti a condizioni favorevoli, allo scopo di aumentare il potenziale finanziario e l’impatto positivo della spesa pubblica (art. 5, Reg. (UE) 2020/672).

Il fondo SURE ha finanziato, più precisamente, misure di sostegno ai lavoratori subordinati e autonomi in caso di riduzione dell’orario lavorativo, nonché interventi di carattere sanitario nei luoghi di lavoro (art. 1, co. 2, Reg. (UE) 2020/672). Ciò ha consentito ai Paesi che ancora non le prevedevano di introdurre specifiche integrazioni salariali in caso di sospensione o riduzione dell’orario lavorativo³ e ai Paesi che già le prevedevano di estenderne l’ambito di applicazione⁴. Gli Stati membri hanno quindi potuto irrobustire i propri sistemi di protezione, ad esempio, allungando la durata massima delle indennità, o tutelando lavoratori storicamente esclusi dai sistemi di ammortizzatori sociali, tra i quali, in particolare, i lavoratori autonomi⁵.

² In tema, v. GIUBBONI, *In uno spirito di solidarietà tra gli Stati membri... Noterella polemica sulla proposta della Commissione d’una cosiddetta «cassa integrazione europea»*, in *RDSS*, 2020, p. 421 ss.; CILENTO, LIMARDO, *Ripensare le politiche del lavoro al tempo del SURE*, in *WP ADAPT*, 2020, n. 12; RICCIBONONO, *op. cit.*, p. 21 ss.; BARATTA, *Il contrasto alla disoccupazione a fronte dell’emergenza sanitaria da covid-19: è attuale il principio di solidarietà nell’Unione Europea?*, in *Sidiblog.org*, 9.4.2020; COSTAMAGNA, *La proposta della Commissione di uno strumento contro la disoccupazione generata dalla pandemia Covid-19 (‘SURE’): un passo nella giusta direzione, ma che da solo non basta*, in *Sidiblog.org*, 5.4.2020; DELFINO, *La tutela della salute nel diritto dell’Unione europea*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Quaderno di DLM*, 2021, n. 11, p. 38 ss.; TEBANO, *op. cit.*, p. 403 ss.; CARCHIO, *Sostegno al reddito e interventi emergenziali nella crisi pandemica*, in *LDE*, 2021, 2, pp. 13-15; RENGÀ, *La tutela del reddito: chiave di volta per un mercato del lavoro sostenibile*, relazione tenuta al XX Congresso nazionale AIDLASS “*Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*”, Taranto 28-30 ottobre 2021, pp. 6-7.

³ Si tratta, segnatamente, di Cipro, Estonia, Grecia e Malta.

⁴ Vale a dire: Belgio, Bulgaria, Spagna, Croazia, Ungheria, Irlanda, Italia, Lituania, Lettonia, Polonia, Portogallo, Romania, Slovenia, Repubblica Slovacca, Repubblica Ceca. In tema, CORTI, ALCIDI, *The time is ripe to make SURE a permanent instrument*, in *CEPS Policy Insights*, 2021, n. P12021, pp. 3-4; KATTAMI, *Protecting employment in 2021 and beyond: What can the new SURE instrument do?*, in *ELLAMEP Policy Paper*, 2021 n. 51, pp. 5-6.

⁵ Prima della crisi sanitaria pochissimi Paesi europei prevedevano misure di sostegno al

Pur raccordandosi con i previgenti programmi occupazionali e con gli altri interventi anti-crisi⁶, SURE ha rappresentato una assoluta novità nel panorama della strategia europea, essendo espressione di una inedita correlazione tra politiche del lavoro e finanza sostenibile. La configurazione finanziaria della misura occupazionale, infatti, è frutto dell'impegno assunto dall'UE in favore della diffusione di strumenti finanziari "etici", "sostenibili" o "socialmente responsabili"⁷, ossia di prodotti che si basano sull'applicazione nel sistema finanziario dei c.d. fattori ESG (acronimo di *Environment, Social and Governance*) elaborati dall'ONU⁸. Questi strumenti combinano filantropia e finanza, integrando nelle decisioni di investimento considerazioni relative alle ricadute sulla società civile e sull'ambiente⁹.

Nello specifico, le risorse erogate agli Stati membri sono state raccolte sui mercati internazionali mediante l'emissione di *social bonds*, titoli di debito sottoscritti in ragione di uno scopo sociale che l'emittente si impegna a per-

reddito in caso di riduzione o sospensione dell'attività dei lavoratori autonomi (cfr. SPASOVA, BOUGET, GHAILANI, VANHERCKE, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies*. European Social Policy Network (ESPN), European Commission, 2017, pp. 37-38 e pp. 44-47. Con specifico riguardo alla situazione nel nostro Paese, per tutti, ALAIMO, *Il lavoro autonomo fra nuove «debolezze» e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2021, 2, p. 209 ss.). Con SURE, quindi, le istituzioni europee dimostrano di aver maturato la consapevolezza per cui anche i lavoratori autonomi presentano profili di fragilità (cfr. VENDITTI, *Tutela della salute tra lavoro, famiglia e Welfare*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, in *Quaderno di DLM*, 2021, n. 11, pp. 86-87; TREU, *op. cit.*, p. 258).

⁶ L'intervento si collega con le precedenti misure sociali ed economiche, tra cui, in particolare: il Fondo Europeo di Adeguamento alla Globalizzazione (FEG), previsto per fronteggiare trasformazioni socioeconomiche derivanti dalla globalizzazione, nonché dai cambiamenti tecnologici e ambientali; il Fondo di Solidarietà dell'UE, nato per rispondere alle grandi calamità naturali e recentemente esteso per affrontare le principali emergenze sanitarie; la *Coronavirus Response Investment Initiative* (CRII) e la *Coronavirus Response Investment Initiative Plus* (CRII+), istituite per destinare le riserve di liquidità dei fondi strutturali e di investimento europei al sostegno dei settori più colpiti dalle ripercussioni della pandemia.

⁷ COMM. UE, *SURE: One Year On*, COM (2021) 596 final del 22 settembre 2021, p. 29.

⁸ Cfr. *Principles for Responsible Investment* dell'ONU (disponibili al sito: <https://www.unpri.org/about-us/what-are-the-principles-for-responsible-investment>) che declinano i criteri ESG in indicazioni per gli investitori.

⁹ Su questo settore finanziario v. SCHOENMAKER, SCHRAMADE, *Principles of Sustainable Finance*, Oxford University Press, 2019, p. 179 ss.; DEL GIUDICE, *La finanza sostenibile. Strategie, mercato e investitori istituzionali*, Giappichelli, 2019, p. 9 ss.; LA TORRE, CHIAPPINI, a cura di, *Contemporary Issues in Sustainable Finance. Financial Products and Financial Institutions*, Palgrave Macmillan, 2021.

seguire in modo diretto o indiretto¹⁰. Così facendo, le istituzioni europee hanno inteso intercettare quella parte crescente di investitori privati che si dimostra poco incline a separare le decisioni di consumo e investimento dalle questioni legate alla sostenibilità¹¹.

Come gli altri interventi adottati per far fronte alla pandemia, anche quest'innovativa misura anti-crisi è stata concepita quale strumento emergenziale ed è pertanto rimasta in vigore fino al 31 gennaio 2022. All'approssimarsi della scadenza, tuttavia, è nato un dibattito sulla necessità di trasformare SURE in misura permanente, nel quale si è discusso della capacità dell'Unione di governare le ricadute sociali dei cicli avversi e dell'esigenza di sfruttare il potenziale derivante dall'interconnessione tra finanza sostenibile e politiche del lavoro per affrontare con risorse appropriate gli *shocks* economici¹². In tema è intervenuta anche la Commissione europea che, nel presentare il Piano d'azione per l'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, ha annoverato tra le priorità di intervento per "costruire un'Europa sociale più forte entro il 2030" proprio la valutazione dello strumento europeo SURE¹³.

Dal momento che tale dibattito è ancora nella fase iniziale, l'obiettivo di questo saggio è quello di contribuire al suo sviluppo attraverso una riflessione articolata su più piani. Dopo un approfondimento critico sulla configurazione giuridico-finanziaria di SURE (§§ 2-3), si giungerà a esaminare

¹⁰ PERRI, *I social bond per il non profit: tra perplessità e necessità della raccolta fondi*, Report dell'Osservatorio Socialis, 2015, pp. 8-12; GAMBARDELLA, ROSSI, SALOMONE, *La finanza sociale come strumento per le politiche pubbliche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2018, n. 350, p. 10 ss.; PARK, *Social Bonds for Sustainable Development: A Human Rights Perspective on Impact Investing*, in BURJ, 2018, 3, p. 233 ss.; LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali, in BIS, 2021, 1, p. 115 ss.

¹¹ La US SIF FOUNDATION, *Report on US Sustainable and Impact Investing*, 2020, https://www.ussif.org/files/Trends/2020_Trends_Onepager_Alternatives.pdf, per esempio, attesta che gli investimenti sostenibili e responsabili sono aumentati del 42% rispetto al 2018. Secondo il FORUM PER LA FINANZA SOSTENIBILE, *Gli investimenti sostenibili in Italia. Tendenze e prospettive di mercato*, 2021, p. 9, <https://finanzasostenibile.it/wp-content/uploads/2021/11/Investimenti-sostenibili-Italia-WEB.pdf>, inoltre, in Italia il patrimonio investito in fondi sostenibili rappresenta ora quasi il 30%.

¹² PARLAM. EU, *Su un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, 24 novembre 2020, punto 9 invita la Commissione "a valutare con attenzione le prestazioni di tale strumento temporaneo e a considerare la possibilità di istituire uno strumento speciale permanente".

¹³ COMM. UE, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, COM(2021) 102 final del 4 marzo 2021.

la prospettiva di una sua trasformazione in misura permanente. Tale prospettiva verrà sviluppata lungo due direttrici. Si discuterà, innanzitutto, della compatibilità con il vigente ordinamento giuridico europeo (§§ 4-5), per poi proseguire l'analisi con una discussione sulle implicazioni di una stabilizzazione di SURE nell'ottica della finanziarizzazione delle politiche del lavoro (§ 6). In conclusione verranno svolte alcune considerazioni sui risvolti dei processi in atto sul piano dell'integrazione europea (§ 7).

2. La configurazione giuridica tra istanze di solidarietà e di sostenibilità

L'idea di istituire uno strumento anti-crisi a tutela dell'occupazione a livello europeo non è del tutto inedita. SURE esprime molto di quanto già "presente nella progettualità comunitaria"¹⁴ e affonda le sue radici nel dibattito, sviluppatosi a partire dagli anni '70 del secolo scorso, sulla necessità di introdurre un intervento contro la disoccupazione nelle fasi congiunturali¹⁵. SURE si ispira, in particolare, all'*equivalent European Unemployment Benefit Scheme* (EUBS), ossia allo schema di riassicurazione europea contro la disoccupazione¹⁶. Nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale, infatti, SURE ha fornito assistenza agli Stati senza incidere sulle caratteristiche strutturali degli istituti nazionali e sulla discrezionalità dei Governi nella scelta dei mezzi con cui perseguire l'obiettivo di mantenere i posti di lavoro e di tutelare i livelli occupazionali¹⁷.

¹⁴ Così CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵ Sull'evoluzione della discussione si rimanda, per tutti, a BOLOGNA, *The European Unemployment Benefit Scheme: Legal Basis for Resocialising Europe*, in *EL*, 2017, 1, pp. 12-13. Tra le proposte di intervento più recenti si vedano, senza pretesa di esaustività, quelle di DULLIEN, *A European Unemployment Benefit Scheme*, cit.; BEBLAVÝ, MASELLI, *An unemployment insurance scheme for the euro area: A simulation exercise of two options*, in *CEPS special report*, 2014, n. 98; JARA, SUTHERLAND, *The effects of an EMU insurance scheme on income in unemployment*, in *Intereconomics*, 2014, 4, pp. 194-199.

¹⁶ Che si distingue dal c.d. *genuine* EUBS, nel quale i lavoratori pagano i contributi a un fondo europeo e ricevono la prestazione di sostegno al reddito dallo stesso fondo, senza l'intermediazione dell'ente nazionale. Cfr. BEBLAVÝ, LENAERTS, *Feasibility and Added Value of a European Unemployment Benefit Scheme: Main findings from a comprehensive research project*, European Commission, 2017, p. 21 ss.; FAIOLI, BOLOGNA, *Sull'adeguatezza dell'indennità euro-unitaria di disoccupazione (EUBS)*, in *RDSS*, 2017, 1, pp. 32-33.

¹⁷ Si è così tenuto conto dell'eterogeneità che contraddistingue la disciplina dei regimi di riduzione dell'orario di lavoro degli Stati membri. V. MÜLLER, SCHULTEN, *op. cit.*, p. 4; CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 9.

Esistono, tuttavia, rilevanti differenze tra i due istituti, giacché, dal punto di vista tecnico, SURE non è stato sviluppato su un sistema di riassicurazione, alimentato dalla corresponsione di contributi da parte degli Stati membri. Lo strumento non configura cioè una sorta di “cassa integrazione europea”, né un fondo unico europeo di sussidi di disoccupazione; esso costituisce, più semplicemente, una misura di assistenza finanziaria, giuridicamente fondata sull’art. 122, parr. 1 e 2, Tratt. Funz. UE, che prevede l’erogazione di risorse economiche a favore di Stati membri in difficoltà a causa dell’aumento della spesa pubblica connessa alla tutela dell’occupazione.

Inoltre, sebbene il Regolamento istitutivo descriva l’intervento come espressione dello “spirito di solidarietà tra Stati”, SURE non costituisce né un vero e proprio “embrione di solidarietà fiscale europea”, né una compiuta manifestazione di solidarietà tra gli Stati membri¹⁸. Per il timore che lo strumento potesse creare una ‘Unione dei trasferimenti’, le risorse raccolte dal mercato non sono state erogate a fondo perduto, bensì come prestito. Ed è pur vero che, per assicurare la conformità dello strumento alle disposizioni in materia di indebitamento dell’Unione, l’erogazione dei prestiti è stata preceduta dalla costituzione di un sistema di garanzie irrevocabili e incondizionate, a copertura del 25% dell’importo complessivo del fondo (art. 12, co. 1, Reg. (UE) 2020/672)¹⁹. Ma tale regime di garanzie irrevocabili e incondizionate fornite dagli Stati membri si è basato su un meccanismo di adesione a carattere volontario, mentre la solidarietà di livello istituzionale non può fondarsi su regimi facoltativi. La solidarietà tra Stati, per potersi definire tale, implica “un dovere di assistenza, una forma istituzionalizzata di redistribuzione di risorse in favore del membro della comunità che si trovi in difficoltà”²⁰.

Non siamo però nemmeno di fronte a un semplice “premio di consolazione”²¹. Mentre le garanzie finanziarie sono state assicurate (sia pure vo-

¹⁸ La citazione è contenuta in GIUBBONI, *op. cit.*, p. 425. Similmente, RICCOBONO, *op. cit.*, p. 22; RENGA, *op. cit.*, p. 7; CARCHIO, *op. cit.*, pp. 13-15. Meno critici sul punto, TEBANO, *op. cit.*, p. 403 ss.; TREU, *op. cit.*, pp. 255-256.

¹⁹ Allo scoppio della pandemia, l’Unione era appena entrata nell’ultimo anno del quadro finanziario 2014-2020 e non era stato ancora approvato quello relativo al settennio 2021-2027. Di conseguenza, le risorse europee da destinare a garanzia di un’emissione di debito erano modeste (cfr. CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 8).

²⁰ Con queste parole, GIUBBONI, *op. cit.*, p. 425. Nello stesso senso, GIUBBONI, *Solidarietà*, in *PD*, 2012, 4, p. 525 ss.

²¹ Così, invece, SEIKEL, *Maßnahmen der Eu in der Corona-Krise*, in *Policy Brief WSI*, 2020, n. 39, pp. 10-11.

lontariamente) da tutti gli Stati membri dell'Unione, i prestiti sono stati erogati ad alcuni Paesi soltanto, creando, di fatto, una inedita forma di condivisione del rischio²². I prestiti, inoltre, sono stati concessi secondo il principio del *back-to-back*, il che significa che i Paesi beneficiari hanno goduto delle stesse condizioni di finanziamento ottenute dalla Commissione sui mercati. Dato il basso rischio creditizio associato all'UE, i tassi di emissione sono risultati mediamente bassi, con la conseguenza che gli Stati hanno potuto beneficiare di tassi di interesse più favorevoli rispetto alle condizioni di emissione dei rispettivi titoli di debito. Tale situazione ha alleggerito la pressione soprattutto su Paesi come l'Italia e la Spagna che non godono di un elevato *credit rating*. Questi Paesi, infatti, hanno potuto evitare di emettere debito sovrano risparmiando non poco in termini di interessi²³.

Inoltre, a differenza di altri strumenti adottati sulla base del medesimo art. 122, par. 2 TFEU, – come ad esempio il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF) –, il programma SURE non ha previsto il ricorso ad alcuna condizionalità macroeconomica²⁴. L'accesso all'assistenza finanziaria non è stato subordinato all'adozione di specifiche riforme strutturali dirette ad assicurare la sostenibilità della spesa pubblica, ma alla verifica che i prestiti concessi non fossero impiegati per il finanziamento ordinario di prestazioni nazionali permanenti²⁵. Tale differente configurazione ha costituito un importante segnale di discontinuità rispetto alla impostazione adottata durante la crisi dei debiti sovrani, ossia rispetto all'impostazione che faceva “coincidere la solidarietà con la stabilità assicurata (da) sane e rigorose politiche di bilancio”²⁶.

La dotazione complessiva del fondo – comunque insufficiente rispetto

²² TEBANO, *op. cit.*, pp. 405-406; TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 246.

²³ La Commissione ha stimato in circa 8,2 miliardi di euro il risparmio generato in termini di interessi. L'Italia ha risparmiato 3,76 miliardi di euro, mentre la Spagna ha risparmiato 1,59 miliardi di euro (COMM. UE, *SURE: One Year On*, cit., pp. 19-20). Lo strumento è stato, invece, finanziariamente poco attraente per i c.d. Paesi “frugali”, in ragione della loro alta affidabilità creditizia. In tema, TESCHE, *Pandemic Politics: The European Union in Times of the Coronavirus Emergency*, in *JCMS*, 2022, 2, p. 487.

²⁴ CHATZILAOU, *La solidarité européenne face au Covid-19: à propos de l'instrument «SURE»*, in *DO*, 2020, p. 532 ss.; FERNANDES, VANDENBROUCKE, *SURE: a welcome lynchpin for a European unemployment re-insurance*, in *Institut Jacques Delors Policy Paper*, 2020, n. 251, p. 7; TESCHE, *op. cit.*, p. 487; CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 7; TRIGGIANI, *op. cit.*, pp. 245-246.

²⁵ Cfr. TEBANO, *op. cit.*, p. 407.

²⁶ Così GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., p. 547.

al fabbisogno di spesa degli Stati²⁷ – e gli altri vincoli contenuti nel Regolamento – come il c.d. limite di concentrazione²⁸ – rendono conto, piuttosto, del fatto che SURE non è stato concepito come misura sostitutiva degli interventi nazionali. Lo strumento europeo è stato pensato come meccanismo integrativo²⁹, frutto del compromesso tra istanze solidaristiche ed esigenze di stabilità.

3. *La configurazione giuridica nel prisma dell'impegno europeo a favore della finanza sostenibile*

Sul presupposto che le risorse disponibili a bilancio sarebbero state insufficienti a finanziare robuste misure occupazionali, il Regolamento istitutivo ha conferito alla Commissione “il potere di assumere prestiti per conto dell'Unione sui mercati di capitali o presso le istituzioni finanziarie” (ex art. 4, Reg. (UE) 2020/672). In questo contesto, la Commissione, spinta dalla eccezionalità della crisi pandemica, ha deciso di sperimentare un prodotto obbligazionario innovativo, denominato *social bond*, che si inserisce nella dimensione “*Social*” del sistema ESG proprio della finanza sostenibile.

Nato nella prassi di settore in tempi piuttosto recenti³⁰, il *social bond* co-

²⁷ Si stima che la spesa pubblica raggiungerà i 114 miliardi di euro, ossia il 15% in più rispetto alle previsioni iniziali (COMM. UE, *SURE: One Year On*, cit., p. 10). Del resto, che la dotazione del fondo non sarebbe stata sufficiente era stato evidenziato già all'indomani della pubblicazione della proposta di Regolamento. In tal senso, MATTHES, *Rückversicherungsvorschlag geht in die richtige Richtung*, in *IW-Kurzbericht*, 2020, 42, p. 2.

²⁸ L'assistenza finanziaria è stata subordinata all'osservanza di alcuni requisiti prudenziali, tra i quali quello per cui la quota dei prestiti concessi ai tre maggiori beneficiari non superasse cumulativamente il 60% dell'importo totale (art. 9, co. 1, Reg. (UE) 2020/672). In applicazione di questo limite, Italia, Spagna e Polonia non hanno potuto reiterare la domanda di assistenza finanziaria. Cfr. COMM. UE, *SURE: One Year On*, cit., p. 10 nt. 18.

²⁹ Per questo motivo SURE è stato considerato una “seconda linea di difesa”: così DELFINO, *La tutela della salute*, cit., p. 40; similmente, RICCOBONO, *op. cit.*, p. 22; CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 11.

³⁰ La prima sperimentazione riconducibile a questa dinamica di investimento può essere rinvenuta nell'emissione dell'*Inter-American Development Bank* del 2014, finalizzata a raccogliere capitale privato per finanziare i progetti del programma “*Education, Youth, Employment - EYE*” della stessa banca. Per poter parlare di un vero e proprio mercato di obbligazioni sociali bisogna però attendere il 2017, con la nascita del *Social Bond Program* dell'*International Finance Corporation* (IFC). Da allora, questa tipologia di investimento si è diffusa rapidamente e, complice la crisi

stituisce una componente molto sofisticata della finanza sostenibile, perché mira più al rendimento sociale che a quello finanziario. La scelta di investimento non si basa cioè su di un semplice *screening* ESG negativo, volto a *evitare* attività poco sostenibili, ma su di una selezione *attiva* di progetti, imprese o fondi. L'impatto sociale costituisce una condizione essenziale dell'investimento privato: l'intenzione dell'investitore è quella di perseguire un obiettivo sociale (c.d. *intentionality*), congiuntamente all'interesse finanziario (c.d. *additionality*)³¹. Per questa peculiarità, alcuni annoverano i *social bonds* nella c.d. finanza d'impatto o *impact investing*, che costituisce un sottoinsieme di quella sostenibile o socialmente responsabile³².

La disciplina in materia è dettata dalle linee guida di settore, documenti ad adesione volontaria che specificano le caratteristiche che i prodotti finanziari debbono soddisfare per poter essere correttamente denominati "sociali". Tra queste, assumono primaria rilevanza i *Social Bond Principles* dell'*International Capital Market Association* (ICMA), che costituiscono le linee guida più importanti per diffusione nel mercato e per numero di adesioni³³. Ad esse si conforma anche il *SURE Social Bond Framework* con il quale la Commissione ha presentato le obbligazioni sociali agli investitori. In mancanza di una cornice normativa in materia, dunque, è in queste linee guida che si rinviene la regolazione della dimensione finanziaria dello strumento europeo di sostegno all'occupazione.

Nel quadro delle linee guida dell'ICMA, l'intervento SURE rientra segnatamente nelle obbligazioni sociali di tipo 'lavoristico', ossia nell'ambito dei *social bonds* destinati a finanziare misure riguardanti la formazione professionale, il sostegno all'occupazione, la prevenzione e il contrasto alla di-

pandemica, ha avuto una espansione significativa (KARSENTI, *Social bonds in response to the Covid-19 crisis: when financial markets save lives*, in *ECMI Commentary*, 2020, n. 64).

³¹ EUROSIF, *European SRI Study*, 2018, p. 36; PARK, *op. cit.*, p. 248.

³² In tal senso, LENZI, *Corporate Social Bonds: A Legal Analysis*, in *ECFR*, 2021, 2, p. 316; BARBER, MORSE, YASUDA, *Impact Investing*, in *NBER Working Paper*, 2019, n. 26582.

³³ ICMA, *Social Bond Principles. Voluntary Process Guidelines for Issuing Social Bonds*, 2021, <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2022-updates/Social-Bond-Principles-June-2022v3-020822.pdf>. Tali linee guida sono state elaborate per la prima volta nel 2016, sull'esempio dei *Green Bond Principles*, e sono state modificate da ultimo nel 2021, per tenere conto delle novità imposte dalla crisi pandemica. Nell'elenco dei progetti finanziabili, in particolare, è stata aggiunta la categoria composta dai "programmi destinati a prevenire e alleviare la disoccupazione derivante da crisi socioeconomiche", con l'intento di incentivare l'emissione di *social bonds* in risposta al diffondersi della pandemia.

soccupazione causata da crisi socio-economiche³⁴. A tale categoria si richiama il *SURE Social Bond Framework* quando specifica che i capitali raccolti sono impiegati in conformità a quanto stabilito all'art. 1 del Reg. (UE) 2020/672, ossia per finanziare regimi di riduzione dell'orario di lavoro, oppure altre misure analoghe, allo scopo di supportare il reddito familiare e l'economia nel suo complesso³⁵.

I requisiti previsti dalle linee guida ICMA mirano soprattutto a fornire agli investitori la certezza che i fondi mobilitati siano destinati all'obiettivo sociale predeterminato dall'emittente. Ciò allo scopo di contenere il fenomeno del c.d. *social washing*, ossia di quelle pratiche in cui gli investitori vengono indotti a finanziare obiettivi che sono sociali soltanto in apparenza, o a finanziare imprese che, per migliorare la propria reputazione, mettono in atto finte iniziative di responsabilità sociale³⁶.

Tali disposizioni hanno giocato un ruolo molto importante nella configurazione di SURE, inducendo le istituzioni europee a elaborare un *Social Bond Framework* che, nel tentativo di conformarsi ad esse, colma parzialmente alcune evidenti carenze del Reg. (UE) 2020/672. Difatti, mentre la parte finanziaria dello strumento è puntualmente disciplinata, la dimensione lavoristica si presenta lacunosa e frammentaria, tanto che il Regolamento non contiene alcun riferimento alle politiche sociali e occupazionali dell'Unione, né alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) o al Pilastro europeo dei diritti sociali. Tale mancanza non è affatto priva di significato se solo si considera che l'intervento SURE è stato adottato al precipuo scopo di finanziare misure in materia di lavoro e occupazione³⁷.

Tramite il *SURE Social Bond Framework*, però, la Commissione sopperisce in parte a queste carenze, richiamando esplicitamente il Pilastro europeo dei diritti sociali tra le ragioni alla base dell'emissione³⁸. Tale precisazione consente di inquadrare SURE nell'ambito delle azioni attuative del Pilastro sociale europeo, in particolare del principio n. 12, ai sensi del quale ogni lavoratore, subordinato e autonomo, vanta il "diritto a un'adeguata protezione

³⁴ ICMA, *op. cit.*, p. 4.

³⁵ COMM. UE, *EU SURE Social Bond Framework*, 7 ottobre 2020, p. 6.

³⁶ PARK, *op. cit.*, p. 239; PEETERS, SCHMITT, VOLK, *Social Bonds Can Help Mitigate the Economic and Social Effects of the COVID-19 Crisis*, in *EMCompass, IFC*, 2020, note 89, p. 5.

³⁷ Critici a questo riguardo anche CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 19.

³⁸ COMM. UE, *EU SURE Social bond Framework*, cit., p. 3 e pp. 5-6.

sociale”, nonché del principio n. 10, per cui ogni lavoratore ha diritto a lavorare in un ambiente di lavoro “sano, sicuro e adeguato”³⁹.

Il *SURE Social Bond Framework* inserisce, inoltre, l'intervento nel contesto delle azioni attuative dell'Agenda 2030 dell'ONU, considerata dalle istituzioni europee il faro a cui guardare per tenere in equilibrio la dimensione economica, sociale e ambientale dello sviluppo nell'Unione⁴⁰. Le misure finanziate dai *SURE social bonds* sono inquadrare tra gli interventi che contribuiscono al raggiungimento dei *Goals* n. 3 e n. 8, ossia, rispettivamente: l'obiettivo di assicurare la salute e il benessere per tutti a tutte le età e l'obiettivo di incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per tutti⁴¹.

In questo modo, il *SURE Social Bond Framework* rende maggiormente evidente l'intreccio tra investimento privato, finanza sostenibile e sostegno occupazionale alla base della misura; tre differenti dimensioni che le istituzioni europee tengono assieme mediante la propria azione di coordinamento.

4. *L'esigenza di una misura di tutela occupazionale permanente*

Si è ricordato in apertura che l'intervento SURE è stato concepito come misura temporanea ed emergenziale, collegata sia nel tempo che nella portata al perdurare della emergenza pandemica. Di conseguenza, se un'altra crisi dovesse verificarsi in futuro, tale intervento non farebbe parte degli strumenti a cui l'Unione potrebbe ricorrere per fornire un sostegno immediato ai Paesi in difficoltà.

L'emergenza pandemica, tuttavia, ha reso viepiù evidenti le implicazioni sociali derivanti dall'assenza di un sistema europeo di tutele contro la disoccupazione. Da tempo la sua introduzione è considerata imprescindibile per sostenere i lavoratori europei e colmare le lacune derivanti dalla struttura atipica della *governance* economica, caratterizzata dalla presenza di una politica monetaria comune non corrisposta da una politica fiscale eurounitaria⁴². In

³⁹ Sul legame tra SURE, ossia tra il finanziamento di misure di riduzione dell'orario di lavoro, e la tutela della salute dei lavoratori concentra l'attenzione DELFINO, *op. cit.*, pp. 39-41.

⁴⁰ CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 20.

⁴¹ COMM. UE, *EU SURE Social bond Framework*, cit., p. 6.

⁴² Nel tempo sono state formulate moltissime proposte. Oltre agli Autori già citati alle nt. 15-16, cfr. BRANDOLINI, CARTA, D'AMURI, *A feasible unemployment-based shock absorber for the*

questo senso, le vicende che hanno portato alla introduzione di SURE non sono espressione di problematiche nuove, ma di tematiche ampiamente discusse che attendono ancora oggi di essere adeguatamente affrontate⁴³.

Un primo passo verso la creazione di un sistema di tutele a livello europeo potrebbe essere rappresentato dalla stabilizzazione di SURE, che da misura eccezionale potrebbe divenire uno strumento permanente⁴⁴. Mettere a regime SURE consentirebbe di attenuare l'impatto delle crisi sulle economie europee, sempre più interdipendenti, e di assicurare ai lavoratori un sostegno al reddito, contribuendo a evitare che l'aumento della disoccupazione ciclica, determinata dalle variazioni congiunturali negative, si trasformi in una crescita della disoccupazione strutturale⁴⁵.

La configurazione attuale dello strumento SURE non è, tuttavia, priva di criticità. Per uscire dalla dimensione sperimentale, l'ambito di applicazione della misura dovrebbe essere ampliato al fine di affiancare allo schema di integrazione del reddito nelle ipotesi di riduzione o sospensione dell'orario di lavoro, il finanziamento dei sussidi di disoccupazione nei casi di perdita dell'impiego. L'allargamento della platea dei beneficiari è, infatti, essenziale per garantire un livello di protezione sufficientemente adeguato. In previsione di nuove crisi, inoltre, la misura dovrebbe divenire "reattiva" e "proattiva" al tempo stesso, integrando la dimensione di politica passiva con interventi di politica attiva. Questi ultimi risultano fondamentali per agevolare il ricollocamento nell'attuale contesto dei mercati transizionali del lavoro⁴⁶.

Tale misura, inoltre, dovrebbe integrare, anziché sostituire, la previsione di un *genuine* o di un *equivalent* EUBS. Ciò in quanto un sistema ordinario di ammortizzatori sociali di livello europeo dovrebbe fondarsi su meccanismi redistributivi e i trasferimenti finanziari dovrebbero essere erogati automa-

euro area, in JCMS, 2016, 5, p. 1123 ss.; FERRANTE, *Afterword. The European Unemployment Benefit Scheme: The Way Ahead*, in EL, 2017, 1, p. 95 ss.

⁴³ Nello stesso senso VENDITTI, *op. cit.*, p. 87, la quale auspica che l'esperienza pandemica possa dare forza alla creazione di "meccanismi sovranazionali di condivisione dei rischi generati dalle crisi", come i sistemi di EUBS.

⁴⁴ TREU, *op. cit.*, pp. 257-258; CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 36; CORTI, ALCIDI, *op. cit.*, p. 6 ss. KATTAMI, *op. cit.*, p. 10 ss.; TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 246.

⁴⁵ KATTAMI, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁶ Del resto, in dottrina si è giustamente osservato (cfr. SCHMID, *Beyond European unemployment insurance. Less moral hazard, more moral assurance?*, in *Trasfer*, 2020, 4, p. 468) che è lo stesso concetto di indennità di disoccupazione a dover essere rivisto e adeguato al mercato del lavoro odierno.

ticamente all'avverarsi di predeterminate condizioni⁴⁷. SURE, invece, offre assistenza finanziaria nella forma di prestiti e il supporto è subordinato alla sottoscrizione di accordi bilaterali tra la Commissione e il singolo Stato membro, successivamente approvati dal Consiglio (art. 6, Reg. (UE) 2020/672)⁴⁸. Per la sua configurazione, SURE esprime il massimo del potenziale in situazioni di emergenza temporanea e di larga scala, offrendo una *seconda* linea di difesa a sostegno del reddito dei lavoratori e della capacità produttiva delle imprese⁴⁹.

Detto altrimenti, lo strumento dovrebbe essere concepito come un “*plug-in*”⁵⁰ specifico di un sistema europeo di EUBS, pronto per essere impiegato in contesti emergenziali. La stabilizzazione di SURE e l'introduzione di un meccanismo di EUBS non sono, quindi, reciprocamente escludenti ma tra loro complementari. È in quest'ottica che la trasformazione di SURE in misura permanente potrebbe rivelarsi realmente importante per sostenere la capacità di risposta degli Stati membri in difficoltà e per ridurre la disparità sociale nell'UE. È pertanto da questo specifico angolo di visuale che ci proponiamo di indagare le tematiche connesse alla sua stabilizzazione.

5. *La compatibilità con il quadro normativo europeo*

Nella prospettiva dell'analisi giuridica, la questione più importante sollevata dalla trasformazione di SURE in meccanismo permanente attiene alla sua compatibilità con il vigente quadro normativo europeo⁵¹.

⁴⁷ BEBLAVÝ, LENAERTS, *op. cit.*, p. 27 ss.

⁴⁸ Sulla procedura di approvazione della richiesta di assistenza finanziaria si sofferma, in particolare, TEBANO, *op. cit.*, p. 407 che osserva come l'accesso ai fondi sia subordinato anche al vaglio di compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato.

⁴⁹ CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 36, invece, argomentano la necessità di modificare i meccanismi di funzionamento di SURE, affinché esso diventi una misura di “difesa di prima linea”.

⁵⁰ Così, condivisibilmente, VANDENBROUCKE, ANDOR, BEETSMA, BURGOON, FISCHER, KUHN, LUIGJES, NICOLI, *The European Commission's SURE initiative and euro area unemployment re-insurance*, in VoxEU, 6 aprile 2020. Sembra essere questa la prospettiva prevalsa a livello europeo. V., in tal senso, PARLAM. UE, *Su un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, 24 novembre 2020, punti 9 e 10.

⁵¹ Sulle difficoltà di carattere giuridico connesse alla trasformazione delle misure anti-crisi in strumenti permanenti, cfr. SCIARRA, *European Social Policy in the Covid-19 Crisis*, in IACL-IADC Blog, 14 maggio 2020, <https://blog-iacl-aide.org/social-rights/2020/5/14/european-social-policy-in-the-covid-19-crisis>.

Il problema non è certamente di immediata soluzione, giacché i Trattati vincolano fortemente il margine di manovra delle istituzioni europee in materia di assistenza finanziaria e di protezione sociale. Innanzitutto, l'art. 122, parr. 1 e 2 Tratt. Funz. UE, su cui è stata giuridicamente fondata l'adozione di SURE, prevede solamente l'introduzione di misure eccezionali e temporanee, tese ad affrontare situazioni straordinarie. Come tale, la norma non può legittimare la previsione di interventi permanenti⁵². Ulteriori limiti al raggio d'azione delle istituzioni europee derivano poi dagli artt. 123-125, Tratt. Funz. UE. Tali disposizioni rappresentano i capisaldi della disciplina in materia di assistenza finanziaria⁵³ e sanciscono una netta separazione tra il bilancio dell'UE e quello dei singoli Stati membri⁵⁴. A completare il quadro legislativo, concorre, infine, l'art. 153, par. 4, Tratt. Funz. UE che condiziona i poteri dell'Unione nel campo della sicurezza sociale, escludendo l'ammissibilità di interventi che incidano sui principi fondamentali dei sistemi nazionali o sul loro equilibrio finanziario⁵⁵.

Tuttavia, tali vincoli legislativi debbono pur sempre essere discussi alla luce degli artt. 2 e 3, Tratt. UE, secondo cui l'Unione si fonda sui principi dell'eguaglianza e della solidarietà, nonché sulla coesione economica, sociale e territoriale degli Stati membri⁵⁶. Queste norme costituiscono il baricentro

⁵² V. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 246; in senso contrario, invece, RENGA, *op. cit.*, p. 7. Del resto, risulta discutibile la stessa possibilità di fondare sull'art. 122, parr. 1 e 2 TFUE l'adozione di SURE come misura straordinaria ed eccezionale. Si è osservato, infatti, che nell'interpretazione della Corte di Giustizia, l'art. 122, par. 1 disciplina la fattispecie in cui l'Unione fornisca assistenza finanziaria allo Stato membro che si trovi o rischi di trovarsi in una grave situazione economica. Il par. 2, invece, regola l'ipotesi in cui un Paese membro abbia problemi finanziari o rischi di trovarsi in gravi difficoltà economiche a causa di crisi asimmetriche. Soltanto attraverso alcune forzature interpretative, pertanto, può giungersi a ritenere che la disposizione legittimi in questo modo anche un intervento dell'Unione a tutela di tutti gli Stati membri colpiti da crisi simmetriche. Sul punto, TEBANO, *op. cit.*, p. 404 ss.; CANNIZZARO, *Neither Representation nor Taxation? Or, "Europe's Moment" - Part I*, in *European Papers - A Journal on Law and Integration*, 2020, 5, p. 705.

⁵³ GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., p. 546.

⁵⁴ Sono vietate forme di facilitazione creditizia, nonché misure di accesso alle istituzioni finanziarie non basate su considerazioni prudenziali. In aggiunta, le istituzioni europee e i singoli Paesi non possono rispondere degli impegni assunti da uno Stato membro (c.d. *no bail-out clause*).

⁵⁵ In tema, ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, 3, p. 486; FAIOLI, BOLOGNA, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁶ MASTROIANNI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *DPCE*, 2010, 4, p. XXI ss.; TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 241 osserva che "non esiste ambito materiale – politico, economico, sociale – che si sottragga ad una qualificazione da parte della solidarietà,

dell'ordinamento giuridico europeo e debbono, tra l'altro, essere lette in combinato disposto con l'art. 9, Tratt. Funz. UE (la cosiddetta clausola sociale orizzontale), per cui le politiche europee mirano a promuovere alti livelli di occupazione e una adeguata protezione sociale⁵⁷.

Tale prospettiva si arricchisce poi della visione olistica accolta nella CDFUE che assicura, tra gli altri, il diritto di ogni individuo di accedere alle prestazioni di sicurezza sociale (art. 34)⁵⁸, nonché delle previsioni contenute nel Pilastro europeo dei diritti sociali⁵⁹. Quest'ultimo, seppur privo di efficacia giuridica, riafferma la centralità della dimensione sociale dell'integrazione europea⁶⁰, riconoscendo il diritto di accedere a una protezione sociale adeguata (principio n. 12), nonché il diritto di ricevere sostegno all'attivazione da parte dei servizi pubblici per l'impiego e di percepire un sussidio di disoccupazione adeguato (principio n. 13).

Per quanto rimanga ancora marcata la distanza che separa il quadro giuridico formale dalla sua effettiva applicazione⁶¹, tale contesto normativo rende evidente che il coordinamento delle politiche economiche e la dinamica concorrenziale non sono sufficienti a conseguire gli obiettivi sanciti agli artt. 2 e 3, Tratt. UE⁶². La dimensione sociale dell'Unione dev'essere perciò adeguata che perciò si articola variamente negli ambiti su cui si dispone, adeguandosi ai contesti ai quali si applica”.

⁵⁷ Cfr., ampiamente, FAIOLI, BOLOGNA, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁵⁸ Sebbene il riconoscimento di tale diritto sia “pieno di limiti” (così ALES, *op. cit.*, p. 465), poiché produce i suoi effetti in forma condizionata, ossia in conformità con le modalità stabilite dal diritto eurounitario, dalle legislazioni e dalle prassi nazionali. Sul più generale problema della effettiva applicazione della CDFUE, cfr. DELFINO, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *DLRI*, 2018, 1, p. 183 ss.; LO FARO, *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, in *DLRI*, 2018, 4, p. 761 ss.

⁵⁹ In tema, ALES, *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A Holistic approach to the Eu social commitment*, in *ELLJ*, 2017, 8, p. 122 ss.; HENDRICKS, *European Labour Law and the Millennium Shift: From Post to (social) Pillar*, in HENDRICKS, DE STEFANO, a cura di, *Game Changers in Labour Law: Shaping the Future of Work*, in *BCLR*, 2018, p. 49 ss.; RATTI, *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in CHIAROMONTE, FERRARA, a cura di, *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristiche. Questioni aperte e prospettive future*, Franco Angeli, 2018, 7 ss.

⁶⁰ GUASTAFERRO, TEBANO, *Cura, lavoro, diritti: un itinerario*, in GUASTAFERRO, TEBANO (a cura di), *Cura, lavoro, diritti. L'Unione europea e le sfide della contemporaneità*, in *Quaderno di DLM*, 2022, 12, p. 13 parlano in proposito di una “rinnovata spinta sociale”.

⁶¹ Il problema è stato segnalato, tra gli altri, da COUNTOURIS, FREEDLAND, *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013; FROSECCHI, GIUBBONI, *Le basi istituzionali dell'Europa sociale da Roma a Lisbona*, in *QRS*, 2019, 1, p. 72; TREU, *op. cit.*, p. 253.

⁶² Sul punto, ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa «sociale» nel Trattato di Li-*

guatamente valorizzata, attraverso una attenta opera di interpretazione sistematica, teleologica ed evolutiva dell'assetto normativo vigente. Di conseguenza, anche la questione relativa all'esistenza di vincoli giuridici alla trasformazione di SURE in meccanismo permanente deve essere affrontata secondo tali coordinate interpretative.

A questo riguardo, si può cominciare con l'osservare che l'intervento occupazionale lascerebbe impregiudicata la competenza primaria degli Stati membri nell'organizzazione dei rispettivi sistemi di sicurezza sociale. SURE assicura solamente un supporto finanziario in situazioni di emergenza ai Paesi in difficoltà, per consentire loro di adottare, in conformità con la propria legislazione in materia, strumenti di sostegno al reddito dei lavoratori a livello nazionale, regionale e locale. Pertanto, la sua trasformazione in misura permanente non contrasterebbe con il richiamato art. 153, Tratt. Funz. UE. Fintantoché non vengono messi in discussione i principi cardine dei sistemi nazionali (par. 4), infatti, tale norma ammette l'adozione di specifiche misure nel settore della sicurezza sociale, al fine di perseguire gli obiettivi fissati all'art. 151, Tratt. Funz. UE. Tutt'al contrario, per come configurata, la stabilizzazione di SURE sembra trovare proprio nell'art. 153 Tratt. Funz. UE una solida base giuridica.

Ancorare l'intervento a questa disposizione significherebbe però attivare la procedura legislativa speciale prevista al par. 2, ai sensi del quale le misure in materia di sicurezza e di protezione sociale debbono essere approvate con voto unanime del Consiglio, su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo, nonché del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. Tale procedura ha il pregio di assicurare un consenso trasversale alle istituzioni europee, conferendo così piena legittimazione politica agli interventi⁶³. Il requisito dell'unanimità, tuttavia, trae con sé complicazioni procedurali non indifferenti, rendendo più difficile rag-

sbona, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *INT*, 2010, n. 82, p. 5 ss.; ALAIMO, *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in *RGL*, 2013, 2, p. 254 ss.; FUCHS, *Dove va il diritto del lavoro europeo?*, in questa rivista, 2015, 3, p. 557 ss.; CIANCIO, *La "dimensione sociale" dell'Unione Europea alla prova della pandemia*, in GUASTAFERRO, TEBANO (a cura di), *Cura, lavoro, diritti. L'Unione europea e le sfide della contemporaneità*, in *Quaderno di DLM*, 2022, 12, pp. 68-69.

⁶³ ANIBALLI, CAPONETTI, *La proposta italiana di un sussidio europeo contro la disoccupazione: un utile stabilizzatore sociale nell'economia digitale?*, in ALESSI, BARBERA, GUAGLIANONE, a cura di, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, 2019, p. 953.

giungere l'accordo sull'adozione e sulle modalità di funzionamento del modello.

Per superare simili difficoltà, appare possibile percorrere due differenti strade. La prima conduce all'applicazione dell'art. 136, Tratt. Funz. UE, secondo il quale i membri del Consiglio che rappresentano gli Stati la cui moneta è l'euro possono decidere a maggioranza qualificata (par. 2) di creare i meccanismi di assistenza finanziaria ritenuti indispensabili per salvaguardare la stabilità economica. Considerato che le misure di sostegno al reddito e di contrasto alla disoccupazione svolgono un'importante funzione di stabilizzazione del mercato, l'adozione di una misura permanente potrebbe essere giustificata sull'esigenza di superare l'assenza di una politica monetaria nazionale⁶⁴.

In tal caso, l'intervento sarebbe tuttavia applicabile solamente agli Stati membri appartenenti all'Unione monetaria e l'accesso all'assistenza finanziaria sarebbe subordinato all'approvazione di riforme strutturali, posto che il par. 3 dell'art. 136 vincola espressamente le misure a una "rigorosa condizionalità"⁶⁵. Non va escluso a priori che l'utilizzo del fondo possa essere vincolato a condizioni meno rigide rispetto a quelle previste in passato. Cionondimeno, si aprirebbe una delicata discussione politica, prima ancora che interpretativa, sul significato da attribuire alla disposizione, che fino a questo momento è stata connessa al taglio della spesa pubblica; un taglio non più sostenibile dal punto di vista sociale⁶⁶.

La seconda strada conduce, invece, a inquadrare SURE nell'ambito della

⁶⁴ Cfr. BOLOGNA, *op. cit.*, p. 19, nella prospettiva della implementazione del sistema di EUBS.

⁶⁵ Secondo C. Giust., C-370/12, *Thomas Pringle c. Government of Ireland, Ireland e Attorney General*, 27 novembre 2012 tale requisito mira ad assicurare che lo Stato beneficiario persegua una politica di bilancio virtuosa. A questa funzione, peraltro, la dottrina ha convincentemente aggiunto quella dissuasiva, tale per cui la condizionalità e, in particolare, la prospettiva "of having to live through the same amount of pain and misery inflicted on States assisted by the ESM" serve a scoraggiare gli altri Stati dall'adoptare politiche di bilancio inadeguate. V. SCHEPEL, *The Bank, the Bond and the Bail-Out: On the Legal Construction of Market Discipline in the Eurozone*, in *J Law Soc.*, 2017, 1, p. 88.

⁶⁶ Sull'esperienza della crisi dei debiti sovrani cfr. DULLIEN, *A European Unemployment Benefit Scheme*, cit., pp. 36-37; DEAKIN, *Politica sociale, governance dell'economia e UEM: alternative all'austerità*, in *RGL*, 2018, 4, p. 589 ss. La complessità della questione trova conferma nel dibattito sviluppatosi attorno all'adozione del *Pandemic crisis support v.*, per tutti, DANI, MENÉNDEZ, *Soft-conditionality through soft-law: le insidie nascoste del Pandemic Crisis Support*, in *www.lacostituzione.info*, 10 maggio 2020; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 14 ss.

politica di coesione economica e sociale dell'Unione europea, di cui agli artt. 174 e 175, Tratt. Funz. UE. Il carattere composito della politica di coesione e l'ampiezza dei compiti assegnati alle istituzioni europee rendono flessibili i confini di questa competenza, che associa, secondo il legame espressamente previsto all'art. 3, par. 3, Tratt. UE, la dimensione economica dello sviluppo europeo all'obiettivo occupazionale⁶⁷.

L'art. 175, Tratt. Funz. UE prevede, più precisamente, che l'Unione possa – con procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico sociale e del Comitato delle Regioni – introdurre appositi fondi strutturali (par. 1), oppure altre azioni specifiche (par. 3). Dal momento che la disposizione non individua gli interventi adottabili, viene implicitamente riconosciuto all'Unione un certo margine di discrezionalità nella scelta delle misure necessarie per rafforzare la coesione sociale. In quest'ambito, pertanto, potrebbe essere fatta rientrare anche l'adozione di uno strumento di assistenza finanziaria a tutela dell'occupazione, allo scopo di “promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione” (art. 174, par. 1, Tratt. Funz. UE)⁶⁸. Nel salvaguardare i livelli occupazionali, infatti, SURE contribuirebbe a diminuire gli squilibri sociali tra gli Stati membri e a rafforzare le economie nazionali indebolite dall'impatto delle crisi o delle fasi di recessione.

Sulla medesima previsione, del resto, sono stati precedentemente fondati altri due fondi, appositamente istituiti per affrontare situazioni di emergenza: il Fondo di Solidarietà dell'Unione Europea (FSUE) a sostegno degli Stati membri colpiti da gravi calamità naturali o da gravi emergenze sanitarie, ora confluito nella Riserva di solidarietà e per gli aiuti d'urgenza⁶⁹; il Fondo Europeo di Adeguamento alla Globalizzazione per i lavoratori in esubero (FEG), diretto a finanziare misure di ricollocamento nel mercato del lavoro⁷⁰.

⁶⁷ Sulle politiche europee di coesione, ALES, *Dalla politica sociale europea alla politica europea di coesione economica e sociale*, in *RDSS*, 2007, 7, p. 251 ss. In dottrina tale disposizione è stata richiamata per fondare giuridicamente l'introduzione dell'*equivalent* EUBS: tra gli altri, BEBLAVÝ, LENAERTS, *op. cit.*, p. 61 ss.; BOLOGNA, *op. cit.*, pp. 19-20; FAIOLI, BOLOGNA, *op. cit.*, pp. 36-37; FERRANTE, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁸ Similmente, BARATTA, *op. cit.*; CORTI, ALCIDI, *op. cit.*, p. 6; KATTAMI, *op. cit.*, pp. 10-11; TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁹ Disciplinato dal Reg. (CE) 2012/2002 dell'11 novembre 2002. Il riferimento all'emergenza sanitaria, contenuto nell'art. 2, è stato introdotto nel 2020 in risposta al diffondersi della pandemia.

⁷⁰ Per il periodo 2021-2027, la base giuridica è costituita dal Reg. (UE) 2021/691 del 28 aprile 2021.

Contrariamente a SURE, peraltro, tali fondi non forniscono prestiti a condizioni favorevoli ma sovvenzioni⁷¹. Se si considera questo profilo, un accostamento più appropriato è rappresentato dallo strumento di assistenza finanziaria *European Investment Stabilisation Function* (EISF), proposto dalla Commissione Juncker nel 2017, ma mai istituito⁷². Come i fondi appena richiamati, anche l'EISF è stato giuridicamente fondato sull'art. 175, par. 3, ma come SURE prevedeva di sostenere gli Stati membri mediante l'erogazione di prestiti *back-to-back*.

La messa a regime della misura ai sensi e per gli effetti di questa disposizione sembra compatibile anche con l'insieme delle regole finanziarie europee, giacché il principio del pareggio di bilancio di cui all'art. 310, Tratt. Funz. UE impedisce soltanto all'Unione di indebitarsi per riequilibrare la situazione economica europea. Non vieta, invece, l'emissione di debito – ad esempio nella forma di *social bonds* – per raccogliere il capitale necessario a offrire assistenza finanziaria agli Stati membri attraverso prestiti *back-to-back*.

Dal punto di vista del bilancio europeo, questa operazione è da ritenersi

⁷¹ Sulle differenze tra FSUE e SURE si sofferma DELFINO, *La tutela della salute*, cit., pp. 39–40, spec. nt. 21. Riguardo alla distinzione tra FEG e SURE, invece, va messo in evidenza che le due misure, per quanto affini, divergono tra loro non soltanto per la struttura finanziaria ma anche per la finalità. In primo luogo, il FEG nasce per rispondere a eventi di ristrutturazione significativi ma circoscritti, determinati da trasformazioni socioeconomiche e mutamenti strutturali del mercato. Per tale ragione, l'accesso al fondo è subordinato a requisiti molto stringenti. In particolare, il contributo finanziario del FEG interviene qualora si verifichi una delle seguenti circostanze: a) la cessazione dell'attività di almeno 200 lavoratori dipendenti espulsi dal lavoro o lavoratori autonomi, nell'arco di 4 mesi, in un'impresa di uno Stato membro, compresi i casi in cui la cessazione dell'attività riguardi imprese di fornitori o di produttori a valle dell'impresa in questione; b) la cessazione dell'attività di almeno 200 lavoratori dipendenti espulsi dal lavoro o lavoratori autonomi, nell'arco di 6 mesi, in piccole e medie imprese operanti nello stesso settore economico e situate in una regione o in due regioni contigue, oppure in più di due regioni contigue, a condizione che il numero complessivo dei lavoratori interessati sia pari ad almeno 200 in due delle regioni combinate; c) la cessazione dell'attività di almeno 200 lavoratori dipendenti espulsi dal lavoro o lavoratori autonomi, nell'arco di 4 mesi, in piccole e medie imprese operanti nello stesso settore economico o in settori economici diversi e situate nella stessa regione (art. 4, par. 2, lett. a) Reg. (UE) 2021/691). Contrariamente a SURE, inoltre, il FEG è destinato a finanziare soltanto misure di politica attiva per il reinserimento dei lavoratori nel mercato del lavoro (es. interventi di riqualificazione e formazione, assistenza alla ricerca di un impiego, orientamento professionale etc.). Sul funzionamento del FEG, per tutti, cfr. GIARDINIERI, *Il fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione come strumento solidaristico dell'Unione*, in *RDSS*, 2016, 3, p. 527 ss.

⁷² In tema, CORTI, ALCIDI, *op. cit.*, p. 6.

neutra fintantoché siano fornite garanzie sufficienti per affrontare le passività potenziali, ossia quelle derivanti dall'eventuale inadempimento dello Stato beneficiario al momento della restituzione del prestito. Se esiste tale copertura, le risorse provenienti dall'emissione di debito non sono imputate tra le entrate, così come l'attività di erogazione dei prestiti agli Stati in difficoltà non è registrata tra le spese, perché le due operazioni si compensano integralmente.

In questo contesto, il problema è, pertanto, quello di assicurare la copertura delle passività potenziali, difficoltà che potrebbe essere risolta creando un sistema di garanzie irrevocabili offerte dagli Stati membri⁷³. Detto altrimenti, considerato che il bilancio europeo ha dimensioni tutt'ora modeste⁷⁴ e che un accordo sul suo potenziamento appare difficile nel contesto politico attuale⁷⁵, la soluzione potrebbe essere quella di riproporre lo schema di garanzie già impiegato dal Reg. (UE) 2020/672. Per creare un programma di assistenza finanziaria di una certa levatura, però, le garanzie dovrebbero essere irrevocabili, di modo che l'Unione possa mantenere un volume dei prestiti adeguato.

6. *La necessità di un quadro regolatorio in materia di finanza sostenibile*

La prospettiva di una stabilizzazione dell'intervento europeo produce conseguenze rilevanti anche con riguardo al tema della connessione tra finanza sostenibile e politiche del lavoro.

⁷³ KATTAMI, *op. cit.*, pp. 9-10 per cui il finanziamento mediante *social bonds* potrebbe costituire un "European safe asset".

⁷⁴ La Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del 14 dicembre 2020 ha modificato la disciplina del sistema di risorse proprie, aumentando il massimale per gli stanziamenti annuali di impegno e di pagamento, rispettivamente, all'1,46% e all'1,40% del Reddito Nazionale Lordo (RNL) dell'Unione europea. Inoltre, per far fronte agli obblighi finanziari assunti con il piano *Next Generation EU* (NGEU), il Consiglio ha elevato i massimali di ulteriori 0,6 punti percentuali, portando temporaneamente al 2,06% le risorse proprie per gli impegni e al 2,00% quelle per i pagamenti. Tutte le passività conseguenti alla contrazione di prestiti sul mercato da parte della Commissione dovranno essere rimborsate al più tardi entro il 31 dicembre 2058. Per questo, il Consiglio ha chiarito che l'ampio margine di manovra assicurato all'Unione in questa fase non implica un futuro contributo aggiuntivo al bilancio europeo da parte degli Stati membri.

⁷⁵ Le posizioni dei Paesi europei sull'integrazione economica e politica, infatti, appaiono ancora troppo distanti. Si vedano, STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *SM*, 2000, 1, 3 ss.; GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Franco Angeli, p. 82 ss.; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 36.

I risultati positivi ottenuti da SURE hanno aperto la strada all'adozione di prodotti obbligazionari sostenibili nell'ambito del piano *Next Generation EU* (NGEU)⁷⁶ e della *Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*, dove questi strumenti finanziari sono stati considerati necessari per promuovere “una ripresa sostenibile dalla pandemia di Covid-19”⁷⁷. L'ingresso dell'Unione europea nel mercato dei *social bonds* ha dunque conferito forte visibilità ai prodotti obbligazionari sostenibili, visibilità che verrebbe ulteriormente incrementata dall'eventuale trasformazione di SURE.

Questo scenario introduce con forza nella riflessione il tema del processo di finanziarizzazione delle politiche sociali, soggetto a numerose chiavi di lettura e diverse prospettive di sviluppo⁷⁸. Parte della dottrina ritiene, infatti, quella finanziaria una leva imprescindibile per rispondere ai bisogni lasciati scoperti dal *welfare* pubblico, consentendo di indirizzare capitali privati verso scopi sociali⁷⁹. Un differente orientamento vede, invece, nel processo di finanziarizzazione del *welfare* pubblico la via d'accesso a logiche puramente manageriali e pone l'attenzione sui possibili fenomeni distorsivi⁸⁰. Oltre al già citato problema del *social washing*, questo indirizzo richiama le pratiche di *creaming* o *cherry picking*, che comportano l'esclusione dei progetti più “rischiosi”, perché rivolti ai soggetti più vulnerabili, dal novero delle misure finanziate⁸¹.

⁷⁶ COMM. UE, *Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation*, COM(2020) 456 final, 27 maggio 2020. Il 30% dei fondi è stato finanziato mediante il lancio di *green bonds*, prodotti rientranti nel novero della finanza sostenibile.

⁷⁷ COMM. UE, *Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*, COM(2021) 390 final, 6 luglio 2021.

⁷⁸ Il processo di finanziarizzazione non ha avuto inizio con l'adozione delle misure anti-crisi. Già nel 2013, infatti, le istituzioni europee avevano lanciato il *Social Impact Accelerator*, seguito poi dall'inserimento della finanza di progetto o *Public-Private Partnership* nella programmazione dei fondi strutturali 2014-2020 (in tema, CIARINI, *Tra finanza e innovazione sociale. Pressioni esterne e variazioni nazionali*, in *RPS*, 2018, 3, p. 187). Tuttavia, prima della crisi pandemica, tale processo non intercettava gli interventi in materia di lavoro e occupazione, considerando per lo più l'ambito sanitario, educativo e quello delle infrastrutture sociali. Ora, invece, il perimetro finanziario taglia trasversalmente i più diversi ambiti di *policy*.

⁷⁹ VON GLAHN, WHISTLER, *Social-Impact bonds/pay-for-success financing*, in SALOMON, a cura di, *New frontiers of philanthropy: A guide to the new tools and new actors that are reshaping global philanthropy and social investing*, Oxford University Press, 2014, p. 424 ss.

⁸⁰ WARNER, *Private finance for public goods: social impact bonds*, in *JEPR*, 2013, 4, p. 303 ss.

⁸¹ In tema, GRUBB, *Principles for the performance management of public employment services*, in *PFM*, 2004, 3, pp. 352 ss.; GREER, SCHULTE, SYMON, *Creaming and parking in marketized employment services: An Anglo-German comparison*, in *Hum. Relat.*, 2018, 11, p. 1427 ss.; GAMBARDILLA, ROSSI, SALOMONE, *op. cit.*, p. 6.

Di queste differenti letture si trova puntuale riscontro nell'esperienza SURE. Gli importanti risultati ottenuti in termini di salvaguardia dell'occupazione e di risorse raccolte sul mercato mostrano il valore aggiunto che la finanza può offrire nel supportare gli interventi in materia di lavoro e *welfare*⁸². Di fronte all'ingresso di capitali finanziari privati nel campo delle politiche pubbliche, tuttavia, la dottrina ha opportunamente sollevato il rischio che la protezione dei diritti dei lavoratori potesse essere oggetto di manovre speculative o comunque appannaggio di logiche meramente finanziarie⁸³. Dopotutto, gli effetti della finanziarizzazione si riverberano sulle modalità di intervento pubblico e sulla espansione degli interessi privati nell'ambito dei bisogni sociali.

Considerate le molteplici sfaccettature del fenomeno, risulta necessario assicurare che l'allargamento del perimetro di interconnessione tra finanza e politiche pubbliche vada di pari passo con la creazione di un sistema finanziario trasparente e affidabile, che consenta la mobilitazione e l'allocatione dei flussi di capitale privato verso progetti a reale impatto sociale.

Negli ultimi anni, le istituzioni europee hanno adottato specifici provvedimenti tesi a migliorare l'integrazione dei rischi di sostenibilità nell'attività finanziaria, nonché a rendere più trasparente il mercato. Costituiscono importanti esempi in tal senso il Reg. (UE) 2019/2088 del 27 novembre 2019 sulla *disclosure* in materia di sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, che stabilisce un insieme di obblighi informativi a carico degli operatori e dei consulenti finanziari, nonché il Reg. (UE) 2020/852 del 18 giugno 2020, che introduce un primo sistema di classificazione o "tassonomia" delle attività ecosostenibili. Tuttavia, l'attenzione delle istituzioni europee è stata rivolta prevalentemente ai prodotti finanziari *green* e alle attività ambientali, mentre, come si è osservato in precedenza (cfr. *retro* § 3), la dimensione sociale rimane ancora largamente regolata dalla prassi del settore finanziario. Non esistono criteri normativi impiegabili dalle autorità pubbliche, dagli investitori, dalle imprese e dalle istituzioni finanziarie per definire esattamente cosa sia una "obbligazione sociale" o una attività economica "socialmente sostenibile". Né esistono effettivi rimedi in caso di mancata osservanza degli obblighi sociali connessi all'operazione finanziaria⁸⁴.

⁸² COMM. UE, *SURE: One Year On*, cit., p. 17 ss.

⁸³ CILENTO, LIMARDO, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁴ Sulle criticità legate alla definizione di obbligazione "sociale" cfr. LENZI, *Corporate Social*

Alla luce di queste considerazioni, appare prioritario orientare l'azione normativa verso il settore sociale, definendo un assetto regolativo quadro delle connessioni tra la finanza e il tema del lavoro, dell'occupazione e del *welfare*. L'adozione di provvedimenti normativi promozionali e sanzionatori sembra imprescindibile, in particolare, per contenere pratiche distorsive come il *social washing* e incanalare questa innovativa dinamica entro processi realmente virtuosi.

Con l'intento di iniziare a colmare queste lacune, il gruppo di esperti sulla finanza sostenibile costituito dalla Commissione europea ha recentemente formulato una proposta di tassonomia sociale⁸⁵. Quest'ultima rappresenta un primo, articolato, tentativo di classificazione delle attività socialmente sostenibili che si pone un duplice obiettivo: da un lato, quello di spingere gli investitori a contribuire alla realizzazione dell'agenda europea; dall'altro, quello di posizionare l'Unione come *standard setter* e soggetto capofila nell'attuazione dei piani globali di sviluppo sostenibile⁸⁶.

Nel complesso, la struttura della tassonomia sociale ruota attorno a tre gruppi *target*, ossia a) lavoratori, b) utenti finali e consumatori, c) comunità, nonché attorno a tre principali obiettivi, vale a dire i) lavoro dignitoso, ii) adeguati *standards* di vita e di benessere, iii) società inclusive e sostenibili. In applicazione della tassonomia sociale, l'emittente, pubblico o privato, dovrà spiegare perché e come l'intervento si allinea alla classificazione, indicando quale obiettivo mira a perseguire e verso quale gruppo *target* è rivolto il progetto sociale⁸⁷.

Per quanto qui più interessa, la dimensione lavoristica della proposta – che si sviluppa attorno al gruppo *target* “*lavoratori*” e lungo la linea dell'obiettivo del “*lavoro dignitoso*” – assume a riferimento, innanzitutto, l'osservanza degli *standards* normativi minimi riconosciuti a livello internazionale. Sono richiamate, in particolare, la Dichiarazione sui principi e i diritti fondamentali

Bonds, cit., pp. 301-302. Sul problema più generale dell'autoregolazione finanziaria vedi, invece, PARK, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁸⁵ PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report on Social Taxonomy*, febbraio 2022. Tale Rapporto è il risultato di un percorso iniziato a luglio 2021 con la pubblicazione di una prima bozza di tassonomia sociale (cfr. PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Draft Report by Subgroup 4: Social Taxonomy*, luglio 2021). Quest'ultima è stata sottoposta a consultazione pubblica, i cui esiti hanno costituito la base per la redazione del Rapporto finale.

⁸⁶ PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report*, cit. pp. 19-20.

⁸⁷ PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report*, cit. pp. 33-35 e p. 53. Ciascun obiettivo è poi ulteriormente sviluppato in sotto-obiettivi (pp. 35-38).

del lavoro e i suoi seguiti, nonché la Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, entrambe adottate dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL). La proposta, inoltre, attribuisce un ruolo significativo all'Agenda del lavoro dignitoso dell'OIL, con l'obiettivo di assicurare adeguate condizioni di lavoro⁸⁸.

La proposta di classificazione individua un parametro ulteriore nell'osservanza dei diritti fondamentali riconosciuti nella CDFUE, nei Trattati europei e nel Pilastro europeo dei diritti sociali. Il riferimento agli *standards* di tutela di livello europeo risulta in verità piuttosto debole, sul presupposto (e sul timore) che la tassonomia sociale possa “interferire con la legislazione nazionale e con l'autonomia delle parti sociali”⁸⁹. Tutto si esaurisce in un richiamo generale e generico ai documenti sopracitati, mentre mancano riferimenti precisi all'osservanza dei requisiti minimi stabiliti dal diritto dell'Unione in materia di condizioni di lavoro, orario lavorativo, salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, parità di trattamento delle persone, nonché di assistenza e protezione sociale.

Sebbene sia vero che, come osserva il gruppo di esperti, la competenza primaria in materia di lavoro spetti agli Stati membri, il rischio insito nella impostazione accolta nella proposta di tassonomia sociale è che si abbia a che fare con requisiti talmente minimali da risultare poco selettivi. Senza un richiamo al corpo di regole giuridiche europee e all'*acquis* comunitario potrebbero essere qualificati come sostenibili progetti rivolti ai lavoratori degli Stati membri che non si conformano in concreto agli *standards* europei di tutela. Si finirebbe così per ostacolare una convergenza verso l'alto delle condizioni di lavoro, nonché per indebolire l'azione di contrasto ai fenomeni distorsivi della finanziarizzazione propria della tassonomia sociale.

⁸⁸ Il sistema di classificazione considera anche le catene globali del valore, qualificando come sostenibili soltanto le imprese che proteggono i diritti fondamentali dei lavoratori lungo tutto il processo di produzione e approvvigionamento (PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report*, cit., p. 22 e pp. 31-38). Tale riferimento potrebbe avere ricadute importanti in termini di responsabilizzazione delle imprese, soprattutto se l'introduzione della tassonomia sociale sarà affiancata dall'adozione della proposta di direttiva europea in materia di *due diligence* delle società capogruppo o committenti (cfr. COMM. UE, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, COM(2022), 71 final, 23 febbraio 2022). Gli investitori, infatti, potrebbero effettivamente verificare se le imprese in cui investono rispettano i diritti fondamentali dei lavoratori.

⁸⁹ PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Final Report*, cit., p. 13. Il problema non è stato sollevato soltanto dal gruppo di lavoro (PLATFORM ON SUSTAINABLE FINANCE, *Draft Report by*

7. Rilevi conclusivi

In questa fase è difficile prevedere se le politiche espansive adottate nel biennio pandemico costituiranno una mera parentesi o l'inizio di un progressivo cambio di paradigma nel processo di integrazione europea. Quel che è certo è che, se prima della crisi difficilmente si sarebbe potuto immaginare di mettere nell'agenda politica una discussione sulla sostenibilità dell'attuale sistema di *governance* economico-finanziaria, ora tale prospettiva non appare più così remota.

Accanto a posizioni che premono per un veloce ritorno alla condizione precedente⁹⁰, esistono diverse indicazioni di segno opposto. Il Comitato economico e sociale europeo, ad esempio, ha espresso parere favorevole alla proposta di una stabilizzazione di SURE⁹¹. Le voci di alcuni Stati, tra cui l'Italia⁹², e quella del sindacato europeo CES⁹³, inoltre, si sono levate in favore di una messa a regime dello strumento per tutelare l'occupazione nelle fasi congiunturali. Da più parti, poi, si è auspicata la creazione di un assetto di *governance* europea capace di conciliare gli obiettivi economici, sociali e ambientali nello spirito dell'art. 3, Tratt. UE⁹⁴. Le nuove sfide poste dalla crisi energetica,

Subgroup 4, cit., p. 16) ma anche dalla consultazione pubblica, con il 45% dei consultati che si sono detti preoccupati da questa eventualità.

⁹⁰ MATTHES, *op. cit.*, p. 3 sostiene che SURE potrebbe costituire un modo per far entrare "dalla porta di servizio" un sistema europeo permanente di riassicurazione della disoccupazione. A livello politico, inoltre, il Primo ministro olandese Mark Rutte si è opposto alla ipotesi avanzata dall'allora Presidente del Consiglio italiano Mario Draghi in occasione del vertice sociale di Porto del 7-8 maggio 2021 di rendere strutturale il Programma di aiuti SURE (CARLI, *Dal Recovery con Conte al programma Sure con Draghi, l'Olanda di Rutte frena ancora l'Italia*, in *IlSole24ore*, 9 maggio 2021). Più in generale, i risultati raggiunti al *Social Summit* di Porto non sono stati ritenuti sufficienti rispetto all'esigenza di un rilancio dell'integrazione sociale europea cfr. CIANCIO, *op. cit.*, p. 80.

⁹¹ In tal senso, EESC, *Emergency measures to support employment and income during pandemic crisis (own-initiative opinion- Gr II)*, SOC/686-EESC-2021, 22 settembre 2021.

⁹² Cfr. *retro* nt. 90. Nel 2021, inoltre, l'allora Presidente del Consiglio italiano e il Presidente della Repubblica francese hanno sollecitato congiuntamente la revisione delle regole fiscali (DRAGHI, MACRON, *The EU's fiscal rules must be reformed if we are to secure the recovery*, in *Financial Times*, 23 dicembre 2021).

⁹³ Sul punto, ETUC, *Guidelines to provide inputs in the Public debate for the EU Economic Governance Review*, 8-9 dicembre 2021, p. 2, disponibile al sito: <https://www.etuc.org/en/document/etuc-guidelines-provide-inputs-public-debate-eu-economic-governance-review-adopte>.

⁹⁴ Cfr. TEBANO, *op. cit.*, p. 408; CHESSA, *La governance economica europea dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *LD*, 2020, 3, p. 409 ss.; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 36.

infine, spingono nella medesima direzione, sollecitando la predisposizione di risposte unitarie all'interno di una rinnovata integrazione europea⁹⁵. La gestione della fase post-pandemica, pertanto, potrebbe rivelarsi un fattore di svolta per portare a compimento un processo che finora si è dimostrato tutto in salita.

In queste pagine si è inteso argomentare che, nonostante i vincoli esistenti a livello europeo in materia di assistenza finanziaria e di sicurezza sociale, tale prospettiva risulta compatibile con l'ordinamento giuridico vigente. La stabilizzazione di SURE trova una solida base giuridica nei Trattati, e, in particolare, nell'art. 175, par. 3, Tratt. Funz. UE, nella misura in cui le azioni di contrasto alla disoccupazione contribuiscono alla coesione economica e sociale degli Stati membri e dell'Unione nel suo complesso. Il richiamo a tale disposizione è corroborato, del resto, dalla considerazione per cui SURE non interferisce con la struttura dei sistemi nazionali di ammortizzatori sociali, prevedendo solamente assistenza finanziaria sotto forma di prestiti a condizioni agevolate.

Attraverso l'approfondimento critico della configurazione giuridica e finanziaria della misura, tuttavia, si è cercato anche di mettere in luce che la trasformazione di SURE in misura permanente non dovrebbe essere concepita come alternativa alla istituzione di altri interventi di tutela del reddito. Tale strumento occupazionale dovrebbe essere incorporato in un più complesso sistema di *genuine* o di *equivalent* EUBS, giacché una strategia europea efficacemente diretta a contrastare la disoccupazione e a promuovere la coesione economica e sociale dovrebbe essere composta da strumenti ordinari e da strumenti emergenziali, operanti in maniera congiunta e sinergica. Diversamente, la tutela effettiva dei diritti dei lavoratori europei continuerebbe a essere condizionata dal divario tra i livelli di sviluppo economico degli Stati membri.

Le considerazioni svolte attorno alla inedita connessione tra finanza sostenibile e politiche del lavoro alla base di SURE hanno portato poi ad affermare che la riflessione giuridica sul modello e sulla prospettiva di un suo consolidamento non può mancare di inserirsi nel più ampio dibattito sulla finanziarizzazione dei bisogni sociali. Mettendo in fila le osservazioni e i rilievi sollevati, può dirsi, in sintesi, che l'ingresso dei capitali finanziari privati

⁹⁵ COMM. UE, *Energia per un'economia climaticamente neutra: strategia dell'Ue per l'integrazione del sistema energetico*, 8 luglio 2020, COM (2020) 299 final.

e, più precisamente, il cambiamento delle modalità di finanziamento delle politiche pubbliche deve seguire una dinamica di sviluppo centrata su una logica di tipo *integrativo* e *strumentale*.

Il processo di finanziarizzazione deve cioè evolversi secondo un approccio capace di assicurare che le risorse private siano destinate a coprire reali carenze del sistema pubblico e siano funzionali alla creazione di un modello di sviluppo socialmente sostenibile. Solo accogliendo questa impostazione si riduce il rischio, più volte sottolineato in dottrina, che alla finanziarizzazione dei bisogni sociali segua un arretramento del sistema di *welfare* pubblico⁹⁶. Solo accogliendo questa impostazione, inoltre, è possibile contenere la diffusione di pratiche tese a subordinare la tutela dei diritti dei lavoratori a interessi finanziari e logiche di mero profitto.

Per assicurare che la connessione tra finanza sostenibile e politiche pubbliche si sviluppi in chiave integrativa e strumentale, le linee guida di settore, gli *standards* di riferimento e le altre misure di autoregolamentazione presenti nella prassi devono essere affiancate da un assetto normativo quadro che, pur senza frustrare l'autonomia privata, promuova l'affidabilità complessiva del sistema.

In questo momento, l'azione delle istituzioni europee è molto spostata sul versante ambientale, interessandosi principalmente dei prodotti finanziari *green*, nonché delle attività e degli investimenti ecosostenibili. Affinché la transizione energetica ed ecologica sia sostenibile, inclusiva e “giusta” è fondamentale, tuttavia, considerare in misura altrettanto adeguata i profili sociali e gli effetti occupazionali⁹⁷. L'integrazione tra le diverse dimensioni della sostenibilità deve costituire la bussola di orientamento per lo sviluppo delle azioni pubbliche e private, nonché il metro di misurazione delle attività realizzate.

⁹⁶ MCHUGH ET AL., *Social impact bonds: a wolf in sheep's clothing?*, in *J. Poverty Soc. Justice*, 2013, 3, pp. 247 ss. traduzione italiana disponibile in *RIS*, 2014, n. 3, pp. 13 ss.; CASELLI, RUCCO, *La finanziarizzazione del welfare. Social impact investing, fondazioni filantropiche e nuove frontiere di accumulazione capitalistica*, in *QS*, 2018, n. 76, pp. 57 ss.

⁹⁷ Dopotutto, la Commissione europea ha attribuito al Pilastro europeo dei diritti sociali il ruolo di guida dei processi di transizione, per assicurare che “nessuno resti escluso”. Cfr. COMM. UE, *Il Green Deal europeo*, 11 dicembre 2019, COM (2019) 640, p. 4 e COMM. UE, *Un'Europa sociale forte per transizioni giuste*, 14 gennaio 2020, COM (2020), p. 14.

Abstract

Il saggio approfondisce, con approccio critico e prospettico, lo strumento europeo *Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* (SURE). L'analisi si apre con l'esame della configurazione giuridico-finanziaria dell'intervento, utile a preparare il terreno per una discussione sulla possibilità di una sua trasformazione in misura permanente. Tale prospettiva è sviluppata lungo due direttrici. Dapprima, è affrontata la questione della compatibilità con il vigente ordinamento giuridico europeo. Successivamente, sono discusse le implicazioni di una stabilizzazione della misura nell'ottica della connessione tra finanza sostenibile e politiche del lavoro. Alla luce delle considerazioni svolte, sono sollevate infine alcune osservazioni sui risvolti dei processi in atto sul piano dell'integrazione europea.

The paper explores, with a critical and prospective approach, the European instrument of *Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency* (SURE). It starts by examining the legal-financial configuration of the measure, preparing the ground for a discussion on its transformation into a permanent mechanism. This perspective is developed along two lines. First, the paper addresses the compatibility of SURE as a permanent mechanism with the existing EU legal order. Secondly, the analysis considers the issue of transforming SURE into a permanent tool in light of the connection between sustainable finance and labour policies. Finally, some remarks are made on the implications of the ongoing processes on the European integration.

Keywords

SURE, sicurezza sociale, finanza sostenibile, integrazione europea.

SURE, social security, sustainable finance, European integration.

C. Cost., sentenza 19 maggio 2022, n. 125 – Pres. Amato; Rel. Sciarra.

Licenziamento individuale – giustificato motivo oggettivo – manifesta insussistenza del fatto – Illegittimità costituzionale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge n. 300 del 1970, come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge n. 92 del 2012, nella parte in cui prevede che l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo debba essere "manifesta".

★ ★ ★

Gaetano Natullo

La “manifesta” incostituzionalità dell’art. 18, co. 7, dello Statuto dei lavoratori

Sommario: **1.** L’onda lunga delle questioni di costituzionalità della disciplina dei licenziamenti riformata. **2.** Lo stravolgimento del regime sanzionatorio “Fornero” del licenziamento per g.m.o.: da C. Cost. n. 59/21... **3.** (*Segue*) ... a C. Cost. 125/22. **4.** Prime valutazioni della sentenza tra tecnica e politica. **5.** Conclusioni. “Quel che resta del giorno”. Il regime sanzionatorio dei licenziamenti tra cocci da riassemblare e progetti di riforma.

I. *L’onda lunga delle questioni di costituzionalità della disciplina dei licenziamenti riformata*

Il Giudice delle leggi interviene nuovamente sulla disciplina dei licenziamenti, nella parte relativa al regime sanzionatorio, oggetto dei noti e discussi interventi di riforma del 2012 (l. 28 giugno 2012 n. 92, art. 1, co. 42) e 2015 (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23)¹; disciplina di cui è sempre più evidente la strutturale debolezza, che l’ha resa preda di critiche e censure, quasi una sorta di Croce Rossa delle leggi, sui cui è troppo facile sparare.

Ed invero la pronuncia in commento non è che l’epilogo (per ora) di un percorso in cui il Giudice delle leggi ha profondamente intaccato diversi pilastri (di cemento ben poco armato) della richiamata disciplina, sia nella parte relativa alla “quantificazione” delle tutele indennitarie² sia, e per quanto qui più interessa, nella parte relativa all’alternativa tra tutela c.d. “reale” e tutela meramente indennitaria.

In particolare, la pronuncia in commento risulta in ideale continuità con la n. 59 del 2021³, intervenuta sulla stessa norma (art. 18, comma 7, l. n. 300/70), a seguito dell’ordinanza di remissione proveniente da identico Giu-

¹ V. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, p. 415 ss.; CARINCI F., CESTER (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, ADAPT University Press, 2015; FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Decreto Dignità e Corte costituzionale n. 194/2018. Come cambia il Jobs Act*, Giappichelli, 2019.

² C. Cost. 8 novembre 2018 n. 194; 24 giugno 2020 n. 150, entrambe in <https://www.cortecostituzionale.it>; da ultimo, C. Cost. 23 giugno 2022 n. 183, sempre in <https://www.cortecostituzionale.it>, su cui v. *infra* par. 5.

³ C. Cost. 24 febbraio 2021 n. 59, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

dice (Trib. Ravenna⁴). Nel 2021, la Corte come noto ne ha dichiarato l’incostituzionalità nella parte in cui prevedeva che il giudice, qualora accertasse la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, “*può altresì applicare*” la disciplina di cui al medesimo art. 18, quarto comma, ossia la tutela reintegratoria c.d. debole. La Corte ha in tal modo eliminato la discrezionalità della scelta sanzionatoria del Giudice, in quel caso obbligato alla reintegrazione (unitamente alla tutela risarcitoria attenuata).

Con questo secondo intervento “manipolativo”⁵ sulla stessa disposizione, la Corte di fatto completa l’azzeramento della presumibile *ratio* della norma, sancendone l’incostituzionalità anche nella parte in cui l’*insussistenza* del fatto posto a base del motivo (oggettivo) di licenziamento dovesse essere (non “mera” o “semplice” ma) *manifesta*.

Per vero, qualcuno già nella pronuncia n. 59/21 rinveniva i prodromi della 125/22, laddove “Il giudice delle leggi, dunque, da una parte identifica la “manifesta” insussistenza del ‘fatto’/gmo con la figura del licenziamento pretestuoso e dall’altra suggerisce l’idea che se l’art. 18, co. 7, St.lav. nella parte in cui circoscrive la tutela reintegratoria (attenuata) a quest’unica ipotesi di licenziamento viziato per carenza di gmo, fosse stata tra le questioni sollevate dal giudice remittente, sarebbe stata anch’essa dichiarata incostituzionale”⁶.

Pare dunque opportuno partire dal precedente intervento della Corte per meglio comprendere quest’ultimo.

2. *Lo stravolgimento del regime sanzionatorio “Fornero” del licenziamento per g.m.o.: da C. Cost. n. 59/21...*

Il tormentato percorso nella stesura ed elaborazione finale della norma censurata⁷ lasciava presagire la discussa accoglienza che avrebbe avuto ed il successivo ed articolato acceso dibattito in dottrina ed in giurisprudenza,

⁴ Sul punto, v. le osservazioni critiche di POSO, *Dibattito istantaneo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 2022: l’opinione di Vincenzo Antonio Poso*, in *Labor*, 31 maggio 2022.

⁵ GHERA, *Le tre sentenze della Corte costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *RIDL*, 2022, p. 3.

⁶ CARINCI M.T., *La sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale: road map per una riforma?*, in *GDLRI*, 2021, p. 293.

⁷ Art. 1, co. 42, lettera b), l. n. 92/12.

nella ricerca di soluzioni interpretative in grado di garantirne un'applicazione ragionevolmente omogenea.

È a tutti noto infatti, e peraltro sottolineato dalla stessa Corte costituzionale (v. punto 6, C. Cost. n. 59/21), che l'approdo finale del testo riformato dell'art. 18, e per quanto qui interessa del comma in questione, è stato raggiunto solo ad esito di complesse mediazioni⁸, che hanno sì consentito il risultato di abbattere l'"ultimo tabù"⁹, l'intoccabile art. 18 St.lav., ma al prezzo di una formulazione letterale da subito apparsa discutibile e di non agevole sostenibilità sul piano interpretativo ed applicativo¹⁰.

Come peraltro non di rado accaduto al nostro legislatore¹¹, anche nel 2012 il disegno originario di riforma non ha trovato sufficiente sponda nel contesto politico-parlamentare, costretto a soluzioni compromissorie "a metà del guado", inevitabilmente lacunose.

Nel nostro caso, l'originario, per quanto è dato conoscere, progetto legislativo di conservare la tutela reale/reintegratoria alla sola fattispecie dei licenziamenti più gravemente viziati e "odiosi" (a partire dall'area dei licenziamenti discriminatori/nulli), lasciando la mera tutela economica per le altre ipotesi di licenziamenti illegittimi (ed in particolare del licenziamento per motivo oggettivo), non ha avuto la forza politica di affermarsi nel dettato legislativo, lasciando pertanto aperta la possibilità della tutela maggiore in alcune più eclatanti ipotesi di infondatezza/ingiustificatezza dei motivi, per quanto qui interessa approdate nella discutibile e discussa formula dell'art. 18, co. 7.

Evidente, del resto, la difficoltà di decifrare il confine tra l'insussistenza "mera/semplice" (sanzionata con la tutela indennitaria) e quella "manifesta"

⁸ Su cui v. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in NOGLER-CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, 2012, p. 810. Cfr. anche POSO, *cit.* Da ultimo, v. DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma dell'art. 18*, in *LDE*, 2022, 2, p. 1 ss.

⁹ ACCORNERO, *L'ultimo tabù*, Laterza, 1999.

¹⁰ Tra i tanti, cfr. MARESCA, *op. cit.*, p. 443; SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro - Commentario alla legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 341 ss.; CARINCI F., *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, p. 548 e ivi altri autori; CARINCI M.T., *La sentenza n. 59/2021, cit.*, p. 2; CESTER, *Tutela obbligatoria e tutela reale nel licenziamento illegittimo*, in GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in CARINCI F., PERSIANI M. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Wolters Kluwer-Ipsoa, 2017, p. 804.

¹¹ In qualche caso il legislatore è stato costretto a reintervenire: si pensi per tutti al defaticante percorso di riforma del pubblico impiego dal 1993 (d.lgs. 29/93) in poi.

(unica a poter condurre all’applicazione della reintegra)¹², tale cioè da rivelare “*in modo palese la peculiare difformità rispetto alla mera assenza dei presupposti del licenziamento*”¹³.

Sul punto dottrina e giurisprudenza si sono divise, in estrema sintesi, tra coloro che hanno inteso rinvenire quel confine, su di un piano qualitativo-sostanziale, nella assoluta – e in questo senso “eccezionale” e più grave – mancanza del fatto/motivo su cui è fondato il “motivo oggettivo” del licenziamento¹⁴ e coloro che, pur con le debite differenze, hanno incentrato la distinzione su di un piano più squisitamente fenomenico, individuando il carattere “manifesto” nella *evidente e facilmente verificabile sul piano probatorio assenza dei presupposti*, che ne rivelerebbe il carattere “pretestuoso”¹⁵. Soluzioni che rivelano la loro scivolosità e incertezza applicativa nel momento in cui si considerano le tante variabili dei casi concreti che possono presentarsi alla valutazione del Giudice¹⁶.

In linea di massima, comunque, si può concordare con chi ritiene in sintesi che “*cercando di cogliere le formule usate dalla Cassazione con uno sguardo d’insieme, mi pare che esse si possano ridurre a tre: il carattere residuale ed eccezionale della tutela reintegratoria, il suo essere facilmente verificabile, la qualifica del licenziamento come pretestuoso*”¹⁷.

A complicare il tutto, peraltro, contribuisce l’articolata struttura del giustificato motivo oggettivo: “*per cui lo scoglio non facile da superare è se le varie tessere che la compongono (ragione, nesso causale e repêchage) facciano parte strutturale della nozione e quindi sia sufficiente l’assenza di una di esse per ritenere la ragione ‘manifestamente insussistente’ ovvero se per integrare il presupposto sia doverosa la mancanza contestuale di tutti gli elementi che compongono la nozione*”¹⁸.

¹² Cfr. LUCIANI, *I licenziamenti individuali nel privato e nel pubblico*, Giappichelli, 2022, p. 63 ss.; SPEZIALE, *Il licenziamento*, cit.; CESTER, *op. cit.*, p. 986 ss.

¹³ V. Cass. 13 marzo 2019 n. 7167, in *RIDL*, 2019, p. 379.

¹⁴ Cfr. in questo senso Cass. 31 gennaio 2019 n. 2930; n. 7167/2019.

¹⁵ Cass. 2 maggio 2018 n. 10435, in *DeJure*. Cfr. anche Cass. 12 dicembre 2018 n. 32159; 25 giugno 2018 n. 16702; 3 febbraio 2020 n. 2366; 17 ottobre 2019 n. 26460; 11 novembre 2019 n. 29105. In dottrina, tra gli altri, PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2017, *passim*; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO (a cura di), *Il licenziamento individuale nell’interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 40; GHERA, *op. cit.*

¹⁶ V. sul punto la articolata rassegna di DALLA CASA, *Il Tribunale di Ravenna ci riprova sulla reintegrazione: l’art. 18 St. lav. di nuovo all’esame della Consulta*, in *LG*, 2021, p. 1029 ss.

¹⁷ DALLA CASA, *op. cit.*, p. 1031.

¹⁸ LUCIANI, *op. cit.*, p. 94. In giurisprudenza, Cass. n. 10435/2018.

In siffatto contesto è intervenuta C. Cost. 59/21 che, come anticipato, nel censurare il comma 7 nella parte relativa alla discrezionale applicazione della tutela reintegratoria, ha richiamato in sede argomentativa alcuni punti fermi che è opportuno riportare in questa sede.

A) Sulla Costituzione (artt. 4, primo comma, e 35 Cost.), nonché sulle fonti europee ed internazionali (...), si fonda “l’esigenza di circondare di ‘dovose garanzie’ e di ‘opportuni temperamenti’ le fattispecie di licenziamento”.

B) “Il ripristino del rapporto di lavoro, con un risarcimento fino a un massimo di dodici mensilità, è circoscritto all’ipotesi della manifesta insussistenza del fatto, che postula una evidente assenza dei presupposti di legittimità del recesso e dunque la sua natura pretestuosa”.

C) Quali presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che è onere del datore di lavoro dimostrare, “sono da intendersi le ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di lavoro e, infine, l’impossibilità di collocare altrove il lavoratore...” e “perché possa operare il rimedio della reintegrazione, è sufficiente che la manifesta insussistenza riguardi uno dei presupposti appena indicati...”¹⁹.

D) La reintegrazione non rappresenta “l’unico possibile paradigma attuativo” dei principi costituzionali ma “molteplici possono essere i rimedi idonei a garantire una adeguata compensazione per il lavoratore arbitrariamente licenziato”.

E) Però, “nell’apprestare le garanzie necessarie a tutelare la persona del lavoratore, il legislatore, pur nell’ampio margine di apprezzamento che gli compete, è vincolato al rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza”.

F) “L’esercizio arbitrario del potere di licenziamento... si risolve in una vicenda traumatica, che vede direttamente implicata la persona del lavoratore. L’insussistenza del fatto... denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost.”.

G) “Nel demandare a una valutazione giudiziale sfornita di ogni criterio direttivo – perciò altamente controvertibile – la scelta tra la tutela reintegratoria e la tutela indennitaria, la disciplina censurata contraddice la finalità di una equa redistribuzione

¹⁹ Elementi che per qualcuno integrano il “fatto giuridicamente rilevante in senso stretto” (BOLEGO, *L’insussistenza del “fatto giuridicamente rilevante in senso stretto” quale chiave di accesso alla tutela reale attenuata*, in *Dibattito istantaneo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 2022, in Labor*, 31 maggio 2022).

delle tutele dell’impiego, enunciata dall’art. 1, comma 1, lettera c), della legge n. 92 del 2012”.

3. (Segue)...a C. Cost. 125/22

Il richiamato precedente ha indubbiamente agevolato il Giudice delle leggi nel decidere ed argomentare sulle nuove censure di costituzionalità sollevate dallo stesso Tribunale di Ravenna con riguardo al comma 7 dell’art. 18, inducendolo ad accogliere, delle numerose questioni sollevate (violazione degli artt. 1, 3, 4, 24 e 35 della Costituzione), quella fondata sul principio di eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, co. 2., Cost.

In primo luogo, la Corte ribadisce i tre presupposti di legittimità del fatto/giustificato motivo: “il fatto che è all’origine del licenziamento per giustificato motivo oggettivo include tali ragioni e in via prioritaria il nesso causale tra le scelte organizzative del datore di lavoro e il recesso dal contratto, che si configura come extrema ratio, per l’impossibilità di collocare altrove il lavoratore” (punto 8).

Di poi, partendo dalle argomentazioni contenute nella precedente n. 59/21, rileva il mancato rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, così come in precedenza richiamati, anche nella previsione del necessario carattere “manifesto” dell’insussistenza del fatto; esplicitando, sul piano tecnico-giuridico, ciò che appariva di lapalissiana evidenza alla lettura del disposto normativo: cioè che “è pressoché ovvio che un fatto o esiste o non esiste e che all’esistenza o inesistenza nulla aggiunge e nulla toglie l’attributo “manifesta”²⁰.

Idealmente proseguendo nel percorso avviato nel 2021, la Corte conferma “i profili di irragionevolezza intrinseca già posti in risalto nella sentenza n. 59 del 2021”. Profili che, essenzialmente, sono dovuti a:

a) l’eccessiva indeterminatezza del requisito del carattere manifesto dell’insussistenza del fatto;

b) l’assenza di attinenza con il *disvalore del licenziamento intimato*;

c) l’assenza di attinenza con la necessaria effettiva *diversa gravità dei vizi*.

Condivisibilmente, infatti, il Giudice delle leggi, consapevole che “in un sistema equilibrato di tutele, la discrezionalità del giudice riveste un ruolo cruciale”²¹, è

²⁰ MAZZOTTA, *La Corte costituzionale e la “manifesta” insussistenza: cronaca di una sentenza annunciata*, in *Labor*, 31 maggio 2022. Ma sul punto cfr. invece DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 13.

²¹ Così al punto n. 10.1 nelle motivazioni della sentenza n. 59/21.

costretto a rilevare che, nella individuazione del carattere manifesto dell'insussistenza del fatto, né il legislatore né il diritto vivente forniscono al giudice alcun criterio utile ad una valutazione di quell'elemento; soprattutto alcun criterio assistito da sufficienti margini di certezza. Ciò, a differenza di altre ipotesi, in particolare di quella relativa alla determinazione dell'indennità risarcitoria per i licenziamenti viziati secondo la disciplina del d.lgs. 23/15 (cui si riferiscono le pronunce n. 194/18 e 150/20).

Del resto, ricorda la Corte, “*la sussistenza di un fatto non si presta a controvertibili graduazioni in chiave di evidenza fenomenica, ma evoca piuttosto una alternativa netta, che l'accertamento del giudice è chiamato a sciogliere in termini positivi o negativi*”; e, nel momento in cui la scioglie, e dunque si accerti che il fatto non sussiste, non è accettabile distinguere una “insussistenza” più grave di un'altra (disvalore del licenziamento), ancor più se tale ipotetica maggiore gravità si fondi su una “*contingenza accidentale*”.

4. Prime valutazioni della sentenza tra tecnica e politica

Come agevolmente ipotizzabile, quanto disposto ed argomentato dalla Corte sui profili di incostituzionalità dell'art. 18, co. 7 è stato oggetto di (prime) valutazioni diverse e contrastanti, che in qualche misura riflettono anche le diverse opinioni sulla condivisibilità di *ratio* ed efficacia delle soluzioni tecniche elaborate dal legislatore della riforma del 2012.

Il Giudice delle leggi, secondo una lettura²², sarebbe andato ben al di là dei propri compiti istituzionali, operando innegabili forzature, senza tenere nel dovuto conto la originaria *voluntas legis*, di limitare cioè l'applicazione della tutela reintegratoria solo alle (poche) ipotesi di patologie più gravi dell'atto datoriale di recesso. In particolare, nel caso di specie, la Corte avrebbe obliterato, per un verso, la presenza nel nostro ordinamento di altre svariate ipotesi di norme a precetto generico²³, peraltro anche relative alla disciplina dei licenziamenti (come la locuzione “notevole” riferimento all'inadempimento che integra il giustificato motivo soggettivo o la stessa nozione di giusta causa di recesso); per altro verso, avrebbe anche contraddetto se stessa, laddove ha invece ritenuto conforme ai principi costituzionali la discrezio-

²² V. PISANI, *Le tecniche di tutela nell'età della giurisprudizione*, Relazione Giornate di Studio AIDLASS, Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro, 16-17 giugno 2022.

²³ Cfr. anche DEL PUNTA, *op. cit.*, spec. pp. 12 e 13.

nalità del giudice, da esercitare sulla scorta dei diversi e comunque generici criteri rinvenibili nell’ordinamento, proprio nel determinare il valore dell’indennità economica nel caso di licenziamento illegittimo, ex art. 3, co. 1, d.lgs. 23/15²⁴. In questo senso, peraltro, lo stesso diritto vivente, negli anni già trascorsi dall’entrata in vigore della legge, avrebbe dato dimostrazione di essere in grado di elaborare ragionevoli criteri di distinzione della insussistenza “manifesta” da quella semplice.

A tali critiche si collega la perplessità più generale e di fondo per alcuni suscitata dalle pronunce della Corte, da ultimo quella in commento: ossia che il Giudice delle leggi abbia di fatto assunto un ruolo politico che ha prevalso su quello tecnico²⁵.

Sul punto, assai delicato, mi sento, con tanti altri, di non condividere²⁶.

Invero, non mi pare che si possa considerare come termine di paragone la “genericità” delle norme relative alla giusta causa ed al giustificato motivo (notevole inadempimento). In quel caso, infatti, si ha riguardo ad un profilo sostanziale, quello cioè della “qualità negativa” (gravità) della negligenza imputabile al lavoratore, che rimanda al ben più articolato regime delle infrazioni disciplinari ed alla relativa implementazione regolativa presente nei contratti collettivi (codice disciplinare).

Cosa ben diversa è l’ipotesi della insussistenza “manifesta”, che, come si è detto, piuttosto che, per usare le parole della Corte, qualificare sul piano sostanziale una *diversa gravità dei vizi* rispetto alla insussistenza “semplice”, rimanda ad una immediata “evidenza”, sul piano processuale probatorio, dell’insussistenza, peraltro con tutte le relative conseguenti incertezze²⁷.

Quanto al paragone con i criteri di quantificazione dell’indennità risarcitoria, anche qui l’argomentazione mi pare non reggere, in ragione sempre della differenza dei piani su cui ci si trova. In questo caso, infatti, si tratta di operare “all’interno” di una tipologia sanzionatoria data (la mera tutela indennitaria, da quantificare); nel caso dell’art. 18, comma 7, invece, la distin-

²⁴ ICHINO, *Licenziamenti: le incoerenze della legge e quelle della Consulta*, in *IlFoglio*, 3 aprile 2021.

²⁵ Tra gli altri, GHERA, *op. cit.*; PISANI, *op. cit.*

²⁶ Da ultimo, v. SPEZIALE, *La illegittimità costituzionale della insussistenza “manifesta” del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *RGL*, 2022, II, in corso di stampa.

²⁷ Cfr. SPEZIALE, *Il licenziamento*, cit., p. 341; PERUZZI, *op. cit.*, 2017, p. 89 ss.; CARINCI M.T., *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT - 378/2018, p. 464. In giurisprudenza, Cass. 10435/2018; 2019, 29105/2019; 2366/2020.

zione (insussistenza manifesta/semplice) chiama il giudice ad operare, per così dire, “dall’esterno” rispetto alla tipologia sanzionatoria, derivandone il decisivo effetto di stabilire se il lavoratore abbia diritto alla tutela “reale” o a quella meramente economica. E la differenza mi pare evidente e significativa²⁸.

Infine, non condivido la critica più severa e preoccupante: che la pronuncia (*rectius* le pronunce) abbia (no) una valenza politica: ossia, se ben si comprende, che le conclusioni cui giunge il Giudice delle leggi siano in qualche modo condizionate da pregiudizi, per l’appunto politici, sulla disciplina di riforma, e funzionali pertanto ad abbatterne i principali pilastri. A me pare che le decisioni della Consulta restino invece coerentemente attuative della funzione tecnica propria del Giudice delle leggi.

La Corte, infatti, parte da una premessa di fondo: la constatazione che qualsiasi legge che intervenga sull’istituto del recesso datoriale tocchi principi e valori fondamentali che attengono alla persona del lavoratore ed alla possibilità di piena realizzazione della cittadinanza sociale e della propria dignità²⁹; consapevolezza che mi pare non possa essere messa in discussione. Sulla scorta di questa premessa, ribadisce che proprio la particolare “sensibilità” della materia impone al legislatore il pieno rispetto di criteri di chiarezza, razionalità e ragionevolezza nella stesura delle regole impositive delle basilari tutele di quei valori; criteri la cui carenza, in sede di valutazione di compatibilità costituzionale, non è tollerabile.

Del resto, è finanche superfluo ribadire che la Corte non ha mai detto o sottinteso, né avrebbe potuto, che nel caso di licenziamento invalido l’unica tutela compatibile con i principi nazionali (costituzionali) e sovranazionali sia da rinvenire nella reintegrazione; ha però affermato e ribadito con forza che deve essere certo e chiaro, nel disposto legislativo, quale sia il regime di tutela applicabile ed in quali casi si applichi, senza scaricare sugli operatori della giustizia responsabilità che competono al legislatore; con tutti i rischi, altrimenti, di disparità di trattamento che ne possono conseguire nella tutela, si ripete, di diritti e valori fondamentali.

Per dirla con le parole di chi di recente se ne è occupato in un contesto di indagine ben più complesso ed articolato, la norma può presentare un

²⁸ Cfr. CARINCI M.T., *La sentenza n. 59/2021*, cit., p. 296.

²⁹ In merito v. anche CASILLO, *Diritto del lavoro e dignità*, Editoriale scientifica, 2020, p. 221

grado di incertezza, ma “*tollerabile*”; solo così è garantita la necessaria “*prevedibilità dei comportamenti dei consociati*” e la funzione normativa della fattispecie, “*di ‘primo’ elemento necessario ad assicurare l’uguaglianza dei trattamenti; lasciando altrimenti al giudice la valutazione sulla ‘rilevanza’ dell’interesse da tutelare*”³⁰.

Ed invero, sono proprio i requisiti di chiarezza, razionalità e ragionevolezza delle leggi, ritenuti essenziali dalla Corte, a garantire che nell’applicazione ed interpretazione della norma, e dunque in sede di concreta “... *valutazione sulla ‘rilevanza’ dell’interesse da tutelare...*” non possa indebitamente influire o addirittura prevalere, il fattore (o giudizio) “politico”.

5. “*Quel che resta del giorno*”: il regime sanzionatorio dei licenziamenti tra cocci da riassemblare e progetti di riforma

Sul piano sistematico, è stato osservato che “...*che la sentenza n. 59/21 modificando la norma scritta ha determinato un vero e proprio capovolgimento della impostazione del legislatore del 2012*”³¹. Dopo la sentenza n. 125/22, quella conclusione è ancor più vera. Il combinato disposto delle due sentenze, infatti, contribuisce per un verso a rimediare ad alcune palesi falle della normativa sui licenziamenti, per altro verso ne rende inevitabilmente ancora più fragile la complessiva tenuta e la coerenza sul piano sistematico.

Per quanto concerne la specifica fattispecie del licenziamento per motivi oggettivi, vanno evidenziate almeno le seguenti principali perplessità. In primo luogo, come già detto, la Corte costituzionale, in linea di continuità con il prevalente orientamento della giurisprudenza, ribadisce che ad integrare l’illegittimità del licenziamento per insussistenza del fatto è sufficiente l’assenza anche di uno solo dei tre presupposti (riorganizzazione aziendale, nesso causale, *repêchage*).

In tal caso, dunque, dopo la sentenza n. 59/21, la tutela reintegratoria – *ex art. 18, co. 4* – si applicherà sempre, se si condivide la lettura del Giudice delle leggi, come detto prevalente anche in dottrina e nella giurisprudenza, per la quale nel fatto-motivo rientra per l’appunto anche il *repêchage*.

Si pone a questo punto il problema di comprendere la residua portata

³⁰ ZOPPOLI A., *Prospettiva rimediatale, fattispecie, sistema*, Relazione Giornate di Studio AIDLaSS, *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, 16-17 giugno 2022.

³¹ GHERA, *op. cit.*, p. 25.

dell'ultima parte del comma 7, art. 18, ove fa riferimento alle “*altre ipotesi*” cui si applica la mera tutela indennitaria: come infatti accaduto per la parallela previsione, riferita al licenziamento per motivi soggettivi, tale area (*altre ipotesi*) si riduce notevolmente, potendosi perfino dubitare di una sua attuale effettiva permanente esistenza. In altre parole: se prima dell'intervento della Corte cost. nelle *altre ipotesi* rientravano certamente tutti i casi di illegittimità del licenziamento in cui il *fatto* fosse insussistente ma non in modo manifesto, quali sono ora, se ci sono, tali *altre ipotesi* nelle quali il licenziamento è comunque illegittimo, ma per patologie diverse dall'insussistenza del fatto.

Orbene, la stessa Corte (al punto 8) ci offre la risposta: “*il mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presiedono alla scelta dei lavoratori da licenziare, quando questi appartengono a personale omogeneo e fungibile*”; ipotesi cui dovrebbe applicarsi la sola tutela indennitaria *ex art. 18, co. 5, St.lav.*³², costituendo *aspetti che, pur condizionando la legittimità del licenziamento, esulano dal fatto giuridicamente rilevante, inteso in senso stretto*. Conserverebbe senso, dunque, la previsione dell'ultima parte del comma 7, art. 18, ove fa riferimento alle “*altre ipotesi*” cui residualmente si applica la mera tutela indennitaria; in tal modo “salvando” la norma da possibili altre censure di costituzionalità³³.

Per alcuni, invero, l'ipotesi non risulta poi così dissimile da quella della assenza del nesso causale, che senza alcun dubbio integra un'*insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*³⁴; vero pure che l'esito finale, per il lavoratore colpito dal provvedimento espulsivo, è identico: sarà cioè privato del suo posto (rapporto) di lavoro in assenza delle previste condizioni di legittimità/regolarità del recesso datoriale.

Se si condividesse tale lettura, dovrebbe necessariamente concludersi che il riferimento normativo – *altre ipotesi* – perderebbe ogni ragion d'essere (a meno di non optare per un'interpretazione volta ad escludere il *repêchage* dal fatto-motivo).

A me pare che non si possa negare che tra questa ipotesi di illegittimità del motivo (mancata applicazione dei criteri di scelta) e quella (quelle) di insussistenza del fatto una differenza sostanziale ci sia; differenza per comprendere la quale occorre tornare alla nozione di *fatto posto a base del licenziamento*, distinguendo, nel provvedimento datoriale di recesso (per ragioni

³² Cfr. Cass. 19 maggio 2021 n. 13643; 19 marzo 2020 n. 7471; 25 luglio 2018 n. 19732.

³³ Sul punto v. POSO, *op. cit.*

³⁴ Cfr. LUCIANI, *op. cit.*, p. 95.

oggettive) la fase relativa alla organizzazione produttiva e del lavoro, da quella, conseguente alla prima, più specificamente relativa alla amministrazione del rapporto di lavoro.

A ben vedere, infatti, i (tre) presupposti di “sussistenza” del fatto-motivo di licenziamento attengono alla scelta organizzativa aziendale di ridurre il personale, e riguardano tutti i lavoratori (posizioni/posti di lavoro) potenzialmente interessati; invece, la specifica individuazione finale del lavoratore effettivamente licenziato, attiene ad un *fatto* esterno alla scelta organizzativa, in qualche modo “indifferente” rispetto a quest’ultima: ossia l’individuazione del dipendente il cui posto è da sopprimere, tra l’eventuale maggior numero di dipendenti potenzialmente e legittimamente coinvolti dalla scelta organizzativa.

Ad essere più chiari: compiuta e conclusa la fase organizzativa (riorganizzazione; individuazione del posto/posizione da sopprimere – nesso causale; verifica impossibilità di *repêchage*) occorre individuare quale lavoratore licenziare, non arbitrariamente ma mediante criteri oggettivi, in ossequio ai principi di correttezza e buona fede³⁵. *Fatto*, dunque, per così dire esterno alla decisione di riduzione del personale, le cui patologie sono, per le ragioni dette, assistite dalla sanzione più severa, ed invece rientrante nelle *altre ipotesi*, tutelate solo economicamente.

Ma vi sono altre e più forti incongruenze presenti nel complessivo quadro regolativo dei licenziamenti³⁶, in alcuni casi ulteriormente accentuate dagli esiti degli interventi della Corte costituzionale, e da ultimo dalla sentenza n. 183/22³⁷.

In particolare, e per quanto in questa sede più interessa, non v’è dubbio che l’estensione dell’area applicativa della tutela reintegratoria operata dalle pronunce n. 59/21 e 125/22 renda ancora più evidente la difformità di trattamento tra lavoratori rientranti nell’ambito applicativo della l. n. 92/12 ed

³⁵ Sulla distinzione tra la fase organizzativo-gestionale e quella di amministrazione del rapporto di lavoro sia consentito il rinvio a NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, 2004, pp. 129 ss. e 201 ss.

³⁶ V. tra i tanti BARBIERI, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, in *RGL*, 2020, I, p. 91 ss.; GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, 2020; ZOLI, *Il puzzle dei licenziamenti e il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, 2022, p. 235 ss.; ZOPPOLI L., *Le prospettive di revisione e unificazione del sistema dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2022, in corso di pubblicazione.

³⁷ C. Cost. n. 183/2022.

in quello invece del d.lgs. 23/15³⁸. Difformità che come noto la Corte ha ritenuto compatibile con la Costituzione, con riferimento alla alternativa tra reintegra e indennità economica³⁹. Ma che la recente sentenza n. 183/22 censura nella parte relativa alla quantificazione della tutela economica per le imprese minori, pur temporaneamente “salvando” la norma dell’art. 9, d.lgs. 23/15 (v. *infra*).

Così come pure risulta viepiù stridente la difformità di tutele, sempre nell’area dei licenziamenti “economici”, tra licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi, anche in questo caso specialmente nell’area applicativa del *jobs act*.

Per non parlare, ovviamente, della raggiunta sostanziale equiparazione delle tutele, nel regime “Fornero”, tra licenziamento per motivo soggettivo ed oggettivo, con l’annullamento di quella differenza strutturale tra licenziamento disciplinare e licenziamento economico che alcuni ritengono innegabile⁴⁰.

In estrema sintesi, appare sempre più evidente, sia sul piano tecnico-giuridico, che su quello di politica del diritto, l’insostenibilità dell’attuale quadro regolativo delle tutele contro i licenziamenti illegittimi; che guardate in positivo, come insegna la stessa Corte costituzionale, sono tutele del posto di lavoro, dell’occupazione, della dignità del lavoratore come persona. Ed è altrettanto evidente, mi pare, che l’operato della magistratura, anche di quella costituzionale, pur se animata dalle migliori intenzioni, non può certo supplire al ruolo del legislatore.

Come del resto ribadito dalla stessa Corte Costituzionale nella citata ultima pronuncia sulla disciplina dei licenziamenti (la n. 183/2022): la Corte, infatti, dichiara inammissibile la questione di legittimità sull’art. 9, d.lgs. 23/15, pur rilevando *l’effettiva sussistenza del vulnus denunciato dal rimettente*; concludendo che *al vulnus riscontrato, tuttavia, non può porre rimedio questa Corte*,

³⁸ ZOPPOLI L., *Corte Cost. 125/22: una sentenza nell’aria che sintonizza legge e giustizia. Dibattito istantaneo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 2022*, in *Labor*, 31 maggio 2022.

³⁹ C. Cost. 194/2018. Sul punto v. però CARINCI M.T., *La sentenza n. 59/2021*, cit., p. 298, secondo cui dopo la pronuncia n. 59/21 “È facile pertanto prevedere che, ove la questione venisse proposta alla Corte, neppure il d.lgs. 23/2015 potrebbe sfuggire ad una pronuncia d’incostruzionalità per violazione dell’art. 3 Cost. ...”.

⁴⁰ V. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, “manifesta insussistenza” e reintegrazione nell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive “può”, la Corte costituzionale sostituisce con “deve”*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT - 436/2021, p. 7; ZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo per ragioni organizzative nella recente giurisprudenza*, in questa rivista, 2020, p. 262.

prospettandosi *differenti opzioni di politica legislativa*, che pertanto richiedono *ineludibili valutazioni discrezionali*, che, proprio perché investono il rapporto tra mezzi e fine, non possono competere a questa Corte.

E, soprattutto, non può sottacersi il chiaro monito del Giudice delle leggi al legislatore, là dove “avvisa” *che un ulteriore protrarsi dell’inerzia legislativa non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà qui descritte.*

Keywords

Licenziamento, giustificato motivo, insussistenza, illegittimità, tutele.

Dismissal, justified objective reason, illegitimacy, lack of motivation, safeguards.

Andrea Gentile

La Cassazione ritorna sulla responsabilità ex d.lgs. 231/2001 e il risparmio di spesa in materia di cautele antinfortunistiche

Sommario: **1.** Le questioni decise. **2.** Il quadro normativo ed i precedenti arresti della giurisprudenza. **3.** Rilievi conclusivi.

1. *Le questioni decise*

Approda al sindacato della Cassazione la vicenda processuale che vede coinvolta una società in nome collettivo operante nel settore dell'edilizia ritenuta responsabile, all'esito del giudizio di appello, ai sensi del combinato disposto degli artt. 5 e 25-*septies* d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231. In particolare il socio amministratore della compagine (titolare di incarico *ad hoc* per la sicurezza) era stato condannato per il delitto di cui all'art. 590 co. 2 e 3 cod. pen. a seguito di un infortunio sul lavoro occorso nella sede sociale ed in particolare all'interno del piazzale nel quale aveva luogo la movimentazione delle merci mediante mezzi meccanici; parallelamente il processo di merito a carico dell'ente, con "doppia conforme", aveva affermato la responsabilità di quest'ultimo per il reato commesso dall'amministratore nell'esclusivo interesse della società, difettando procedure amministrative *ad hoc* volte a controllarne l'operato¹.

¹ Volendo dare uno sguardo alla prima significativa giurisprudenza di merito formatasi con riguardo a casi simili a quello di cui alla sentenza in commento, si rimanda a: Trib. Trani, Sez. Molfetta, 26 ottobre 2009, Est. Gadaleta, Imp. Truck Center S.a.s., in *CM*, 2010, p. 408, nonché *ivi*, p. 651 ss., con nota di PELAZZA, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale degli enti*; e in *SOC*, 2010, p. 1116, con nota di SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*; e in *DPP*, 2010, p. 842 e ss., con nota di AMARELLI, *Morti*

Nel novembre del 2013 un dipendente della società era investito da un muletto guidato da altro lavoratore in fase di retromarcia riportando uno schiacciamento al piede sinistro con conseguente malattia della durata di superiore a quaranta giorni; i giudici territoriali individuavano la responsabilità dell'imputato per la mancata adozione delle doverose misure atte a prevenire gli infortuni di cui agli artt. 163 co. 1, 71, co. 4, lett. a) e 15 d.lgs. 9 aprile 2008 n. n. 81, difettando la segnaletica raffigurante le vie di circolazione dei mezzi a motore all'interno del piazzale e, soprattutto, a cagione del difetto di manutenzione/dotazione del muletto, il quale presentava il cicalino di retromarcia non funzionante e non era munito di specchio retrovisore.

Pronunciandosi sui motivi di ricorso riguardanti nello specifico le disposizioni di cui al d.lgs. 231/2001, la Corte ha dapprima affrontato la sussistenza ex art. 5 dell'interesse e/o del vantaggio quale criterio soggettivo d'imputazione della responsabilità, dichiarando inammissibile la doglianza sollevata dal ricorrente con riguardo al dedotto difetto di motivazione circa il risparmio conseguito dall'impresa a causa della mancata adozione delle misure antinfortunistiche; ha – poi – affermato l'infondatezza del ricorso con riferimento al dedotto vizio di motivazione della sentenza impugnata in ordine alla sussistenza dell'interesse quale criterio soggettivo di imputazione della responsabilità, fissando, di conseguenza, i canoni entro cui può operare la necessaria prova dell'oggettiva prevalenza delle esigenze produttive (e di profitto) su quelle di tutela dei dipendenti dal rischio di infortuni².

La particolare responsabilità dell'ente affrontata dalla pronuncia, si colloca all'interno della macro-area costituita dalla gestione endosocietaria delle risorse economiche atte a scongiurare la commissione di reati e, più in ge-

sul lavoro: arriva la prima condanna per le società); Trib. Pinerolo, 23 settembre 2010, Giud. Reynaudaf, in *www.penalecontemporaneo.it*; Trib. Novara, 1 ottobre 2010, G.U.P. Pezone, in *CM*, 2011, p. 403, ss. con nota di LUNGHINI e PARIS, *D.lgs. n. 231/2001 e responsabilità dell'ente per reati colposi*; Trib. Cagliari, 4 luglio 2011, G.U.P. Altieri, Imp. Saras S.p.A., *ivi*, 2012, p. 169, con nota di GENTILE, *Incidente sul lavoro e interesse dell'ente*; e in *SOC*, 2011, pp. 1349; App. Brescia, Sez. II, 14 dicembre 2011, in *SOC*, 2012, p. 1105; Trib. Tolmezzo, 23 gennaio 2012, G.U.P. Massarelli, in *SOC*, 2012, p. 1105.

² La sentenza evidenzia in prima battuta come alla società sia stato contestato, infatti, che l'amministratore munito di delega alla sicurezza ebbe ad agire «nell'esclusivo interesse dell'ente» per realizzare un risparmio di spesa, sicché, nel sostenere che il vantaggio per l'ente non sarebbe provato, il ricorrente solleva una questione eccentrica rispetto al contenuto dell'imputazione e, conseguentemente, della sentenza che ha riconosciuto la responsabilità della società con esclusivo riferimento al parametro di imputazione dell'interesse».

nerale, ha di mira l'incentivazione di condotte virtuose in una prospettiva di legalità³.

2. Il quadro normativo ed i precedenti arresti della giurisprudenza

L'art. 9, l. 3 agosto 2007 n. 123 ha esteso l'ambito di operatività delle disposizioni in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai delitti di omicidio colposo e di lesioni personali colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle disposizioni atte a prevenire gli infortuni e di quelle poste a presidio dell'igiene e della salute sul lavoro⁴. Ne è scaturito il testo dell'art. 25-*septies*, espressamente dedicato ai delitti di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro⁵.

Posto che l'introduzione nel d.lgs. 231/01 dell'art. 25-*septies* ha segnato l'ingresso dei delitti colposi nel catalogo dei reati costituenti presupposto della responsabilità degli enti, nessuna modifica ha invece subito il criterio d'imputazione oggettiva di cui all'art. 5 (il quale richiede che gli illeciti siano commessi nel suo interesse o vantaggio) al fine di adattarlo alla diversa struttura di tale categoria⁶.

È così sorto il problema della compatibilità logica tra la non volontà dell'evento che caratterizza gli illeciti colposi ed il finalismo sotteso all'idea di interesse⁷. Secondo l'impostazione prevalente, ispirata anche dalla Relazione governativa al d.lgs. 231/01, i due criteri d'imputazione dell'interesse

³ Tale connotato, come rammenta il MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Societas puniri potest, La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del convegno, Firenze 15-16 marzo 2002, Cedam, 2002, p. 298, costituisce, in sostanza, il fulcro della riforma propugnata dal d.lgs. 231/2001, a causa dell'inadeguatezza in termini di efficacia repressiva e preventiva, nei confronti delle imprese del sistema penale "tradizionale".

⁴ Si rimanda per i commenti alla novità legislativa a VITALI-BURDESE, *La legge 3 agosto 2007, n. 123, prime riflessioni in tema di responsabilità degli enti*, in *RIV* 231, 2007, 4, 125; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Esclusione solo in caso di lesioni lievi*, in *GD*, 2007, 35, p. 42.

⁵ Si precisa che il testo originario dell'art. 25-*septies* d.lgs. 231/01 è stato sostituito dall'art. 300, co. 1, d.lgs. 81/2008.

⁶ V. SANTORIELLO, *Violazione delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *RIV* 231, 2008, 1, p. 163 ss.

⁷ D'altra parte, nei reati colposi di evento sembra ben difficilmente ipotizzabile un caso in cui l'evento lesivo corrisponda ad un interesse o vantaggio dell'ente.

e del vantaggio si pongono in rapporto di alternatività, come conferma la congiunzione disgiuntiva “o” presente nel testo della disposizione. Può ritenersi pertanto che il criterio dell’interesse esprima una valutazione teleologica del reato, apprezzabile *ex ante*, al momento della commissione del fatto secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo; e che il criterio del vantaggio abbia una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell’illecito⁸.

Se i primi quindici anni di applicazione della nuova normativa, da un lato, hanno fatto registrare un sensibile quanto progressivo *trend* di responsabilizzazione degli enti; dall’altro si è imposto agli esegeti, in continuità con la scelta legislativa di estendere il sistema sanzionatorio di cui al d.lgs. 231/01 ad illeciti colposi, di ponderare costantemente e caso per caso, il *modus operandi* della *governance* aziendale in termini non già di consapevolezza criminale del soggetto agente, quanto di atteggiamento colposo, derivante dalla violazione di norme cautelari⁹.

L’applicazione del “nuovo” art. 25-*septies*, ha così portato – di necessità – alla concorrente e puntuale verifica (parametrata alla colpa, elemento soggettivo delle condotte dei delitti di omicidio e lesioni personali) dei criteri d’imputazione della responsabilità all’ente con specifico riguardo sia ai soggetti indicati dalla lett. a) della disposizione i quali rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa, sia a coloro i quali (lett. b) ricoprono nell’ente medesimo ruoli subordinati, ossia sottoposti alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera precedente, pur potendo agire la persona fisica nel perseguimento di una propria finalità ma risulti al contempo pienamente consapevole di perseguire (anche in via indiretta) un interesse della compagine di cui è parte¹⁰.

Si è esattamente sostenuto come l’avvenuta commissione di un reato da parte di un soggetto nell’interesse (o a vantaggio) dell’ente, non porta con

⁸ Cfr. in dottrina PALIERO, *La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione*, in AA.VV., *Il diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI, Giuffrè, 2002, p. 23 ss. In giurisprudenza fra le tante v. Cass. 20 dicembre 2005 n. 3615, in *C.E.D. Cass.*, 232957; Cass., 28 novembre 2013 n. 10265, *ivi*, 258577.

⁹ V. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰ Cfr. sul punto ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro, prevista dalla legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *RIV* 231, 2007, 4, p. 98.

sé necessariamente un giudizio affermativo della responsabilità; dovendosi comunque accertare il difetto gestionale-organizzativo della persona giuridica, causa efficiente che abbia consentito ad altri soggetti di porre in essere condotte delittuose¹¹. Resta pur sempre il dubbio che la c.d. “colpa di organizzazione” – come sopra delineata – possa integrare la colpevolezza in senso penalistico; può comunque apprezzarsi il dato ricavabile dall’art. 6 d.lgs. 231/01, con specifico riferimento ai delitti commessi da soggetti posti in posizione apicale, secondo cui l’ente ha l’onere di provare l’assenza di responsabilità per quanto accaduto¹². Tanto più che, restando al tema degli infortuni sul lavoro che qui ci occupa, anche l’avvenuta designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione non è equiparabile ad una delega di funzioni: ove si concretizzi un rischio prevedibile non considerato ed ove l’evento sia causalmente collegato all’omessa o incompleta formazione del lavoratore, ovvero alla mancata predisposizione di presidi di sicurezza dell’infortunio dovrà comunque rispondere il datore di lavoro, ossia il soggetto apicale¹³. Parte della dottrina, anziché rinvenire nell’art. 6 un’ipotesi di colpa presunta dell’ente, ha ravvisato una scusante o, ancora – secondo altra opinione che ci sentiamo di preferire – una causa di non pu-

¹¹ V. CARMONA, *La responsabilità degli enti. Alcune note sui reati presupposto*, in *RTDPE*, 2003, p. 1001; nel medesimo senso, assai più diffusamente, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *AA.VV., Reati e responsabilità degli enti*, a cura di LATTANZI, Giuffrè, 2005, p. 50.

¹² In senso assai critico si legga ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o assicurazioni: profili generali*, in *RS*, 2002, p. 406 ss.

¹³ Secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione svolge una funzione di consulenza in materia antinfortunistica del datore di lavoro, coadiuvandolo nella individuazione dei rischi, nelle soluzioni tecniche da adottare per impedire il verificarsi di infortuni collegati a tali rischi, nella pratica di formazione e informazione del lavoratore. Cfr. Cass. 26 aprile 2017 n. 24958, in *C.E.D. Cass.*, 270286-01, ad avviso della quale “La mera designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione non costituisce una delega di funzioni e non è dunque sufficiente a sollevare il datore di lavoro ed i dirigenti dalle rispettive responsabilità in tema di violazione degli obblighi dettati per la prevenzione degli infortuni sul lavoro”. Insomma secondo la Corte il responsabile del servizio di prevenzione e protezione svolge un ruolo di consulente in materia antinfortunistica del datore di lavoro ed è privo di effettivo potere decisionale). In senso conforme si legga Cass. 5 aprile 2013 n. 50605, in *C.E.D. Cass.*, 258125-01, per cui gli obblighi di vigilanza e di controllo gravanti sul datore di lavoro non vengono meno con la nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, il quale ha una funzione di ausilio diretta a supportare “e non a sostituire il datore di lavoro nell’individuazione dei fattori di rischio nella lavorazione, nella scelta delle procedure di sicurezza e nelle pratiche di informazione e di formazione dei dipendenti”.

nibilità¹⁴. Entrambe le categorie, non rientrando tra gli elementi costitutivi dell'illecito penale, ben potrebbero formare oggetto dell'ere probatorio della difesa: insomma il legislatore, in forza di una visione di garanzia della posizione dell'ente rispetto ai suoi organi, avrebbe introdotto – proprio tramite l'art. 6 – un ulteriore elemento, aggiuntivo e non costitutivo della responsabilità ed in questo senso rimesso all'onere probatorio dell'ente. Siffatto approdo ermeneutico non collima con quanto afferma altra parte della dottrina secondo la quale, pur volendo inquadrare l'art. 6 in termini di scusante o causa di non punibilità, resterebbero comunque immutati i dubbi sulla legittimità costituzionale della norma¹⁵.

Diverso il discorso per gli illeciti commessi dai soggetti subordinati di cui all'art. 5, co. 1, lett. b), ma in questa ipotesi, operando il modello della colpa d'organizzazione, l'art. 7, d.lgs. 231/2001 non ammette alcuna inversione dell'*onus probandi*.

Da parte sua, la giurisprudenza di legittimità formatasi in ordine alla sussistenza dell'interesse quale criterio soggettivo di imputazione della responsabilità ha tratto – quanto all'impostazione di principio – le proprie mosse dalla pronuncia “Tyssenkrupp” la quale, oltre rivisitare *funditus* il tema del confine tra dolo e colpa ha avuto il merito di chiarire come i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vadano di necessità riferiti alla condotta e non all'esito anti giuridico¹⁶. Tale soluzione non determina alcuna difficoltà di carattere logico, poiché è ben possibile che una condotta (colposa) sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini, comunque, il conseguimento d'un vantaggio¹⁷. La soluzione interpretativa accolta, se-

¹⁴ Nel primo senso si legga DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Tr. Dir. pen.*, Giuffrè, 2008, p. 180, il quale sostiene testualmente che l'art. 6 descriva “una causa di esclusione di quella colpevolezza in senso normativo, che il legislatore delegato ha ritenuto in via di principio di accreditare all'ente collettivo già in sede di reati commessi dal *management*”. La seconda impostazione è quella prescelta da PULITANO, *Responsabilità da “reato” degli enti: criteri di imputazione*, in *RDPP*, 2002, p. 417.

¹⁵ Cfr. VIGANÒ, *I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. 231/2001*, in *www.treccani.it*.

¹⁶ V. Cass. 24 aprile 2014, n. 38343, in *CP*, 2015, 2, p. 426. Per un'analisi delle motivazioni in punto di responsabilità dell'amministratore delegato e degli altri dirigenti, con particolare riferimento alle fasi di merito, v. MINNELLA, *D.lgs. n. 231 del 2001 e reati colposi nel caso Thyssenkrupp*, in *www.penalecontemporaneo.org*, 10.12.2011.

¹⁷ Cfr. esattamente CAPPELLINI, *Il dolo eventuale e i suoi indicatori: le sezioni unite Thyssen e il loro impatto sulla giurisprudenza successiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, il quale rammenta come, avuto riguardo alla vicenda di merito, l'omissione dell'installazione di appropriati presidi an-

condo le Sezioni Unite, oltre a essere logicamente obbligata e priva di risvolti intollerabili dal sistema, non ha nulla di realmente creativo; si limita ad adattare l'originario criterio d'imputazione "al mutato quadro di riferimento, senza che i criteri d'ascrizione ne siano alterati". Di conseguenza, l'adeguamento riguarda solo l'oggetto della valutazione che coglie non più l'evento bensì solo la condotta, in conformità con la diversa conformazione dell'illecito¹⁸.

Sulla scorta di codeste premesse, è ben possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente; *a fortiori* v'è perfetta compatibilità tra inosservanza della prescrizione cautelare ed esito vantaggioso per l'ente¹⁹. Resta così sempre discusso il tema dell'individuazione dei presupposti in presenza dei quali dall'avvenuto accertamento di un reato colposo possa derivare un effettivo vantaggio o un interesse per la società, scongiurando il rischio di configurare automatismi circa il verificarsi per l'ente di un vantaggio economico derivante dal risparmio dei costi o da una accelerazione dei tempi di lavoro in presenza di una violazione antinfortunistica da cui derivi una malattia o un infortunio del lavoratore ovvero ancora si imputino alla compagine "automaticamente" gli eventi della morte o delle lesioni ogni qualvolta si accerti un interesse o vantaggio in relazione alla condotta imprudente della persona fisica che l'ha determinati²⁰.

Alcuni arresti giurisprudenziali, dopo aver rimarcato la non riconducibilità di tutte le violazioni in tema di sicurezza ed igiene sul luogo di lavoro alla finalità di far conseguire all'impresa un vantaggio economico, attesa la sussistenza di infortuni verificatisi per ragioni non causalmente (ed univocamente) riconducibili all'abbattimento dei costi per la sicurezza, hanno specificato la necessità che nel processo di merito debba essere provata la circostanza che gli addebiti di colpa specifica ascritti all'imputato persona fi-

tincendio fosse derivata "dalla precisa scelta economica di non investire somme di rilevante entità per la messa in sicurezza di un impianto industriale in via di dismissione".

¹⁸ Cfr. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *RIDPP*, 2003, p. 377, secondo cui "i problemi probatori decidono della stessa sopravvivenza del dolo, come forma di colpevolezza distinta dalla colpa".

¹⁹ Sulla medesima scia interpretativa delle Sezioni Unite, v. Cass. 20 aprile 2016 n. 24697, in *C.E.D. Cass.* 268066.

²⁰ In questi termini EPIDENDIO-PIFFER, *Criteri di imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *LRASE*, 2008, p. 7.

sica “siano qualificabili come condotte deliberatamente strumentali al conseguimento di un apprezzabile risparmio di spesa da parte dell’ente”; ponendosi – in tal modo – un distinguo al caso in cui la violazione delle regole cautelari collimi con la realizzazione d’una precisa politica d’impresa, orientata in tal senso per fini economici, dai casi in cui tale circostanza dipenda, invece, da un’errata gestione o omessa vigilanza sulla normativa antinfortunistica (a prescindere dalla presenza di un interesse specifico dell’ente)²¹.

La prevalente opinione giurisprudenziale reputa dunque che la previsione contenuta nell’art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001 non richieda una “natura sistematica” delle violazioni alla normativa antinfortunistica affinché possa aversi una responsabilità dell’ente scaturente da reato colposo: insomma lo scopo di scongiurare il predetto automatismo fra la condotta della persona fisica e la responsabilità dell’ente (in virtù del mero rapporto di immedesimazione organica) non imporrebbe di ritenere sformite di rilevanza quelle condotte colpose ed imprudenti, seppur intenzionali, che non esprimerebbero – proprio in ragione della loro episodicità ed occasionalità, di una politica aziendale di sistematica violazione delle regole cautelari²².

In altre pronunce (peraltro richiamate da quella in commento), la Cassazione ha delimitato il criterio oggettivo di “risparmio” per l’impresa in

²¹ V. Cass. 19 settembre 2017 n. 42778, in *CP*, 2018, p. 2598, in cui si legge che “il vantaggio di cui all’art. 5 d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, operante quale criterio di imputazione oggettiva della responsabilità, può consistere anche nella velocizzazione degli interventi manutentivi che sia tale da incidere sui tempi di lavorazione”. Del pari la pronuncia riconosce come non possa ritenersi che, nell’ambito di illeciti colposi addebitabili ad un soggetto che riveste la qualifica di datore di lavoro in una società, possa qualificarsi quest’ultima come beneficiata dal reato ogni qualvolta e per il solo fatto che si sia in presenza di una mera ricaduta patrimoniale favorevole in capo alla persona giuridica.

²² Cfr. Cass. 17 novembre 2020, n. 4480, in *C.E.D. Cass.* 280392-01, secondo cui, il carattere della sistematicità, oltre ad essere eccentrico rispetto allo spirito della legge, “presenta in sé innegabili connotati di genericità: la ripetizione di più condotte, poste in essere in violazione di regole cautelari, potrebbe non essere ancora espressiva di un modo di essere dell’organizzazione e, quindi, di una sistematicità nell’atteggiamento antidoveroso [e] d’altro canto, l’innegabile quoziente di genericità del concetto non consentirebbe neppure di stabilire, in termini sufficientemente precisi, quali comportamenti rilevino a tal fine (identici; analoghi; diversi, ma pur sempre consistenti in violazioni delle regole anti infortunistiche)”. Secondo questa posizione giurisprudenziale, la rilevanza della ripetizione dell’inosservanza delle prescrizioni antinfortunistiche potrebbe avere rilevanza sul piano probatorio “quale possibile indizio della esistenza dell’elemento finalistico della condotta dell’agente, al tempo stesso scongiurando il rischio di far coincidere un modo di essere dell’impresa con l’atteggiamento soggettivo proprio della persona fisica”.

cui si sostanzia l'interesse, affermando che esso possa realizzarsi nello spostamento simultaneo di uomini e di mezzi e possa consistere anche nella mera riduzione dei tempi di lavorazione²³. Non solo. Secondo due recenti arresti il criterio di imputazione oggettiva dell'interesse può sussistere, infatti, anche in relazione a una trasgressione isolata dovuta ad un'iniziativa estemporanea, senza che risulti necessario provare la natura sistematica delle violazioni antinfortunistiche, allorché altre evidenze fattuali dimostrino il collegamento finalistico tra la violazione e l'interesse dell'ente²⁴. Si è così affermato che l'art. 25-*septies* cit. non richiede la natura sistematica delle violazioni alla normativa antinfortunistica per la configurabilità della responsabilità dell'ente derivante dai reati colposi ivi contemplati, né tale connotato è imposto dalla necessità di rinvenire un collegamento tra l'azione umana e la responsabilità dell'ente che renda questa compatibile con il principio di colpevolezza; precisandosi come sia "eccentrico" rispetto allo spirito della legge ritenere irrilevanti tutte quelle condotte, pur sorrette dalla intenzionalità, ma, in quanto episodiche e occasionali, non espressive di una politica aziendale di sistematica violazione delle regole cautelari, considerato peraltro l'inegabile quoziente di genericità del concetto di sistematicità²⁵.

Ancora assai di recente, la medesima IV Sezione della Corte ha ravvisato l'interesse dell'ente nel caso in cui l'infortunio si sia verificato per insufficiente formazione del lavoratore; la quale circostanza legittimamente è stata valorizzata come indicativa di un risparmio per l'ente, che non deve sostenere costi aggiuntivi per i corsi e per le relative giornate di lavoro "perdute"²⁶. Data per acquisita l'esistenza della violazione addebitata all'imputato e così affermata la responsabilità del datore di lavoro, la Corte si è limitata ad osservare come i profili critici afferiscono innanzitutto alla mancata fornitura

²³ V. Cass. 28 maggio 2019 n. 29538, in *C.E.D. Cass.* 276596; Cass. 24 gennaio 2019 n. 16598, *ivi*, 275570-01.

²⁴ In questo senso Cass. 24 marzo 2021 n. 1214, in *GD*, 2021, p. 20; Cass. 22 settembre 2020 n. 29584, in *C.E.D. Cass.*, 279660.

²⁵ La posizione in parola attiene squisitamente al piano probatorio, cui tale connotato appartiene, quale possibile indizio rivelatore dell'elemento finalistico della condotta dell'agente, idoneo al tempo stesso a scongiurare il rischio di far coincidere un modo di essere dell'impresa con l'atteggiamento soggettivo proprio della persona fisica: deriva, quale logico corollario, che l'interesse può sussistere anche in relazione a una trasgressione isolata, allorché altre evidenze fattuali dimostrino tale collegamento finalistico, così neutralizzando il valore probatorio astrattamente riconoscibile al connotato della sistematicità.

²⁶ V. Cass. 20 maggio 2021 n. 30231, in *GD*, 2021, p. 37.

di idonea preparazione professionale: sussiste così un risparmio dell'ente, che non deve sostenere costi aggiuntivi per i corsi e per le relative giornate di lavoro perdute (il termine è adoperato solo in senso improprio), con la conseguenza di immettere nell'attività produttiva lavoratori non adeguatamente formati e preparati alle possibili insidie che il luogo di lavoro possa presentare.

3. *Rilievi conclusivi*

Il percorso sin qui tracciato dalla giurisprudenza di legittimità in materia di violazione di norme infortunistiche e responsabilità dell'ente non sembra far residuare apprezzabili spazi di manovra atti a scongiurare ricadute *ex d.lgs. 231/01* per illeciti commessi da soggetti rivestenti un ruolo apicale. L'approfondimento del tema del risparmio di spesa costituisce una proficua occasione per indicare la strada di un percorso preventivo da adottarsi onde scongiurare estensioni di responsabilità, come quella formante oggetto della pronuncia in commento, dal soggetto imputato del delitto di omicidio o lesioni colpose all'ente di appartenenza; posto che la *quaestio* sottesa concerne solo la possibile responsabilità concorrente della persona giuridica²⁷.

Il punto di partenza è costituito dall'estensiva adozione in seno alle aziende di *compliance programs* che tengano conto non solo delle dimensioni e delle particolarità dell'attività svolta, ma anche delle caratteristiche specifiche dell'ente. In accordo con alcune opinioni espresse da autorevole dottrina, il primo *step* in tale direzione consiste nell'individuazione delle attività nel cui ambito può avvenire la commissione di reato, cui dovrà seguire la previsione di protocolli dotati del grado di specificità necessario e proporzionato ai reati da prevenire²⁸; necessita, poi che a siffatti adempimenti faccia séguito un'oculata gestione delle risorse finanziarie idonea a scongiurare la commissione di reati, cosa questa che, come detto, costituisce la scaturigine della questione sottoposta all'esame dei Giudici supremi²⁹.

²⁷ Si veda in proposito SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Jovene, 2006, p. 23.

²⁸ V. CARMONA, *op. cit.*, p. 200.

²⁹ V. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, 2012, p. 28, ad avviso della quale una delle opzioni di fondo del sistema è che la risposta punitiva sia non solo afflittiva, ma anche capace di stimolare in tempi brevi "il recupero dell'ente ad una prospettiva di legalità".

È pacifico che non si sia in presenza di un obbligo in capo all'ente di adozione di siffatti programmi; del pari è tuttavia configurabile un onere in presenza del quale le *chances* che la società risponda per un reato commesso da altri finiscono per assottigliarsi sensibilmente³⁰.

A tale impostazione fa da *pendant*, l'argomento – ormai colto da dottrina e giurisprudenza – secondo cui in materia di responsabilità ex art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001, l'interesse o il vantaggio vadano letti come risparmio di risorse conseguente al mancato approntamento di strumenti di sicurezza, ovvero come vantaggio economico derivante da un aumento di produttività “non ostacolato” dal rispetto delle disposizioni atte prevenire gli infortuni³¹.

In definitiva laddove lo strumentario di sicurezza atto a prevenire l'infortunio (nel caso di specie, l'investimento del lavoratore da parte del mulletto) non comporti un vantaggio in termini di produttività e il costo della protezione mancante sia di scarsa entità, non residua spazio alcuno perché si abbia a determinare l'impunità dell'ente³².

Tale impostazione spiega in maniera efficiente la divergenza ravvisabile tra un recente arresto della Cassazione di poco antecedente la pronuncia in commento³³. La vicenda sottesa alla pronuncia n. 22256/21 è pressoché identica trattandosi di lesioni colpose cagionate ad un dipendente da un collega alla guida di un mulletto: in tale ultimo caso, la medesima Sezione, ferma re-

³⁰ Rammenta tuttavia DI BITONTO, *op. cit.*, p. 39, come anche se il giudice non valuti il modello nella sua interezza, ma in stretta relazione con il reato presupposto, si tratta comunque di una valutazione decisiva che risulta determinante ai fini dell'applicazione della sanzione interdittiva “non solo in via cautelare, ma anche in esito al procedimento principale”.

³¹ Cfr. AMATO, *Ancora sulla rilevanza del risparmio economico «esiguo» ai fini dell'addebito amministrativo*, in *RIV 231*, 2014, 5, p. 234.

³² Cfr. Cass. 19 febbraio 2015 n. 18073, in *GD*, 2015, 25, p. 96, secondo cui la sussistenza dell'interesse o vantaggio per l'ente derivante dalle omissioni contestate all'autore del reato presupposto (art. 5 del decreto citato) è congruamente argomentata con riferimento al consistente risparmio di costi per l'ente, in particolare relativi alle consulenze in materia, agli interventi strumentali necessari, nonché alle attività di formazione e informazione del personale. Né, in senso contrario, potrebbe escludersi tale presupposto valorizzando, nello specifico, la spesa irrisoria sostenuta dall'ente per l'applicazione, successivamente al sinistro, dello strumentario di sicurezza mancante (nella specie, trattavasi di griglie di protezione di un macchinario), ove risultati dimostrato che tale spesa doveva comunque considerarsi solo il momento finale di un percorso di attuazione di una strategia organizzativa globale all'epoca dei fatti mancante e solo successivamente instaurata, richiedente un importante impegno di spesa. Con riguardo alla medesima pronuncia si legga AMATO, *Riflessioni giurisprudenziali sull'entità del «risparmio sui costi» della sicurezza ai fini dell'addebito di responsabilità*, in *RIV 231*, 2015, 3, p. 207.

³³ V. Cass. 3 marzo 2021 n. 22256, in *GD*, 2021, p. 25.

stando la responsabilità della persona fisica (datore di lavoro), ha reputato l'ente non responsabile per l'incidente subito dal lavoratore, posto che la violazione delle norme anti infortunistiche non costituiva il risultato di una sottovalutazione del rischio non accompagnata dall'intenzione di risparmiare sui costi, massimizzando i profitti. In tale caso i Giudici di legittimità hanno circoscritto il raggio d'azione della norma per evitarne un'applicazione automatica "dilatando a dismisura il suo ambito di operatività ad ogni caso di mancata adozione di qualsivoglia misura di prevenzione". Il principio di diritto è coerente: ove il giudice accerti l'esiguità del risparmio di spesa derivante dall'omissione delle cautele dovute, ai fini del riconoscimento del conseguimento del vantaggio di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001 è necessaria la prova della oggettiva prevalenza delle esigenze della produzione e del profitto su quelle della tutela dei lavoratori, quale conseguenza della violazione delle norme antinfortunistiche³⁴.

Nel caso che ci occupa, il rischio è stato valutato come esistente dal datore di lavoro e le misure per prevenirlo – seppur menzionate nel documento di valutazione del rischio – sono state adottate tardivamente, solo dopo l'infortunio del lavoratore, conseguentemente, a differenza della decisione n. 2256, la sentenza in estrema sintesi afferma che:

– l'ente risponde a norma dell'art. 25-*septies* laddove la violazione delle prescrizioni presenti nel d.lgs. 81/2008 sia stata "intenzionale e volontaria", avendo di mira il perseguimento di un interesse dell'ente e ciò anche se dalla vicenda l'ente medesimo non abbia ricavato un vantaggio;

– nel caso in cui la società abbia conseguito un "significativo vantaggio", la responsabilità dell'ente si verificherà anche se l'incidente sul lavoro sia stato causato da una violazione antinfortunistica episodica ed isolata;

– nel caso in cui, da ultimo, il vantaggio scaturente dal reato si atteggi come "minimo", è necessario che, unitamente alla violazione che ha cagio-

³⁴ La sentenza impugnata è risultata, pertanto, affetta da vizio di motivazione sia per non avere argomentato, quanto alla ritenuta sussistenza del criterio obiettivo di imputazione – ravvisato dalla Corte territoriale nel "vantaggio" derivante dalla commissione del reato – in ordine alle specifiche censure mosse con l'atto d'appello avverso il relativo punto della sentenza di primo grado, sia per non avere in alcun modo valutato la consistenza del vantaggio, nel caso di specie derivante dall'omissione di una singola misura di prevenzione e non dalla sistematica violazione della normativa sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, che deve essere di importo non irrisorio ed il cui concreto apprezzamento è rimesso alla valutazione del giudice di merito.

nato l'infortunio, si ravvisi una politica aziendale caratterizzata dall'incuria della sicurezza dei dipendenti.

Verificato che la persona responsabile del reato abbia agito nell'interesse dell'ente, conformemente ad una scelta di politica aziendale volta alla massimizzazione del profitto (a detrimento della vita e della salute dei lavoratori), *nulla quaestio* con riguardo all'affermazione della responsabilità dell'ente: in questi casi, peraltro, la prova che l'omessa adozione delle cautele sia il frutto di una scelta finalisticamente orientata ad un contenimento dei costi in materia di sicurezza non abbisogna di dimostrazione circa la sistematica sottovalutazione dei rischi né di una serialità delle violazioni, purché emerga un collegamento fra l'inosservanza e l'interesse dell'ente³⁵.

Laddove, infine, si escluda la ricorrenza del requisito dell'interesse, allora la condanna dovrà essere basata sulla presenza di un "significativo vantaggio" in capo alla compagine, ovvero sulla (contestuale) sussistenza d'un vantaggio "di importo non significativo" riscontrandosi ulteriori e plurime violazioni delle disposizioni di cui al d.lgs. 81/2008.

³⁵ Cfr. SANTORIELLO, *In presenza di una pluralità di violazioni del d.lgs. 81/08 basta un vantaggio minimo per riconoscere la responsabilità dell'ente*, in *Il Pen.*, 2, 5.22.

Keywords

Incidente sul lavoro, prevenzione, reati colposi, responsabilità penale dei datori di lavoro, d.lgs. 231/01, società, risparmio di spesa.

Accidents at work, prevention, negligent offenses, criminal liability of employers, legislative decree 231/01, company, cost savings.

Cass., 6 settembre 2022 n. 26246 – Pres. Raimondi, Rel. Patti

Licenziamento – Prescrizione – Decorrenza

Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della legge n. 92 del 2012 e del decreto legislativo n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro.

★ ★ ★

Umberto Gargiulo

Licenziamento e prescrizione: la Cassazione mette un punto, o forse un punto e virgola

Sommario: **1.** Licenziamento e prescrizione: un dibattito che ha compiuto dieci anni. **2.** La decisione della Cassazione: un approdo “obbligato”. **3.** Se la Corte dice molto, ma non tutto. **4.** Il discorso è chiuso?

1. *Licenziamento e prescrizione: un dibattito che ha compiuto dieci anni*

Con una recentissima, attesa pronuncia, la n. 26246 del 6 settembre 2022, la Corte di Cassazione ha affrontato la relazione tra revisione dell’apparato sanzionatorio in materia di licenziamento illegittimo e decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore nel corso del rapporto di lavoro¹.

Negli ultimi dieci anni si sono registrati nella giurisprudenza di merito orientamenti contrastanti² e il tema ha appassionato la dottrina giuslavoristica, con un’immediata quanto prevedibile polarizzazione del dibattito³.

Il percorso riformatore, iniziato con la novella dell’art. 18, l. 20 maggio 1970 n. 300 ad opera della l. 28 giugno 2012 n. 92 e proseguito con il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, ha infatti modificato significativamente *ratio*, metodo applicativo ed effetti concreti delle sanzioni che affiancano la dichiarazione giudiziale d’illegittimità del licenziamento; e ciò anche dopo gli interventi “ortopedici” della Corte costituzionale.

Nel c.d. diritto vivente stabilità dell’impiego e decorrenza della pre-

¹ La Corte ha già ribadito l’orientamento nella successiva Cass. 20 ottobre 2022 n. 30957, in *DJ*.

² A favore della sospensione, ad esempio, si sono espressi: App. Milano 21 aprile 2022 n. 367, in *DJ*; App. Milano 25 ottobre 2021 n. 1352, in *DRI*, 2022, p. 3 ss.; App. Milano 30 aprile 2019 n. 376, in *www.wikilabour.it*; Trib. Alessandria 9 gennaio 2019 n. 4, in *DJ*; Trib. Milano 16 dicembre 2015 n. 3460, in *RIDL*, 2016, II, p. 261; Trib. Milano 7 ottobre 2016 n. 2625, in *www.wikilabour.it*; Trib. Torino 25 maggio 2016 n. 1021, in *DRI*, 2021, p. 222; Trib. Milano 16 dicembre 2015 n. 10803, in *DRI*, 2016, p. 860. *Contra*: App. Brescia 10 febbraio 2022 n. 259, in *DJ*; App. Milano 26 febbraio 2020 n. 89, in *DRI*, 2022, p. 308; App. Milano 19 febbraio 2019 n. 35, in *RIDL*, 2020, II, p. 269; Trib. Napoli 12 novembre 2019 n. 7343, in *RIDL*, 2020, II, p. 269; Trib. Roma 21 maggio 2018 n. 4125, in *DJ*; Trib. Milano 24 aprile 2014 n. 1226, in *www.altalex.com*; Trib. Milano 7 ottobre 2016 n. 2576, in *DRI*, 2021, p. 222.

³ Ricostruisce il dibattito, da ultimo, LUCIANI, *I licenziamenti individuali nel privato e nel pubblico*, Giappichelli, 2022, p. 132 ss.

scrizione sono state connesse, com'è noto, da una risalente e immutata giurisprudenza della Consulta la quale, con riguardo ai diritti di credito rientranti nell'area dell'art. 36 Cost., ha disposto che il termine di prescrizione quinquennale che determina, in caso d'inerzia, l'estinzione del credito del prestatore di lavoro subordinato, non possa decorrere durante lo svolgimento del rapporto, salva l'ipotesi in cui esso sia assistito, appunto, da una garanzia di stabilità. Quest'ultima, nella prospettiva del Giudice delle leggi, consiste in una "particolare forza di resistenza"⁴, come quella caratterizzante il rapporto di pubblico impiego e che viene espressamente rinvenuta nella possibilità, per il giudice, di disporre l'integrale rimozione degli effetti del recesso.

A partire dalla decisione 10 giugno 1966 n. 63, con la quale vengono dichiarati parzialmente incostituzionali gli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1, c.c., nella misura in cui consentirebbero il decorso durante il rapporto della prescrizione dei crediti dei lavoratori, la Corte precisa che il *dies a quo* della decorrenza va differito al momento in cui si registra la cessazione del rapporto medesimo.

Il ragionamento è lineare – in qualche modo "semplice" – perché assicura il rigoroso rispetto dei precetti costituzionali: ad avviso della Consulta, infatti, è lecito ipotizzare che il lavoratore possa scegliere di non rivendicare i propri diritti di credito per effetto di un c.d. *metus*, inteso come "ostacolo materiale", più latamente connesso al vincolo di subordinazione *tout court* e più specificamente discendente dal rischio di perdere il posto di lavoro, in conseguenza di un licenziamento illegittimo (potenzialmente pure ritorsivo, la cui prova è però oltremodo complessa e, stante l'art. 1345 c.c., non necessariamente dirimente: v. *infra*), senza che a tale situazione consegua una tutela in grado di andare oltre un ristoro economico parziale e, talvolta, insoddisfacente.

Al comprensibile (e, infatti, statisticamente frequente) atteggiamento del prestatore di stasi nell'esercizio dei propri diritti – anche solo limitato all'omessa interruzione dei termini – seguirebbe l'effetto estintivo connesso al decorso della prescrizione, ponendo nel nulla la tutela costituzionale contemplata dall'art. 36 della Carta. Per tale ragione, a partire dalla citata sentenza del 1966, la prescrizione dei diritti di credito viene "congelata" fino al termine del rapporto di lavoro e, quindi, al venir meno del *metus*.

⁴ Corte cost. 20 novembre 1969 n. 143.

È altresì noto che, successivamente alla citata decisione-cardine, la stessa Corte, preso atto dell'oggettivo irrobustimento della disciplina limitativa dei licenziamenti che si registra a livello legislativo tra il '66 e il '70 del secolo scorso, elabora un'opportuna distinzione in base alla normativa di tutela in caso di recesso illegittimo; a seconda se questa sia caratterizzata o meno da una sanzione ripristinatoria, emblematicamente disegnata dal previgente art. 18 della legge 300/1970, che introduce nel nostro ordinamento la reintegrazione, identificata con la locuzione di c.d. tutela reale.

In tal maniera, il *metus* che accompagna la vita del lavoratore subordinato (e che secondo parte della dottrina non può essere limitato al solo potere datoriale di risolvere unilateralmente il rapporto, ma contraddistingue l'intero assetto giuridico e fattuale del lavoro dipendente, caratterizzato da genetica asimmetria) finisce, nella lettura della Consulta, per essere bilanciato, se non interamente "sterilizzato", dalla possibilità riconosciuta al lavoratore di contestare in giudizio i motivi del licenziamento, ottenendo *pieno* ristoro dall'aver subito una illegittima risoluzione del contratto: sicché "una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare" (Corte cost. 12 dicembre 1972 n. 174)⁵.

Il rapporto tra sospensione e decorrenza viene così configurato come una relazione tra regola ed eccezione, resa evidente nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁶.

Orbene, l'elaborazione giurisprudenziale appena riassunta in poche battute è – oggettivamente e indubbiamente – andata in crisi con l'entrata in vigore della legge n. 92/2012, per essere definitivamente attinta dal d.lgs. n. 23/2015.

La novella dell'art. 18 dello Statuto ha disarticolato (e visibilmente complicato) l'apparato sanzionatorio a tutela dei lavoratori rispetto ai licenziamenti *contra legem*, marginalizzando la sanzione reintegratoria; ma soprattutto ha reciso la dicotomia tra tutela reale e tutela obbligatoria, posta a fonda-

⁵ Va ricordato che, in dottrina, vi è pure chi ha parlato – circa la relazione tra stabilità e tutela conseguente all'art. 18, l. n. 300/1970 – di "stabilità immaginaria": così ROMAGNOLI, *La stabilità immaginaria*, in *RTDPC*, 1980, p. 1550 ss.

⁶ La Corte di Cassazione puntualizza tale posizione della Consulta, chiarendo che si deve "ritenere, alla luce della tutela *ex art. 36 Cost.*, che la sospensione in costanza di rapporto costituisca la regola e l'immediata decorrenza l'eccezione": così Cass. 16 maggio 2012 n. 7640, in *DJ*.

mento dell'intero ragionamento della Corte costituzionale (e poi della Casazione⁷), sul quale, come anticipato, poggia l'equilibrio tra decorrenza della prescrizione e sospensione dei relativi termini⁸.

Il presupposto⁹ dell'inapplicabilità della sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione in corso di rapporto ai contratti di lavoro assistiti da una tutela reale è proprio, come anticipato, la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo¹⁰: situazione carente in tutte le non poche ipotesi nelle quali, da dieci anni a questa parte, anche se accerta l'illegittimità del recesso, il giudice deve dichiarare “risolto il rapporto di lavoro”, potendo condannare il datore esclusivamente al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva¹¹.

⁷ Cfr. Cass., S.U., 12 aprile 1976 n. 1268, in *FI*, 1976, I, c. 915.

⁸ Di questo avviso è buona parte della dottrina: cfr. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 61 ss.; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, I, p. 621; SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori*, Giappichelli, 2013, p. 403; CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 78 ss.; ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 386 ss.; MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 stat. lav.*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 159, 2012, p. 12; MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *GI*, 2013, p. 884 ss.; MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, I, p. 545; ZOPPOLI A., in ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2018, p. 532 (il tema è stato ripreso e sviluppato, poi, anche nelle successive edizioni del manuale). Si consenta anche di rinviare a GARGIULO, *Il licenziamento “economico” alla luce del novellato articolo 18*, in *DLM*, 2014, p. 87 ss. V. pure i commenti di: SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 339 ss.; PALLADINI A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, p. 660; MATTONE, *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti dei lavoratori*, in AMATO, SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.questionegiustizia.it, 2012, p. 218 ss.

⁹ In dottrina, per tutti, MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, 1983; GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della corte costituzionale*, in *RIDL*, 2008, I, p. 3.

¹⁰ Cass., S.U., 12 aprile 1976 n. 1268, cit., c. 915.

¹¹ Va segnalato che la giurisprudenza di legittimità ha, in più occasioni, temperato la rigidità della dicotomia reintegrazione/indennità, incrementando nei fatti la possibilità del giudice di riconoscere la tutela reale al lavoratore licenziato illegittimamente. È il caso di Cass. 31 gennaio 2017 n. 2513, in *RIDL*, 2017, II, p. 503, che qualifica come insussistente il fatto contestato con abnorme ritardo; sempre sul tema della tardività cfr. Cass. 3 settembre 2018 n. 21569, in *DRI*, 2019, p. 338 (nonostante Cass., S.U., 27 novembre 2017 n. 30985, in *RIDL*, 2018, II, p. 259).

Ebbene, la l. n. 92/2012 – cui si è sovrapposto (per i rapporti di lavoro instaurati successivamente al 7 marzo 2015), con effetti ancor più dirompenti sulla razionalità del sistema, il d.lgs. n. 23/2015 – ha determinato una frantumazione dell'apparato sanzionatorio dei licenziamenti, con la riconduzione dei diversi casi di nullità, illegittimità o inefficacia dell'atto di recesso a un'articolata graduazione di tutele.

Sin dall'entrata in vigore della c.d. Legge Fornero, allora, si è avuta la sensazione – non condivisa in dottrina da tutti i commentatori¹² – che la descritta pre-condizione del ragionamento della Consulta, vale a dire la possibilità di rimuovere gli effetti del recesso giudizialmente dichiarato illegittimo come elemento idoneo a determinare il discrimine tra regola (la sospensione della prescrizione) ed eccezione (la sua decorrenza), sia ormai vistosamente venuta meno¹³.

Cass. 20 settembre 2016 n. 18418, in *DJ*, e Cass. 10 maggio 2018 n. 11322, in *RIDL*, 2018, II, p. 761, ricomprendono poi nell'ipotesi di fatto insussistente, cui consegue la reintegrazione del lavoratore, il fatto sussistente ma privo del carattere dell'illiceità. Cass. 11 aprile 2022 n. 11665, in *RIDL*, 2022, II, p. 212, afferma la necessità di applicare la reintegrazione anche nell'ipotesi di sanzioni conservative collegate dalla contrattazione collettiva alla commissione di fatti, disciplinarmente valutabili, “espressi in clausole generali o norme elastiche”. In questa prospettiva, di parziale recupero della sanzione ripristinatoria, v. anche Corte cost. 19 maggio 2022 n. 125, in tema di sanzione applicabile per insussistenza del fatto posto a base del recesso per giustificato motivo oggettivo, già preceduta da Corte cost. 1° aprile 2021 n. 59, che aveva escluso la discrezionalità giudiziale nella scelta della sanzione (su questa linea già Cass. 13 marzo 2019 n. 7167, in *RIDL*, 2019, II, p. 379). Ma questi autorevoli orientamenti ermeneutici, com'è ovvio, non mutano l'assetto normativo di fondo, che ha ridotto l'ambito di operatività della tutela reale: situazione quest'ultima che, del resto, costituisce il presupposto giuridico “sostanziale” della decisione in commento.

¹² Secondo MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 454, “la tutela derivante dal nuovo art. 18, pur non essendo più quella reale alla quale faceva riferimento la giurisprudenza relativa alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi, è pur sempre idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato”. Di questa opinione sembra anche FALERI, *Sub art. 2948 c.c.*, in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2013, p. 666; in giurisprudenza, tra le prime, Trib. Palmi 7 marzo 2013, in *DJ*. Di contrario avviso MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 244; ma già CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, I, p. 547.

¹³ Chi scrive ebbe a evidenziare come “principalmente ed essenzialmente proprio per effetto della riforma dell'art. 18 con riferimento alle conseguenze di una dichiarazione giudiziale di illegittimità del licenziamento disposto alla luce di un giustificato motivo oggettivo che non

Non è apparso quindi peregrino sostenere che, per effetto delle innovazioni volute dal legislatore nell'arco di neppure tre anni, non sussista più nel lavoro privato quella stabilità considerata dalla Consulta quale elemento, fattuale e giuridico al contempo, che consente un esercizio (*ex art. 2935 c.c.*) dei diritti e, dunque, il decorrere della prescrizione in costanza di rapporto¹⁴.

È indubbio, peraltro, che la sola eventualità, normativamente considerata, che possa verificarsi la situazione poc'anzi descritta – una sorta di permanente spada di Damocle sul rapporto di lavoro¹⁵ – comporti una condizione di debolezza del prestatore, accrescendo significativamente quell'asimmetria di posizioni che, per effetto di tale incertezza, determina squilibrio tra le parti del contratto, portando il soggetto (contrattualmente) più debole, in quanto sottoposto a un potere di recedere oggettivamente più ampio e meno vincolato, a mettere una sordina alle istanze di rivendicazione dei propri diritti.

Da più parti si è detto pertanto, nell'arco di questo decennio, che la modifica della disciplina delle sanzioni di tutela nell'ambito applicativo della norma statutaria, prima, e l'introduzione del contratto a tutele crescenti (pur come integrato dal d.l. 12 luglio 2018 n. 87), poi, abbiano trascinato a fondo lo strumento della tutela reale in quanto tale. Il solo fatto che un lavoratore risulti esposto, per l'intera vita lavorativa, al rischio di patire un licenziamento illegittimo, rispetto al quale non vi è (più) l'automatico ripristino del contratto quale “unica” conseguenza della dichiarazione d'illegittimità della risoluzione, secondo diversi autori e non pochi giudici determina, *ex se*, la

abbia ‘retto’ allo scrutinio giudiziale” rappresentasse la principale ragione, fondata su un dato di realtà indiscutibile sul piano giuridico, che fosse venuto meno – alla luce della giurisprudenza costituzionale – il presupposto per la distinzione tra rapporti di lavoro (e, con esso, tra imprese, per dimensioni) con riguardo alla decorrenza del termine di prescrizione. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determina infatti l'espulsione dal contesto produttivo di un soggetto assolutamente “incolpevole”, vale a dire che un lavoratore irreprensibile e produttivo per tutta la vita lavorativa potrebbe, per effetto di scelte sulle quali non può influire in alcun modo, essere esposto a un atto di risoluzione del rapporto di lavoro che, anche qualora illegittimo – ma non fondato su fatti/ragioni insussistenti – determini comunque il definitivo scioglimento del vincolo contrattuale. Si consenta, quindi, di rinviare ancora una volta a GARGIULO, *Il licenziamento “economico”*, cit., p. 125.

¹⁴ È questa l'opinione anche di MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo*, cit., p. 403.

¹⁵ V. già ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *DLM*, 2015, p. 291 ss.

necessità di arrestare il decorso della prescrizione durante il rapporto di lavoro.

Si è così sostenuto che, alla luce degli interventi legislativi degli ultimi dieci anni, la prescrizione possa decorrere durante la vita del contratto esclusivamente nell'ambito dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici, sottratti (definitivamente, dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75) all'“alea” del tipo e del grado di sanzione che accompagna la dichiarazione giudiziale d'illegittimità del recesso nel settore privato.

Del resto, anche a seguire il ragionamento di quanti ritengono “comunque” sussistente un regime di stabilità, perché la reintegrazione è tuttora prevista nelle ipotesi di licenziamento nullo, discriminatorio o ritorsivo, può richiamarsi l'orientamento della giurisprudenza di legittimità – formatosi con riferimento ai rapporti non qualificati *ab origine* come di lavoro subordinato – in base al quale, ai fini dell'individuazione del regime di prescrizione applicabile ai crediti retributivi, la stabilità deve essere verificata come sussistente e garantita sin dall'inizio (in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto nel corso del suo svolgimento) e non già attribuita dal giudice all'esito del procedimento giudiziale¹⁶.

2. La decisione della Cassazione: un approdo “obbligato”

Sebbene la pronuncia in commento, attesa già da un po', si occupi per prima, nella giurisprudenza della Suprema Corte, direttamente del tema in esame, è agevole rilevare che la decisione fosse in qualche modo prevedibile, quasi obbligata, a valle di un percorso di lettura degli strumenti sanzionatori attribuiti dalla legge al giudice chiamato a decidere della legittimità di un licenziamento, in relazione ai quali la Cassazione dice da tempo parole chiare.

Al cospetto della descritta limitazione della sanzione ripristinatoria entro ipotesi eccezionali e nominate, infatti, la Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, ha affermato che l'attuale quadripartizione sanzionatoria contenuta nel vigente art. 18 St. lav. è “da ritenersi espressione della volontà del legi-

¹⁶ Tra le altre: Cass. 23 agosto 2007 n. 17935; Cass. 13 dicembre 2004 n. 23227; Cass. 6 luglio 2002 n. 9839; Cass. 19 gennaio 2011 n. 1147; Cass., S.U., 28 marzo 2012 n. 4942, tutte in *DJ*.

slatore di attribuire alla cd. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale¹⁷ cui si contrappone, per converso, il “carattere eccezionale che la tutela reintegratoria assume nel contesto del novellato art. 18”¹⁸.

Ciò che restava da verificare – ed è quanto la Cassazione fa con l’ultima pronuncia – era pertanto solo se, all’esito delle riforme che hanno determinato, come si legge nella sentenza in commento, “un’applicazione selettiva delle tutele, in esito alla scansione delle due diverse fasi della qualificazione della fattispecie” (*idest*: accertamento dell’illegittimità e scelta della sanzione), possa ancora rinvenirsi, nel contratto esaminato dal giudice, il carattere della stabilità fissato in una risalente e consolidata tradizione giurisprudenziale, che considera “stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l’efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo”¹⁹.

È del resto evidente che – ferma la permanenza dei presupposti di legittimità del licenziamento (immutati dal luglio del 1966) – la rimozione integrale degli effetti del recesso è attualmente ristretta alle sole situazioni più gravi, ma quantitativamente meno numerose, in relazione alle quali l’atto di

¹⁷ Cass., S.U., 27 dicembre 2017 n. 30985, in *RIDL*, 2018, II, p. 259.

¹⁸ Cass. 17 giugno 2020 n. 11701, in *DJ*.

¹⁹ Così Cass., S.U., 12 aprile 1976 n. 1268, cit., c. 915. Secondo qualche autore, se leggiamo la rimozione degli effetti del negozio illegittimo come *rimozione integrale*, allora tale carattere mancherà anche nel caso di c.d. reintegrazione attenuata (è questa, ad esempio, l’opinione di MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti*, cit., p. 244, secondo il quale quest’ultimo regime “non è tecnicamente idoneo a rimuovere integralmente gli effetti del licenziamento, essendo la ricostruzione del rapporto, per il passato, limitata ad un risarcimento, di cui è fissata a priori la soglia massima, che prescinde dalla effettiva durata della rottura della continuità dell’occupazione”). In dottrina vi è anche chi (cfr. MAIO, *Stabilità e prescrizione*, cit., p. 545) ritiene che nell’ipotesi di sommatoria di reintegrazione e risarcimento “temperato”, tipica della legge n. 92 del 2012, la “forfetizzazione” del danno non consenta più al lavoratore di escludere preventivamente la possibilità di una qualche perdita economica. Secondo SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL*, 2013, I, p. 898, è invece da “ritenere tuttora fondata la persistenza di un regime prescizionale dei crediti di lavoro diversificato, in cui la decorrenza dei termini nella vigenza del rapporto permane in collegamento con l’attuale tutela contro i licenziamenti individuali ancora spettante, sebbene in un contesto sanzionatorio per così dire ‘plurale’, ad una vasta area del lavoro dipendente dove la protezione rimane comunque più penetrante rispetto al differente e meno stringente regime di stabilità obbligatoria”.

risoluzione risulta affetto da nullità. Il dispositivo di rimozione degli effetti è invece certamente carente nelle ipotesi d'illegittimità alle quali è connessa soltanto una tutela indennitaria. Nell'equilibrio disegnato dalla l. n. 92/2012 e ancor più nel c.d. *Jobs Act*, la tutela reintegratoria – l'unica caratterizzata da effettività e quindi idonea a garantire una “completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente”²⁰ – va infatti considerata in rapporto di eccezione rispetto alla tutela meramente indennitaria, essendo connessa ad ipotesi tassative e, dunque, di stretta interpretazione e applicazione.

Opportunamente, allora, la Cassazione afferma non costituire garanzia sufficiente ad assicurare la necessaria stabilità del rapporto di lavoro – come invece ritenuto dal giudice *a quo*, sulla scorta di alcune opinioni dottrinali²¹ – il mantenimento della tutela reintegratoria per l'ipotesi di licenziamento ritorsivo.

Osserva la Corte che “non si tratta, infatti, di enucleare una condizione non meramente psicologica (siccome dipendente da una percezione soggettiva), ma obiettiva di *metus* del dipendente nei confronti del datore di lavoro, per effetto di un'immediata e diretta correlazione eziologica tra l'esercizio (obiettivamente inibito) di una rivendicazione retributiva del lavoratore e la reazione datoriale di licenziamento in ragione esclusiva di essa”. In tale ipotesi, si rileva, l'individuazione del regime di stabilità sopravviene “ad una qualificazione definitiva del rapporto per attribuzione del giudice, all'esito di un accertamento in giudizio, e quindi necessariamente *ex post*: così affidandone l'identificazione, o meno, al criterio del ‘caso per caso’, rimesso di volta in volta al singolo accertamento giudiziale” (situazione già segnalata dai giudici di Piazza Cavour come “fonte di massima incertezza e di destabilizzazione del sistema”), che “contraddice radicalmente quei requisiti di chiara e predeterminata conoscibilità *ex ante*, coerente con l'esigenza di certezza” che la Corte riconosce comune a entrambe le parti del rapporto di lavoro.

²⁰ Corte cost. 174/1972, cit.

²¹ Di recente PACCHIANA PARRAVICINI, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi*, in *RIDL*, 2020, II, p. 272 ss., secondo la quale la disciplina protettiva del lavoratore per l'ipotesi di licenziamento ritorsivo conduce ad affermare, in ossequio a un principio di certezza del diritto da considerare, in qualche modo “prevalente”, che “la prescrizione decorre finché serie ed indefettibili ragioni dimostrano che il lavoratore incontra un ostacolo materiale insormontabile all'esercizio del suo diritto”, tra le quali, secondo l'Autrice, “non trova spazio il *metus* del lavoratore” che sarebbe evitato da un “adeguato sistema di garanzie” avverso il rischio, appunto, di licenziamento per ritorsione.

La condizione di *metus* del prestatore è infatti connessa alla caratteristica del rapporto e alla sua “fragilità”, discendente (soprattutto, ma non solo, per la verità) dall’essere il contratto privo di stabilità, laddove la rappresaglia che caratterizza il licenziamento ritorsivo rappresenta la reazione *a posteriori* al legittimo esercizio di un diritto: ritorsione che deve anche essere motivo unico e determinante del recesso.

Se dunque la reintegrazione è eccezionale, secondo l’opinione delle Sezioni Unite, e ha comunque “ormai un carattere recessivo”, come si legge, da ultimo, nella sentenza in commento, la decisione in esame appare il presoché *inevitabile* epilogo della lettura delle riforme che si rinviene da almeno un quinquennio nella giurisprudenza di legittimità.

Un altro passaggio della sentenza, invece, genera più di una perplessità sul piano tecnico e potrebbe costituire l’abbrivio per un nuovo intervento da parte del giudice di legittimità.

Nelle ultime pagine della motivazione, la Corte, infatti, afferma che, per effetto di quanto argomentato circa le caratteristiche della tutela vigente in tema di licenziamenti illegittimi, non si debba parlare di sospensione ai sensi dell’art. 2941 c.c., “per la tassatività delle ipotesi ivi previste”²², bensì di “decorrenza originaria del termine di prescrizione, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012”.

Per la verità, nel corso dei decenni, a parlare esplicitamente di sospensione è stata proprio, e sempre, la Cassazione²³; ma il punto è che determinare un nuovo decorso (la sentenza parla di “decorrenza originaria”) dalla fine del rapporto di lavoro, senza tenere conto del tempo trascorso *ante* 2012, in cui il lavoratore sia stato eventualmente acquiescente, significa introdurre un effetto interruttivo “straordinario”, collegato all’entrata in vigore della legge, completamente sganciato dall’atteggiamento del titolare del credito: anche in tal caso, parafrasando le parole della Corte, al di fuori delle ipotesi previste (in siffatta ipotesi) dall’art. 2943 c.c.

²² Sulla disciplina della prescrizione, ROSELLI, VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tr. Rescigno*, 20, Utet, 1998, p. 429 ss.

²³ Cfr., tra le altre, Cass. 7640/2012, cit.

3. *Se la Corte dice molto, ma non tutto*

Se, dunque, l'esito della decisione era in qualche modo, come anticipato, prevedibile e quasi scontato, alcuni rilevanti passaggi argomentativi lasciano, tuttavia, un po' di amaro in bocca.

La Corte, infatti, ricorda in motivazione come sia “risaputo che la prescrizione, in quanto modalità generale di estinzione dei diritti (connessa al mancato esercizio, per un tempo determinato dalla legge), sia istituito che invero il principio di certezza del diritto, in riferimento particolare alla sua decorrenza, ossia al momento in cui il diritto medesimo possa essere fatto valere” e ne sottolinea “la fondamentale importanza, prima ancora che sul piano normativo ordinamentale, sul piano della stessa civiltà giuridica di un Paese, quale principio di affidabilità per tutti: sull'effettività dei diritti e sulla loro tutela, sulle relazioni familiari e sociali, sulle transazioni economiche e finanziarie. E come esso si rifletta sulla stessa attrattività di uno Stato, per investimenti e iniziative di intrapresa economica in senso lato, in un sistema di relazioni e di scambi internazionali da tempo strettamente interconnesso, nella crescente contendibilità tra ordinamenti, soprattutto nel mondo del lavoro e delle imprese”.

Sono parole che esprimono consapevolezza della rilevanza del principio di certezza del diritto connesso all'istituto della prescrizione, cui però segue una risposta che, sebbene, per quanto detto, “obbligata”, risulta ampiamente insoddisfacente nell'ambito del contesto in cui s'inserisce.

È indubbio, invero, che vi sia un interesse di entrambe le parti del contratto a conoscere “fin dall'instaurazione del rapporto ... quali siano i diritti e soprattutto ... quando e ‘fino a quando’ possano essere esercitati”, come si legge in motivazione; è altrettanto evidente, però, che questo assetto di “interessi ... largamente convergenti” non trovi nella posizione della Corte – forse, si dirà, perché non poteva – adeguata sintesi.

Per chi fa impresa, il fatto di sapere, da subito e con certezza, che un diritto di credito della controparte negoziale possa essere esercitato anche a distanza di molti anni dall'instaurazione del rapporto è infatti magra consolazione rispetto all'effetto concreto di tale dilatazione temporale.

Si potrà dire che questo è il “prezzo” di una disciplina legislativa che ha reso oggettivamente più agevole l'esercizio del recesso, una sorta di contropartita della contrazione delle tutele riconosciute al lavoratore, ma sostenere implicitamente che l'interesse del datore di lavoro alla certezza del

diritto, oltre che convergente con quello del lavoratore, abbia trovato parallelo riconoscimento in un meccanismo che congela (e quindi dilata) gli effetti estintivi della prescrizione, significa esprimere una posizione di equidistanza (soltanto) formale e forse velata da qualche ipocrisia.

Certo, è possibile anche considerare questo “iato” come uno squilibrio accettabile (contraltare di un’asimmetria che è essenza stessa della subordinazione), ma sarebbe preferibile dirlo esplicitamente.

C’è però un altro passaggio della motivazione che, sebbene essenziale, appare alquanto frettoloso: una rapidità probabilmente dettata dall’esigenza della Cassazione di aggirare un terreno di ragionamento assai più scivoloso.

Per evitare i rischi di attrito con la più recente giurisprudenza della Consulta, la Cassazione dice che, in relazione alla verifica inerente alla stabilità – nodo concettuale che rappresenta il cardine attorno al quale ruota l’applicazione del dispositivo che impedisce la decorrenza della prescrizione – “neppure si traggono argomenti significativi, ai fini qui in esame, dall’aver la Corte costituzionale ritenuto che anche l’indennità risarcitoria, prevista dall’art. 3, primo comma, d.lgs. 23/2015, sia idonea ‘a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un’adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente’ (Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194, Considerato in diritto, p.to 12.3)”.

Più in dettaglio, il giudice di legittimità sostiene che tale affermazione della Consulta debba essere collocata “nel contesto del percorso argomentativo seguito dalla Corte” e dunque limitata allo scrutinio della disposizione sottoposta al vaglio di quest’ultima: una ricostruzione che, si direbbe, prova troppo; come a dire che, non essendo la Corte costituzionale chiamata a valutare la stabilità connessa alla disciplina legislativa esaminata, bensì “l’adeguatezza dell’indennità risarcitoria, come resa costituzionalmente legittima”, non può fornire indicazioni su piani diversi.

Sicché, nel ragionamento seguito nella sentenza in commento, il quadro normativo esaminato, pur dopo le correzioni operate dal Giudice delle leggi, non assicura “sulla base delle necessarie caratteristiche scrutinate, una altrettanto adeguata stabilità del rapporto di lavoro”; nello specifico quella stabilità, caratterizzata dall’integrale rimozione degli effetti del recesso illegittimo, che consente il decorso della prescrizione.

Per la verità, nella giurisprudenza della Corte costituzionale formatasi sulle norme del c.d. *Jobs Act*, c’è un sofisticato ragionamento sull’adeguatezza

della sanzione, non soltanto con riguardo al profilo risarcitorio/indennitario, quanto con riferimento al carattere dissuasivo della sanzione prescelta dal legislatore (esplicitamente posto in relazione all'“interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione”²⁴), che non a caso viene, con le correzioni apportate, dichiarata conforme a Costituzione: un ragionamento che forse avrebbe richiesto una rilettura più meditata. La sensazione è insomma che il tema della verifica se l'ordinamento contempra “un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente” e quanto questa forza dissuasiva incida sul profilo della stabilità dei rapporti di lavoro sia stato liquidato un po' troppo rapidamente nella pronuncia qui commentata.

Se è vero che il diritto al lavoro non configura un diritto al posto di lavoro, come ricorda la stessa Cassazione, i giudici avevano davanti due strade. La prima opzione ermeneutica, in qualche modo più semplice, si pone nel solco tracciato “storicamente” dal Giudice delle leggi, lungo il quale se è la sola stabilità *completa* – realizzata attraverso la possibilità giudiziale di rimuovere integralmente gli effetti del recesso illegittimo – a garantire assenza di *metus*, allora la prescrizione non può decorrere nel corso del rapporto di lavoro. Ed è ciò che si legge nella sentenza in esame. L'unica interpretazione *secundum constitutionem*²⁵ che può essere adottata – in linea di coerenza e continuità con la giurisprudenza della Consulta – è infatti una lettura la quale, tenuto conto del mutato quadro normativo in materia di illegittimità del licenziamento e in applicazione di quanto affermato nel tempo dalla Corte costituzionale (a partire dal 1966), dichiara sospesa (o comunque differita, se-

²⁴ La Corte, infatti, dichiara l'illegittimità *in parte qua* della norma scrutinata e sottolinea: “l'art. 3, comma 1, del d.lgs. 23/2015, nella parte appena citata, prevede una tutela economica che non costituisce né un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, risulta evidente che una siffatta tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione non può ritenersi rispettosa degli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., che tale interesse, appunto, proteggono”. Senza indugiare nell'uso del sillogismo, può allora desumersi che, una volta “corretta” la norma attraverso l'interpretazione conforme a Costituzione adottata dalla Consulta, la norma (parafrasando le parole della Corte), da un lato, costituisce adeguata dissuasione dal licenziare ingiustamente e, dall'altro, può ritenersi rispettosa degli artt. 4, co. 1, e 35, co. 1, Cost. che proteggono l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione.

²⁵ Il giudice è tenuto a verificare la percorribilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme nei termini precisati più volte dalla Consulta: “In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali” (Corte cost. 22 ottobre 1996 n. 356).

condo la discutibile puntualizzazione operata da Cass. n. 26246/2022, cui si è già accennato) la decorrenza della prescrizione fino al termine del rapporto di lavoro, stante il perdurare – durante l’esecuzione del rapporto stesso – di quella condizione che ha portato la Consulta alla dichiarazione d’illegittimità *in parte qua* degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c.

Ma ci sarebbe anche un’altra possibilità: quella di verificare se l’efficacia dissuasiva della sanzione, così come corretta dalla Consulta nelle decisioni più recenti, non intervenga (in qualche modo riconfigurandola) sull’essenza della stabilità, senza trascurare che nella giurisprudenza costituzionale “il diritto alla stabilità del posto non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient’altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall’invalidità dell’atto non conforme, e quindi si risolve interamente nel diritto (potestativo) di impugnare il licenziamento illegittimo”²⁶.

4. *Il discorso è chiuso?*

L’altra strada percorribile è quindi la scelta, prospettata in via subordinata dalla difesa di parte ricorrente, di rimettere nuovamente la questione alla Consulta: cioè di lasciare al Giudice delle leggi la decisione se ribadire il concetto di stabilità espresso cinquant’anni fa ovvero adottarne uno semmai più consapevole del mutato contesto normativo, sociale, produttivo e di mercato, per effetto del quale la stabilità potrebbe avere oggi una valenza diversa, più dinamica, *relativa* e dunque garantita anche da una tutela a carattere (semmai fortemente) indennitario²⁷.

Non è secondario evidenziare, poi, che per paradosso la tutela “ordinaria” in caso di licenziamento illegittimo, riconosciuta dall’art. 18, l. n. 300/1970 – quella indennitaria con un massimo di ventiquattro mensilità, applicabile al rapporto di lavoro oggetto della controversia giunta all’esame della Suprema Corte – risulta addirittura potenzialmente inferiore rispetto

²⁶ Corte cost. 30 giugno 1994 n. 268, richiamata espressamente da Corte cost. n. 194/2018. V. anche Corte cost. 11 novembre 2011 n. 303. Sul valore della stabilità si vedano le riflessioni di BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *LD*, 2007, p. 389 ss.

²⁷ Al riguardo, in termini approfonditi e problematici, v. SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.

a quella del d.lgs. n. 23/2015 (come novellato dal d.l. n. 87/2018), così come “integrata” da Corte cost. n. 194/2018.

Sicché la “forza di resistenza” del rapporto di lavoro potrebbe essere riconosciuta o meno sulla base di una valutazione “quantitativa” dell’efficacia dissuasiva della sanzione e non, esclusivamente, in base alla natura (ripristinativa) della sanzione medesima.

Non si vuole sostenere che l’approdo ermeneutico debba essere necessariamente diverso da quello cui giunge la sentenza qui esaminata; solo che, probabilmente, sarebbe ora di verificare se i criteri prescelti dal legislatore ordinario, con il passare del tempo, pongano ancora in discussione – e in quale “misura” – la conformità alla Carta fondamentale; una verifica che, come ricorda sovente la Corte costituzionale, riconosce “la relatività sincronica e diacronica dei criteri di determinazione adottabili dal legislatore”, sicché “la loro collocazione nel sistema e la loro compatibilità con i parametri costituzionali subiscono variazioni legate al decorso del tempo o al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità della norma che li contiene”²⁸.

La Consulta, del resto, potrebbe ribadire il proprio orientamento storico, confermando l’attualità della lettura del 1966, così come integrata a partire dal 1972, riaffermando una nozione, si direbbe, quasi “etimologica” di stabilità, connessa in via esclusiva all’integrale rimozione degli effetti del recesso illegittimo.

E ancora, terza possibilità, potrebbe ribadirlo, senza escludere che il *metus* venga meno anche in carenza di reintegrazione, per effetto di un indennizzo lasciato alla discrezionalità del giudice, indicando al legislatore i margini di tale intervento²⁹; ovvero ancora suggerire, sempre *de iure condendo*, un sistema ibrido che contempli³⁰ reintegrazione e risarcimento nell’ambito di un’al-

²⁸ Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348.

²⁹ Sulle proposte in campo per una revisione legislativa della disciplina dei licenziamenti, v. da ultimo ZOPPOLI L., *Le prospettive di revisione e unificazione della disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2022, I, p. 333.

³⁰ Si è spesso invocata in questi anni l’importazione di dispositivi applicati in altri ordinamenti. Al riguardo è sempre opportuna la consapevolezza dei rischi – segnalati lucidamente da NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 674 – connessi “all’invocazione di ‘trapianti’ giuridici perché occorre tener presente che il ‘corpo’ sociale in cui si pretende di operare il trapianto stesso è condizionato sia da fattori istituzionali che dal contesto extra-giuridico (economico, sociologico, culturale e persino geografico”.

ternativa pure in tal caso rimessa al giudice, che tenga conto di una serie di elementi, tra i quali la dimensione dell'impresa: profilo che, se continua ad essere identificato soltanto attraverso il numero degli occupati, è destinato a risultare sempre meno efficace.

Solo la Corte costituzionale, del resto, potrebbe dire se “la particolare forza di resistenza” (Corte cost. 143/1969) che deve caratterizzare il rapporto di lavoro per essere qualificato come stabile debba essere *necessariamente* connessa alla “completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare” (Corte cost. 174/1972) o anche discendere da una tutela di diversa natura: la proposizione che connette la reintegrazione alla stabilità come “forza di resistenza”, cioè, potrebbe non avere natura biunivoca.

Insomma, se venisse lasciato alla Consulta il compito di dire un sì o un no (nuovamente) definitivo sul tema della decorrenza della prescrizione, quelle esigenze (di cui la Cassazione è ben conscia) di certezza del diritto, da un lato, ma anche di accettabilità per entrambe le parti del rapporto di lavoro, dall'altro, troverebbero una sintesi forse più appagante, nella quale potrebbero rientrare criteri identificativi della stabilità che tengano conto, nel *bene* e nel *male*, dell'intero contesto normativo di (attuale) regolazione dei rapporti di lavoro subordinato: dalla disciplina sull'esercizio dei poteri datoriali a quella limitativa dei licenziamenti individuali.

Si tratterebbe in ogni caso – almeno ad avviso di chi scrive – di una scelta maggiormente rassicurante: in grado, questa sì, di consentire alle parti di avere piena consapevolezza del “quando e ‘fino a quando’” – per usare le parole della decisione in commento – possano essere esercitati i diritti di credito da parte del titolare.

In questa prospettiva, la sussistenza di un *metus* del lavoratore potrebbe essere connessa non più soltanto alle caratteristiche della sanzione conseguente alla dichiarazione d'illegittimità del recesso, bensì ai tratti distintivi del contratto di lavoro subordinato e, quindi, all'asimmetria negoziale che (tuttora) lo pervade; rispetto alla quale negli ultimi anni si è registrato un riassetto che (anche per effetto d'interventi sull'inderogabilità) ha, oggettivamente, ridotto ampiezza e forza dello statuto di protezione del prestatore rispetto alla posizione riconosciuta al datore di lavoro.

Forse, allora, il *punto* che la Cassazione ha inteso mettere potrebbe trasformarsi in un *punto e virgola*, che permetterebbe di riprendere il discorso dinanzi alla Corte costituzionale, per chiuderlo in una prospettiva compiutamente sistematica.

Keywords

Licenziamento, stabilità, reintegrazione, certezza, prescrizione.

Dismissal, stability, reinstatement, certainty, prescription.

Silvia Borelli, Maura Ranieri*

Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa

Sommario: **1.** Scenario. **2.** Norme. **3.** Decisioni. **4.** Rapporti istituzionali e prassi. **5.** Ricerche.

1. Scenario

In questo numero presentiamo, per il quarto anno, l'osservatorio sugli intrecci tra diritto del lavoro e strumenti di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso. La cadenza annuale dell'osservatorio ospitato dalla Rivista ci permette un monitoraggio costante della normativa, della giurisprudenza, dei rapporti e delle prassi, nonché delle ricerche in materia di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso e del relativo impatto sul diritto del lavoro.

Lo scorso anno avevamo osservato l'emergere di pericolosi intrecci tra pandemia e mafie. Questo timore permane anche nel 2021 (l'annata considerata in questo osservatorio), seppur la maggior parte degli interventi legislativi rilevanti ai nostri fini sono diretti a favorire la ripresa economica, semplificando le procedure di evidenza pubblica o snellendo gli oneri a carico delle imprese.

In questo quadro generale si inseriscono, in maniera disordinata, vari interventi diretti al contrasto della criminalità organizzata.

L'asistematicità, la settorialità e la logica emergenziale che caratterizzano questi interventi ne rende complessa la lettura ed è talora difficoltosa la ri-

* Il presente lavoro è frutto di una comune riflessione delle Autrici; tuttavia, la stesura dei paragrafi 1 e 5 è da attribuire a Silvia Borelli, quella dei paragrafi 2, 3 e 4 a Maura Ranieri. Si ringrazia Riccardo Tonelli per la collaborazione nella ricerca dei materiali. Per segnalazioni, commenti e idee sull'osservatorio è possibile scrivere a silvia.borelli@unife.it e ranieri@unicz.it.

conduzione a una *ratio* unitaria. Si pensi, ad esempio, all'ennesima modifica del Codice dei contratti pubblici, fortemente condizionata dagli interventi della Commissione europea e della Corte di Giustizia, diretta a rimuovere i limiti ai subappalti che erano stati ispirati proprio dall'esigenza di contenere il rischio di infiltrazioni mafiose. Nel momento in cui tale modifica viene introdotta, permane una marmorea giurisprudenza amministrativa in materia di interdittive antimafia che, al fine di salvaguardare l'ordine pubblico economico, la libera concorrenza tra le imprese e il buon andamento della pubblica amministrazione, giustifica una misura che, nonostante il rischio di effetti indelebili sull'impresa, viene adottata sulla base di elementi indiziari (che, seppur plurimi, circostanziati e concordanti, rimangono indizi) e, soprattutto, in carenza di contraddittorio (sul punto si v. però il recente intervento di cui all'art. 48 del d.l. 6 novembre 2021, n. 152 di cui si dirà nel § 2).

È evidente che, a fronte di tale quadro normativo confuso e caotico, il contenzioso sia ingente. Anche in questo ambito rileviamo talune contraddizioni, sia tra le decisioni delle corti ordinarie, amministrative e costituzionale (si pensi alla distonia dell'intervento della Corte Costituzionale sulla comunicazione antimafia¹ rispetto alla già ricordata giurisprudenza amministrativa sulle interdittive), sia tra corti appartenenti al medesimo ordinamento giudiziario (come accade in materia di licenziamento individuale del lavoratore da parte di un'impresa sottoposta a una misura di contrasto alla criminalità organizzata).

Nell'analisi degli interventi legislativi e giurisprudenziali riscontriamo dunque un certo disorientamento sul modo in cui i diversi principi in gioco debbano essere bilanciati. A preoccupare è lo squilibrio tra l'esigenza di contrasto alla criminalità e la tutela del lavoro che rischia di essere fagocitata dalla prima (come nelle già richiamate decisioni sui licenziamenti da parte di imprese sospettate di infiltrazione mafiosa) e che spesso è assente nei giudizi delle corti sulle misure di contrasto alla criminalità applicate alle imprese (esemplare è la già citata giurisprudenza amministrativa sulle interdittive).

Altrettanto opinabile è il fatto che il bilanciamento venga talora operato in astratto, senza tenere conto di come concretamente le pubbliche amministrazioni possano mettere in atto misure che, in maniera diretta o indiretta, sono finalizzate al contrasto alla criminalità organizzata (ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di appalti pubblici).

¹ C. Cost. 30 luglio 2021 n. 178.

L'analisi delle prassi messe in atto e dei rapporti pubblicati offre invece un quadro più rincuorante. Da anni, infatti, esistono organismi che si preoccupano di offrire un'attenta fotografia della tipologia e della quantità di reati commessi nel nostro paese (v. i rapporti del Dipartimento della pubblica sicurezza, Direzione centrale della polizia criminale), della presenza mafiosa sul territorio (v. le relazioni della Direzione investigativa antimafia), e dell'andamento dei contratti pubblici (v. le relazioni annuali dell'Anac). A queste analisi, se ne affiancano altre di importante rilievo per la comprensione del fenomeno mafioso in generale, e delle interrelazioni tra mafie, imprese e lavoro in particolare.

Quanto, infine, agli studi e alle ricerche sugli intrecci tra diritto del lavoro e misure di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, nel 2021 una delle autrici di questo osservatorio ha pubblicato il primo lavoro monografico sul tema, tentando così di colmare quella lacuna che si era rilevata nei precedenti osservatori, ossia la scarsa attenzione dei giuristi del lavoro sulla materia in esame. Nella sezione si darà conto anche di alcuni studi storici, sociologici o antropologici che, come negli anni precedenti, continuano a occuparsi, in maniera critica e attenta, di mafie.

2. *Norme*

Nel corso dell'anno oggetto di indagine l'attività normativa non denota interventi di rilievo cruciale. Piuttosto, le disposizioni adottate reiterano quei tratti di stratificazione, settorialità ed emergenzialità che, oramai da troppo tempo, contrassegnano la disciplina di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso².

Tratti, per vero che paiono acuiti nell'attuale fase storica, politica, economica e sociale; posto che, come evidenziato nel più recente passato³, gli intrecci perversi che intercorrono tra l'esperienza pandemica e le mafie possono produrre conseguenze rovinose sul piano del progressivo rafforzamento dei gruppi criminali e delle loro azioni, nonché su quello economico e so-

² Ampiamente sul punto si consenta il rinvio a RANIERI, *Mafie, imprese, lavoro. Diritto del lavoro e normativa di contrasto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, *passim*.

³ BORELLI, RANIERI, *Lavoro e criminalità organizzata di origine mafiosa*, in questa rivista, 2021, p. 189 ss.

ziale (oltre che sanitario) alimentando quella condizione soffocante di “emergenza nell’emergenza”⁴ che pervade il tempo corrente.

L’osservazione della produzione legislativa, dunque, restituisce (molte) disposizioni disseminate in vari atti normativi che, in maniera diretta e/o indiretta, incidono sul contrasto alle mafie (seppur molto spesso in ambiti meno interessanti per la prospettiva giuslavoristica) ma, anche, (poche) disposizioni all’interno di progetti regolativi di più ampio respiro destinate, piuttosto, a gravare in modo più significativo sulla tutela del lavoro nell’ottica della messa a punto di una strategia di contrasto alle organizzazioni mafiose.

Nella prima tipologia, quindi, si spazia dalla previsione in materia di gestione dei flussi finanziari derivanti dal gioco d’azzardo per le province autonome di Trento e Bolzano (*ex art. 16, co. 7, d.l. 21 ottobre 2021 n. 146 per come modificato in sede di conversione dalla l. 17 dicembre 2021 n. 215*) a talune disposizioni in materia, tra l’altro, di beni confiscati, sostegno agli amministratori degli enti locali e gioco d’azzardo disseminate nella c.d. legge di bilancio per il 2022⁵; sino all’adozione di un provvedimento ambizioso, ma dagli esiti al momento imprevedibili, concernente la delega al Governo per l’efficienza del processo penale, interventi in materia di giustizia riparativa nonché disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari (l. 27 settembre 2021 n. 134 c.d. Riforma Cartabia).

Maggiore interesse, invece, suscita il d.l. 31 maggio 2021 n. 77 (c.d. decreto Semplificazioni *bis*) conv. con l. 29 luglio 2021 n. 108. Si tratta di un provvedimento articolato e complesso che, come spesso negli ultimi anni, combina misure di carattere transitorio con interventi definitivi reiterando, soprattutto in peculiari ambiti e in ragione di variegata esigenze emergenziali, la coesistenza di regimi regolativi differenti.

In ogni caso, e per quanto qui rileva pur se in estrema sintesi, vi è da annotare l’introduzione di un corposo sistema di proroghe temporali che

⁴ RANIERI, *Sostegno all’occupazione e contrasto delle organizzazioni criminali*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Tutela della salute pubblica e rapporti di lavoro*, Quad. DLM, 2021, p. 193.

⁵ Cfr. rispettivamente art. 1, commi 475 e 476, art. 1, co. 589 e art. 1, co. 550, l. 30 dicembre 2021 n. 234. Nel provvedimento si segnalano, altresì, l’istituzione di un Fondo per la diffusione della cultura della legalità, destinato alle Università statali italiane, con la finalità “di favorire attività seminariali e di studio e iniziative studentesche e di promuovere la cultura della legalità, la condivisione dei principi costituzionali e l’impegno contro le mafie e la violenza” (art. 1, commi 774 e 775); nonché, nello stato di previsione del Ministero dell’interno, l’elargizione di stanziamenti specifici per le vittime di usura, terrorismo e criminalità organizzata di stampo mafioso e delle loro famiglie.

coinvolgono talune previsioni del d.l. 18 aprile 2019 n. 32, conv. dalla l. 14 giugno 2019 n. 55 (c.d. decreto Sblocca cantieri) e del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, conv. con l. 11 settembre 2020, n. 120 (c.d. decreto Semplificazioni) con cui il testo in commento si pone in sostanziale continuità.

Con riferimento a quest'ultimo provvedimento⁶, si introduce la proroga, sino al 30 giugno 2023, di misure che spaziano dalle deroghe per gli appalti sottosoglia alla semplificazione delle verifiche antimafia, dalla possibilità di invocare l'urgenza e i limiti alla sospensione dei lavori all'obbligo di nominare il consultivo tecnico per i lavori di rilevanza comunitaria, sino alla possibilità di ricorrere alla c.d. inversione procedimentale ovvero effettuare la valutazione delle offerte prima di accertare i requisiti delle imprese.

Meritevole di richiamo è, poi, l'intervento in materia di subappalto fortemente orientato dal confronto con la normativa e la giurisprudenza europea attraverso la riformulazione dell'art. 105 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Si dispone, in primo luogo e in termini generali, che "il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera", pena nullità del medesimo atto contrattuale (art. 105, co. 1). A tale petizione iniziale si affianca però, a seguito della modifica del secondo comma, la rimozione, a partire dal 1° novembre 2021, di qualunque limite all'utilizzo dell'istituto del subappalto⁷.

Questa sostanziale liberalizzazione è corredata da disposizioni specifiche volte a contenere, anche se solo parzialmente, un utilizzo spregiudicato dell'istituto. Tra queste si richiamano, per un verso, la previsione secondo cui le stazioni appaltanti devono indicare nei documenti di gara le prestazioni oggetto del contratto di appalto non subappaltabili, da eseguire a cura dell'aggiudicatario in considerazione delle caratteristiche dell'appalto al fine altresì di assicurare una maggiore tutela "delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni crimi-

⁶ Per una lettura critica di alcune di queste norme si consenta il rinvio a BORELLI, RANIERI, *op. cit.*, p. 192 ss.

⁷ L'intervento si è reso necessario a seguito della procedura di infrazione attivata dalla Commissione (n. 2018/2273) e della pronuncia con cui la Corte di Giustizia ha dichiarato non conforme con il diritto dell'Unione il limite del 30% al subappalto contenuto nell'art. 105, co. 6 del d.lgs. n. 50/2016 (C. Giust. 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali*).

nali”, a meno che i subappaltatori non risultino iscritti nelle c.d. *white list* o nell’anagrafe antimafia ex art. 30, d.l. 17 ottobre 2016 n. 189 conv. dalla l. 15 dicembre 2016 n. 229 (art. 105, co. 2).

Per altro verso, si pone a carico del subappaltatore l’obbligo di assicurare “gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto” e garantire ai dipendenti un “trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale”, a partire dall’applicazione degli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro. L’obbligo, però, ricorre solo “qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l’oggetto dell’appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell’oggetto sociale del contraente principale” (art. 105, co. 14)⁸.

Questa sorta di miniriforma del subappalto si completa con la previsione in capo all’affidatario dell’obbligo di dichiarare il possesso di certi requisiti (di idoneità professionale, di capacità tecnica ed economica, oltre che di qualificazione), che si aggiunge a quello di presentare la certificazione attestante il possesso dell’assenza di specifici motivi di esclusione (art. 105, co. 7); nonché, con l’introduzione della piena solidarietà tra contraente e subappaltatore nei riguardi della stazione appaltante rispetto agli obblighi retributivi e contributivi (art. 105, co. 8).

Infine, tra le misure del d.l. 77/2021 vi è l’obbligo di trasmettere tutti i dati relativi agli appalti pubblici alla banca dati dell’Anac cui ne è affidata la gestione (art. 53).

Dalla lettura delle disposizioni emerge, a ben vedere, una duplice e ri-

⁸ Su questa previsione si veda la nota dell’Ispettorato nazionale del lavoro del 6 ottobre 2021 n. 1507 secondo cui, in primo luogo, le attività oggetto del subappalto devono essere ricomprese nell’oggetto dell’appalto e non essere quindi accessorie o marginali rispetto all’opera o al servizio complessivamente appaltato o, in alternativa, devono rientrare nella categoria prevalente. In secondo luogo, si ribadisce che la disposizione deve essere interpretata in connessione con l’art. 30, co. 4, del medesimo decreto che dispone l’applicazione nei riguardi del personale impiegato negli appalti del contratto collettivo nazionale e territoriale vigente nel settore o nelle zone in cui si svolgono le prestazioni di lavoro e stipulato dalle associazioni dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e “quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente”. Di modo che, ove si riscontrino nel corso dell’attività di vigilanza, violazioni economiche o normative rispetto alle previsioni contrattuali si può procedere con l’adozione di un provvedimento volto a far adeguare il trattamento dovuto per tutto il tempo di impiego nell’esecuzione del subappalto (ai sensi dell’art. 14, d.lgs. 23 aprile 2004 n. 124).

corrente tendenza. Da un lato, una deriva frequente dell'azione legislativa nel senso della dispersione in una miriade di provvedimenti che accrescono la confusione del quadro normativo con ricadute inevitabili anche sul piano applicativo; dall'altro lato, il rischio, sempre meno latente, che le esigenze pur apprezzabili di semplificazione possano tramutarsi in un depotenziamento dell'efficacia delle misure di contrasto alle mafie, posto che l'alleggerimento dei vincoli, dei controlli e delle regole possono, di fatto, favorire le infiltrazioni criminali nell'economia lecita.

Nell'ambito delle previsioni che, invece, impattano in modo più immediato sulla strategia di contrasto ai gruppi criminali mafiosi anche in una prospettiva giuslavoristica si collocano talune disposizioni del d.l. 6 novembre 2021 n. 152 conv. con l. 29 dicembre 2021 n. 233.

Nel provvedimento, volto ad introdurre norme urgenti per l'attuazione del PNRR e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose, si interviene su aspetti specifici come, ad esempio, assicurare un maggior coordinamento tra le misure preventive dell'amministrazione giudiziaria e del controllo giudiziario e i provvedimenti antimafia di competenza prefettizia (art. 47)⁹ o, ancora, l'introduzione di una misura amministrativa quale la prevenzione collaborativa, variamente articolata, azionabile in presenza di agevolazione occasionale (art. 49).

Di particolare interesse risulta la modifica in materia di interdittive attraverso l'inserimento di un contraddittorio; sicché, ove il prefetto ritenga che ricorrano i presupposti per il rilascio dell'interdittiva deve darne comunicazione all'impresa assicurando un termine, non superiore a venti giorni, per la presentazione di osservazioni scritte o per la richiesta di un'audizione. Il contraddittorio deve concludersi entro sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione con il rilascio dell'informazione antimafia liberatoria ovvero

⁹ È opportuno precisare, però, che permane una confusione nell'impiego delle misure, in particolare sul piano processuale. Ad esempio, in ordine ai rapporti tra provvedimenti antimafia di competenza prefettizia e controllo giudiziario c.d. volontario vi è il dubbio se l'accoglimento dell'istanza di essere sottoposta a controllo giudiziario da parte dell'impresa – che deve preliminarmente impugnare l'interdittiva – sospenda non solo gli effetti del provvedimento, ma altresì il giudizio in sede amministrativa (la questione è stata di recente sottoposta all'Adunanza Plenaria del Cons. St.); medesimo dubbio insiste nel caso di ammissione al controllo giudiziario quando siano state adottate contestualmente le misure straordinarie di gestione ex 32, co. 10 del d.l. 24 giugno 2014 n. 90. Sul punto v. GAETA, *Il controllo giudiziario a richiesta dell'impresa e il compito del giudice ordinario*, 2021, in <https://www.giustiziainsieme.it/en/diritto-penale/1849-il-controllo-giudiziario-a-richiesta-dell-impresa-e-il-compito-del-giudice-ordinario-di-vittorio-gaeta>.

dell'informazione antimafia interdittiva o, ancora, con l'adozione delle misure di prevenzione collaborativa.

In ogni caso, il contraddittorio è sottoposto a delle limitazioni poiché non solo è escluso in presenza di “particolari esigenze di celerità del procedimento” ma, inoltre, non possono costituire oggetto di comunicazione “elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose” (art. 48).

Questi elementi sollevano qualche perplessità unitamente alla considerazione per cui l'obbligo di contraddittorio interviene, di fatto, quando il prefetto ha già sviluppato il proprio convincimento circa l'adozione del provvedimento interdittivo.

Viceversa, una valutazione positiva concerne il merito del giudizio amministrativo in sede di impugnazione dell'interdittiva. Fino alla novella legislativa, il giudice amministrativo poteva (e doveva) operare un mero sindacato di legittimità sotto i profili dell'eccesso di potere e della ragionevolezza sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione dell'interdittiva. Oggi il giudice dovrebbe invece altresì vagliare la scelta prefettizia di adottare il provvedimento interdittivo sotto i profili dell'adeguatezza e della proporzionalità, verificando che, nel caso di specie, i tentativi di infiltrazione mafiosa non assumano carattere di mera occasionalità. In caso contrario, l'adozione di un provvedimento pesantemente afflittivo come l'interdittiva non risulterebbe giustificata, dovendosi optare per l'adozione delle “più miti” misure di c.d. prevenzione collaborativa.

Per quanto l'intenzione di alzare il livello di attenzione nella gestione dei flussi di finanziamento connessi all'emergenza epidemiologica sia apprezzabile alla luce delle insidie evidenziate da più parti¹⁰, è innegabile che, ancora una volta, ci si trovi dinanzi ad un intervento minimale e, per alcuni aspetti, improrogabile, si pensi in particolare all'introduzione dell'obbligo del contraddittorio.

Più in generale, si continua ad alimentare l'esistenza di un vero e proprio arcipelago normativo arricchito da disposizioni sparse negli atti legislativi più disparati. Si promuove cioè, come più volte ribadito, un quadro regolativo

¹⁰ Sul punto, più di recente, tra i tanti DI GENNARO, PASTORE, *La crisi economica post-pandemia: alcuni indicatori di risk assessment strategico dell'operatività delle mafie*, in *RGMezz.*, 2021, p. 39 ss.; FRAZZICA, LA SPINA, *Mafie, illegalità ed emergenza Coronavirus: rischi ed opportunità*, in *RGMezz.*, 2021, p. 21 ss.; RUSSO, *Le Mafie al tempo della Covid-19*, in *RGMezz.*, 2021, p. 13 ss.

articolato, se non a tratti caotico, stratificato, affetto in maniera evidente da settorialità, frammentarietà e asistematicità e pervaso, altresì, da una logica emergenziale con ripercussioni evidenti sul piano interpretativo e applicativo, al punto da rendere oramai improcrastinabile un'operazione complessiva di razionalizzazione della disciplina essenziale per garantire efficacia ed efficienza alle azioni intraprese¹¹.

3. Decisioni

La casistica giurisprudenziale restituisce, anche con riguardo al periodo oggetto di indagine, un numero consistente di pronunce inerenti alle interrelazioni tra mafie, imprese e lavoro; ciò rende necessario operare una selezione tra le sentenze mettendo in risalto quelle insistenti su tematiche ricorrenti e/o meritevoli di attenzione per la specificità dell'oggetto.

Di certo, continua a registrarsi un contenzioso importante in materia di interdittive antimafia seppur, tendenzialmente, nel segno della riproposizione di orientamenti abbastanza consolidati e di una prospettiva che la qualifica nei termini della “misura preventiva più avanzata nella lotta contro la mafia” capace “di arginare qualsiasi rischio [...] di infiltrazione mafiosa nelle attività economiche nella zona grigia tra il lecito e l'illecito”¹².

Così, ad esempio, ricorre il principio secondo cui ai fini del rilascio dell'interdittiva non è necessario provare l'avvenuta infiltrazione mafiosa ma solo la sussistenza “di elementi sintomatico-presuntivi dai quali”, sulla base di un giudizio discrezionale, si possa dedurre il pericolo di ingerenza da parte delle organizzazioni criminali mafiose. Ancora, tali elementi “vanno considerati in modo unitario, e non atomistico”, di modo che ognuno di essi acquista valenza in connessione con gli altri¹³.

¹¹ In proposito si consenta il rinvio a RANIERI, *Mafie, imprese, lavoro*, cit., p. 203 ss.

¹² Cons. St. 20 maggio 2021 n. 3898.

¹³ Cons. St. 17 febbraio 2021 n. 1447. Nella stessa direzione cfr. Cons. St. 11 gennaio 2021 n. 383; Cons. St. 2 febbraio 2021 n. 957; Cons. St. 3 marzo 2021 n. 1825; Cons. St. 5 marzo 2021 n. 1889; Cons. St. 27 aprile 2021 n. 3379; Cons. St. 6 maggio 2021 n. 3530; Cons. St. 11 agosto 2021 n. 5853; Cons. St. 25 ottobre 2021 n. 7165; Cons. St. 25 novembre 2021 n. 7890; Cons. St. 9 dicembre 2021 n. 8187; Cons. St. 20 dicembre 2021 n. 8464; Cons. St. 28 dicembre 2021 n. 8648.

La peculiarità dell'anticipazione della soglia di tutela propria della misura interdittiva è, a volte, ancora più esplicitata allorché se ne ribadisce l'impiego a prescindere dall'accertamento di singole responsabilità penali (ponendo gli elementi posti a base dell'informativa non avere alcun rilievo penale)¹⁴ o se ne legittima l'adozione anche nei riguardi di soggetti solamente conniventi con i gruppi criminali¹⁵ o a fronte di mere dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, notoriamente necessitanti nel processo penale di riscontri esterni¹⁶; pur edulcorando certi aspetti come il rilievo attribuibile ai rapporti di parentela, non sufficienti, in assenza di altri elementi, a giustificare il sospetto ed il rischio di permeabilità dell'impresa a condizionamenti mafiosi¹⁷.

In altre occasioni, invece, i giudici hanno ribadito i principi in relazione alla natura della misura di prevenzione¹⁸, alla sua durata¹⁹ o alla competenza del giudice amministrativo e all'ambito del suo sindacato²⁰.

¹⁴ Cons. St. 4 giugno 2021 n. 4293.

¹⁵ Cons. St. 28 aprile 2021 n. 3434 secondo cui sono passibili di informativa antimafia anche “soggetti semplicemente conniventi con la mafia, per quanto non concorrenti, nemmeno esterni, con siffatta forma di criminalità, e persino imprenditori soggiogati dalla sua forza intimidatoria e vittime di estorsioni”; poiché i gruppi criminali non si avvalgono solo “di soggetti organici o affiliati [...] ma anche e sempre più spesso di soggetti compiacenti, cooperanti, collaboranti, nelle più varie forme e qualifiche societarie, sia attivamente – per interesse, economico, politico o amministrativo – che passivamente, per omertà o, non ultimo, per il timore della sopravvivenza propria e della propria impresa”; negli stessi termini Cons. St. 3 agosto 2021 n. 5723.

¹⁶ Cons. St. 18 giugno 2021 n. 1060.

¹⁷ Cfr. Cons. St. 1° giugno 2021 n. 4213 e Cons. St. 7 giugno 2021 n. 4300.

¹⁸ Cfr. Cons. St. 6 maggio 2021 n. 3530 che insiste sulla “natura cautelare e preventiva” dell'interdittiva e sulle conseguenze che si determinano in capo al soggetto destinatario nei termini di una “particolare forma di incapacità giuridica” ovvero di “insuscettività del soggetto [...] ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione”.

¹⁹ Così ricalcando quanto disposto dall'art. 86, co. 2, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. Codice Antimafia, d'ora in avanti CAm) si afferma che l'informativa ha durata limitata di dodici mesi trascorsi i quali bisogna procedere alla verifica della persistenza o meno degli elementi che ne erano stati posti a fondamento. Cfr. Cons. St. 3 marzo 2021 n. 1838.

²⁰ Così si insiste sulla competenza del giudice amministrativo anche se il provvedimento interdittivo concerne diritti individuali del ricorrente, come il diritto al lavoro per il mantenimento proprio e della famiglia (Cons. St. 2 febbraio 2021 n. 957), e si ribadisce l'estensione del suo sindacato sul piano della tassatività, sia sostanziale che processuale (Cons. St. 9 novembre 2021 n. 7445), valutando l'esistenza o meno dei fatti posti a fondamento della decisione prefettizia e, al contempo, apprezzando “la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi infe-

Diversi provvedimenti giurisdizionali hanno, poi, interessato un altro strumento di contrasto, di più recente istituzione, vale a dire il controllo *ex art. 34 bis*, d. lgs. 159/2011, in particolare nella sua declinazione come controllo volontario (art. 34 *bis*, co. 6) richiedibile dall'imprenditore, come rimarcato, a seguito della ricezione di un'informativa antimafia e non anche di una comunicazione antimafia²¹. Già con riferimento alla funzione della misura si è precisato che non si tratta di un mero "beneficio" per l'azienda che ha sospese le inibizioni derivanti dall'interdittiva, bensì di una "alternativa" che realizza un diverso assetto di interessi [...] e che mira a recuperare [...] i profili di competitività 'non inquinata' della realtà aziendale [...]"²².

I giudici, inoltre, hanno avuto modo di intervenire più volte sui requisiti fissati dal legislatore per accedere al controllo volontario. Così che, oltre ad escludere ogni sindacato del giudice della prevenzione sul contenuto della misura interdittiva adottata dal prefetto, si ribadisce che l'accertamento sull'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa, elemento costitutivo della fattispecie del controllo, non deve essere volto "ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata" attraverso gli strumenti previsti dallo stesso art. 34 *bis* d.lgs. 159/2011²³. Ciò in quanto, e in termini più espliciti, è essenziale focalizzare l'attenzione sulle possibilità concrete che la singola impresa "ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni [...] che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata"²⁴.

In materia di amministrazione giudiziaria (*ex art. 34*, d.lgs. 159/2011), invece, è doveroso richiamare il decreto del Tribunale di Milano concernente

renziale che l'autorità amministrativa trae da quei fatti secondo un criterio che, necessariamente, è probabilistico per la natura preventiva, e non sanzionatoria, della misura in esame" (Cons. St. 5 agosto 2021 n. 5770).

²¹ Cass. Pen. 18 giugno 2021 n. 35048.

²² Cass. Pen. 22 aprile 2021 n. 31831.

²³ Cass. Pen. 20 dicembre 2021 n. 4052. Sul punto v. altresì Cass. Pen. 5 maggio 2021 n. 33264; Cass. Pen. 13 maggio 2021 n. 23330; Cass. Pen. 20 maggio 2021 n. 22083; Cass. Pen. 2 luglio 2021 n. 35951; Cass. Pen. 7 luglio 2021 n. 30168.

²⁴ Cass. Pen. 26 marzo 2021 n. 21412.

la revoca della misura di prevenzione nei confronti della *Uber Eats* adottata nel corso del 2020²⁵. Il giudice meneghino²⁶, dopo aver registrato l'atteggiamento di collaborazione della società a seguito della predisposizione della misura, ha preso atto di svariati interventi e misure organizzative messi in campo dalla *Uber* tra cui l'adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo, ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2011 n. 231, "orientato a favorire situazioni di trasparenza e legalità nei rapporti negoziali e nella somministrazione dei servizi di food delivery".

Merita altresì di essere ricordata la sentenza con cui la Corte di Appello di Roma²⁷ ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento comunicato a un lavoratore da parte dell'amministratore giudiziario di un'impresa sottoposta a sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 56 Cam. A parere del giudice romano, il recesso difettava di motivazione in quanto, nella sua comunicazione, l'amministratore giudiziale non aveva spiegato le ragioni della decisione del giudice delegato di non subentro nel rapporto di lavoro. La pronuncia rileva in quanto il giudice d'appello, distaccandosi dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, ritiene che "la disciplina contenuta nel codice antimafia sulla facoltà di 'recesso' da parte dell'amministrazione giudiziaria da un rapporto di lavoro pendente deve conformarsi ai principi generali lavoristici"²⁸ e devono dunque essere rispettate le ordinarie tutele previste a favore dei lavoratori contro i licenziamenti illegittimi.

La rassegna giurisprudenziale relativa all'anno 2021 deve concludersi con la segnalazione di qualche provvedimento in materia di *white list*²⁹ e

²⁵ Del decreto di adozione della misura (Trib. Milano 28 maggio 2020 n. 9) si era dato conto in BORELLI, RANIERI, *op. cit.*, p. 200 ss. Sulla vicenda, di recente e più in generale, si vedano: CORSO, *I riders e il c.d. caporalato (a margine della vicenda Uber Italia)*, in VTDL, 2021, p. 411 ss.; GALLUCCIO, *Misure di prevenzione e "caporalato digitale": una prima lettura del caso Uber Eats*, in DLRI, 2021, p. 105 ss.; INVERSI, *Caporalato digitale: il caso Uber Italy srl*, in LD, 2021, p. 335 ss.; PISCONTI, *Caso Uber. Analisi del nuovo modello di gestione*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2021, p. 297 ss.

²⁶ Trib. Milano 3 marzo 2021.

²⁷ App. Roma Sez. lavoro 30 settembre 2021.

²⁸ GIASANTI, *Licenziamento nelle imprese sequestrate e obbligo motivazionale, un passo avanti della giurisprudenza di merito*, in RGL, 2022, I, II, newsletter n. 3/2022, p. 3.

²⁹ Oltre a ribadire che l'iscrizione nelle *white lists* è regolata dagli stessi principi che disciplinano l'interdittiva antimafia (Cons. St. 9 aprile 2021 n. 2899), i giudici hanno precisato che il legislatore ha selezionato una serie di attività ritenute maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa prescrivendo l'iscrizione nell'elenco delle imprese che le esercitano; viceversa "le imprese private che si rivolgono loro per rifornirsi di materiali o per riceverne servizi stru-

sfruttamento lavorativo³⁰ ma, soprattutto, di un paio di pronunce della Corte Costituzionale.

Con la prima³¹, la Consulta è chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 58 e 61, della l. 28 giugno 2012 n. 92.

Tali disposizioni prevedevano la revoca di una serie di prestazioni quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e quella per invalidi civili nei confronti dei soggetti condannati per reati di particolare gravità, tra cui l'associazione di stampo mafioso, senza operare distinzione alcuna tra coloro che versano in stato di detenzione in carcere e coloro che, invece, usufruiscono di regimi alternativi alla carcerazione.

I giudici, però, hanno evidenziato come la revoca dei trattamenti assistenziali nei riguardi di coloro che non sono trattenuti presso un istituto penitenziario possa comportare il rischio concreto per tali soggetti di non disporre dei mezzi sufficienti per la propria sussistenza. Si ravvisa, quindi, un contrasto delle suddette norme con gli artt. 2, 3 e 38 della Costituzione visto che "lo 'statuto d'indegnità' definito dal legislatore pone in pericolo [...] la stessa sopravvivenza dignitosa del condannato, privandolo del minimo vitale, in violazione dei principi costituzionali [...] su cui si fonda il diritto all'assistenza".

Nella prospettiva adottata dalla Corte è la natura meramente assistenziale di queste provvidenze che giustifica l'illegittimità delle previsioni a differenza, come ricordato dagli stessi giudici, di altre prestazioni come, ad esempio, il reddito di cittadinanza che, essendo motivato da ulteriori finalità, ovvero il reinserimento lavorativo, è "legato a più stringenti requisiti, obblighi e condizioni".

A stretto giro, poi, i giudici costituzionali³² si sono pronunciati altresì sui presupposti di adozione della comunicazione antimafia dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 24, co. 1, lett. d), d.l. 113/2018, che modifica l'art. 67, co. 8 Cam, nella misura in cui affianca ai delitti di cui all'art. 51, co. 3*bis* cod.

mentali alla propria attività, non debbono, a loro volta, essere iscritte nel medesimo elenco, proprio in quanto operanti in altro settore, seppur certamente contiguo, per il quale, però, il legislatore non ha ritenuto particolarmente pressante il rischio di infiltrazione mafiosa" (Cons. St. 25 marzo 2021 n. 2532).

³⁰ Si conferma l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, al fine della configurabilità del reato *ex* art. 603 *bis* cod. pen., è sufficiente la sussistenza di uno solo degli indici ivi indicati, previsti chiaramente dalla disposizione come alternativi v. Cass. Pen. 2 febbraio 2021 n. 6905.

³¹ C. Cost. 2 luglio 2021 n. 137.

³² C. Cost. 6 luglio 2021 n. 178.

proc. pen. anche i delitti di truffa aggravata (art. 640^{bis} cod. pen.) e di truffa ai danni dello Stato (art. 640, co. 2, n. 1, cod. pen.).

Ai sensi dell'art. 84, co. 2, Cam (che richiama le cause di sospensione, decadenza e divieto di cui all'art. 67 Cam), infatti, la comunicazione antimafia deve essere emanata anche nel caso in cui sia stata adottata una misura di prevenzione, una condanna definitiva o non definitiva (purché confermate in grado di appello), relative ai reati di cui agli artt. 640^{bis} e 640, co. 2, n. 1 cod. pen. (il richiamo di cui all'art. 84, co. 2 ricomprende infatti anche il co. 8 dell'art. 67).

Secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale l'automatica adozione della comunicazione antimafia – con gli effetti particolarmente afflittivi che ne discendono – sulla base di tali presupposti risulta contraria al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e viola, altresì, l'art. 41 Cost. in considerazione, dei gravi danni, anche reputazionali, che l'impresa subisce a fronte dell'adozione del provvedimento. Questa pronuncia rileva in quanto distonica rispetto alla giurisprudenza amministrativa in materia di interdittive antimafia che ha costantemente ribadito gli effetti limitati e temporanei di tali misure sull'impresa (v. *supra*).

4. Rapporti istituzionali e prassi

Nel corso del 2021 sono stati pubblicati diversi *report* meritevoli di segnalazione anche sotto il profilo delle interrelazioni tra i gruppi criminali di stampo mafioso, le imprese e il lavoro.

Di particolare interesse, innanzitutto, è la *Relazione sull'analisi delle procedure di gestione dei beni sequestrati e confiscati*, approvata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere nella seduta del 5 agosto 2021. Si tratta di un testo corposo articolato in tredici capitoli³³ e corredato da un *vademecum* destinato

³³ La relazione, reperibile tra l'altro anche sul sito del Parlamento italiano, è così ripartita: inchiesta parlamentare ed evoluzione normativa (capitolo 1); gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati (capitolo 2); sezioni di prevenzione dei tribunali (capitolo 3); Agenzia nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati (capitolo 4); compensi degli amministratori giudiziari (capitolo 5); relazioni con il sistema bancario e sostegno finanziario pubblico (capitolo 6); destinazione dei beni sui territori e difficoltà degli enti locali (capitolo 7); associazioni e parti sociali (capitolo 8); misure non ablatorie (capitolo 9); percorsi formativi

agli enti locali per il riutilizzo e la valorizzazione dei beni oggetto di sequestro e confisca.

Nella relazione sono poste in evidenza le principali problematiche emerse dall'applicazione della normativa: dai rischi connessi alla vendita degli immobili e delle aziende alle difficoltà derivanti dalla definizione di un procedimento complesso e non sempre gestito in maniera adeguata (sono ancora pochi, ad esempio, i tribunali che hanno istituito sezioni o collegi specializzati); dalla necessità di prevedere un'unica, completa e aggiornata banca dati in materia all'adozione di un insieme variegato di misure che consentano il recupero del bene; dall'opportunità di un maggiore e più consapevole coinvolgimento degli enti locali, delle associazioni e delle parti sociali alla definizione, oramai indifferibile, di percorsi formativi adeguati e aggiornati per gli addetti ai lavori.

In più occasioni è posta in evidenza la difficoltà delle aziende di sopravvivere in condizioni di legalità ai percorsi di bonifica; al di là delle criticità della normativa in questo ambito sono altresì richiamati i rapporti delicati con gli istituti bancari e i problemi nell'accesso al credito, nonché lo scarso coinvolgimento delle parti sociali.

Sul primo versante, ad esempio, pur riconoscendo l'utilità dei Protocolli siglati localmente con le banche, si suggerisce di adottare uno strumento omogeneo, applicabile sull'intero territorio nazionale. Sul secondo versante, invece, si rimarca la centralità del coinvolgimento attivo delle parti sociali a partire dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e la necessità di investire maggiormente, sia in termini economici che normativi, sulla tutela del lavoro.

Più in generale, comunque, il *report* segnala l'importanza di procedere ad una razionalizzazione della disciplina esistente e al superamento di specifiche criticità soprattutto con riferimento alla sorte delle aziende sequestrate e confiscate con l'intento di assicurarne la permanenza sul mercato in condizioni di legalità.

Insistono nel periodo oggetto di osservazione anche taluni rapporti con cadenze fisse, annuali o semestrali, recanti riferimenti utili ai fini dell'indagine mafie/imprese/lavoro, tra cui un consuntivo delle attività svolte redatto dal

(capitolo 10); prospettiva internazionale ed europea delle confische in assenza di condanna penale (capitolo 11); criticità e proposte della Commissione (capitolo 12); iniziative concrete: elaborazione di un *vademecum* per gli amministratori locali (capitolo 13).

Dipartimento della pubblica sicurezza, Direzione centrale della polizia criminale; le relazioni semestrali della DIA (Direzione investigativa antimafia) e la relazione annuale dell'Anac.

Il primo rapporto contiene notazioni generali sulla quantità e la tipologia di reati commessi in Italia nel 2021 e, per quanto rileva ai fini di questo osservatorio, rilancia i *report* trimestrali redatti dall'Organismo permanente di monitoraggio e analisi sul rischio di infiltrazione nell'economia da parte della criminalità organizzata di tipo mafioso.

Dalla lettura dell'unico *report* pubblicato nel 2021³⁴ emerge una disamina accurata delle variazioni societarie, intervenute in un arco temporale compreso tra marzo 2020 e febbraio 2021, che incidono di più sulla gestione delle imprese e che potrebbero essere sintomatiche di infiltrazioni ovvero il *turn-over* di cariche e di partecipazioni, i trasferimenti di quote, aziende e sedi e, da ultimo, le variazioni di natura giuridica e/o le mutazioni del capitale sociale. I settori più colpiti dai movimenti societari sono quello immobiliare e del commercio all'ingrosso; mentre Lombardia, Veneto, Lazio, Campania ed Emilia-Romagna sono le regioni in cui si è registrato il maggior numero di variazioni societarie.

Le relazioni semestrali della Direzione investigativa antimafia³⁵ propongono, come consuetudine, una mappatura aggiornata delle diverse mafie nazionali e straniere, mettendone in risalto punti di forza e debolezze, oltre ad un interessante approfondimento sulla tematica degli appalti pubblici.

Anche la Relazione annuale dell'Anac³⁶ focalizza l'attenzione sui contratti pubblici in una fase storica compressa tra esigenze di rilancio dell'economia e persistenti insidie connesse all'emergenza pandemica e alle infiltrazioni criminali nel tessuto dell'economia legale, rese ancora più stringenti dai consistenti flussi finanziari attivati e dalla frequente semplificazione delle procedure e degli affidamenti.

Di particolare interesse è, inoltre, un *report*, all'interno della serie *Quaderni di economia e finanza* curati dalla Banca d'Italia dal titolo *La criminalità*

³⁴ Il report è datato 5 maggio 2021 ed è consultabile sul sito del Ministero dell'interno (www.interno.gov.it).

³⁵ Direzione investigativa antimafia, *Attività svolta e risultati conseguiti*, Relazione semestrale luglio-dicembre 2020 e gennaio-giugno 2021, https://direzioneinvestigativaantimafia.interno.gov.it/-page/relazioni_semestrali.htm.

³⁶ Relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità relativa all'anno 2021 presentata alla Camera dei deputati il 23 giugno 2022, disponibile sul sito www.anticorruzione.it.

*organizzata in Italia: un'analisi economica*³⁷. Il lavoro si apre con un'analisi della diffusione territoriale delle mafie in Italia, describe, poi, i fattori di contesto che hanno favorito la diffusione dei gruppi criminali mafiosi anche oltre le zone di tradizionale insediamento e, infine, analizza l'impatto sulla crescita economica.

A questo proposito emerge come i luoghi maggiormente condizionati dalla presenza mafiosa siano quelli con un minore incremento economico e occupazionale smentendo, così, uno dei *refrain* che troppo spesso accompagna la rappresentazione fenomenologica delle mafie ovvero che la loro presenza assicurerebbe progresso e occupazione. Anzi, le ragioni della acclarata relazione inversa tra insediamenti mafiosi e sviluppo dei territori sono ravvisate nelle distorsioni che si determinano nel funzionamento del mercato.

Nel corso del 2021 inoltre ha iniziato ad operare la Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, sullo sfruttamento e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro pubblici e privati, istituita nell'ottobre del 2019. La Commissione si è dotata di un regolamento che ne disciplina l'organizzazione e il funzionamento; tuttavia, in considerazione dei ritardi nell'attivazione e nella definizione di una regolamentazione interna non è possibile al momento svolgere una valutazione sulla sua attività.

Da ultimo, meritevole di menzione è il Protocollo quadro sperimentale per la legalità contro il caporalato, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento lavorativo nel settore del *food delivery*, siglato il 24 marzo 2021, alla presenza del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, tra Assodelivery e Cgil, Cisl e Uil.

L'intesa persegue l'obiettivo di contrastare l'intermediazione illecita di manodopera, il caporalato e, più in generale, ogni forma di sfruttamento lavorativo.

A tal fine, si individuano misure specifiche quali: l'adozione di modelli di organizzazione, gestione e controllo *ex d.lgs. 231/2001* e di codici etici (art. 2); la creazione di un albo nazionale delle "piattaforme" operanti nel settore (art. 3); l'istituzione di un Organismo Nazionale di Garanzia (art. 4); l'avvio di un Tavolo di Governance e Monitoraggio, composto dai rappresentanti delle parti firmatarie, che costituirà il "principale strumento di dialogo, confronto e incontro tra le Parti [...] utile anche al fine del

³⁷ Il *report*, pubblicato nel dicembre del 2021 e curato da SAURO MOCETTI e LUCIA RIZZICA, è disponibile sul sito www.bancaditalia.it.

monitoraggio e della verifica dei risultati attesi e conseguiti”, oltre che per il coordinamento con l’Organismo Nazionale di Garanzia (art. 6).

Con una apposita previsione, poi, le parti si impegnano a raccogliere eventuali segnalazioni dei lavoratori, garantendone l’anonimato, poiché “nessun effetto negativo, diretto o indiretto, sulle condizioni di lavoro nel rispetto delle tutele antidiscriminatorie potrà essere determinato dall’effettuazione di una segnalazione trasmessa” (art. 5).

Bisognerà attendere del tempo per saggiare gli effetti del protocollo e, quindi, accertare se gli impegni assunti genereranno condotte virtuose, capaci di incidere in un settore che, come noto, è fortemente esposto a rischi di illegalità e di contaminazione mafiosa.

5. Ricerche

Come già annunciato, nel 2021 una delle Autrici di questo osservatorio ha pubblicato il primo lavoro monografico su *Mafie, imprese, lavoro*³⁸.

Lo studio prende avvio dall’attenta analisi del contesto in cui si sviluppa l’infiltrazione mafiosa all’interno del mercato, osservando come il rapporto tra il diritto del lavoro e la legislazione di contrasto ai gruppi mafiosi sia segnato dal “passaggio da una fase di sostanziale indifferenza ad una fase in cui, di contro, affiorano sempre maggiori intersezioni”³⁹. L’Autrice opera poi una mappatura degli strumenti di contrasto, distinguendo tra strumenti di fonte legislativa con funzione certificativa (fra cui figurano: la certificazione antimafia, le banche dati, le *white lists*, il *rating* di legalità, il *rating* d’impresa e la rete del lavoro agricolo di qualità), strumenti di fonte legislativa con funzione repressiva e talora risanatrice (tra cui sono annoverati: l’art. 603 *bis* cod. pen., il sequestro, la confisca, gli strumenti di gestione e destinazione delle imprese, l’amministrazione giudiziaria, il controllo giudiziario e volontario), e gli strumenti con funzione concertativa (ossia i tavoli sul caporalato e sulle imprese sequestrate e confiscare, e i protocolli di legalità).

La mappatura così operata è funzionale all’elaborazione di alcune linee direttrici di intervento per il contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso. In estrema sintesi, l’Autrice propone tre ambiti di intervento: il

³⁸ RANIERI, *Mafie, imprese, lavoro*, cit.

³⁹ *Ibidem*, p. 52.

primo riguarda la sistematizzazione e razionalizzazione della normativa che, come si ripete costantemente anche in questo osservatorio, è disordinata, stratificata e spesso incoerente; il secondo attiene al fondamentale ruolo dell'organizzazione sindacale, sia all'interno dell'impresa mediante lo sviluppo degli strumenti di partecipazione e di gestione dei lavoratori, sia nel territorio mediante le azioni dirette a promuovere la legalità e il risanamento delle imprese, sia all'interno del processo mediante la difesa dei propri interessi e degli interessi collettivi dei lavoratori; la terza linea di intervento concerne l'esigenza di "assicurare un più equilibrato temperamento dei molteplici interessi in gioco ovvero della pluralità di diritti che insistono (e collidono) ogni qual volta l'azione dei gruppi criminali mafiosi interseca e contamina le attività produttive e il mondo del lavoro"⁴⁰.

Altro volume di sicuro interesse per il/la giuslavorista che si occupa di criminalità organizzata è quello edito da Stefano D'Alfonso e Gaetano Manfredi⁴¹. Lo studio fornisce i dati relativi alle attività formative e alla produzione scientifica di ricercatori e ricercatrici di circa cento settori disciplinari, su legalità e contrasto alla criminalità organizzata all'interno delle università italiane.

Dalla ricerca emerge come le iniziative e gli studi in questa materia siano numerosi e configurino un "tesoro nascosto" da valorizzare per trovare una più consapevole posizione nel campo degli strumenti da adottare nel contrasto alle mafie. Tuttavia, dalla ricostruzione operata appare in modo chiaro, come il diritto penale e la sociologia abbiano fagocitato il discorso sulla criminalità organizzata nelle università, a scapito di altre materie, tra cui il diritto del lavoro.

Nel 2021 è stata pubblicata l'edizione aggiornata di *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*⁴², in cui l'Autore, Rocco Sciarbone, inserisce i risultati delle tante ricerche più recentemente dedicate al tema, concentrandosi su tre territori che ritiene centrali per la comprensione del fenomeno mafioso: uno di storica presenza delle mafie (Gioia Tauro), uno di

⁴⁰ *Ibidem*, p. 238.

⁴¹ D'ALFONSO, MANFREDI, *L'Università nella lotta alle mafie. La ricerca e la formazione*, Donzelli, 2021. Sul punto v. anche *Una questione politica. Il sapere sulle mafie in Italia*, a cura di VESCO e CICCARELLO, in *SQCrim.*, 2021, 2.

⁴² SCIARONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Donzelli, 2021. La prima edizione del volume è stata pubblicata nel 2009.

presenza risalente nel tempo ma più recente (la Puglia) e uno di nuova colonizzazione (il Piemonte).

Mediante il confronto tra queste tre aree, l'Autore intende dimostrare, ancora una volta, che, al sud come al nord, le mafie sono capaci di radicarsi nelle pieghe del contesto sociale, creando aree di contiguità e di copertura indispensabili alle proprie strategie. Il tratto caratteristico della delinquenza mafiosa rimane dunque, nelle aree di tradizionale insediamento come nelle nuove, la presa sulla società, il controllo diretto del territorio. La metodologia dello studio è quella già impiegata da Sciarrone nelle precedenti analisi: dopo una ricostruzione della letteratura in materia, l'Autore procede a un'osservazione ravvicinata del contesto, mediante l'analisi della stampa, nazionale e locale, e interviste ai diversi soggetti coinvolti nel (o venuti a contatto col) fenomeno mafioso, diretta a verificare le dinamiche che si attivano tra mafiosi e imprenditori.

Data l'importanza di esaminare lo sviluppo delle mafie nello specifico contesto locale, meritano di essere ricordati *Legalità e diritti al lavoro. Rapporto n. o. Le ragioni di una scelta. Rapporto su lavoro e lotta alla criminalità organizzata in Emilia-Romagna*⁴³ e *Le mafie in Toscana. Criminalità organizzata e infiltrazioni*⁴⁴.

Il primo volume raccoglie una serie di contributi e interviste sul tema degli intrecci tra legalità e lavoro, e descrive l'impegno della Cgil Emilia-Romagna contro la criminalità organizzata. Il rapporto, che si propone di essere il primo di una lunga serie, esamina la progressiva contaminazione del territorio da parte delle mafie e illustra l'azione di contrasto, giudiziale (prima fra tutte, la costituzione di parte civile nel processo penale) e stragiudiziale, del sindacato.

Le mafie in Toscana è, invece, uno studio sociologico sulla diffusione della criminalità organizzata nella Regione, presentata nelle diverse fasi storiche e mediante l'illustrazione della descrizione delle mafie da parte dei giornalisti. Il volume presenta anche un approfondimento sulle mafie straniere, con uno studio di caso relativo ai gruppi cinesi presenti nel pratese.

Meritano infine di essere citati tre volumi a carattere più divulgativo, che hanno però il merito di proporre, in maniera comprensibile, le principali caratteristiche delle odierne mafie.

⁴³ AA.VV., *LAW. Legalità e diritti al lavoro. Rapporto n. o. Le ragioni di una scelta. Rapporto su lavoro e lotta alla criminalità organizzata in Emilia-Romagna*, Edizioni Socialmente, 2021.

⁴⁴ CORICA, DI GIOIA, *Le mafie in Toscana*, PerUn'altracittà, 2021.

Il primo, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*⁴⁵, prende in considerazione non solo le mafie storiche, ma anche le più recenti inchieste romane e la diffusione delle mafie nel Lazio. Gli Autori si soffermano, in particolare, sulla struttura organizzativa su cui si fondano sia la mafia siciliana che quella calabrese, la “famiglia” in cui si entra mediante cerimonie solenni, e sul sistema di relazioni che le collegano a soggetti esterni. L’analisi delle recenti pronunce dei giudici romani mette invece in luce come la mafia si serva oggi, in maniera sistematica, di metodi corruttivi e collusivi. Nell’ultima parte del volume viene infine affrontato il tema della sempre più pervasiva infiltrazione mafiosa nell’economia legale.

*Il contrasto alla criminalità organizzata. Attori e strumenti*⁴⁶ è un manuale in cui vengono presentati gli strumenti normativi e le tecniche operative di cui i giudici e le agenzie di *law enforcement* dispongono per contrastare la criminalità organizzata. Il volume si sofferma soprattutto sulla normativa penalistica. Prendendo atto dell’importanza del contrasto alla criminalità organizzata sul piano economico, vengono però approfondite anche le norme dirette a lottare contro l’agire imprenditoriale e affaristico delle mafie, nell’ambito del Codice antimafia e di altre normative recenti. In questa prospettiva, assumono un rilievo centrale anche le forme di cooperazione che è oggi possibile attuare per fronteggiare le sempre più frequenti proiezioni internazionali che connotano le operazioni della criminalità organizzata.

Sulla presenza delle mafie nell’economia si sofferma anche l’ultimo volume della nostra rassegna⁴⁷. Il testo prende in esame le diverse tipologie di imprese connesse alle organizzazioni criminali mafiose, ricostruendo anche i relativi rapporti con le imprese del territorio (un *focus* è dedicato al Veneto). Altri aspetti di interesse sono quelli dedicati alla classificazione delle imprese criminali in relazione al ruolo assunto all’interno della filiera produttiva, e agli schemi utilizzati per il riciclaggio del denaro sporco.

⁴⁵ PIGNATONE, PRESTIPINO, *Modelli criminali. Mafie di ieri e di oggi*, Laterza, 2021.

⁴⁶ DE RAHO, MAGLIOCCO, BARBERA, *Il contrasto alla criminalità organizzata. Attori e strumenti*, Laurus Robuffò, 2021.

⁴⁷ PARBONETTI, *La presenza delle mafie nell’economia: profili e modelli normativi*, Padova University Press, 2021.

Keywords

Osservatorio, mafie, lavoro, impresa.

Overview, mafie, work, enterprise.

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Libertà religiosa e lavoro

(a proposito del libro di Sonia Fernández Sánchez)

L'eccellente collana di Diritto del Lavoro, diretta da Rusciano e Treu, si arricchisce con la pubblicazione di un libro della prof.ssa Fernández Sánchez, dedicato al diritto fondamentale alla libertà religiosa nell'ambito del contratto di lavoro, che colma un vuoto nella bibliografia giuslavorista e non solo in quella italiana.

La libertà religiosa, come la libertà di pensiero o ideologica, nasce, concettualmente, come libertà che si afferma nei confronti dei pubblici poteri; col tempo, ha acquisito una propria caratterizzazione quale materia dotata di caratteri specifici che hanno a che vedere con il pluralismo, la lotta contro l'intolleranza, la promozione della libertà individuale ed il rispetto dell'uguaglianza.

L'autrice sostiene che la libertà religiosa comporta la separazione tra Chiesa e Stato, la neutralità dello Stato di fronte alle diverse scelte religiose e il rispetto della libera scelta di un credo religioso ma anche del diritto a manifestare la propria opzione religiosa.

All'aspetto positivo di tale libertà si contrappone il suo profilo negativo, cioè il diritto di non poter essere obbligato ad aderire ad una confessione religiosa e quello di non manifestare il proprio credo religioso. L'autrice, a partire dal concetto della libertà religiosa quale diritto individuale, mette in evidenza anche la sua dimensione collettiva, quale diritto delle chiese o delle organizzazioni religiose a costituirsi e ad operare in quanto tali. Di conseguenza lo classifica quale diritto individuale ad esercizio collettivo, in analogia con la libertà sindacale, che comporta che alle organizzazioni religiose, alle chiese e ai loro fedeli sia riconosciuto uno spazio di autonomia nei confronti dei poteri pubblici.

L'effetto della libertà religiosa non si esaurisce nell'ambito del rapporto Stato-cittadino, ma si estende alle relazioni interprivate, in particolare al contratto di lavoro. All'interno di tale rapporto, secondo l'autrice, la libertà religiosa si concreterebbe, innanzitutto, nel principio di non ingerenza del datore di lavoro nelle opzioni religiose del lavoratore e nella tutela della persona contro le discriminazioni per motivi religiosi. Si tratta di un aspetto nel quale si intrecciano le disparità di trattamento, l'esercizio delle libertà e la protezione della dignità della persona.

Il punto di partenza è costituito dalla tutela antidiscriminatoria: nelle fonti internazionali e nelle costituzioni nazionali la religione compare tra i "fattori odiosi", proibiti in quanto motivi di differenziazione tra uguali. Il principio di non discriminazione, inizialmente considerato un'appendice del principio di uguaglianza, si è convertito in un diritto fondamentale autonomo. In tale evoluzione ha giocato un ruolo rilevante la discriminazione nell'impiego e negli ambienti di lavoro, dove facilmente si incontrano fattispecie qualificabili come discriminatorie con riferimento alla tutela della libertà religiosa. Infine, come avverte l'autrice, il caso della libertà religiosa costituisce un fattore rilevante anche per quanto riguarda il trattamento delle discriminazioni per motivo religioso nell'"ordinamento giuridico multilivello"; aspetto che nel libro viene affrontato utilizzando un ampio e diversificato apparato bibliografico.

Come spiega l'autrice, la giurisprudenza della CEDU, in una prima fase, ha affrontato il tema dell'incidenza della libertà religiosa nel rapporto di lavoro unicamente con riferimento al principio della neutralità dello Stato – senza far riferimento all'art. 14 della Convenzione EDU ma solo ai precetti pertinenti della Convenzione EDU – con particolare attenzione all'esibizione dei simboli religiosi o dell'abbigliamento per motivi religiosi all'interno dei luoghi di lavoro. Da parte sua, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affrontato il tema a partire dalle direttive sulla discriminazione nel lavoro, che includono la libertà religiosa tra i motivi vietati in quanto discriminatori. Entrambe le Corti offrono criteri complementari sull'incidenza della libertà religiosa negli ambienti di lavoro che l'autrice ordina in maniera sistematica, esprimendo ragionevoli critiche sulle argomentazioni e sulle soluzioni adottate da tali Corti.

Ad avviso dell'autrice, il divieto di discriminazione religiosa sarebbe espressione di un più generale principio relativo al rilievo dei fattori privati della persona/lavoratore all'interno del rapporto di lavoro. Possono, infatti,

manifestarsi conflitti tra la libertà personale, l'interesse del datore di lavoro e la libertà di impresa, per cui è necessario trovare un punto di equilibrio tra tali libertà.

Nel caso della libertà religiosa, il rapporto con il diritto antidiscriminatorio deve partire dal principio della neutralità religiosa dell'impresa, ma non di quella del lavoratore. Da qui, sorge un possibile conflitto, da mettersi in connessione con la libertà di coscienza e il diritto alla obiezione di coscienza, strumento democratico ispirato ai valori della dignità e della libertà della persona che la legislazione italiana riconosce laddove la coscienza o le convinzioni religiose impongano all'individuo di effettuare o meno determinate pratiche.

Il IV capitolo del libro è dedicato alla libertà religiosa all'interno del lavoro pubblico. La CEDU affronta il tema partendo dall'assunto che sia la neutralità delle istituzioni pubbliche a consentire la limitazione dei simboli religiosi all'interno degli uffici o edifici pubblici. Tale giurisprudenza, negli ultimi anni, si è avvicinata ad un riconoscimento della libertà religiosa positiva di indossare simboli religiosi negli ambienti di lavoro, e non protegge, in nessun caso, il divieto dell'uso del velo islamico nelle scuole pubbliche, come accaduto in Turchia con una sentenza criticata dall'autrice.

Il problema più discusso, almeno in Italia e in Spagna, riguarda la posizione dei docenti di religione nelle scuole pubbliche, in quanto la loro nomina avviene, o è confermata, da un'autorità religiosa. La nomina – o la permanenza in servizio – può essere condizionata non solo dalle idee professate, ma anche dalle condotte della sua vita privata, come il divorzio, la convivenza senza matrimonio o il matrimonio di un sacerdote, il caso Fernández Martínez di cui si è occupata anche la CEDU. Viene affrontata anche la non semplice questione relativa alla partecipazione di pubblici impiegati a manifestazioni religiose pubbliche – frequenti nei nostri paesi – in occasione delle quali viene imposto lo svolgimento di compiti – come il rendere omaggio a simboli religiosi – a impiegati con opzioni religiose incompatibili con la religione cattolica.

Il capitolo centrale è dedicato alla libertà religiosa all'interno del rapporto di lavoro privato. In questo caso, il principio di neutralità entra in gioco dal momento della stipulazione del contratto, in quanto il datore di lavoro non può né assumere informazioni relative al credo religioso del lavoratore, né tenerne conto ai fini dell'assunzione. Si porrà, inoltre, il problema di “come combinare la neutralità dell'impresa con l'opzione religiosa del lavoratore”,

ovverossia di stabilire sino a che punto la convinzione religiosa possa influire sulla libertà d'impresa riconosciuta all'imprenditore. L'autrice sostiene che, in questo caso, il divieto di discriminazione religiosa non è che un semplice strumento finalizzato a garantire la libertà religiosa quale diritto di libertà.

Tale problema dev'essere concretamente affrontato in un contesto di pluralismo religioso, che genera differenze tra i lavoratori sotto differenti aspetti, come il cibo, l'abbigliamento, le festività religiose, etc. Secondo l'autrice, coloro che praticano religioni minoritarie, a causa del proprio credo, possono trovarsi in condizioni di svantaggio rispetto agli altri lavoratori, ad esempio per quanto riguarda le festività, o i giorni di riposo. Si tratta di una questione che attiene all'obbiettivo di facilitare l'inclusione e l'integrazione delle minoranze religiose.

L'autrice che si cimenta in un'analisi assai completa dell'ambito della Direttiva 2000/78, segnala la progressiva trasformazione della discriminazione, da intendersi non più come mero divieto delle differenze ma anche quale protezione della libertà e dignità della persona. La progressiva oggettivizzazione della nozione di discriminazione, che prescinde dal fattore intenzionale, avrebbe comportato una svalutazione dell'elemento comparativo. Ciò si è verificato quando la discriminazione è derivata proprio dal fatto che le vittime hanno ricevuto lo stesso trattamento riservato agli altri lavoratori, mentre si consideravano o si sentivano differenti in quanto membri di un determinato gruppo o per le proprie scelte personali.

Tale nuovo approccio sposta l'attenzione sull'elemento obbiettivo delle conseguenze – nel caso della discriminazione indiretta – per l'apparente neutralità insita nei trattamenti uguali. La tutela antidiscriminatoria, quindi, si aprirebbe verso una tutela delle differenze tale da legittimare disparità di trattamento – che non potrebbero più considerarsi discriminazioni – derivanti da motivi religiosi. Si tratterebbe di una fattispecie assimilabile alla fattispecie delle azioni positive in materia di sesso o di disabilità.

Relativamente alla protezione dei diritti delle minoranze religiose, l'autrice sostiene che la normativa vigente non contiene alcuno specifico dovere del datori di lavoro di garantire un "accomodamento ragionevole" del posto di lavoro in funzione delle esigenze religiose del lavoratore; si tratta di una questione di non facile soluzione non riducibile alla mera tolleranza delle differenze; richiederebbe, invece, che le convinzioni religiose del lavoratore possano trovare un accomodamento all'interno del posto di lavoro a condizione di non pregiudicare i diritti altrui.

La diffusione del multiculturalismo, soprattutto la presenza di convinzioni religiose o convinzioni personali (ad esempio quanto al cibo) la cui pratica può riguardare il momento dello svolgimento dell'attività lavorativa, apre nuove sfide quanto al rilievo di tali diritti nei luoghi di lavoro se si tiene presente che, in ultima istanza, per poter proteggere le differenze religiose all'interno del posto di lavoro è necessario riconoscere un diritto alla differenza. Sia la CEDU che la CGUE esigono un certo grado di proporzionalità, o di accomodamento ragionevole, nei casi di limitazioni (come per l'abbigliamento o il riposo festivo settimanale) nei quali il concetto di discriminazione è stato utilizzato per rispettare la diversità. Si tratta di un tema che si presta alla polemica ed a differenti punti di vista e che, più che alla materia della discriminazione, appartiene a quella della tutela delle libertà.

L'autrice, pertanto, affronta il tema dell'equilibrio tra gli interessi delle parti all'interno del rapporto di lavoro e del ruolo che gioca il principio di proporzionalità. Si tratta di ponderare il valore, o la forza, degli interessi in conflitto: quelli del lavoratore che rivendica la propria libertà religiosa, quelli economici dell'imprenditore, e quelli degli altri lavoratori, per stabilire in quale misura la protezione possa essere limitata, o accordata, con riferimento ad un singolo o ad un gruppo.

Lo strumento della proporzionalità non è esente difficoltà applicative e potrebbe condurre a conclusioni falsamente oggettive. L'autrice ritiene che un'efficace alternativa al criterio della proporzionalità potrebbe essere costituito dalla nozione di accomodamento ragionevole, un concetto che la stessa Direttiva 2000/78/CE applica nel caso della disabilità, che ha una lunga tradizione nella giurisprudenza nordamericana, soprattutto nel Diritto canadese, dove il dovere ad un accomodamento ragionevole è considerato uno strumento di adattamento della società alla diversità religiosa.

L'autrice, dopo aver esaminato nel dettaglio le similitudini e le differenze tra il test di proporzionalità e il sistema dell'accomodamento ragionevole, giunge alla conclusione che siano maggiori i vantaggi derivanti dall'uso della nozione di accomodamento ragionevole, così come sembra accoglierli la giurisprudenza della CGUE, che impone al datore di lavoro l'onere di provare che il regime di neutralità – o di non accomodamento – sia necessario ed adeguato per l'esercizio della libertà di impresa.

Sostiene, tuttavia, e con ragione, che le Corti europee non hanno riservato alla discriminazione per motivi religiosi la stessa attenzione accordata ad altre forme di discriminazione. Per quanto il metodo dell'accomodamento

ragionevole, a suo avviso, potrebbe applicarsi per via interpretativa nell'ambito del test di proporzionalità, ritiene tuttavia auspicabile che sia il legislatore europeo ad estendere esplicitamente il dovere di accomodamento ragionevole alla discriminazione per motivi religiosi.

Dopo tale impegno concettuale, l'autrice affronta un'interessante analisi critica dei casi o situazioni concrete che hanno dato luogo a pronunce giudiziali in diversi paesi o ad opinioni della dottrina derivanti dal pluralismo religioso nonché del particolare attivismo delle religioni minoritarie, soprattutto dell'islamismo: il consumo di alimenti all'interno dei luoghi di lavoro; l'orario di lavoro incompatibile con la preghiera; i codici sull'abbigliamento, con particolare riferimento al velo islamico; il rifiuto dello svolgimento di particolari mansioni per motivi religiosi. Un'analisi finale è dedicata al trattamento del fattore religioso nella contrattazione collettiva in Italia, dove si giunge alla conclusione che il contratto collettivo potrebbe essere un ottimo strumento per conciliare le esigenze religiose con quelle derivanti dal contratto.

Il capitolo finale è dedicato al classico tema della tutela della libertà religiosa nelle organizzazioni religiose, con particolare attenzione al rapporto che intercorre tra tale libertà – considerata, sotto il profilo collettivo dal punto di vista dell'imprenditore – con il diritto individuale del lavoratore alla libertà religiosa, che potrebbero non coincidere con quelli dell'organizzatone.

Con riferimento a tale fattispecie, si riteneva che i contratti di lavoro con le organizzazioni di tendenza – e per ciò che qui interessa con quelle di ispirazione religiosa – potessero contenere alcune singolarità, o “specialità” a causa della presenza, al loro interno, di un “elemento fiduciario” volto a facilitare il conseguimento delle finalità proprie dell'organizzazione religiosa. Tale particolarità comporterebbe per il lavoratore un obbligo di diligenza e di fedeltà “aggravato”, nonché l'obbligo di “collaborare” per il perseguimento dell'obiettivo ideologico o confessionale dell'organizzazione da cui dipende, la cui autonomia si ritiene riconosciuta costituzionalmente, in quanto contenuto della libertà religiosa o di pensiero.

Tale idea trova riscontro nell'art. 4.2 della Direttiva 2000/78, che consente una disparità di trattamento se giustificata dalla natura della prestazione. Per la prof.ssa Fernández Sánchez, si tratterebbe di un'espressione del riconoscimento della libertà religiosa delle organizzazioni, ovvero di una libertà “collettiva” riconosciuta ai gruppi religiosi. Tale libertà, tuttavia, potrebbe comportare una possibile limitazione del diritto “individuale” dei

singoli lavoratori, per cui si impone un equilibrio tra il profilo collettivo e quello individuale, indicato dalla stessa Direttiva, laddove impone che la disparità di trattamento debba costituire un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa e basato esclusivamente su motivi di carattere religioso.

La giurisprudenza della CGUE in materia di conflitto tra la libertà ideologica dell'organizzazione religiosa ed il diritto alla non discriminazione del lavoratore – soprattutto con le sentenze del 2018 nel caso Egenberger e nel caso IR, esaminate in maniera approfondita – ha gettato le basi per un aggiornamento dottrinale con riferimento al concetto di requisito professionale, che tenga conto della natura dell'attività svolta. Tale requisito dovrà essere “essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica della Chiesa”. “Essenziale”, cioè sussista la necessità di appartenenza alla religione o l'adesione alle sue convinzioni in relazione all'importanza delle concrete mansioni svolte; “legittimo”, nel senso che tale obiettivo non dev'essere finalizzato al raggiungimento di un obiettivo estraneo a tale etica o autonomia; “giustificato” in quanto sarà la Chiesa a dover dimostrare, alla luce del caso concreto, che “in caso di mancanza del requisito richiesto il pregiudizio sofferto risulti probabile e grave, tanto da risultare veramente necessario”. Tuttavia, una volta rispettati tali principi, il requisito “dovrà risultare conforme al principio di proporzionalità che, pur non figurando espressamente nell'art. 4.2 della Direttiva, appartiene ai principi generali del Diritto dell'Unione europea.

È richiesta, inoltre, la verifica della natura “ideologica” della prestazione, che dev'essere inerente al contenuto del contratto di lavoro e connessa con l'ideologia della parte datoriale. Perché possa essere richiesta l'appartenenza al credo religioso non sarà, quindi, sufficiente la mera titolarità patrimoniale dell'impresa – che potrebbe anche svolgere un'attività materiale o economica, operando nel mercato in concorrenza con altri agenti economici – ma occorrerà che si tratti di una funzione ecclesiale, di culto, propaganda e proselitismo.

La prof.ssa Fernández Sánchez ritiene che tale orientamento sia uscito rafforzato grazie alla più recente giurisprudenza della CGUE che estende l'applicazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea ai rapporti interpretati e consente il ricorso ad essa nelle controversie di ambito privato.

Un'ultima questione è relativa alla domanda se il laicismo o la neutralità possano costituire la “tendenza” dell'impresa e se la laicità possa essere assi-

milata ad una ideologia o convinzione a mente dell'art. 4.2 della Direttiva 2000/78/CE consentendo così, al datore di lavoro, di imporre ai propri dipendenti un principio di neutralità o il divieto di manifestare la propria appartenenza religiosa. Ipotesi da non condividersi, in quanto, secondo l'autrice, "con ciò finirebbe per essere rovesciato il senso del principio di libertà religiosa".

In definitiva, ci troviamo di fronte ad una importante monografia che affronta in profondità, e con conclusioni condivisibili, la complessa problematica relativa all'incidenza tra il diritto fondamentale alla libertà religiosa e la dinamica del contratto di lavoro. Nel libro si incontrano utili elementi interpretativi quanto al concetto e contenuto della libertà religiosa, delle sue possibili manifestazioni e della sua rilevanza nello svolgimento del rapporto di lavoro – soprattutto nel caso che le convinzioni religiose siano interessate dal contenuto del rapporto di lavoro e nel caso di conflitto tra l'interesse personale del lavoratore e quello dell'entità religiosa –. Vengono, inoltre, proposti criteri che possano condurre ad un accomodamento ragionevole nelle ipotesi di conflitto tra l'interesse personale del lavoratore e quello dell'organizzazione religiosa.

L'opera, come afferma Piera Loi, costituisce "un fondamentale strumento di analisi di fenomeni la cui frequenza all'interno dei luoghi di lavoro non potrà che aumentare a causa dell'intensificarsi dei fenomeni migratori". Da parte mia, mi compiaccio per aver incoraggiato Sonia Fernández Sánchez a cimentarsi con questo tema, che ha affrontato brillantemente conseguendo ottimi risultati, anche per essere riuscita ad equilibrare – cosa non facile – gli aspetti concettuali e dogmatici con la problematica derivante dall'applicazione pratica e dall'ampiezza della casistica affrontata.

Lorenzo Zoppoli

E adesso, pover'uomo?

I working poors secondo Hans Fallada

Raramente accade di leggere un romanzo così profondamente intriso di una pervasiva tristezza, una tristezza oggettiva, che salta fuori dalla pagina scritta anche se l'umore del lettore è dei più allegri e spensierati (e confesso che, ahimè, non mi capita spesso). Eppure le quasi seicento pagine di Hans Fallada si leggono come attratti da una forza magnetica, misto di empatia e aspettativa intellettuale. Indubbiamente la prima, come invece mi capita spesso, era la molla determinante. Non per nulla Ralf Dahrendorf e Beniamino Placido nei due scritti introduttivi alla riedizione italiana di Sellerio del 2008 (che nell'originaria versione ha generato subito due film – uno tedesco-nazista nel 1932 e l'altro americano nel 1933 – e solo nel 2016 una traduzione teatrale al Gorki di Berlino) segnalano il romanzo di Fallada, considerandolo uno dei capolavori del neorealismo tedesco degli anni '30 alle prese con l'avvitamento nazionale e, di lì a poco, europeo nelle spire del nazismo come risposta di popolo a un disagio profondo e complesso. Però stile e storia mi hanno spiazzato perché Fallada in realtà racconta una vicenda dove politica e ideologia compaiono, a intermittenza, solo sullo sfondo mentre i protagonisti sono una coppia alle prese con l'edificazione di una piccola famiglia fondata su un solido quanto elementare cemento amoroso tra due individui fondamentalmente soli (la solitudine è un altro tema prediletto di Fallada¹) e su un bilancio familiare insufficiente e decrescente. Il vero protagonista del romanzo è proprio questo magro bilancio. In proposito non si

¹ Il suo capolavoro è *Ognuno muore solo*, sulla resistenza al nazismo (1947, pubblicato da Einaudi nel 1950).

può non concordare con Beniamino Placido che vede il fulcro della corposa storia nella minuziosa nota delle spese mensili, compilata dalla sposina in dolce attesa, da cui emerge con vividezza sia l'animo gentile dei due coniugi sia un altro, indefinito e minaccioso, materiale nero. Quest'ultimo è costituito dai soldi guadagnati dal marito Johannes Pinnemberg, commesso in un grande negozio di abbigliamento (dopo essere stato licenziato da un precedente commerciante di mangimi per aver tenuto nascosto il suo matrimonio), che non bastano neanche per le spese necessarie (tra cui alcuni centesimi per i fiori) e, soprattutto, dagli umori che, secondo Placido (che cita Dahrendorf), generano dai conti difficili da far quadrare: "...brutti pensieri. Quindi i nervosismi, gli isterismi. Forse i nazismi".

Per chi ricorda la prosa di Placido, in tre "ismi" si racchiude un'analisi profonda, nutrita dalle letture più varie sull'eziologia del nazismo. Eppure la mia impressione è che, con tutta l'ammirazione per Placido, quell'analisi non dia conto né del vero baricentro del libro né del suo contributo a penetrare e condividere la realtà dell'essere poveri in una società animata da forze potenti che spingono ognuno a manifestare e realizzare i propri desideri di affermazione e dominio.

Perciò la tristezza – il tipo di tristezza, i mattoni narrativi con cui è costruita – mi ha spiazzato. La tristezza che racconta così bene Fallada non è quella della povertà materiale (pure da non sottovalutare), in fondo facile da contrastare (basta guadagnare qualche soldo in più). Piuttosto è la tristezza che impregna un'evoluzione dei rapporti sociali – e in specie dei rapporti di lavoro – in cui la dignità non ha posto. E in cui il povero diventa il capro espiatorio di tutti coloro che vendono la propria dignità nemmeno al migliore offerente, ma a chi è disposto a pagare un salario regolare per comprarsela.

Certo una parte consistente del libro riguarda la condizione di un (ex) capofamiglia disoccupato e miseramente sussidiato, costretto a penose peregrinazioni per riscuotere il suo sussidio appena sufficiente a saldare i debiti via via contratti, mortificato dal dover dipendere dagli introiti casuali della moglie reinventatasi ricamatrice occasionale e dovuti a carità spocchiose di ricchi boriosi. Condizione che precipita sotto le manganellate *ad personam* di sedicenti poliziotti che tengono sotto tiro poveri sospetti di ogni devianza in una Berlino tanto violenta quanto disumanizzata da una lotta politica feroce e sterile. Soprattutto quella lotta politica è incapace di contrastare processi di proletarizzazione dei ceti medi che riguardano sì il benessere materiale, ma non la costruzione di nuove convergenze solidaristiche.

Perciò per un impiegato tedesco di quel periodo diventare disoccupato e povero emarginato significa diventare il bersaglio ideale di chi vuole allontanare da sé i fantasmi che più terrorizzano i ceti ancora partecipi delle briciole della ricchezza o del potere esistenti: che sia un operoso artigiano o un poliziotto cui è affidato il nuovo ordine. Pinnemberg ne esce definitivamente annientato. E solo la *pietas* del narratore gli concede la salvezza nel “vecchio amore” della moglie virtuosa, in uno zuccheroso finale, alternativo a quello che sarebbe invece lucidamente conseguente alle più mortificanti vicende (cioè il suicidio). E questo epilogo consolante è senz'altro il punto debole del romanzo, reso visibile dalle poche righe che ribaltano il finale e che, pur evitando il gusto amarissimo di una tragica conclusione, non reggono il confronto con lo stile “dismagato” del romanzo di cui parla il primo traduttore italiano. Anche se commenti competenti considerano questo mediocre finale la chiave di volta del successo commerciale del romanzo tra i contemporanei, non solo tedeschi.

Oggi comunque le ragioni per leggerlo sono altre e ben più rilevanti. La coppia di Fallada non è infatti costituita né da “agnellini” (dal nomignolo affettuoso, Lamschen, della signora Pinnemberg) né da nazisti *in pectore*, secondo il dilemma che si pone Beniamino Placido, bensì da esseri umani inchiodati alla difesa della propria dignità e quindi testimoni privilegiati di una cultura e una società che, incapaci di garantire ad ogni persona comune la propria dignità, hanno optato per la sopraffazione, la sottomissione, l'annichilimento dell'altro pur di assicurare ogni potere e ricchezza ai migliori, per razza e per capacità di dominio.

I coniugi Pinnemberg sono il microcosmo in cui Fallada osserva questa progressiva destrutturazione delle dignità individuali ad opera dei contesti collettivi tanto familiari quanto professionali. Per quello che qui interessa i secondi contano di più. E da leggere con grande attenzione sono allora le pagine dedicate: alla scelta subdola dell'impiegato da licenziare tra i quattro dipendenti riottosi ad assecondare i disegni personali del principale (maritare la figlia brutta e viziata); a quelle che indagano con grande finezza i devastanti effetti dell'introduzione di meccanismi salariali rigorosamente ancorati alla quantità delle vendite di capi di abbigliamento, con correlati mercanteggiamenti tra i commessi di clienti e di importi venduti; o alla singolare attività autonoma che si inventa il migliore dei commessi, Heilbutt, licenziato per comportamento privato immorale (pubblicazione di una sua foto di nudo integrale, da naturista convinto). Quest'ultima vicenda tra l'altro è il colpo

di grazia per Johannes Pinnemberg, in quanto Heilbutt è un amico che lo aiuta con tatto e discrezione quando è in difficoltà con le vendite e che gli offre anche di lavorare con lui quando è disoccupato. Però la nuova attività di Heilbutt – destinata a grande successo – consiste nella vendita di foto pornografiche e Pinnemberg si sente profondamente leso nella sua dignità ad inseguire i capricci pruriginosi di questa nuova utenza.

Sull'altro versante anche la signora Pinnemberg, pur ridotta in miseria, rifiuta l'ennesimo generoso aiuto dell'amante della suocera – donna dai costumi più che disinvolti, al punto da gestire una casa di prostituzione – che, poco di buono anche lui, avrebbe aiutato il marito a trovare un lavoro – forse non del tutto onesto – in cambio di una relazione affettuosa con la giovane donna. Da notare l'argomentazione del rifiuto: mio marito è un uomo profondamente onesto, non sono i soldi che ci servono, ma la possibilità di guadagnare regolarmente (poco o molto, non è decisivo) senza metterci la nostra dignità sotto i piedi.

La coppia resta però sola, con la propria dignità e un figlio, bimbo di meno di due anni dall'incerto destino. E non c'è un futuro. Solo l'interrogativo che dà titolo al romanzo. E la voglia del lettore, giunto alla fine intriso di tristezza e angoscia, di rispondere: dai uomo, non sei povero, hai la dignità e l'amore di una donna onesta e di tuo figlio. Ma sarebbe la più disonesta delle risposte. Invece c'è da riavvolgere il corso della narrazione. Tornare al Pinnemberg lavoratore, *working poor ante litteram*, e zoomare lì. Quando è lui stesso a chiedersi perché non c'è solidarietà tra gli impiegati minacciati dal datore di lavoro, tutti in egual misura. E a chiedersi ancora se non sarebbe meglio essere operai, più abituati a darsi solidarietà reciproca. Ecco è proprio in quella carenza di solidarietà che si rischia di perdere la dignità, come lavoratore e come disoccupato. Perché la vera lezione della storia che ci ha condotto al nazismo è che non esiste salvezza individuale: e quella collettiva o la costruiscono gli individui che credono nel profondo rispetto di ogni individualità oppure la costruiscono gli altri, coloro che vogliono solo sfuggire alla comune ineliminabile solitudine umana sottomettendo e cannibalizzando quanto più libertà individuali è possibile.

notizie sugli autori

Gandolfo Maurizio Ballistreri

Associato di diritto del lavoro, Università di Messina

Mario Barcellona

Già Ordinario di Diritto civile, Università di Catania

Silvia Borelli

Associata di Diritto del lavoro, Università di Ferrara

Costantino Cordella

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Chiara Cristofolini

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Trento

Umberto Gargiulo

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Magna Græcia di Catanzaro

Andrea Gentile

Ricercatore di Diritto penale, Università telematica San Raffaele di Roma

Gaetano Natullo

Ordinario di Diritto del lavoro, Università del Sannio

Adalberto Perulli

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università Ca' Foscari Venezia

Maura Ranieri

Associata di Diritto del Lavoro, Università Magna Græcia di Catanzaro

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Professore Cattedrático di Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada, Spagna

Mario Rusciano

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Charles F. Szymanski

Professore di Diritto del lavoro, Vytautas Magnus University, Lithuania

Lorenzo Zoppoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.ddlmm.eu/ sezione Rivista.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2023
dalla Grafica Elettronica (Na)