



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

STUDI IN MEMORIA  
DI  
MASSIMO ROCCELLA

*a cura di*

MARIAPAOLA AIMO, ANNA FENOGLIO, DANIELA IZZI



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane





MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO  
17/2021

*Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza*

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

Studi in memoria  
di  
Massimo Roccella

*a cura di*

MARIAPAOLA AIMO, ANNA FENOGLIO, DANIELA IZZI



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI TORINO

Edizioni  
Scientifiche  
Italiane



La presente opera è finanziata con fondi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino ed è stata sottoposta a revisione da parte di una Commissione di Lettura di docenti del Dipartimento nominata dal Comitato Scientifico della Collana.

Le curatrici ringraziano il dott. Lorenzo Del Balzo per la collaborazione prestata nella correzione delle bozze del volume.

AIMO, Mariapaola; FENOGLIO, Anna; IZZI, Daniela (*a cura di*)  
Studi in memoria di Massimo Roccella  
Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 17/2021  
Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2021 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
[www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
[info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

© 2021 Università degli Studi di Torino  
10124 Torino, Via Verdi 8  
[www.collane.unito.it/oa/](http://www.collane.unito.it/oa/)  
[openaccess@unito.it](mailto:openaccess@unito.it)

pp. XXVIII+900; 24 cm  
ISBN: 978-88-495-4648-4

ISBN: 9788875901851

Prima edizione: ottobre 2021  
un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

*Comitato scientifico:*

GIAN GUIDO BALANDI  
MARIA VITTORIA BALLESTRERO  
MARZIA BARBERA  
ALESSANDRO BELLAVISTA  
UMBERTO CARABELLI  
DONATA GOTTARDI  
FAUSTA GUARRIELLO  
LUIGI MARIUCCI †  
UMBERTO ROMAGNOLI  
TIZIANO TREU

*Comitato promotore:*

MARIAPAOLA AIMO  
ANNA FENOGLIO  
DANIELA IZZI









## Sommario

<i>Nota biografica di Massimo Roccella</i>	XV
<i>Le opere</i>	XIX
<i>Prefazione</i>	XXVII

### SEZIONE PRIMA La questione salariale oggi

AMOS ANDREONI <i>Lavoro povero, contrattazione collettiva e salario minimo</i>	3
MARIA VITTORIA BALLESTRERO, GISELLA DE SIMONE <i>Riallacciando il filo del discorso. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo</i>	19
MARZIA BARBERA, FABIO RAVELLI <i>La Proposta di direttiva sul salario minimo adeguato: la risposta dell'Unione europea a un problema storico del diritto del lavoro</i>	55
MARCO BARBIERI <i>Il salario minimo legale in Italia, dagli studi di Massimo Roccella alla proposta di direttiva e ai disegni di legge di questa legislatura</i>	75
VINCENZO BAVARO, GIOVANNI ORLANDINI <i>Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi</i>	95
ALESSANDRO BELLAVISTA <i>Massimo Roccella e il salario minimo legale</i>	119

LUISA CORAZZA <i>Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente</i>	129
DOMENICO GAROFALO <i>La questione della povertà: dal salario minimo legale al reddito di cittadinanza</i>	141
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA <i>La garantía del salario en los procesos de descentralización productiva</i>	161
DONATA GOTTARDI <i>Giustizia retributiva e trasparenza</i>	185
PIERA LOI <i>La direttiva sui salari minimi e adeguati nell'attualità del diritto sociale europeo</i>	201
MARIELLA MAGNANI <i>Contrattazione collettiva e relazioni sindacali post Covid</i>	223
MARCO NOVELLA <i>I salari negli appalti pubblici</i>	233
PAOLO PASCUCCI <i>Il salario minimo tra la proposta di direttiva e i disegni di legge italiani</i>	255
ORSOLA RAZZOLINI <i>Brevi note su salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: in ricordo di Massimo Roccella</i>	275
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO <i>Massimo Roccella y la propuesta de directiva sobre salario mínimo</i>	297
TIZIANO TREU <i>Il salario minimo adeguato: dagli argomenti di Massimo Roccella al dibattito attuale</i>	311
JESÚS CRUZ VILLALÓN <i>La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión europea</i>	329

LORENZO ZOPPOLI

*Basi giuridiche e rilevanza della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*

351

SEZIONE SECONDA  
**Lavori flessibili e lavori precari  
 fra subordinazione e autonomia**

CRISTINA ALESSI

*Il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine: il dialogo recente tra Corte di giustizia e corti nazionali*

373

ANDREA ALLAMPRESE

*Tempi, luoghi di lavoro e potere di controllo datoriale nella gig economy*

389

FABRIZIO BANO

*Quando lo sfruttamento è smart*

405

FRANCO CARINCI

*Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro*

423

MADIA D'ONGHIA

*Spunti di riflessione sulle "moderne" forme di sfruttamento lavorativo*

441

ANNA FENOGLIO

*Autonomia dei lavoratori nella subordinazione, oggi*

459

LORENZO GAETA

*La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*

485

ALESSANDRO GARILLI

*La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale*

503

STEFANO GIUBBONI

*I riders delle piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*

523

FAUSTA GUARRIELLO <i>L'accesso alla contrattazione collettiva per i lavoratori delle piattaforme: una corsa a ostacoli</i>	541
FEDERICO MARTELLONI <i>La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica</i>	559
ORONZO MAZZOTTA <i>Statuto dei lavoratori e statuti dei lavori cinquant'anni dopo</i>	575
LUIGI MENGHINI <i>Termine finale e licenziamento nell'evoluzione del diritto del lavoro: dialogo con Massimo Roccella</i>	589
ADALBERTO PERULLI <i>Il diritto del lavoro, al di là della subordinazione</i>	609
UMBERTO ROMAGNOLI <i>Verso la normalizzazione del lavoro a distanza</i>	627
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI <i>I riders nella giurisprudenza italiana, nelle sentenze delle Corti Supreme di taluni paesi europei e nella ordinanza Yodel della Corte di giustizia</i>	639

SEZIONE TERZA  
**Spigolature sull'Europa sociale**

MARIAPAOLA AIMO <i>Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?</i>	655
EDOARDO ALES <i>I diritti sindacali di controllo nell'opera di Massimo Roccel- la: una rilettura in dialogo postumo</i>	683
ANTONIO BAYLOS GRAU <i>Europa y el derecho del trabajo. Irrupción de la crisis y re- formas laborales (el caso español)</i>	699

<i>Sommario</i>	XIII
OLIVIA BONARDI <i>Il caso Stoeckel 30 anni dopo</i>	717
SILVIA BORELLI <i>Diritti sindacali, concorrenza e democraticità del processo di integrazione europea. Appunti a partire dai lavoratori delle piattaforme</i>	739
VINCENZO FERRANTE <i>Le nozioni di orario di lavoro e di riposo alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia</i>	757
LUCIANA GUAGLIANONE <i>Azione sindacale, lavoro a distanza e gap di genere. L'Unione Europea sollecita un cambio di paradigma</i>	775
DANIELA IZZI <i>Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da Laval a oggi</i>	793
ANDREA LASSANDARI <i>Rilievi sulla discriminazione per convinzioni personali</i>	819
ANTONIO LO FARO <i>Al di là del distacco. La mobilità dei lavoratori nel mercato interno tra competizione regolativa e abuso del diritto di stabilimento</i>	837
MASSIMO PALLINI <i>Libertà di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi e tutela della concorrenza: apologia della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE</i>	857
STEFANIA SCARPONI <i>Work life balance fra diritto dell'UE e diritto interno</i>	879
<i>Le Autrici e gli Autori</i>	895



## *Nota biografica di Massimo Roccella*

Nato a Palermo il 20 aprile 1953, Massimo Roccella si laureò in Giurisprudenza col massimo dei voti nel 1975 e si trasferì poi, per approfondire lo studio del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, ove mosse i primi passi sotto la guida di Tiziano Treu. Divenuto ricercatore presso l'Università di Trento nel 1984, già l'anno successivo, ad appena 32 anni, Massimo vinse il concorso nazionale per la cattedra di diritto del lavoro grazie alla sua ricca attività scientifica e in particolare all'edizione provvisoria della sua prima monografia dedicata a *I salari*, pubblicata poi nel 1986: una monografia che irrompeva nell'infuocato dibattito di allora in materia retributiva con proposte e spunti meritevoli di particolare attenzione e che incontrò il vivo apprezzamento della prestigiosa commissione valutatrice (composta da Gino Giugni, Giorgio Ghezzi, Mattia Persiani, Giuseppe Suppiej e Tiziano Treu).

Dopo aver svolto un triennio di docenza come professore straordinario nell'Università di Cagliari, nel 1990 fu chiamato a ricoprire il ruolo di professore ordinario di diritto del lavoro dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ove ha insegnato per vent'anni a diverse generazioni di studenti.

Poco dopo il suo arrivo a Torino, nel 1992, Massimo Roccella fece la scelta di affiancare al corso istituzionale di diritto del lavoro l'insegnamento del diritto del lavoro comunitario, cogliendo con netto anticipo la rilevanza spiegata per gli ordinamenti nazionali del lavoro dalle fonti e dalla giurisprudenza europee. Proprio al 1992 risale la prima edizione del manuale di *Diritto del lavoro della Comunità europea*, scritto da Massimo insieme al suo maestro: manuale che è stato in Italia il primo nel suo genere e che è giunto ormai (col titolo nel frattempo mutato di *Diritto del lavoro dell'Unione europea*) alla sua ottava edizione. Dallo studio esercitato in materia con incessante attenzione, senza trascurare



le dimensioni non giuridiche del processo d'integrazione europea, sono nati molti altri significativi lavori scientifici, fra i quali si ricorda qui almeno il libro del 1997 su *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*.

Sul versante del diritto del lavoro nazionale, per offrire la propria concezione – certamente non neutra – della disciplina che insegnava, Massimo scrisse il *Manuale di diritto del lavoro* pubblicato per la prima volta nel 2004: un'opera a cui teneva in modo particolare, redatta e aggiornata con la stessa meticolosa cura con cui preparava le sue lezioni, poi continuata da Donata Gottardi e Fausta Guarriello fino alla sesta edizione.

Non è possibile ricostruire in questa sede il complesso itinerario scientifico percorso da Massimo (per il quale si rimanda all'elenco delle opere). Vanno però almeno menzionati il volume inserito nel Trattato Schlesinger su *I rapporti di lavoro a termine* del 1990 (una tipologia contrattuale su cui Massimo non ha mai smesso di riflettere), i suoi originali studi sui confini tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, nonché i contributi attraverso cui Massimo ha rivolto argomentate critiche alle “riforme” del nuovo secolo. Molti di tali contributi sono pubblicati nelle prestigiose riviste scientifiche giuslavoristiche della cui direzione faceva parte e alle quali era più legato (la *Rivista giuridica del lavoro* e *Lavoro e diritto*): entrambe riconducibili ad una specifica, benché eterogenea, area culturale.

La fervente attività di ricerca svolta da Massimo non è mai stata fine a se stessa, ripercuotendo i suoi effetti ben oltre i confini dell'Accademia. Costante e appassionato è stato infatti il suo impegno nel tradurre il raffinato sapere scientifico in proposte giuridiche volte alla soluzione di diverse e importanti questioni del lavoro, contribuendo ad arricchire in modo significativo i dibattiti aperti nella comunità scientifica e nel mondo sindacale e politico. È stato componente attivo della Consulta giuridica del lavoro della Cgil fin dagli anni '90, operando con ferma convinzione per la difesa e la promozione dei diritti sociali. Tra il 1999 e il 2000, in un momento storico drammaticamente segnato dall'omicidio dell'amico Massimo D'Antona, ha inoltre svolto la funzione di consigliere giuridico del Ministro del lavoro Cesare Salvi. Massimo ha inoltre sempre scelto di far circolare le sue idee e le sue riflessioni sui problemi socialmente più spinosi della nostra materia entro una platea assai più ampia di quella accademica grazie agli editoriali che scriveva per diversi quotidiani nazionali, come *il Manifesto*, *l'Unità* e *il Fatto quotidiano*, nonché attraverso gli scritti pubblicati su *Micromega*.

Massimo Roccella è mancato improvvisamente il 3 novembre 2010 nella casa di Milano dove viveva con la moglie Velia e la figlia Camilla, lasciando incompiuti i numerosi progetti a cui stava lavorando.

Ci restano la sua storia e i suoi scritti, che continuano a offrire spunti di riflessione e a testimoniare i valori di giustizia ed equità sociale in cui fermamente credeva.



## Le opere

1976

*L'azione sindacale per il controllo degli investimenti*, in AA.VV., *I diritti dei lavoratori*, III, Milano: Mazzotta, p. 127 ss.

1977

*Parte obbligatoria del contratto collettivo e diritti sindacali di controllo*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 413 ss.

*I diritti sindacali di controllo al vaglio della magistratura*, in *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 833 ss.

*Le ambiguità del dibattito sulla democrazia industriale*, in *Prospettiva sindacale*, n. 2, p. 113 ss.

1979

*Sindacato e poteri pubblici: il quadro istituzionale*, in AA.VV., *Sindacalisti nelle istituzioni*, Roma: Edizioni Lavoro, p. 19 ss.

1980

*Sistemi di prevenzione e di composizione dei conflitti collettivi di lavoro nei paesi della Comunità europea*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 551 ss.

1981

*Sindacato e contrattazione collettiva nel pubblico impiego locale: il caso di Milano*, in *Prospettiva sindacale*, n. 1, p. 115 ss.

*Sindacato e contrattazione collettiva nel pubblico impiego locale*, in F. Ferraresi, U. Romagnoli, T. Treu (a cura di), *Il sindacato nella pubblica amministrazione*, Edizioni Lavoro, p. 199 ss. (in collaborazione con D. Lucchi).

1982

*La composizione dei conflitti di lavoro nella grande impresa: il caso*

*dell'Alfa Romeo di Arese*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 251 ss.

### 1983

*Il salario minimo legale*, in *Politica del diritto*, p. 231 ss.

### 1984

*Minimum wage fixing: an historical and comparative perspective*, in *Comparative labor law*, p. 82 ss.

*Bargaining, participation and settlement of disputes in a state-owned company: the case of the postal service administration*, in T. Hanami (a cura di), *Industrial conflict resolution in market economies*, Deventer: Kluwer, p. 159 ss.

*La composizione dei conflitti di lavoro*, Roma: Edizioni Lavoro.

*Una experiencia de mediación regional. El caso de la Región del Véneto*, in *Tema Laborales*, n. 1, p. 24 ss.

### 1986

*I salari*, Bologna: il Mulino.

*Commento agli artt. 9 (lavoro straordinario) e 10 (compenso per il lavoro straordinario) dell'accordo intercompartimentale*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 811 ss.

*Disposizioni in materia di indennità di contingenza*, in *Nuove leggi civili commentate*, p. 459 ss.

*Salario e formazione. Gli incerti equilibri dell'accordo interconfederale 8 maggio 1986*, in *Prospettiva sindacale*, n. 62, p. 129 ss.

### 1987

*Il salario d'ingresso come incentivo all'occupazione giovanile*, in *Lavoro e diritto*, p. 369 ss.

*Il contratto a termine*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 758 ss.

*Salario d'ingresso e occupazione giovanile*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università di Cagliari*, Milano: F. Angeli.

### 1988

*La nuova disciplina del lavoro temporaneo*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo l'“emergenza”*, Milano: Giuffré, p. 53 ss.

*Indicizzazione e politica salariale*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo l'“emergenza”*, Milano: Giuffré, p. 149 ss.

*Licenziamenti illegittimi e reintegrazione nel posto di lavoro. I risultati di una ricerca empirica*, in *Lavoro e diritto*, p. 423 ss.

*Politiche retributive e livelli della contrattazione collettiva*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 4, p. 95 ss.

### 1989

*Sulle tecniche di regolazione del diritto di sciopero*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Milano: Giuffré, p. 145 ss.

*Spunti sulla disciplina del lavoro temporaneo nel pubblico impiego*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, p. 402 ss.

*Procedure per l'attuazione del principio di mobilità nell'ambito delle pubbliche amministrazioni*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 1094 ss.

*La disciplina della mobilità nell'impiego pubblico*, in *Nuove leggi civili commentate*, p. 1092 ss.

### 1990

*I rapporti di lavoro a termine*, ne *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), Milano: Giuffré.

*Una nuova fase delle relazioni industriali in Italia: la stagione dei protocolli*, in *Lavoro e diritto*, p. 485 ss.

*Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 8, p. 9 ss.

### 1991

*Diritto del lavoro e diritto comunitario. Lo stato di conformazione dell'ordinamento italiano*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università di Cagliari*, Milano: F. Angeli, p. 359 ss.

*Rapport National. Italie*, in *XIII Congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale*, Atene 18-21 settembre 1991.

*La commissione di garanzia*, in AA.VV., *Sciopero e servizi essenziali*, Padova: Cedam, p. 55 ss.

*La precettazione "rivisitata"*, in AA.VV., *Sciopero e servizi essenziali*, Padova: Cedam, p. 81 ss.

*Rapporti di lavoro flessibili nella pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il rapporto di lavoro negli enti pubblici. Tendenze e prospettive*, Milano: Giuffré, p. 15 ss.

*Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, in *Quaderni di diritto*

*del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 10, p. 27 ss.; il saggio è stato anche pubblicato con il titolo *La Comunidad Europea y los contratos de trabajo atípicos*, in *Relaciones laborales*, 1993, vol. 1, p. 1186.

*Norme in materia di adeguamento automatico della retribuzione per effetto di variazioni del costo della vita*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 232 ss.

## 1992

*Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova: Cedam, in collaborazione con T. Treu (giunto alla quinta edizione nel 2009; successivamente aggiornato da T. Treu, M. Aimo, D. Izzi con il titolo *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, di cui è stata pubblicata l'ottava edizione nel 2019).

*Huelga y servicios esenciales en el ordenamiento jurídico italiano*, in *Tema Laborales*, n. 25, p. 17 ss.

## 1993

*Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 1 ss.

*La riforma del pubblico impiego: la nuova normativa e l'assetto dei rapporti sindacali*, in *Diritto & Pratica del lavoro*, n. 15 (inserto).

*Oltre l'indicizzazione dei salari*, in *Lavoro e diritto*, p. 425 ss.

*Il lavoro interinale in Italia: una proposta (e una discussione) poco convincenti*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 133 ss.

*Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'accordo triangolare del 23 luglio 1993*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 263 ss.

## 1994

*La giurisprudenza della Corte di giustizia nel 1993*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, p. III ss.

*Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 69 ss.

## 1995

*La giurisprudenza della Corte di giustizia nel 1994*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, p. III ss.

*Mercato del lavoro e lotta ai monopoli: appunti sulla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, p. 3 ss.

*Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino: Giappichelli, (in collaborazione con G. Civale e D. Izzi; dalla seconda edizione, 1999, in collaborazione con M. Aimo e D. Izzi).

*La resolució extrajudicial dels conflictes laborals: una anàlisi comparada*, in *Iuris. Quaderns de política jurídica*, n. 4, p. 149 ss.

### 1996

*La direttiva comunitaria sulla parità di trattamento nelle condizioni di lavoro negli orientamenti della Corte di giustizia: una giurisprudenza ancora in evoluzione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, p. 81 ss.

### 1997

*La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.

*Despidos individuales y colectivos: los caracteres del modelo europeo*, in AA.Vv., *Presente y futuro de la regulacion del despido*, Pamplona: Aranzadi, p. 41 ss.

*L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 273 ss.

*CFL e apprendistato nella legge n. 196/1997*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, p. 2573 ss.

*Contratti a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, p. 2352 ss.

### 1998

*Il contratto a tempo determinato*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, p. 1298 ss.

*Contrattazione collettiva europea e cambiamenti del lavoro*, in AA.Vv., *La contrattazione collettiva in Europa*, Roma: Ediesse, p. 47 ss.

*I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge 196/1997*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 3 ss.

*Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*, in *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 33 ss.

*Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia delle direttive comunitarie: fine della storia?*, in *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 322 ss.

*Job sharing e discriminazioni indirette: la prima pronuncia della Corte di giustizia*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, p. 2483 ss.

### 1999

*Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente*



della Corte di giustizia, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 33 ss.; il saggio è stato anche pubblicato con il titolo *Tutela del trabajo y razones del mercado en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in *Revista de derecho social*, 2000, n. 12, p. 93.

*I referendum radicali in materia di lavoro: un cocktail di ipocrisia e di estremismo liberista*, in *Quale Stato*, n. 4, p. 354 ss.

## 2000

*La disciplina dei licenziamenti tra referendum e progetti di riforma*, in *il Diritto del mercato del lavoro on-line*, n. 4.

*Problemi interpretativi della riforma del lavoro interinale*, in *Lavoro e informazione*, n. 10, p. 16 ss. (pubblicato senza titolo).

*Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, p. 351 ss.

*Primi accordi collettivi in materia di arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Diritto & Pratica del Lavoro*, p. 2787 ss.

## 2001

*La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lavoro e diritto*, p. 329 ss.

*Il lavoro e le sue regole nella prospettiva federalista*, in *Lavoro e diritto*, p. 501 ss.

*Lavoro e diritto nella XIII legislatura. Intervento*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 441 ss.

## 2002

*Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it).

*Il governo Berlusconi e l'Europa. Primi appunti sul libro bianco*, in AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Roma: Ediesse, p. 49 ss.

*L'evoluzione dei diritti sociali dai Trattati alla Carta di Nizza*, in AA.VV., *Il Libro bianco e la carta di Nizza*, Roma: Ediesse, p. 23 ss.

## 2003

*Lavoro e costituzione nelle politiche del governo Berlusconi*, in *Questione giustizia*, p. 5 ss.

*Note in tema di arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, p. 211 ss.

2004

*Manuale di diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli (giunto alla quarta edizione nel 2010; successivamente aggiornato da D. Gottardi e F. Guarriello, raggiungendo la sesta edizione nel 2015).

*Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *Lavoro e diritto*, p. 43 ss.; il saggio è stato anche pubblicato con il titolo *Una política laboral con doble rasero: relaciones laborales y relaciones sindicales en tiempos del gobierno Berlusconi*, in *Revista de derecho social*, 2004, n. 27, p. 231.

2005

*Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in AA.VV., *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma: Ediesse, p. 27 ss.

2006

*Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Diritti, lavori, mercati*, p. 109 ss.

*Lavori flessibili o lavori precari?* in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Bologna: il Mulino, p. 55 ss.

2007

*Formazione, occupabilità, occupazione nell'Europa comunitaria*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, p. 187 ss.

*La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *Lavoro e diritto*, p. 175 ss.

*Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 131 ss.

2008

*Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *Quaderni di sociologia*, p. 71 ss.

“Vorrei ma non posso”. *Storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, p. 411 ss.

*Nuovo modello contrattuale o caduta programmata dei salari reali?*, in *economiaepolitica*, 19 dicembre 2008

2009

*Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *MicroMega*, n. 1, pp. 111 ss.

*Il rapporto tra le fonti del diritto del lavoro, in Diritto sindacale e relazioni industriali dopo la rottura dell'unità contrattuale*, Atti del seminario organizzato dalla Cgil (Roma, 5 maggio), Supplemento di *Quaderni di Rassegna sindacale*, n. 25.

**2010**

*Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Padova: Cedam (in collaborazione con D. Izzi).

*Contratti di formazione e lavoro, scatti di anzianità, discriminazioni in ragione dell'età: a proposito di un singolare revirement della Cassazione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 5 ss.

*Le regole del gioco sindacale. Appunti per un dibattito*, in A. Andreoni (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale. Ricordando Massimo D'Antona*, Roma: Ediesse, p. 249 ss.

Curatela del *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari: Cacucci (in collaborazione con M.G. Garofalo).

*Premessa*, in M.G. Garofalo, M. Roccella (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Bari: Cacucci, p. 11 ss. (in collaborazione con M.G. Garofalo).

*Lavoratori senza diritti*, in *MicroMega*, n. 5, p. 141 ss.

*Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *MicroMega*, n. 8, p. 171 ss.; il saggio è stato pubblicato postumo anche in *Lavoro e diritto*, 2011, p. 421 ss.

*La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion pratica*, p. 419 ss.; il saggio è stato destinato agli *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli: Jovene, 2011, p. 49 ss.

**2011**

*Il regime delle impugnazioni*, in *Rivista giuridica del lavoro*, I, p. 11 ss. (saggio pubblicato postumo).

## Prefazione

In occasione del decimo anniversario della prematura scomparsa del nostro maestro abbiamo voluto ricordare Massimo Roccella e rendere omaggio alla sua personalità di acuto studioso e appassionato docente di diritto del lavoro promuovendo l'iniziativa di un volume di scritti in sua memoria.

L'idea è stata condivisa con i colleghi e le colleghe che compongono il Comitato scientifico dell'opera e che ringraziamo per il calore con cui hanno aderito al progetto, rivolgendo un pensiero particolare a Luigi Mariucci, anche lui strappato alla vita davvero troppo presto. Con l'obiettivo di riallacciare un dialogo con Massimo attraverso i suoi scritti, abbiamo scelto di articolare l'opera intorno a tre aree tematiche rispetto alle quali Massimo ha svolto, nella sua ricca produzione scientifica, riflessioni importanti e di perdurante rilievo: concentrando così l'attenzione sulla questione salariale, sui lavori flessibili e precari nella complessa dicotomia fra subordinazione e autonomia e sui problemi che presenta la dimensione sociale dell'Unione europea.

L'invito a partecipare, rivolto a coloro che hanno avuto occasione di incontro e confronto significativo con Massimo, è stato accolto da amici e amiche – anche di università spagnole – vicini al nostro maestro non solo per ragioni anagrafiche, ma anche per convergenza di interessi di ricerca e per affinità culturali e valoriali. L'insieme dei contributi, nutrendosi del confronto con il pensiero di Massimo, mostra l'attualità dei suoi ragionamenti e la rilevanza delle intuizioni da lui sviluppate rispetto ai temi che gli erano cari.

Nel dare alle stampe questo denso volume, frutto dell'intreccio tra riletture delle sue opere e ricordi della sua persona, confidiamo di poter offrire un contributo corale alla diffusione dei suoi insegnamenti.

Torino, 21 giugno 2021

*Mariapaola Aimò, Anna Fenoglio, Daniela Izzi*



SEZIONE PRIMA

La questione salariale oggi



AMOS ANDREONI

## Lavoro povero, contrattazione collettiva e salario minimo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'arduo percorso della contrattazione confederale. – 3. La parità di trattamento negli appalti (di allora). – 4. Il necessario ripristino della clausola oro. – 5. I progetti di salario minimo legale. – 6. La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato. – 7. Conclusioni provvisorie.

### 1. *Premessa*

Il tema del salario minimo, più volte evocato da Massimo Roccella<sup>1</sup> e, con lui, da Gigi Mariucci<sup>2</sup>, è tornato di drammatica attualità.

La tendenza a non applicare il contratto collettivo confederale e nemmeno quello del settore merceologico di appartenenza (come logica vorrebbe) o dell'attività prevalente è ormai tendenza diffusa e viene alimentata dalla spasmodica ricerca del CCNL meno oneroso con più bassi livelli di inquadramento e minore paga di posto, secondo un'idea distorta della cosiddetta "libertà di impresa".

È quanto accade oggi nel mondo del lavoro: *in primis* nei cantieri edili, ma non solo lì. La tendenza si sta diffondendo in tutte le realtà produttive, anche nelle aziende manifatturiere e quindi nei nostri "impianti fissi".

Emblematico, in ordine di tempo, quanto si è verificato in alcuni cantieri per l'emergenza e ricostruzione del Centro Italia a seguito del sisma del 2016: una vera e propria giungla, con l'uso più disparato di CCNL che spaziano dalla logistica al floro-vivaistico e al multiservizi, con false dichiarazioni, indagini della magistratura, consorzi di imprese che, pur facendo le stesse attività, hanno con-

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 231; ID., *I salari*, Bologna 1986 p. 79 ss.; p. 325; ID., *Oltre l'indicizzazione dei salari*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 425 ss.

<sup>2</sup> L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna 1985, p. 454.



dizioni lavorative e contrattuali assai differenti. Senza considerare i fenomeni più patologici di lavoro nero e sommerso o dei falsi *part-time* o delle partite IVA apparenti.

Questo fenomeno è particolarmente visibile anche in numerosi settori della logistica e dei trasporti. È il caso, ad esempio, dell'auto-transporto, della movimentazione logistica, dell'*handling* aeroportuale e delle compagnie aeree. Altrettanto avviene nel settore alberghiero e nei centri commerciali e anche in grandi imprese (v. Fincantieri a Trieste). D'altra parte il fenomeno è reso possibile dalla incontrollata proliferazione di contratti collettivi<sup>3</sup> con frequenti sovrapposizioni di ambiti applicativi; fenomeno amplificato dalla conseguente creazione di enti bilaterali di apparente *welfare* aziendale e di illegittime trattenute retributive.

Il tema del *dumping* salariale è il frutto di fenomeni strutturali e di deficit normativi.

Tra i primi vanno annoverate, essenzialmente, la globalizzazione, la segmentazione del ciclo produttivo, la delocalizzazione, la *gig-economy* e la conseguente concorrenza per regimi di costo.

Quanto ai *deficit* normativi va segnalata la mancata legge sulla rappresentatività sindacale che, coniugata alla crisi dell'unità sindacale confederale, impedisce di selezionare in modo razionale il contratto collettivo da applicare in ambito omogeneo, tenuto conto che dall'archivio CNEL risultano 800 settori produttivi contemplati dai contratti collettivi; settori che divengono addirittura 1224 nell'archivio ATECO; settori invece riducibili, in via teorica, a 120 secondo una simulazione CNEL.

D'altra parte né l'art. 36 della Costituzione né l'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori né il codice degli appalti risolvono il problema: questi due ultimi apparati normativi si rivolgono solo al settore degli appalti pubblici.

L'art. 36 della Costituzione per un verso è di aiuto; per altro verso no. È certamente di aiuto ove consente l'applicazione indiretta dell'art. 2070 c.c. e dunque l'applicazione del CCNL in ragione dell'attività concretamente svolta dall'azienda coincidente con l'ambito applicativo del CCNL di categoria.

La norma non è però di aiuto perché l'applicazione del contratto collettivo di settore è limitata alla sola parte economica e non di tutta e soprattutto perché è limitata dalla applicazione discrezionale del giudice del lavoro.

<sup>3</sup> I contratti collettivi nazionali di categoria sarebbero 888 secondo l'ultimo dato CNEL aggiornato a marzo 2021.

La giurisprudenza di Cassazione ritiene infatti che la determinazione della giusta retribuzione *ex art. 36 cost.* in un importo inferiore ai minimi salariali fissati dalla contrattazione collettiva nazionale possa essere giustificata dalla collocazione territoriale oppure dalla natura dell'attività svolta dall'impresa o anche dalle dimensioni della stessa<sup>4</sup>.

D'altra parte quando la giurisprudenza decide di assumere come parametro economico, anche solo orientativo, dell'adeguatezza della retribuzione le determinazioni contenute nei contratti collettivi, si limita costantemente a considerare il c.d. minimo costituzionale (Cass. sent. n. 16762/2003; Cass. sent. n. 3494/2003) e cioè la retribuzione base nonché l'indennità di contingenza (Cass. sent. n. 3240/1992). Si escludono per lo più gli scatti d'anzianità. Si escludono del pari i premi di produzione (Cass. sent. n. 7818/1996; Cass. sent. n. 6565/1988) e le maggiorazioni (Cass. sent. n. 1975/1981), nonché le indennità speciali (Cass. sent. n. 4366/1983). Molto discussa è la necessità o meno di considerare le mensilità aggiuntive rispetto alla tredicesima mensilità; solo quest'ultima è ritenuta inclusa.

Soprattutto si afferma che il giudice non sarebbe tenuto ad utilizzare, come criterio parametrico, il contratto collettivo più rappresentativo piuttosto che un altro, anche se "pirata"; così il Tribunale

<sup>4</sup> Così si è ritenuta sufficientemente motivata, una decisione che ha richiamato una pluralità di elementi, quali la quantità e qualità del lavoro prestato, le condizioni familiari del lavoratore, le mercedi praticate nella zona, il carattere artigianale e le dimensioni dell'azienda (Cass., 28 agosto 2004, n. 17250; Cass., 9 agosto 1996, n. 7383). In modo sempre più frequente, le Corti di merito dell'Italia meridionale riducono la misura delle tariffe previste nei contratti collettivi nazionali in ragione delle ridotte dimensioni dell'impresa, delle condizioni del mercato del lavoro locale, delle retribuzioni effettivamente praticate nel settore. Così, ad esempio Trib. Catania, 4 aprile 1997 e Trib. Catania, 5 novembre 1997, hanno ridotto del 20% la retribuzione contrattuale in relazione alla crisi del settore agricolo in Sicilia; v. anche Pret. Ispica, 22 giugno 1987, in *Dir. lav.*, 89, II, p. 292; all'opposto v. App. Milano, 28 dicembre 2017, che ha corretto in *melius* il CCNL - servizi fiduciari per l'area milanese. La Cassazione è divisa tra un orientamento che avvalga l'adeguamento delle tariffe collettive al particolare contesto (Cass., 26 luglio 2001, n. 10260 subordinata tale possibilità alla dimostrazione attraverso dati statistici che il potere di acquisto della moneta nella zona considerata è superiore alla media nazionale; *idem* Cass., 9 agosto 1996, n. 7383; Cass., 20 settembre 2007, n. 19467; Cass., 26 luglio 2001, n. 10260; Cass., 26 marzo 1998, n. 3218) ed un altro secondo cui non è legittimo giustificare la riduzione della retribuzione contrattuale con il più basso costo della vita dell'ambiente socio-economico in cui il lavoratore opera (Cass., 14 dicembre 2001, n. 15808; Cass., 14 dicembre 2001, n. 15798; Cass., 15 novembre 2001, n. 14211; Cass., 10174/2000; Cass., 26 marzo 1998 n. 3218).

di Milano, con sentenza dell'11 giugno 2014 sottolinea come, al più, il contratto collettivo più rappresentativo del settore funge da termine di riferimento puramente orientativo per la determinazione della retribuzione *ex art. 36 cost.* sulla base del quale valutare l'eventuale non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel diverso contratto collettivo applicato dalle parti.

In definitiva è sufficiente che il giudice dia comunque una motivazione sulla concreta ragione della scelta operata (Cass. sent. n. 19578/2013; Cass. sent. n. 4366/1983).

## 2. *L'arduo percorso della contrattazione confederale*

Di fronte a questo combinarsi di fattori strutturali e normativi destrutturanti la contrattazione collettiva confederale ha faticosamente cercato di porre rimedio, almeno nel settore degli appalti, mediante protocolli d'intesa sulla invarianza del contratto collettivo nell'intera filiera delle imprese appaltatrici, desunto dallo *standard* del settore come regolato dalla disciplina collettiva Cgil-Cisl-Uil<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Così ad es. è stato firmato un protocollo d'intesa in data 13 aprile 2018 tra il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e le organizzazioni sindacali Fillea Cgil, Filca Cisl, Feneal Uil, Filt Cgil, Fit Cisl e Uiltrasporti volto a privilegiare quale criterio di aggiudicazione degli appalti quanto previsto dall'Art. 95 del Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) con preponderanza degli elementi qualitativi rispetto a quelli legati al prezzo. Così le parti hanno ritenuto che siano applicati i seguenti principi: trattamento economico e normativo stabilito dai CCNL per i lavoratori dipendenti sottoscritti dalle Organizzazioni Sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e il cui ambito di applicazione sia strettamente correlato con l'attività oggetto dell'appalto; responsabilità solidale rispetto ai dipendenti dell'affidatario e del subappaltante; subordine del pagamento dello stato di Avanzamento lavori e del saldo fine lavori alla verifica della regolarità contributiva previdenziale ed assistenziale; il monitoraggio della regolarità contributiva delle imprese, della congruità dei versamenti e delle denunce mensili presso gli enti contrattuali e di legge. Non è dato sapere quanto effettivamente sia stato applicato tale protocollo. Analogo protocollo d'intesa è stato firmato il 21 febbraio 2018 tra Anas e Feneal Uil, Filca Cisl, Fillea Cgil dal CCNL; talché Anas s'impegna ad inserire nel capitolato speciale d'appalto le clausole che rechino: obbligo di applicare o far applicare nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti impiegati nell'esecuzione dell'appalto i CCNL Edili e Affini sottoscritti da Feneal Uil, Filca Cisl e Fillea Cgil sul trattamento economico e normativo; obbligo dell'affidatario di rispondere in solido dell'osservanza di quanto previsto dal CCNL da parte degli eventuali subaffidatari; obbligo da parte di Anas o concedente di subordinare il pagamento dello stato avanzamento lavori e del saldo fine lavori alla verifica della regolarità retri-

E tuttavia emerge una accentuata difficoltà delle organizzazioni sindacali confederali a reggere l'urto della globalizzazione, della delocalizzazione, della proliferazione incontrollata di veri o presunti contratti collettivi.

### 3. *La parità di trattamento negli appalti (di allora)*

Indubbiamente in questa direzione di marcato degrado dell'ordinamento intersindacale e delle tutele individuali ha contribuito l'abrogazione della clausola "oro" posta dall'art. 3, l. n. 1369/1960.

La normativa prevedeva per gli appalti c.d. "interni", cioè inerenti in modo principale o anche soltanto sussidiario o accessorio al ciclo produttivo normale dell'azienda (Cass. sent. n. 1924/1998) un *principio di parità di trattamento* tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore, in virtù del quale il committente era obbligato in solido con l'appaltatore a corrispondere ai lavoratori di quest'ultimo un trattamento economico e normativo «non inferiore» a quello spettante ai lavoratori dipendenti dal committente. Per effetto del d.lgs. n. 276/2003 questo principio è stato abbandonato con riferimento agli appalti e mantenuto solo per i casi di somministrazione di lavoro, essendo sembrato sufficiente in caso di appalto imporre un regime di co-obbligazione solidale per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali tra appaltatore e committente imprenditore.

In base a quella norma ora abrogata la Cassazione aveva ricompreso nel regime di parità di trattamento anche gli appalti geograficamente esterni ma inerenti, in modo principale o anche solo sussidiario, ausiliario o accessorio, al *ciclo produttivo normale dell'impresa*, ivi compresa la manutenzione ordinaria degli impianti (Cass. sentt. nn. 4237/2000; 12641, 11753, 1924/1998; 814/1993; 8602/1992; 1083/1985; 6212/1981; 1496/1975); e cioè ogni volta che la produ-

butiva, contributiva, previdenziale ed assistenziale. Nella stessa direzione si muove l'accordo del 25 luglio 2013 per il rinnovo del contratto integrativo territoriale del turismo del Lazio. Quanto sancito (ma problematicamente applicato) nel Lazio non vale per il restante settore commerciale. Il CCNL terziario Confcommercio 31 marzo 2015 infatti all'art. 218 («Appalti») afferma genericamente che le aziende appaltanti devono esigere dalle aziende appaltatrici il rispetto delle norme contrattuali del settore merceologico cui appartengono le aziende appaltatrici prevedendo che venga inserita apposita clausola nel capitolato d'appalto. Non viene sancita l'applicazione in termini giuridicamente esigibili né del CCNL della committente né del CCNL comparativamente più rappresentativo.

zione del bene o servizio da parte dell'imprenditore appaltante non fosse possibile neppure parzialmente senza l'apporto produttivo dell'appaltatore (Cass., Sez. un., sent. n. 446/1996).

In sostanza la parità di trattamento era accordata anche ai lavoratori addetti alle imprese di somministrazione di semilavorati «destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli e prototipi forniti dall'impresa committente», dando luogo ad una applicazione maggiore di quanto poi disposto dalla legge n. 192/1998 (art. 1, comma 1) in materia di subfornitura.

Restavano fuori dal ciclo interno di produzione, e dal connesso effetto della parità di trattamento, solo i casi in cui «l'azienda dell'appaltante sia autosufficiente ed al terzo venga data in appalto una parte della produzione al fine di aumentarla» (Cass. sent. n. sent. n. 12641/1998).

In sintesi il regime precedente, consentendo esternalizzazioni solo a parità di costo del lavoro – dato il rinvio al regime salariale e normativo applicato dalla impresa committente – ad un tempo valorizzava la funzione regolativa del contratto collettivo valevole per il *core business* (mediante l'estensione della sua sfera applicativa) e per altro verso ammetteva processi di decentramento recanti effettive ragioni di modernizzazione organizzativa.

Con l'abolizione del principio di parità di trattamento si è consentito il frazionamento aziendale motivato dal solo fine di ridurre il costo del lavoro e si è attivato un processo di *downsizing* (riduzione esasperata delle dimensioni produttive interne) che nell'immediato, forse, può consentire di reggere la competizione internazionale, ma nel medio periodo sortisce l'effetto contrario, posto che ricerca ed innovazione (di prodotto e di processo) sono attributi propri di una impresa innovativa, l'unica in grado di reggere le sfide della competizione e dello sviluppo.

#### 4. *Il necessario ripristino della clausola oro*

Per quanto esposto si pone come indifferibile una riforma legislativa che da un lato metta ordine sul tema della proliferazione dei contratti collettivi mediante una legge sulla rappresentatività sindacale (soprattutto datoriale) e sull'attuazione dell'art. 39 cost.

D'altro lato occorre una normativa di sostegno della contratta-

zione pilota in applicazione dell'art. 36 cost. superando i limiti della giurisprudenza applicativa della norma costituzionale.

Infine occorre ripristinare la clausola “oro” relativa alla parità di trattamento negli appalti “interni” al ciclo di produzione: a tal proposito merita menzione la proposta di legge d’iniziativa popolare promossa dalla Cgil e denominata *Carta dei diritti universali del lavoro* (presentata alla Camera dei deputati fin dal 29 settembre 2016, Atto C-4064). Ivi si prevede, infatti, la parificazione dei lavoratori dell'appaltatore o del diverso affidatario «operante in condizioni di dipendenza economica rispetto all'affidante»<sup>6</sup>.

Soprattutto la Carta prevede l'attuazione dell'art. 39 della Costituzione mediante la previsione di contratti collettivi ad efficacia generale previa certificazione della effettiva rappresentatività sindacale (v. artt. 29-38).

L'iter di discussione in Parlamento della Carta non è mai stato avviato.

## 5. I progetti di salario minimo legale

Si è avviato invece il dibattito parlamentare sul salario minimo legale e sulle forme di raccordo con il “contratto *leader*” di categoria, in attuazione dell'art. 36 cost.

Ci sono state, infatti, nel corso del 2019 numerose audizioni in Senato su due testi (d.l. n. 658 presentato il 12 luglio 2018 a prima firma Catalfo e il d.l. n. 1132 presentato il 11 marzo 2019 a prima firma Nannicini).

<sup>6</sup> Il testo dell'art. 89 è il seguente: «1. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo precedente, ogni qualvolta un'impresa affidi ad altra impresa la realizzazione di una fase o porzione del proprio ciclo produttivo, mediante un contratto di appalto o di altro tipo, in base al quale l'affidatario operi in condizione di dipendenza economica nei confronti dell'affidante, questi ultimi sono obbligati solidalmente a riconoscere ai lavoratori dell'affidatario trattamenti economici e normativi non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi ad efficacia generale applicabili all'affidante. 2. Ai fini del comma precedente, si considera operante in condizione di dipendenza l'affidatario che esegue a favore dell'affidante, anche con più relazioni contrattuali distinte nel tempo, un'opera o servizio di durata complessiva pari o superiore a sei mesi nell'arco di un anno e il cui corrispettivo costituisca almeno il 75% dei corrispettivi complessivi percepiti nell'anno dall'affidatario. Ai fini dei limiti indicati nel periodo precedente, si sommano i periodi di attività svolti per più imprese ed i corrispettivi percepiti da più imprese, quando queste appartengano al medesimo gruppo di imprese o siano comunque in situazione di collegamento o controllo. 3. Le disposizioni che precedono si applicano anche quando l'affidante è una pubblica amministrazione».

Il primo disegno di legge, successivamente emendato, si propone di generalizzare l'osservanza dei minimi contrattuali previsti dai contratti collettivi, di sostenere per questa via l'attività di regolazione del mercato del lavoro liberamente compiuta dalle parti sociali, di regolare con facilità e immediatezza il tema della retribuzione proporzionata e sufficiente richiesta dall'articolo 36, comma 1, della Costituzione per effetto di una:

- definizione certa, per i rapporti di lavoro subordinato e di collaborazione etero-organizzata, del trattamento economico complessivo in misura non inferiore a quanto previsto dai contratti collettivi e comunque non inferiore a 9 euro orari lordi;
- applicazione del contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative (valutate secondo l'accordo del 10 gennaio 2014 per le OO.SS. dei lavoratori; secondo il numero delle imprese aderenti e dei relativi dipendenti per le OO.SS. datoriali) quale parametro esterno di commisurazione del trattamento economico dovuto nel caso di pluralità di contratti collettivi applicabili;
- garanzia dell'adeguatezza nel tempo del trattamento economico complessivo attraverso il permanere dei contratti collettivi scaduti e in via sussidiaria mediante l'incremento automatico dell'importo fissato per legge, incrementato annualmente sulla base delle variazioni dell'indice IPCA, al netto dei valori energetici, rilevato nell'anno.

L'ultrattività dei contratti collettivi scaduti mira ad evitare che i datori di lavoro possano sottrarsi all'applicazione dei medesimi sostituendo ai salari contrattuali lo *standard* minimo legale.

Analogamente nella vigenza del CCNL a nessuna impresa sarebbe consentito di "sganciarsi" dal contratto collettivo di affiliazione. Infatti, l'impresa, in caso di dimissioni dall'associazione stipulante e/o di disdetta del contratto applicabile, sarebbe comunque obbligata al rispetto dei trattamenti economici complessivi previsti dal contratto stipulato dai sindacati (comparativamente) più rappresentativi del settore di riferimento, avuto riguardo all'attività svolta in modo prevalente dai lavoratori dipendenti di quella impresa;

È poi prevista una Commissione per l'adeguamento del trattamento economico minimo orario composta da un rappresentante del Ministero del lavoro; un rappresentante dell'INPS; un rappresentante dell'ISTAT; un rappresentante dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro; un numero pari di rappresentanti delle associazioni dei prestatori e dei datori di lavoro più rappresentative.

La Commissione è deputata a valutare annualmente e proporre l'eventuale incremento del trattamento economico minimo orario, a

monitorare il rispetto della retribuzione complessiva proporzionata e sufficiente e, cosa ancor più importante, a individuare i CCNL prevalenti.

Il testo Catalfo correttamente parte dal riconoscimento della contrattazione collettiva svolta da soggetti rappresentativi come luogo principe per la fissazione della retribuzione così come prescritta dall'art. 36 della Costituzione.

Inoltre è importante il riferimento, in caso di pluralità di contratti collettivi e di conseguente rischio *dumping*, al fatto che la retribuzione proporzionata e sufficiente sia quella definita dai contratti sottoscritti dalle organizzazioni più rappresentative, secondo quanto definito dal Testo Unico del 10 gennaio 14 da Confindustria e da Cgil-Cisl-Uil. A giustificazione di tale prevalenza vengono citati come precedenti sia il Codice degli appalti che le norme sui soci lavoratori di cooperativa (disposizioni che hanno ricevuto avallo nella sentenza della Corte costituzionale n. 51 del 26 marzo 2015); norme che già impediscono l'applicazione di trattamenti inferiori a quanto stabilito dai CCNL sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative (v. anche Cass. sent. n. 4951/2019).

È altrettanto significativo il riferimento al trattamento economico complessivo, e non soltanto al minimo tabellare, perché in tal modo si garantisce tutta la parte economica del contratto collettivo.

Con riguardo al trattamento economico complessivo minimo (i 9 euro lordi) i CCNL attuali prevedono quasi tutti minimi superiori; conseguentemente sarà difficile ritenere che tale norma possa determinare una delegittimazione della autonomia collettiva<sup>7</sup>.

Infine la norma dettata dall'art. 2 prevede come parametro la retribuzione complessiva prevista dal contratto collettivo per il settore in cui opera l'impresa il cui ambito di applicazione sia maggiormente connesso e obiettivamente vicino in senso qualitativo all'attività svolta dai lavoratori in maniera prevalente; la seconda precisazione appare importante sia come argine alla fuga dai CCNL di affiliazione sia come tentativo di mettere ordine, date le non infrequenti sovrapposizioni degli ambiti di applicazione tra CCNL e la possibile discrasia tra inquadramento aziendale e attività dei lavoratori.

Il secondo disegno legge, d'iniziativa dei senatori Nannicini e altri, per un verso prevede che il trattamento minimo tabellare (e non complessivo) stabilito dal contratto collettivo nazionale di la-

<sup>7</sup> In tal senso L. BIRINDELLI (a cura di), *Il punto sul salario minimo orario*, in *Boll. Adapt*, 2019.



voro stipulato dalle associazioni di rappresentanza si applichi a tutti i lavoratori del settore, ovunque impiegati nel territorio nazionale.

D'altra parte negli ambiti di attività non coperti dai contratti collettivi è ipotizzato un salario minimo di garanzia secondo gli importi e le modalità determinati dalla «Commissione paritetica per la rappresentanza e la contrattazione collettiva», composta da dieci rappresentanti dei lavoratori dipendenti, dieci rappresentanti delle imprese e dal presidente del CNEL, che la convoca e la presiede. A tale Commissione è affidato il compito di definire i settori della contrattazione collettiva nazionale, con l'obiettivo di ridurre il numero; di indicare i criteri di misurazione e certificazione delle rappresentanze sindacali e delle imprese; di stabilire i rapporti tra i diversi livelli contrattuali in un'ottica di coordinamento, nonché il salario minimo di garanzia applicabile negli ambiti di attività non coperti da contrattazione collettiva, nonché i criteri per il suo aggiornamento.

La seconda parte del disegno di legge reca norme in materia di informazione e consultazione dei lavoratori mediante un comitato consultivo composto pariteticamente da rappresentanti dei lavoratori e dell'impresa che occupi almeno trentacinque lavoratori. L'organo di governo delle imprese trasmette ogni sei mesi al medesimo comitato una relazione illustrativa della situazione economica, finanziaria, produttiva e occupazionale. Sulle relazioni periodiche il comitato consultivo esprime un parere preventivo e non vincolante.

A ben vedere il testo presenta alcune parti alquanto problematiche.

La prima riguarda l'istituzione di un salario minimo di garanzia negli ambiti non coperti dai contratti collettivi: il rischio è che tale formulazione agevoli l'uscita dai CCNL di affiliazione e la conseguente applicazione del minimo legale come alternativa ai minimi del CCNL comparativamente più rappresentativo.

In secondo luogo il testo affida a una Commissione paritetica istituita presso il CNEL moltissimi compiti, con possibili problemi di legittimità costituzionale per violazione della autonomia sindacale, tra cui i criteri di misurazione della rappresentanza e della rappresentatività, gli ambiti della contrattazione collettiva, i criteri per la determinazione della titolarità ed efficacia della contrattazione di primo e di secondo livello.

In definitiva il disegno di legge Nannicini non appare di sostegno alle intese delle parti sociali nella definizione delle componenti strutturali dell'ordinamento intersindacale, in violazione dell'art. 39 cost.

## 6. La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato

L'emergenza Covid-19 ha sospeso il dibattito in Italia sul salario minimo. Non così in ambito eurocomunitario. Il 28 ottobre 2020 la Commissione Europea ha infatti ufficializzato una proposta di direttiva sui salari minimi adeguati (COM-2020-682 final) cercando di ampliare la platea dei beneficiari della tutela a tutti coloro che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro come definito dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi nazionali e poi puntualizzato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia mediante una nozione di "lavoro" molto ampia, ivi comprese le prestazioni precarie, di formazione, di volontariato<sup>8</sup>.

La proposta, all'art. 4, si prefigge innanzitutto la promozione della contrattazione collettiva nella determinazione dei salari. Nei paesi con una copertura della contrattazione collettiva inferiore al 70% gli stati «prevedono un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva per legge a seguito della consultazione delle parti sociali o un accordo con quest'ultime e definiscono un piano d'azione per promuovere la contrattazione collettiva».

Quest'ultimo obbligo, valevole per tutti gli Stati (anche per quelli che hanno un salario minimo legale) implica un intervento normativo che faciliti il raggiungimento di una copertura contrattuale significativa. Si tratta di disposizioni la cui portata precettiva è "promozionale", apparentemente di scarso impatto nel nostro paese visto che gli studi europei accreditano all'Italia una copertura contrattuale collettiva dell'80% della forza-lavoro.

Il problema italiano riguarda principalmente il *dumping* salariale operato attraverso CCNL firmati da sindacati privi di un significativo grado di rappresentatività. Appare dunque condivisibile l'opinione di chi afferma «che se la proposta di direttiva sostiene il rafforzamento della copertura contrattuale in materia di salario minimo adeguato e il salario minimo adeguato, almeno in Italia, è quello previsto dalla contrattazione collettiva con maggiore rappresentatività, è logico auspicare che il rafforzamento della copertura contrattuale promossa dalla direttiva dovrebbe riguardare soltanto il salario minimo contrattuale stabilito dai contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali maggiormente rappresentative. Non è la contrattazione collettiva *tout court* a rafforzare l'adeguatezza e la copertura dei

<sup>8</sup> Cfr. G. BRONZINI, *La nozione di "dipendenza" comunitaria: una soluzione per la Gig Economy?* in *Arg. dir. lav.*, 2019, n. 4.

salari minimi bensì una contrattazione collettiva “solida e ben funzionante” (*considerando* n. 18). Inoltre, si potrebbero considerare in contrasto con la direttiva anche comportamenti “omissivi” degli Stati, come quelli che nel nostro paese rendono appunto possibile il *dumping* salariale operato da sindacati di dubbia o nulla rappresentatività. D’altro canto, certamente una norma come l’art. 4 dovrebbe rendere illegittimi interventi che limitano o indeboliscono la contrattazione collettiva e, in particolare, la contrattazione collettiva di “livello settoriale o intersettoriale” deputata a stabilire i minimi salariali adeguati»<sup>9</sup>.

Norme più stringenti sono previste per i paesi con un salario minimo legale: essi, infatti, devono aggiornare l’importo alla luce dei valori di riferimento internazionali riportati all’art. 5, par. 3, della proposta di direttiva, mantenendone nel tempo l’adeguatezza. Il riferimento agli indici internazionali è esplicitato nel *considerando* 4 e (soprattutto) nelle note 4 e 33 della relazione introduttiva alla proposta. In tal modo si invitano gli Stati Membri a utilizzare l’indice *Kaitz* (60% del salario lordo mediano nazionale) oppure, in alternativa, l’indice utilizzato dal Consiglio d’Europa (50% del salario medio netto) affinché si possa dire garantito il rispetto del diritto all’equa retribuzione, già sancito nell’art. 4 della *Carta Sociale Europea*.

Come è stato rilevato<sup>10</sup> i due criteri non sono equivalenti, tant’è che alcuni paesi che rispettano l’indice *Kaitz* sono stati censurati dal *Comitato europeo dei diritti sociali* per mancato rispetto del diritto all’equa retribuzione di cui all’art. 4 CSE.

Questa parte della proposta non riguarda l’Italia che rientra nel gruppo degli Stati Membri privi di salario minimo legale.

E tuttavia in Italia esiste un parametro legale indiretto: la legge sul reddito di cittadinanza (l. n. 26/2019) ha infatti stabilito che un’occasione di lavoro “congrua” (che non può essere rifiutata dal beneficiario del sussidio) è solo quella pari a 850 euro per un soggetto singolo (in quanto superiore del 10% al livello di sussistenza calcolato per un individuo singolo ai fini dell’erogazione del reddito di cittadinanza). Detta soglia rappresenta dunque la dignità retributiva “di base”, trasversale rispetto alle varie tipologie contrattuali ed ai vari settori produttivi.

Merita poi di essere sottolineato l’art. 8 ove si stabilisce un si-

<sup>9</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 113.

<sup>10</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *o.l.u.c.*

stema energetico di controllo e di ispezione sull'effettività della corresponsione di quanto dovuto e sulle informazioni da rendere ai lavoratori. Importante appare inoltre l'art. 10 laddove obbliga gli Stati che hanno un salario minimo legale a comunicarne il livello e le variazioni, le trattenute effettuate e il tasso di copertura della contrattazione collettiva; quelli in cui la copertura è affidata ai contratti collettivi a trasmettere informazioni concernenti l'efficacia di queste coperture (in entrambi i casi con dati aggregati per genere, fascia di età, disabilità, dimensioni d'impresa e settore). È previsto infine il diritto dei lavoratori (art. 11) ad una risoluzione efficace ed imparziale delle controversie che abbiano ad oggetto la violazione del loro diritto ad un salario minimo; a tal fine gli stati adottano sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» (art. 12).

## 7. Conclusioni provvisorie

La proposta di direttiva è stata accolta favorevolmente in Italia.

Così il Ministro del lavoro sen. Nunzia Catalfo, nell'audizione alla Camera del 13 gennaio 2021, ha ripreso il dibattito avviato da uno dei disegni di legge depositati in Parlamento (d.d.l. n. 658 del 12 luglio 2018) e poi sospeso dalla pausa Covid, al fine di definire un provvedimento legislativo in materia di salario minimo collegato alla legge di Bilancio, già annunciato nella Nota di aggiornamento al DEF; progetto che completerebbe il piano di azione predisposto con il *Recovery Plan*. A tal proposito la Ministra ha affermato che: «nella piena consapevolezza della massiccia presenza dei contratti cosiddetti al ribasso, vanno individuate le soluzioni più idonee a circoscrivere la cerchia dei contratti collettivi che possano fungere da parametro per la determinazione del salario minimo, valorizzando in particolare i contratti collettivi “*leader*”, ossia quelli siglati dai soggetti comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale che presentino maggiore connessione, in senso qualitativo, all'attività esercitata dal datore.

Importante è definire anche specifici criteri atti a “misurare” la rappresentatività delle parti stipulanti, demandando a quelle più rappresentative la fissazione del trattamento minimo complessivo di riferimento (TEM).

Ferma restando l'applicazione generalizzata del CCNL, a ulteriore garanzia del riconoscimento di una giusta retribuzione, si ritiene opportuno introdurre una sorta di prova di resistenza o di test di “dignità”, una soglia minima inderogabile, ad esempio orientandosi

verso una misura che si avvicina a quella indicata dalla Commissione europea nella proposta di direttiva prima esaminata (il 60% del salario lordo mediano). L'applicabilità di questa "soglia" sarebbe quindi del tutto eventuale e riguarderebbe i soli "minimi retributivi" ai fini del raggiungimento del parametro dell'adeguatezza e della sufficienza della retribuzione alla luce dell'art. 36 della Costituzione. I contratti collettivi sarebbero in tal modo rafforzati in quanto la soglia opererebbe solo sulle clausole relative ai "minimi", ove inferiori alla soglia individuata, lasciando al contratto collettivo la regolazione delle altre voci retributive. Inoltre, conformemente a quanto previsto anche nella proposta di direttiva, andrebbero introdotte specifiche procedure per l'aggiornamento e il controllo dell'osservanza del trattamento economico proporzionato e sufficiente, così da garantire effettivamente ai lavoratori una giusta retribuzione, che si conservi tale nel tempo.

Allo stesso tempo, andrebbe individuata una apposita procedura giudiziale, di matrice collettiva, che garantisca l'effettività del diritto dei lavoratori a percepire un trattamento economico dignitoso»<sup>11</sup>.

Le dichiarazioni della Ministra Catalfo (e ancor prima quanto proposto dalla ipotesi di direttiva) riecheggiano quanto evocato da Massimo Roccella nel 1993<sup>12</sup> secondo cui «sin dalle prime esperienze in proposito, in particolare, tre elementi sono apparsi essenziali nel contesto di una legislazione sul salario minimo: a) misure sanzionatorie dotate di adeguata efficacia deterrente; b) qualità degli apparati di controllo; c) previsione di strumenti di informazione».

Di contro agli intendimenti ministeriali si obietta, soprattutto da parte confindustriale, che il salario minimo legale non sarebbe necessario sia perché non esisterebbero settori non coperti dalla contrattazione collettiva sia perché una funzione di sostegno nei confronti della contrattazione sarebbe svolta da una norma come l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori e ancor prima dalla giurisprudenza *ex art. 36 cost.*; strumento questo storicamente meritorio, ma inadeguato alla dimensione attuale del problema, come si è illustrato sopra.

Che il problema dei bassi salari persista nel nostro sistema di relazioni industriali, del resto, non è seriamente revocabile in dubbio. Lo conferma il rapporto dell'11 gennaio 2021 del Presidente INPS reso nell'audizione in Senato presso la XIV Commissione Politiche UE.

In quella sede il Presidente ha rilevato che nell'ultimo ventennio non solo si è indebolita la funzione "anticoncorrenziale" della

<sup>11</sup> La citazione è tratta dal resoconto scritto dell'Audizione, p. 9 s.

<sup>12</sup> M. ROCCELLA, *Oltre l'indicizzazione*, cit., p. 446.

contrattazione, ma nei casi peggiori è andata aumentando la “contrattazione pirata”, foriera di *dumping* sociale e di *law shopping*, contribuendo ad aumentare l’incidenza dei lavoratori a basso salario.

Inoltre, ha sottolineato il Presidente, al momento risulta impossibile una verifica della compatibilità dei salari pagati con i livelli della contrattazione collettiva *leader* per la difficile identificazione dei sindacati più rappresentativi in mancanza dei dati statistici appropriati.

Un unico salario minimo di riferimento, facilmente identificabile, permetterebbe agli agenti di mercato (imprese, lavoratori, consulenti) di verificare con certezza la congruenza dei salari ricevuti, soprattutto per i lavoratori con salari molto bassi. D’altra parte diversi studi citati dal Presidente mostrano che gli impatti occupazionali derivanti dalla introduzione di un salario minimo legale non comporterebbero disoccupazione addizionale: «all’aumentare dell’indice di Kaitz (dal 40 al 60%) lo spiazzamento occupazionale apparentemente aumenta; ma a ben vedere i lavori “spiazzati” non vengono distrutti ma trasformati in lavori che pagano salari maggiori (*upgraded*). Anche in presenza di indici di Kaitz intorno al 60%, e 80% usando dati di contea, gli impatti occupazionali sono comunque contenuti».

In questo contesto macroeconomico – rileva ancora il Presidente INPS – nelle economie avanzate salari più alti, e non salari più bassi, potrebbero aumentare la produttività, perché agirebbero come stimolo per investimenti *capital intensive*; innescherebbero le leve distributive della crescita attraverso l’espansione della domanda aggregata; aumenterebbero l’impegno e l’efficienza dei lavoratori sul luogo di lavoro in quanto, secondo la teoria dei salari di efficienza, i bassi salari sono spesso accompagnati da insicurezza e scarsi incentivi per i dipendenti.

Nelle conclusioni il Presidente auspica quindi l’adozione di un salario minimo legale – in funzione *anti-dumping* sociale, contro la “contrattazione pirata”, ed il *law shopping* – e più precisamente un salario minimo di 9 euro con tredicesima (che interesserebbe oltre 2 mln di lavoratori e cioè il 14,8% della forza lavoro), determinando per tal fatta effetti distributivi per 4/5 miliardi di euro verso la quota salario sul PIL con una riduzione dei *working poors* ed una riduzione dell’indice di disuguaglianza Gini.

Ciò produrrebbe per altro effetti positivi per la finanza pubblica con un incremento di gettito che potrebbe servire a defiscalizzare in parte il costo della NASPI per le imprese ed una riduzione della spesa per assegni familiari e reddito di cittadinanza. Di più si realizzerebbero incentivi e stimoli verso alti salari e verso investimenti *labour intensive* con vantaggi di produttività, con effetti occupazionali nulli e con benefici su qualità della vita, efficienza sul posto del lavoro e benessere.

Il successivo PNRR, licenziato dal Governo nell'aprile 2021, non a caso prevedeva, nella prima versione, l'approvazione, tra le varie riforme ipotizzate, di una legge sul salario minimo legale «*nei settori non coperti dai contratti collettivi di lavoro*». Nulla prevedeva per gli appalti (c.d. clausola "oro") e nulla prevedeva per la rappresentatività sindacale. D'altra parte la brevità dell'inciso riguardante la proposta sul salario minimo non consentiva di ricollegare tale progetto al d.d.l. Catalfo perché mancava il riferimento cruciale al contratto collettivo *leader* come paradigma retributivo. Nella versione definitiva del PNRR è scomparsa qualsiasi menzione di salario minimo.

Una novità di rilievo compare, invece, per effetto del decreto legge n. 77 del 31 maggio 2021 laddove, all'art. 49, si modifica l'art. 105, comma 14, d. lgs. n. 50/2016 reintroducendo per gli appalti pubblici una norma affine all'antico art. 3 l. n. 1369/1960<sup>13</sup>.

Manca tuttavia l'aggancio degli appalti privati.

La conclusione generale della vicenda non è certo rassicurante e non si può escludere che l'auspicio di Massimo Roccella sul salario minimo resti di attualità per i prossimi anni, a tutto danno di una platea di lavoratori marginali destinati ad aumentare consistentemente grazie agli effetti dirompenti della *gig-economy*, del lavoro su piattaforma e delle perduranti anomalie del nostro mercato del lavoro. Se ne discuterebbe ancora tra i giuslavoristi ma la fertilità del dibattito sarebbe ben poca cosa, considerata la triste realtà effettuale.

<sup>13</sup> Ora il comma 14 nuovo prevede che «il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, 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».

È pacifico che per CCNL si intenda quello sottoscritto dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale in quanto previsto dall'art. 30 comma 4 del d. lgs. n. 50/2016 in modo esplicito. Con l'effetto che i trattamenti dei lavoratori in sub appalto non possono essere inferiori né in termini salariali (minimi tabellari, migliorazioni per turno, straordinari, sanità integrativa, previdenza complementare, ecc.) che di diritti (formazione, sicurezza per la salute, ecc.) rispetto all'aggiudicatario.

Tanto sussiste sempreché le attività oggetto di sub appalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto avendo a riferimento sia le lavorazioni relative alle categorie prevalenti sia alla circostanza se dette attività siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale.

MARIA VITTORIA BALLESTRERO, GISELLA DE SIMONE\*

## Riallacciando il filo del discorso. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo

SOMMARIO: 1. Riallacciando il filo del discorso. – 2. Il salario minimo legale: le ragioni e le condizioni secondo Massimo Roccella. – 2.1. (*Segue*) La ricostruzione storica: dal salario corporativo alle scelte del costituente. – 2.2. (*Segue*) La giurisprudenza sull'art. 36 cost. Perché non basta (o non serve). – 2.3. (*Segue*) Il salario minimo legale: perché e come. – 3. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo. Continuità e discontinuità. – 3.1. I limiti intrinseci della via giudiziale al salario minimo. – 3.2. Il salario minimo tra legge e contrattazione. I termini della discussione. – 3.3. La sinergia tra legge e contrattazione. Ma come? – 4. Una “via UE” al salario minimo legale? – 4.1 Diritto dei mercati e salari minimi adeguati. – 5. Qualche punto fermo e molti nodi da sciogliere.

### 1. *Riallacciando il filo del discorso*

Dieci anni fa, l'improvvisa e troppo prematura scomparsa di Massimo Roccella privava il diritto del lavoro della voce forte e limpida di uno studioso che aveva saputo dare un notevole contributo al confronto delle idee nella nostra disciplina. Per molti Massimo (d'ora in avanti MR) era anche un amico, e lo era in particolare per noi, che avevamo condiviso con lui obiettivi ed esperienze: nell'ambito della direzione di *Lavoro e diritto*, ma non solo; i nostri studenti hanno studiato per anni sul suo manuale di diritto del lavoro e i suoi studenti hanno studiato il diritto sindacale sul nostro manuale.

Per ricordare degnamente l'amico scomparso siamo tornate a riflettere sulle sue opere, provando a riaprire, per questa via, il dialogo che la morte ha interrotto. Sono molti gli argomenti di cui MR si è occupato nella sua intensa attività di studioso e la scelta non era fa-

\* Questo saggio è frutto di una riflessione comune, ma di una scrittura separata (fatta eccezione per il § 5). A M.V. Ballestrero si devono i §§ 1, 2, 2.1, 2.2, 2.3, 3, 3.1, 3.2, 3.3; a G. De Simone i §§ 4, 4.1.



cile; alla fine abbiamo deciso per il tema del salario, oggetto della sua importante opera monografica pubblicata nel 1986<sup>1</sup>. Riallacceremo il filo del discorso sul salario minimo legale sviluppato da MR nel primo capitolo e ripreso nelle conclusioni del libro, e proveremo a giustapporre a quel discorso lontano nel tempo i discorsi che si vanno facendo in questi ultimi tempi, nei quali il tema, trascurato per decenni dalle dottrine giuslavoristiche, è tornato alla ribalta. O meglio: è tornato alla ribalta sino a quando gli sconvolgimenti portati dalla pandemia non hanno determinato un nuovo drastico calo dell'attenzione sul tema, di pari passo con l'inabissamento dei disegni di legge sul salario minimo nei cassetti delle Commissioni parlamentari. Una concreta prospettiva di riemersione sembra attualmente legata al progresso della proposta della Commissione europea<sup>2</sup>: ma di questo parleremo oltre.

## 2. *Il salario minimo legale: le ragioni e le condizioni secondo Massimo Roccella*

In apertura del lungo capitolo dedicato al salario minimo legale, MR scrive (o meglio scriveva allora): «A riproporre la questione del salario in termini di dimensione minima si sarebbe corso il rischio, almeno sino a tempi assai recenti, di suscitare moti di insofferenza o, fra i più benevoli, sorrisi di compatimento» (p. 19). Erano tempi, quelli, in cui al salario si guardava dal punto di vista della sua dinamica di crescita, e il dibattito sulle politiche salariali era tutto incentrato, anche tra giuristi, sui problemi del costo del lavoro. E invece, sottolinea MR, occorre concentrare l'attenzione su un diverso profilo della dimensione salariale: la remunerazione del lavoro non adeguata come una delle cause della povertà; e aggiunge: «le normative sui minimi non sono affatto un vecchio arnese, ormai in disuso, buono al più per i paesi in via di sviluppo. Esse sono conosciute e praticate, in forme diverse, in quasi tutti i paesi industrializzati» (p. 21).

Impostare la questione del salario minimo in questi termini, nel contesto italiano degli anni '80 del secolo scorso era una scelta originale e coraggiosa che precorreva i tempi<sup>3</sup>: intendiamoci, collegare un

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986.

<sup>2</sup> Di questo risveglio danno conto le audizioni parlamentari svoltesi nei mesi scorsi che hanno avuto appunto ad oggetto la proposta di direttiva della Commissione europea; i testi sono disponibili nel sito del Senato.

<sup>3</sup> Come è noto, il fenomeno del lavoro povero non è certo nuovo e non dipende

intervento legislativo sul salario minimo al problema della povertà causata da retribuzioni inadeguate e insufficienti (o secondo un'espressione felice, alla «povertà nonostante il lavoro»)<sup>4</sup> non era in sé un'idea originale; singolare era se mai occuparsi del lavoro povero in un periodo in cui dominava la preoccupazione per il contenimento del costo del lavoro.

### 2.1. (Segue) *La ricostruzione storica: dal salario corporativo alle scelte del costituente*

La riflessione di MR parte non a caso, e certo non per mero sfoggio di erudizione, dalla ricostruzione storica del collegamento tra questa misura e la povertà da sotto-salario. Sono belle pagine, nelle quali l'uso dei riferimenti storici diviene elemento costruttivo della tesi di politica del diritto esposta con vigore nella parte conclusiva del capitolo: un metodo che merita di essere segnalato in tempi caratterizzati da un eccesso di lettura orizzontale e sincronica del farraginoso diritto che regola la nostra materia.

Nella ricostruzione, che parte dai precedenti più remoti (dalla dottrina sociale della Chiesa, alle proposte avanzate dai coniugi Webb, fino al *Trade Board Act* inglese del 1909)<sup>5</sup>, MR dedica particolare attenzione al periodo fascista. La riflessione prende l'avvio dalla Convenzione OIL n. 26/1928 (affiancata dalla Raccomandazione n. 30)<sup>6</sup>, ratificata con legge n. 877/1930, per ragioni essenzialmente

unicamente dalla crisi degli ultimi anni, essendo legato ad una pluralità di fattori (di mercato e istituzionali). Nel nostro paese, tuttavia, l'attenzione al problema del lavoro povero e la considerazione del salario minimo come strumento di contrasto alla povertà da lavoro si è manifestata specialmente a partire dalla grande crisi del 2008, a fronte di un aumento significativo della povertà anche tra i lavoratori, a causa della crescente precarietà e della ridotta intensità del lavoro. Cfr. M. TUFO, *I working poor in Italia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 185; sulla definizione di lavoro povero e sulla distinzione tra *working poor* (povertà riferita all'individuo) e *in-work poverty* (riferita al nucleo familiare) cfr. V. FERRARIS, *Una lettura economica del lavoro povero*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 51.

<sup>4</sup> È questo il titolo del fascicolo n. 1/2019 di *Lav. dir.* dedicato al tema del lavoro povero.

<sup>5</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 22 ss.; v. anche le ricostruzioni proposte da M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 769; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino 2017.

<sup>6</sup> La Convenzione imponeva agli Stati ratificanti di «istituire o mantenere metodi che consentano di fissare i saggi minimi di salario per i lavoratori impiegati in

propagandistiche, benché secondo i «giuristi e politici di regime» (p. 45) una specifica legislazione sui minimi fosse inutile, perché l'Italia già conosceva una sorta di salario minimo legale, nella forma del «salario corporativo». Ad esso faceva infatti (indiretto) riferimento la Dichiarazione XII della Carta del lavoro, che riservava ai contratti collettivi corporativi la determinazione del salario proporzionale alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro<sup>7</sup>.

Le ricostruzioni apologetiche delle virtù del salario corporativo<sup>8</sup> si scontravano con la realtà di una contrattazione collettiva utilizzata come strumento di riduzione salariale generalizzata; «il fascismo» – conclude MR – pretendeva di aver superato l'esigenza del salario minimo in virtù del sistema di contrattazione collettiva ad efficacia generale: in realtà aveva mistificato i termini del problema» (p. 61). Il salario minimo corporativo costituiva un tetto sempre derogabile *in pejus* dai successivi contratti collettivi (come effettivamente avvenne) e dalle sentenze della Magistratura del lavoro, e nella pratica era largamente violato dai datori di lavoro.

Nell'affrontare la ricostruzione delle vicende successive, l'attenzione dedicata al salario corporativo consente a MR di mettere in

certi settori produttivi (in particolare nel lavoro a domicilio) e nei quali difettino norme efficaci per la fissazione dei salari o mediante contratto collettivo o altrimenti e i salari siano eccezionalmente bassi». Il richiamo al lavoro a domicilio non era casuale, essendo questa forma di sfruttamento dei lavoratori una parte importante del *sweating system* di quei tempi. Lo Stato ratificante era libero di scegliere in quale forma determinare il salario minimo, ma doveva rispettare alcune regole: la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, l'inderogabilità *in pejus* del minimo salariale e la vigilanza sulla sua corretta applicazione. La Convenzione n. 26 è stata integrata dall'art. 10 della Convenzione n. 117/1962, ratificata dall'Italia con legge n. 657/1962; la successiva Convenzione n. 131/1970 non è stata ratificata dall'Italia.

<sup>7</sup> Il testo della Dichiarazione XII era il seguente: «l'opera collettiva degli organi corporativi e la sentenza della magistratura del lavoro garantiscono la corrispondenza del salario alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro. La determinazione del salario è sottratta a qualsiasi norma generale ed affidata all'accordo delle parti nei contratti collettivi».

<sup>8</sup> Secondo L. RIVA SANSEVERINO, *Salario minimo e salario corporativo*, Roma 1931, p. 41, la Dichiarazione XII dava «forma legislativa (*sic*) a due precetti economici di importanza fondamentale, che compendiano il pensiero fascista in materia di politica salariale»: la riserva assoluta a favore della contrattazione collettiva (di diritto pubblico ed efficace *erga omnes*) della definizione della misura dei salari (il che implicava la non uniformità delle retribuzioni, differenziate per categorie); la subordinazione del salario individuale a tre fattori: esigenze normali di vita, possibilità della produzione, rendimento del lavoro.

luce, pur nella evidente discontinuità, un elemento di continuità, che ravvisa nella scelta di riservare alla contrattazione collettiva la determinazione del salario minimo.

La proposta di inserire una esplicita previsione del salario minimo affiora nella Costituente – ricorda MR – ma viene respinta per opportunità politica più che per ragioni di principio<sup>9</sup>; viene preferita una «formula vaga, come quella che troverà infine posto nel testo dell'art. 36» (p. 63), che non impone il salario minimo (che infatti non è menzionato: e men che meno ne riserva la definizione al legislatore). L'art. 36 impone solo che la retribuzione sia, oltre che proporzionale alla qualità e quantità del lavoro prestato, «in ogni caso» sufficiente ad assicurare una «esistenza libera e dignitosa», senza stabilire quale sia la soglia della sufficienza, e senza affidarne la valutazione al legislatore. Era infatti convinzione dei costituenti che i salari dovessero restare materia di competenza della contrattazione collettiva; alla legge i costituenti affidavano il compito, strumentale ma decisivo, di realizzare un sistema di contrattazione nazionale di categoria efficace *erga omnes* (art. 39, commi 2-4), che avrebbe dovuto garantire ai lavoratori salari minimi uniformi (nell'ambito della categoria definita dal contratto collettivo).

Nota MR: si tratta di una soluzione in linea di continuità con l'esperienza sindacale fascista, ma assai discutibile «se si pensa che, una volta privato del suo carattere autoritario, il modello corporativo perdeva anche il pregio della compattezza giuridico-formale» (p. 64). Venendo meno i capisaldi dell'ordinamento corporativo, niente può impedire che settori marginali della forza-lavoro restino privi di una disciplina collettiva del salario, per l'assenza o la debolezza dell'organizzazione sindacale.

Questo anche se l'art. 39 cost. fosse stato attuato: ma la mancata attuazione ripropone il problema dell'applicazione dei contratti collettivi in generale e non solo per le categorie prive di tutela contrattuale. Privo di efficacia *erga omnes*, il contratto collettivo non può che avere, infatti, un'applicazione limitata. Tanto limitata, che per tutti gli anni '50 del secolo scorso «al problema di offrire una tutela minima ai lavoratori non coperti dal contratto collettivo seguirà a guardarsi nell'ottica dell'*erga omnes*» (p. 76). Il dibat-

<sup>9</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 62 ss. Per la ricostruzione della discussione in Assemblea costituente cfr. C. FALERI, *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Roma 2014, p. 166.

tito troverà uno sbocco nell'approvazione della legge Vigorelli (l. n. 741/1959); ma si tratterà di una soluzione anch'essa limitata. Per tre ragioni: in primo luogo, perché temporanea (la Corte costituzionale ha annullato infatti la legge di proroga dei termini per il deposito e l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi); in secondo luogo, perché ad essere estesi erano solo i contratti collettivi già stipulati (dunque per le categorie non tutelate dal contratto collettivo tutto restava com'era); in terzo luogo, perché i minimi salariali previsti dai contratti estesi erano destinati a rapida obsolescenza, alla quale saranno i giudici ordinari a trovare rimedio, facendo ricorso all'art. 36 cost. per adeguare quei minimi (ora contenuti nei d.P.R.) ai criteri di sufficienza e proporzionalità<sup>10</sup>.

## 2.2. (Segue) *La giurisprudenza sull'art. 36 cost. Perché non basta (o non serve)*

La riflessione di MR sul salario minimo incontra, inevitabilmente, la giurisprudenza, a partire dalla considerazione della immediata precettività dell'art. 36, comma 1, cost., sostenuta da un autorevole settore della dottrina (Natoli, Pugliatti, Scognamiglio) e affermata dalla Cassazione fino dall'inizio degli anni '50 del secolo scorso<sup>11</sup>. L'applicabilità immediata dell'art. 36 nei contratti individuali di lavoro apre infatti la strada alla giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente «che più che essere “allineata con le direttive costituzionali”<sup>12</sup> che non prevedevano affatto l'affidamento al giudice della realizzazione del principio del salario minimo, pare avere contribuito, oggettivamente, ad allentare tensioni sociali, inserendosi funzionalmente nell'ordinamento sindacale di fatto dell'immediato dopoguerra» (p. 67).

<sup>10</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 77 ss., ritiene che i giudici operassero *contra legem*; l'operato dei giudici fu però legittimato *a posteriori* dalla Corte cost., 10 novembre 1971, n. 156, che stabilì che spettava al giudice ordinario risolvere l'eventuale conflitto tra una clausola del contratto collettivo e una disposizione della Costituzione (nella specie l'art. 36); la Corte si liberava così di un pesante fardello, restituendolo ai giudici.

<sup>11</sup> La precettività dell'art. 36, comma 1, cost. è stata riconosciuta dalla sentenza della Corte cost., 28 aprile 1960, n. 30, che ha qualificato il diritto alla “giusta retribuzione” come “diritto soggettivo perfetto”.

<sup>12</sup> Qui MR cita T. TREU, *Sub art. 36*, in *Comm. cost.* Branca, *Rapporti economici*, t. I, Artt. 35-40, Bologna-Roma 1979, p. 72 ss.

È un giudizio politico e si può ovviamente non condividerlo, ma coglie un tratto rilevante della politica del diritto praticata dagli interpreti (giudici inclusi) nei due decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione<sup>13</sup>. L'analisi tecnica coglie invece i limiti di un'operazione che sarà considerata da molti, e per decenni, la via italiana al salario minimo, ma che MR, d'accordo con Treu, considera un'anomalia. Scrive (pp. 68-71): l'orientamento prevalente della giurisprudenza, che «assume le tariffe collettive come parametri non vincolanti di determinazione della retribuzione», di fatto usa il solo criterio della proporzionalità; se fa riferimento al criterio della sufficienza, lo fa per discostarsi (di poco o di tanto) dai «valori sindacali, accentuando il carattere soggettivo della decisione caso per caso». Peraltro, se da un lato «la norma collettiva, essendo la risultante di un rapporto di forza, non garantisce di per sé di rispondere, sempre e comunque, alle esigenze fondamentali dell'esistenza», d'altro lato, in assenza «di una legislazione sui minimi, come pure di un obbligo, legislativamente sancito, di applicazione delle tariffe collettive, la decisione del giudice risulta[va], normativamente (quasi) priva di vincoli» (p. 69).

Se dunque sotto il profilo tecnico l'operato dei giudici non è censurabile, averne sottolineato i limiti intrinseci serve a MR per convalidare la valutazione critica della soluzione giurisprudenziale al problema posto dall'art. 36: soluzione (inadeguata) di supplenza circoscritta al caso concreto, che offre «un rimedio di carattere individuale a fronte di un problema che, in qualsiasi ordinamento, è sempre stato pensato nella sua dimensione collettiva» (p. 71).

### 2.3.(Segue) *Il salario minimo legale: perché e come*

Nelle pagine conclusive del capitolo MR costruisce la proposta del salario minimo legale (d'ora in avanti sml): un salario minimo determinato a livello nazionale, intercategoriale, dotato del maggior grado di uniformità possibile per l'insieme della forza lavoro, senza tener conto del profilo familiare della retribuzione, cui si deve provvedere con strumenti più appropriati, e *considerando* invece il nesso

<sup>13</sup> Per la comprensione dell'opera dei giuristi resta fondamentale la lettura di G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano 1967; 2<sup>a</sup> ed. 1972; una riflessione in M.V. BALLESTRERO, *Il tarellismo e l'innocenza perduta*, 9 marzo 2021, pubblicato nel sito web della rivista *Labor*.

salario-orario di lavoro, anche determinando una misura oraria del salario minimo (per evitare di entrare in rotta di collisione con la diffusione, sempre maggiore, di lavori a tempo parziale).

Alla costruzione della sua proposta, alla cui base sta la considerazione dell'intervento legislativo sul salario minimo come misura di equità sociale, MR premette la puntigliosa contestazione degli argomenti più diffusamente utilizzati da coloro che si opponevano allora all'adozione di una tale misura: tra questi argomenti, specialmente, l'impatto negativo sui livelli di occupazione, e gli effetti negativi sulla tenuta della contrattazione collettiva. Sono argomenti che tornano nel dibattito attuale, e vale la pena di affrontarli oltre, facendo riferimento ad un contesto certamente diverso da quello cui si riferiva MR nel 1986, quando l'inflazione correva a due cifre e la rottura di S. Valentino (febbraio 1984) fra le Confederazioni sindacali si era consumata da poco.

Confutati gli argomenti degli oppositori, MR pone alla base della proposta del salario minimo legale la considerazione di due argomenti, l'uno in fatto, tecnico-giuridico l'altro, che mantengono tutt'ora, *mutatis mutandis*, la loro forza persuasiva.

Il primo argomento è la dimensione del fenomeno del sotto-salario, che interessa milioni di lavoratori e trova causa nel decentramento produttivo (nelle forme regolari e in quelle sommerse), nella segmentazione del mercato del lavoro, nell'ineffettività della contrattazione collettiva a fronte del mutamento della composizione della forza-lavoro e dell'accresciuto peso quantitativo dei settori nei quali l'organizzazione sindacale è debole.

Il secondo argomento ci porta dal fatto al diritto: è dubbio che riproporre l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi – osserva MR – possa portare a qualche risultato. Primo, perché non risolve il problema dei settori privi di tutela sindacale nei quali la contrattazione, se c'è, non garantisce livelli salariali accettabili; secondo, perché «la necessità, propria di qualsiasi sistema di contrattazione collettiva ad efficacia generale, di introdurre meccanismi di determinazione del soggetto sindacale, titolare del potere negoziale per ogni singola unità contrattuale, appare tutt'ora contraddittoria col caratteristico assetto sindacale italiano» (p. 82). All'unità sindacale, che non c'era allora (ma neppure oggi), si sostituisce la “regola regina” dei rapporti tra le centrali sindacali, che è quella della “pari dignità” nell'azione contrattuale: l'intervento legislativo «non potrebbe non essere visto come un'indebita interferenza in una sfera di rapporti che storicamente si è assestata, e ha mostrato di voler funzionare, al di fuori di costrizioni normative». Una legislazione sui minimi

salariali – conclude – non contiene controindicazioni e presenta il vantaggio di non dipendere, per la sua funzionalità, da mutamenti nell'assetto dell'ordinamento sindacale «offrendosi come uno strumento realizzabile in tempi “politici”» (p. 84).

Appunto: proprio dei tempi politici parleremo, riallacciando al dibattito attuale la lunga riflessione di MR sul sml, di cui abbiamo cercato di riassumere qui i punti salienti.

### 3. *Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo. Continuità e discontinuità*

Per riallacciare il filo del discorso, che abbiamo lasciato alle pagine scritte da MR nel lontano 1986, riprendiamo tre questioni che, in quelle pagine, hanno un peso centrale. L'inadeguatezza della soluzione giurisprudenziale: una soluzione caso per caso, discrezionale e soprattutto necessariamente individuale; la necessità dell'intervento legislativo, a fronte dell'acuirsi del fenomeno della povertà “nonostante il lavoro”, per garantire ad una massa crescente di lavoratori non protetti un salario “sufficiente”, alla stregua del dettato dell'art. 36 cost.; l'impraticabilità tecnica e politica dell'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi e comunque l'insufficienza di una siffatta misura.

#### 3.1. *I limiti intrinseci della via giudiziale al salario minimo*

Ripartiamo dalla giurisprudenza, alla quale per decenni è stato affidato il compito di dare attuazione all'art. 36 cost. facendone applicazione immediata e diretta nei rapporti di lavoro (subordinato), e diventando così la “via italiana” al salario minimo. Come è largamente noto, secondo questa giurisprudenza consolidata da oltre 60 anni, ai fini della determinazione della “giusta (o adeguata) retribuzione” (insieme proporzionale e sufficiente) di cui all'art. 36 cost., costituisce un “parametro di riferimento” (non vincolante per il giudice) il contratto collettivo di categoria (CCNL)<sup>14</sup> non applicabile (o non applicato)<sup>15</sup> nella specie.

<sup>14</sup> I giudici considerano sia l'attività merceologica dell'impresa, sia le mansioni svolte dal lavoratore. Il riferimento alla “categoria” merita di essere precisato, trattandosi piuttosto degli ambiti di applicazione dei contratti collettivi come definiti dai contratti stessi.

<sup>15</sup> Per l'applicazione del CCNL di altra categoria in senso merceologico (diversa



Benché la giurisprudenza sull'art. 36 sia stata e sia tutt'ora oggetto di molte critiche<sup>16</sup>, la dottrina sottolinea come l'orientamento della giurisprudenza consenta di valorizzare lo stretto collegamento tra gli artt. 36 e 39 cost., affidando appunto all'autonomia collettiva la funzione di determinare i livelli salariali minimi. Tuttavia, come MR aveva ben visto, la via giudiziale al salario minimo non è, e non può essere, una risposta adeguata. Non tanto per la ragione che i giudici si esprimerebbero solo sulla proporzionalità della retribuzione: in realtà i giudici formulano per lo più una regola unitaria di "adeguatezza" della retribuzione, mettendo appunto insieme proporzionalità e sufficienza<sup>17</sup>; anche se poi, nell'uso del parametro contrattuale di riferimento, la valutazione in termini di sufficienza finisce spesso per prevalere sulla valutazione della proporzionalità. Altre sono le ragioni.

La prima, e più ovvia, ragione è che l'applicazione della retribuzione minima contrattuale non è automatica, perché deve essere richiesta al giudice dal lavoratore: un ricorso che i lavoratori in situazione di maggiore debolezza economica e contrattuale non sono in grado di affrontare<sup>18</sup>.

La seconda ragione, non ovvia questa volta, ma frutto di una scelta interpretativa, è che i giudici prendono in considerazione non le singole voci retributive ma il trattamento economico complessivo solo di paga base, indennità di contingenza e tredicesima mensilità

da quella del contratto applicato), v. ad es. il caso deciso da Trib. Milano, 24 febbraio 2021: nell'ambito di un appalto per servizio di trasporto merci e logistica, il datore di lavoro applica il CCNL della categoria Legno-Artigiani, con inquadramento di un autista (con servizio carico-scarico merci) in un livello in cui i profili contemplati non hanno nulla a che fare con le mansioni effettivamente svolte dall'autista. Il giudice, a fini di valutazione della proporzionalità e sufficienza della retribuzione, ritiene congruo il riferimento al CCNL trasporto merci e logistica con inquadramento nel livello nel quale rientrano le mansioni di autista.

<sup>16</sup> V. specialmente M. PERSIANI, *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 1998, n. 2, p. 31, ora in M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Padova 2004, p. 653.

<sup>17</sup> T. TREU, *Le forme retributive incentivanti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 666.

<sup>18</sup> Il lavoratore debole resta perciò soggetto al potere discrezionale del datore di lavoro; non è un'ipotesi marginale, perché si calcola che una percentuale variabile a seconda dei settori tra il 10 e il 30% dei lavoratori a tempo pieno sia pagato meno dei minimi tabellari: Cfr. A. GARNERO, C. LUCIFORA, *L'erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 295; C. LUCIFORA, *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale?*, in C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disegualanze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Bologna 2017, p. 401 ss., qui p. 416.

(esclusi talora anche gli scatti di anzianità), con ciò in sostanza riducendo l'adeguatezza della retribuzione al c.d. "minimo costituzionale", che non risponde necessariamente né al criterio della sufficienza e neppure a quello della proporzionalità.

La terza, e forse più importante ragione, è che l'applicazione delle retribuzioni tabellari previste dal contratto collettivo "di riferimento" in linea di principio non è garantita, perché i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva costituiscono un parametro "non vincolante", dal quale il giudice può discostarsi. Ma non è garantita neppure nei fatti: non mancano infatti decisioni della Casazione che autorizzano il giudice di merito a rivedere (al ribasso) il minimo tabellare, valutando discrezionalmente, nel caso concreto, proporzionalità e sufficienza della retribuzione in relazione ad una serie di fattori, specialmente la dimensione e la situazione economica dell'impresa, ma anche il mercato territoriale del lavoro, il costo della vita e altro ancora<sup>19</sup>.

Queste ragioni erano già presenti ai tempi in cui scriveva MR e gli erano ben chiare. Costituisce invece una ragione nuova, capace di mettere seriamente in crisi le basi su cui tradizionalmente è stata costruita la via giudiziale al salario minimo, il mutamento intervenuto nella contrattazione collettiva, che registra la presenza di una nuova contrattazione nazionale di categoria (stimata intorno ai 2/3 degli oltre 850 contratti depositati nell'Archivio del CNEL). Si tratta spesso di contratti "pirata", stipulati tra organizzazioni datoriali e sindacali poco rappresentative (specialmente nel settore dei servizi), al ribasso e concorrenti rispetto ai contratti di categoria stipulati da parti rappresentative (su entrambi i fronti). In tali casi si rivela certamente utile a risolvere il problema la tendenza, che si registra nella giurisprudenza (in sintonia con gli orientamenti espressi dal legislatore), ad individuare nella disciplina salariale dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative il parametro adeguato ai sensi dell'art. 36 cost.<sup>20</sup>. Tuttavia l'attuale giungla contrattuale non è fatta

<sup>19</sup> Per un'analisi attenta della giurisprudenza cfr. C. PONTARIO, *Il lavoro per un'esistenza libera e dignitosa: art. 36 Cost. e salario minimo legale*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 4, p. 19.

<sup>20</sup> C. PONTARIO, *o.u.c.*, secondo cui, pur con tutte le sue incertezze e incongruenze, «la giurisprudenza ha comunque creato il concetto di retribuzione "costituzionalmente adeguata" e ha individuato nella disciplina salariale dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative il parametro adeguato a riempire di contenuto la formula dell'art. 36

solo di contratti “pirata”: questa, se si vuole, è la patologia, ma vi è anche una fisiologica proliferazione dei contratti nazionali, che deriva dalla frammentazione delle categorie tradizionali, dalla moltiplicazione degli ambiti di applicazione dei contratti e dalla nascita di nuove organizzazioni di rappresentanza dalla parte sia dei lavoratori, sia dei datori di lavoro<sup>21</sup>. In presenza del *dumping* salariale, frutto della proliferazione di contratti collettivi “al ribasso” in non pochi casi sottoscritti da organizzazioni sindacali rappresentative, e i cui campi di applicazione disegnano perimetri non esattamente coincidenti, il compito del giudice chiamato a valutare la conformità della retribuzione ai canoni di proporzionalità e sufficienza fissati dall’art. 36 cost. si fa certamente più arduo di quanto non lo fosse in passato<sup>22</sup>. L’individuazione di un contratto *leader* di riferimento deve fare i conti con il rispetto del principio sancito dall’art. 39, comma 1, cost., che secondo l’opinione largamente prevalente, non consente la predefinitiva della categoria rispetto alla sua definizione contrattuale (e dunque sindacale), ed è di ostacolo all’applicazione dell’art. 2070 c.c.<sup>23</sup>.

Cost.», in sintonia con la legislazione che assegna ai contratti collettivi aventi le suddette caratteristiche funzioni di integrazione e deroga alla legge, e anche, ad esempio, di individuazione del c.d. “*minimale contributivo*” (art. 1, d.l. n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989).

<sup>21</sup> Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 185, con interessanti considerazioni sui risultati della collaborazione tra CNEL e INPS per la classificazione dei CCNL e “perimetrazione” degli ambiti di applicazione (con il supporto dei codici Ateco); T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 386/2019 (qui specialmente la parte II del saggio).

<sup>22</sup> Cfr. ancora C. PONTERIO, *Il lavoro*, cit. L’A. segnala i casi nei quali, per una stessa mansione, il lavoratore si vede applicati dai diversi datori di lavoro succedutesi in un appalto contratti collettivi diversi, tutti stipulati da sindacati rappresentativi, con progressiva riduzione del trattamento economico: cosicché, osserva, «i contratti nazionali sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, un tempo parametro della retribuzione proporzionata e sufficiente sono ora dichiarati nulli, quanto alle tariffe salariali, per contrarietà a quella stessa norma costituzionale di cui si presumeva fossero naturale attuazione».

<sup>23</sup> *Infra*, § 5. Sulla questione (che implica la distinzione tra categoria merceologica, sindacale e contrattuale) cfr. le osservazioni di S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia*, cit.; per una riflessione critica sui margini di residua applicabilità dell’art. 2070 c.c., cfr. G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020, pp. 168 ss.

### 3.2. Il salario minimo tra legge e contrattazione. I termini della discussione

L'inadeguatezza della via giudiziale al salario minimo; i dati sulla povertà assoluta e relativa, che segnalano la preoccupante dimensione del fenomeno dei *working poors*, che non riguarda solo le aree marginali ma investe pesantemente anche i lavoratori occupati nei settori più deboli del mercato del lavoro (piccole imprese, giovani, donne, lavoratori con bassa istruzione, immigrati); la difficoltà di garantire retribuzioni sufficienti alla generalità dei lavoratori a fronte della situazione in cui versa la contrattazione collettiva<sup>24</sup>: questo insieme di fattori ha contribuito a rilanciare in tempi recenti la riflessione sulla adozione del sml, misura già presente, sia pure in forme diverse tra loro, nella stragrande maggioranza dei paesi dell'UE<sup>25</sup>.

Come è noto, sino ad ora l'ostacolo politico maggiore all'adozione del salario minimo legale è stata l'opposizione delle Confederazioni sindacali e delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro. Il problema dell'eventuale impatto negativo sulla "tenuta" della contrattazione collettiva e sulla funzione della contrattazione nazionale come fonte privilegiata della definizione del trattamento economico, nel quale vanno ricompresi altri elementi oltre al minimo tabellare, è alla base della tradizionale opposizione dei sindacati all'introduzione del sml<sup>26</sup>. Queste preoccupazioni non sono infondate e sono certamente legittime, ma l'analisi delle esperienze di altri paesi (la Germania, soprattutto) fornisce buoni argomenti per ridimensionarne la portata. Merita peraltro sottolineare come, recentemente, la posizione delle tre maggiori Confederazioni sindacali

<sup>24</sup> T. TREU, *La questione salariale*, cit.

<sup>25</sup> Tra i paesi dell'UE ad alta copertura da parte della contrattazione collettiva, Austria, Danimarca, Finlandia, Svezia e Italia non hanno il sml, mentre questo è previsto in Francia, Spagna, Belgio e Olanda. Tra i paesi in cui la copertura è media (Germania, Grecia, Croazia, Lussemburgo, Malta, Romania, Portogallo, Cipro) solo Cipro non ha il sml. In tutti gli altri paesi dell'UE (inclusa la GB), nei quali la copertura è molto bassa o assente, è previsto il sml. Un panorama dei modelli già sperimentati in Europa in E. MENEGATTI, *Il salario*, cit.; M. MAROCCO, *Il salario minimo legale nel prisma europeo: prospettive per l'Italia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 337; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione e concorrenza*, Napoli 2019, p. 177 ss. e ivi riferimenti. Sulla disciplina del sml introdotta in Germania nel 2015 cfr. l'analisi di T. TREU, *La questione salariale*, cit.

<sup>26</sup> Le associazioni dei datori di lavoro temono un sml troppo alto non sostenibile dalle imprese minori; anche loro, come i sindacati, temono comunque l'aggravarsi della perdita di ruolo e di iscritti già in atto.

(Cgil, Cisl e Uil) si sia modificata, passando da una preclusione assoluta all'apertura verso l'ipotesi di rendere generalmente applicabili i livelli salariali di base previsti dai contratti di categoria, prendendoli a riferimento come garanzia salariale minima per le varie categorie e qualifiche di lavoratori<sup>27</sup>.

Tra i giuristi le opinioni sull'opportunità di un intervento legislativo divergono e gode ancora di seguito l'opinione contraria alla fissazione per legge di una retribuzione minima garantita<sup>28</sup>, fissa ed eguale su tutto il territorio nazionale<sup>29</sup>: vale a dire quel salario minimo determinato a livello nazionale, intercategoriale, dotato del maggior grado di uniformità possibile per l'insieme della forza lavoro, a cui pensava MR. Su un punto almeno vi è però accordo: un intervento del legislatore che introducesse anche in Italia, come già avviene in altri paesi, il sml sarebbe non solo legittimo, ma conforme alla regola della sufficienza della retribuzione dettata dall'art. 36 cost. La nostra Costituzione non contempla una riserva esclusiva di competenza in materia salariale a favore della contrattazione collettiva: lo ha detto con chiarezza la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 106/1962 sulla proroga della legge Vigorelli e in altre varie occasioni, legittimando l'intervento dello Stato quando siano in gioco interessi generali che trascendono gli interessi, pur sempre "particolari", perseguiti dalla contrattazione collettiva<sup>30</sup>. La riserva non è esclusiva, ma le ragioni dell'intervento statale devono essere bilanciate con la tutela della libertà sindacale: così ha detto ancora la Corte, nella sentenza n. 178/2015, ravvisando nella determinazione

<sup>27</sup> T. TREU, *La questione salariale*, cit.; tale operazione, secondo Treu, potrebbe giustificarsi come attuazione del principio di retribuzione proporzionale e sufficiente sancito dall'art. 36 cost. e così potrebbe evitare obiezioni *ex art.* 39 cost.

<sup>28</sup> Benché favorevole ad una riforma per legge del sistema retributivo, parlando dell'eventualità di una disciplina legale del salario minimo ricorre spesso al verbo «scongiurare» M. MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Roma 2019.

<sup>29</sup> Di avviso recisamente contrario P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 719. L'ipotesi di un ritorno alle zone salariali è condivisa da alcuni economisti; ma v. le equilibrate osservazioni in contrario di A. GARNERO, C. LUCIFORA, *L'erosione*, cit., p. 309. Un intervento sul salario minimo differenziato per aree territoriali si scontrerebbe, a nostro avviso, con principi e regole costituzionali di portata generale (artt. 3 e 36 cost.); *contra* E. MENEGATTI, *Il salario*, cit., p. 168 ss.

<sup>30</sup> Sulla giurisprudenza della Corte cost. cfr. l'attenta ricostruzione di L. ZOPPOLI, *La retribuzione*, in P. CURZIO, L. DI PAOLA, R. ROMEI (a cura di), *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Milano 2018, p. 327, qui p. 387 ss.

delle retribuzioni uno “spazio costituzionalmente tutelato” per la contrattazione collettiva<sup>31</sup>.

La ricerca del giusto equilibrio tra legge e contrattazione collettiva non è certo facile: perché se è innegabile che la consacrazione costituzionale del contratto collettivo *erga omnes* fa di questo «il naturale strumento per la fissazione dei minimi di trattamento retributivo di applicazione generale e adeguati alla realtà produttiva dei diversi settori»<sup>32</sup>, il nostro sistema è cresciuto proprio all’ombra della mancata attuazione dell’art. 39, commi 2-4, cost. Come vedremo subito, per trovare l’equilibrio devono essere sciolti alcuni intricati nodi. Ma è bene precisare che ciò di cui attualmente si discute non è tanto l’*an*, ma il *quomodo* dell’intervento della legge per garantire alla contrattazione collettiva di svolgere, nel contesto attuale, il ruolo di “autorità salariale” che i costituenti le avevano affidato. Sembrano tramontati i tempi delle drastiche alternative tra l’intervento della legge e la consegna dell’intera materia nelle mani della contrattazione collettiva. L’ipotesi della sinergia legge-contrattazione si è fatta indubbiamente strada.

### 3.3. *La sinergia tra legge e contrattazione. Ma come?*

La strada è stata tracciata solo in tempi recenti: siamo partite dalle pagine scritte da MR nel 1986, e possiamo dire che, salvo qualche rara eccezione, l’attenzione dei giuslavoristi al tema del salario minimo era stata per lungo tempo a dir poco scarsa. A riaccendere l’attenzione era stata la legge-delega n. 183/2014 (c.d. *Jobs Act*), che prevedeva (art. 1, comma 7, lett. g) l’introduzione del salario minimo legale (nella forma del compenso orario minimo) ma limitata ai soli settori «non regolati» dai contratti collettivi. La previsione aveva suscitato molti interrogativi, rimasti tuttavia privi di risposta, perché la delega non è stata esercitata. La discussione, che aveva perciò segnato il passo, ha ripreso fiato con l’avvio della attuale legislatura, a seguito della presentazione di diverse proposte di legge, alle quali si affiancano le proposte avanzate dagli esperti. Tra queste merita di essere segnalata (perché ha avuto almeno in parte seguito)

<sup>31</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *o.u.c.*, p. 390 ss., e ivi il lungo commento alla sentenza. Secondo M. DELFINO, *Salario legale*, cit., p. 48 ss., la Corte ha nettamente privilegiato la contrattazione collettiva, in sostanza assegnando al legislatore un ruolo al massimo di sostegno.

<sup>32</sup> T. TREU, *La questione salariale*, cit.

quella di un intervento legislativo “leggero”, che preveda «che il parametro della retribuzione non possa essere inferiore al trattamento minimo stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»<sup>33</sup>. Un intervento di questo tipo sarebbe rispettoso dell'autonomia collettiva e della competenza delle parti sociali in materia salariale e avrebbe il vantaggio di dare flessibilità al sml mediante il rinvio mobile alla contrattazione di categoria; eviterebbe la creazione di un sistema duale (salario minimo legale e salario minimo contrattuale), assegnando alla legge il “solo” ruolo (ma non si tratta di cosa da poco) di assumere la parte relativa al trattamento economico dei contratti collettivi (qualificati dalla maggiore rappresentatività comparativa nella categoria alla quale il contratto si riferisce) come parametro “obbligato” di riferimento per la determinazione della retribuzione proporzionale e sufficiente. Semplice? Assolutamente no, come vedremo meglio oltre (*infra*, § 5).

Nella prospettiva di una relazione sinergica tra legge e contrattazione collettiva si colloca il d.d.l. (AS n. 658) presentato dalla Sen. Nunzia Catalfo del M5S, poi Ministra del lavoro nel Governo Conte 2, adottato come testo base dalla Commissione Lavoro del Senato<sup>34</sup>. Nel d.d.l. la sinergia carica sulla legge un peso assai maggiore di quello prospettato nella proposta citata sopra, assegnandole il compito della definizione generale e imperativa della soglia del minimo retributivo. Secondo questa proposta (che estende la sua area di applicazione oltre il lavoro subordinato, menzionando espressamente le collaborazioni etero-organizzate di cui all'art. 2, d.lgs. n. 81/2015), la legge fissa una soglia minima di sufficienza della retribuzione (che non può essere inferiore a 9 euro all'ora, al lordo degli oneri contributivi e previdenziali, e soggetto ad indi-

<sup>33</sup> P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo?*, Milano 2018, p. 105. Secondo l'A. un intervento di questo tipo terrebbe insieme sufficienza e proporzionalità della retribuzione: ciò che rappresenterebbe un indubbio vantaggio rispetto ad un salario minimo legale eguale per tutti e indifferenziato, che dovrebbe comunque rinviare alla contrattazione collettiva la definizione del trattamento economico proporzionale oltre la soglia minima della sufficienza. Contrario alla differenziazione del sml per categoria E. MENEGATTI, *Il salario*, cit., p. 156 ss. Peraltro, nei paesi in cui il sistema di contrattazione è sviluppato, il sml è in genere intercategoriale: ed è questo il modello cui MR faceva riferimento.

<sup>34</sup> AS 658 del 12 luglio 2018. Per la documentazione e i commenti v. *Lav. wel.*, giugno 2019, n. 35. Ivi anche le memorie per l'audizione presso la Commissione Lavoro del Senato delle maggiori organizzazioni sindacali e di Confindustria.

cizzazione annuale), ma rinvia alla contrattazione collettiva la determinazione dei trattamenti economici proporzionali (al di sopra del livello di sufficienza), variabili per categoria produttiva e per attività svolte dai lavoratori. Il rinvio apre la porta al problema della individuazione di quale sia il contratto nazionale di riferimento, che il d.d.l. risolve facendo ricorso al criterio della maggiore rappresentatività comparativa delle organizzazioni sindacali e datoriali stipulanti, diversamente regolato a seconda che vi sia un solo contratto il cui ambito di applicazione sia coerente con l'attività svolta dai lavoratori, una pluralità di contratti applicabili (come attualmente sempre più spesso avviene), o la carenza di un contratto collettivo applicabile<sup>35</sup>.

Una strada diversa, ancora ispirata all'idea che la legge possa porsi in sinergia con la contrattazione collettiva, ma con accentuata funzione residuale del sml, è quella seguita dal d.d.l. del PD (primo firmatario il Sen. Nannicini) (AS 1132), che prevede di estendere a tutti i lavoratori subordinati del settore del trattamento minimo tabellare stabilito dal contratto collettivo nazionale stipulato dalle associazioni di rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, individuate come tali da una Commissione paritetica, istituita presso il CNEL, alla quale compete anche la definizione degli ambiti di applicazione e della efficacia dei contratti collettivi. Il d.d.l. prevede altresì che, nelle aree di attività non coperte dai contratti collettivi stipulati dalle associazioni di rappresentanza comparativamente più rappresentative, il datore di lavoro sia tenuto a corrispondere al lavoratore (subordinato), un "salario minimo di garanzia", secondo gli importi e le modalità determinati dalla Commissione paritetica. In questa proposta, il ruolo del sml (la cui entità non è determinata direttamente dalla legge) è espressamente limitato alla garanzia della retribuzione minima sufficiente per i lavoratori non coperti dalla contrattazione collettiva: anche se, inevitabilmente, il salario minimo assume il ruolo di limite inderogabile (*in pejus*) dalla contrattazione collettiva<sup>36</sup>. Minimi tabellari al di sotto del sml sarebbero del resto nulli per violazione dell'art. 36 cost.

<sup>35</sup> Non entriamo nel merito della disciplina di queste diverse ipotesi. Per un'analisi dettagliata cfr. B. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella "grande trasformazione"*, in B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU (a cura di), *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione. Valori, attori, regolazione*, Bologna 2019, p. 161 ss.

<sup>36</sup> Sul d.d.l. Nannicini, anche per un puntuale confronto con il d.d.l. Catalfo, cfr. B. CARUSO, *o.u.c.*



Queste, riducendo al minimo, le principali proposte in discussione fino all'esplosione della pandemia; attualmente la discussione è tornata in fase di stallo. Nel presentare il programma del suo ministero, il Ministro del lavoro Orlando, succeduto a Catalfo, non ha fatto alcun riferimento al salario minimo (e neppure alla legge sulla rappresentatività sindacale). Evidentemente la pandemia ha imposto altre priorità. Il salario minimo è uscito dall'agenda del Governo Draghi, e dal PNRR presentato a Bruxelles a fine aprile 2021 sono sparite le poche righe che gli erano dedicate nel piano elaborato dal governo precedente. Da quanto si apprende, il Governo si riserverebbe di riprendere l'argomento in sede di trasposizione della direttiva europea prossima ventura. È dunque di questa che conviene occuparsi: come si sarebbe detto qualche anno fa, «ce lo chiede l'Europa».

#### 4. Una «via UE» al salario minimo legale?

Scriveva MR: «chi pensasse [...] all'inopportunità e/o all'inutilità di ragionare in termini di salario minimo nel contesto di una società industriale avanzata rischierebbe di incorrere in una facile petizione di principio» (p. 19). I protagonisti del diritto UE non sono caduti in quell'errore, e con coraggio hanno superato anche l'argomento – un classico, per così dire – della «impossibilità» di affrontare la questione «nell'attuale congiuntura economica». Al contrario, nella Relazione di accompagnamento della proposta di direttiva sui salari minimi<sup>37</sup> si legge che «il ruolo dei salari minimi acquisisce un'importanza ancora maggiore nei periodi di recessione economica»; e non manca un richiamo, quasi scontato, all'impatto della «crisi Covid che ha colpito in maniera particolare i settori caratterizzati da un'elevata percentuale di lavoratori a basso salario, come il commercio al dettaglio e il turismo, e ha avuto un impatto maggiore sui gruppi più svantaggiati della popolazione»<sup>38</sup>.

La proposta, pur ormai nota e commentata<sup>39</sup>, merita di essere

<sup>37</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai salari minimi adeguati nell'Unione europea, COM (2020) 682 final-2020/0310 (COM).

<sup>38</sup> Così anche S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro dopo la pandemia: appunti per un'agenda progressista*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 2.

<sup>39</sup> V. da ultimo E. MENEGATTI, *La difficile strada verso uno strumento europeo sui salari minimi*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 2; O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della pro-*

considerata per diverse ragioni, tutte rilevanti e connesse alle questioni finora qui considerate. Ma c'è una ragione in più per tenerne conto in questa sede, ed è rinvenibile nei tanti contributi di MR in materia di diritto sociale europeo: contributi scientifici che non richiamiamo, e contributi didattici. Sappiamo quanti giovani giuslavoristi si sono formati sulle pagine delle tante edizioni<sup>40</sup> del diffuso manuale di Diritto del lavoro della comunità europea del quale, con Tiziano Treu, è stato autore. Davvero questo è uno di quei casi nei quali si vorrebbe tornare ad ascoltare la voce di chi ci ha prematuramente lasciati, per sentire come avrebbe accolto e commentato questa iniziativa UE in materia di «salario minimo adeguato» (come recita l'intitolazione della proposta).

Sicuramente – ci sentiamo di dire – analizzerebbe a fondo la stessa base giuridica di questa proposta di direttiva – l'art. 153, paragrafo 1, lett. *b* TFUE – mettendo in discussione la facilità (o faciloneria) con la quale la relazione spazza via decenni di condivisione di una lettura fortemente vincolante e “nazionalista” dell'attuale art. 153, paragrafo 5 TFUE<sup>41</sup>, limitandosi a dire che «poiché non contiene misure che hanno un'incidenza diretta sul livello delle retribuzioni, la direttiva proposta rispetta pienamente i limiti imposti all'azione dell'Unione dall'articolo 153, paragrafo 5, TFUE»<sup>42</sup>. L'apparente leggerezza dell'affermazione, sorretta da una valorizzazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità dell'azione dell'Unione, va peraltro letta insieme alle molte cautele che punteggiano i *considerando* e lo stesso articolato proposto, e al fine la stessa scelta di fondo del metodo.

Se le proposte di legge nazionali, come abbiamo visto (*supra*, § 3.3), si sforzano di creare una sinergia tra intervento legislativo e contrattazione collettiva, la direttiva si muove – con grande cautela, appunto – su un doppio binario, proponendo due diversi modelli

*posta di direttiva europea*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 2; V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 111 ss.

<sup>40</sup> Continuate meritoriamente dalle sue Allieve alla scomparsa del Maestro.

<sup>41</sup> «Si erge il “muro” dell'art. 153.5» del TFUE – scrive A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, pp. 543-544 – che pare escludere la retribuzione dall'ambito delle competenze dell'Unione, più correttamente, dall'ambito delle competenze *sociali* dell'Unione».

<sup>42</sup> Sulle possibili basi giuridiche “alternative” v. E. MENEGATTI, *La difficile strada*, cit., pp. 12-15.

di possibile adeguamento alla direttiva, e dunque di realizzazione dell'obiettivo di garantire un salario minimo adeguato a tutti i lavoratori UE. Si tratta di due modelli che tengono conto della diversità dei contesti nazionali, ove al nutrito gruppo di Paesi (21) che hanno un salario minimo stabilito dalla legge si affianca un piccolo gruppo di Paesi (6, tra i quali l'Italia) che *non* hanno un salario minimo legale mentre affidano alla contrattazione collettiva il compito di realizzare l'obiettivo di una retribuzione sufficiente – richiamando quanto sancisce l'art. 36 della nostra Costituzione. L'art. 1, infatti, chiarisce espressamente che la «direttiva fa salva la scelta degli Stati membri di fissare salari minimi legali o promuovere l'accesso alla tutela garantita dal salario minimo fornita da contratti collettivi». E ad ogni buon conto afferma che «nessuna disposizione della [...] direttiva può essere interpretata in modo tale da imporre agli Stati membri nei quali la determinazione dei salari sia garantita esclusivamente mediante contratti collettivi l'obbligo di introdurre un salario minimo legale o di rendere i contratti collettivi universalmente applicabili».

Resta tuttavia chiara la preoccupazione per «il livello dei salari minimi e la percentuale dei lavoratori tutelati [...], determinati direttamente dal funzionamento del sistema di contrattazione collettiva e dalla copertura della contrattazione collettiva» (*considerando* 18). Due questioni che – come diremo oltre – vedono l'Italia in grande difficoltà, a causa di una “concorrenza” fra contratti collettivi stipulati da soggetti dotati spesso di ben diversa rappresentatività, che possono indurre ad una valutazione fallace del grado (formalmente alto: 80%) di copertura dei contratti collettivi esistenti. La fiducia riposta dalla Commissione nella capacità di una contrattazione collettiva «solida e ben funzionante» di garantire «l'adeguatezza dei salari minimi» è d'altronde accompagnata da alcuni impegni, sia pure espressi in forma generica e non stringente (*infra*, § 5), che vengono richiesti ai Paesi che si affidino alla contrattazione collettiva per garantire salari minimi accessibili a tutti i lavoratori, «al fine di aumentare la copertura della contrattazione collettiva» (art. 4., par. 1.).

Insomma: se qualcuno pensa che sia l'Europa a chiederci di introdurre un salario minimo legale, si sbaglia, o si illude<sup>43</sup>. Quello che “l'Europa ci chiede” è di individuare una strategia che ci consenta di rispettare gli obiettivi della direttiva; vero è che le direttive lasciano sempre agli Stati membri (SM) la scelta delle modalità di realizzazione

<sup>43</sup> In termini ancora più drastici il giudizio espresso da O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 1.

degli obiettivi fissati dalle direttive, ma in questo caso l'autonomia lasciata ai diversi Paesi, e dunque anche all'Italia, è davvero molto ampia. E *pour cause*, perché l'imposizione di un modello unico di salario minimo legale sarebbe risultata politicamente impraticabile e giuridicamente fragile, perché fragili sono le basi giuridiche della proposta.

La sfida, come diremo nel paragrafo conclusivo, lascia aperti tutti gli interrogativi, i dubbi, le incertezze, le scelte sulla via nazionale per un salario minimo (legale o contrattato). Ma è una sfida che – se la direttiva sarà davvero approvata, il che forse non è così scontato<sup>44</sup> – il Governo e il Parlamento dovranno necessariamente accettare, avendo chiaro cosa davvero l'UE pretende: a) la determinazione di livelli adeguati di salari minimi; b) l'accesso dei lavoratori alla tutela garantita dal salario minimo. La direttiva si pone esplicitamente come intervento finalizzato ad istituire un “quadro” volto a realizzare in ciascuno SM quell'obiettivo. Questa scelta di metodo presenta peraltro il vantaggio di poter risultare ragionevolmente compatibile con l'art. 153, par. 5, TFUE, traducendosi in un intervento volto (solo) a «coordinare le *forme* di determinazione dei salari minimi già esistenti in ciascuno degli Stati membri»<sup>45</sup>.

A ben vedere, l'impostazione della direttiva potrebbe essere ricondotta – vista dalla prospettiva italiana, ma non solo – al modello tipico della “legislazione di sostegno” alla contrattazione collettiva<sup>46</sup>, *considerando* che gli SM devono promuovere «lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale»<sup>47</sup>. Non si può negare che la proposta faccia affidamento sulla capacità della contrattazione collettiva (nazionale, in particolare) di garantire salari adeguati; al punto da intervenire puntualmente sul denotato di “adeguatezza” dei salari solo<sup>48</sup> (te-

<sup>44</sup> Si vedano le osservazioni di A. LO FARO, *L'iniziativa*, cit., p. 539 ss.

<sup>45</sup> A. LO FARO, *o.u.c.*, p. 545. Il corsivo è nostro.

<sup>46</sup> Ma da questo a riassumere – come fa O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 1 – l'atteggiamento della Commissione con lo slogan “Il salario minimo contrattuale è bello” corre una certa differenza.

<sup>47</sup> E incoraggiare «negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali» (art. 4).

<sup>48</sup> Così anche V. BAVARO, S. BORELLI e G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, cit., p. 124; di diverso avviso pare E. MENEGATTI, *La difficile strada*, cit., p. 5, secondo il quale quelle indicazioni sarebbero rivolte a tutti gli SM, che le dovrebbero rispettare «seguendo le proprie prassi nazionali di determinazioni dei minimi». Analogamente, sembra, O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 3, che tuttavia collega l'art. 5 al *considerando* 21 (v. *infra*).

stualmente) per gli SM in cui sono previsti salari minimi legali (art. 5), introducendo una serie di criteri minimi necessari di determinazione e aggiornamento, che non si rivelano poi così “minimi”, visto che devono “almeno” comprendere: il potere d’acquisto dei salari minimi legali, tenuto conto del costo della vita e dell’incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali; il livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione; il tasso di crescita dei salari lordi; l’andamento della produttività del lavoro. Con una sorta di (apprezzabile) *self restraint* la direttiva non determina caratteristiche essenziali dei salari minimi che risultino l’esito della contrattazione collettiva, confidando implicitamente nella capacità delle parti sociali di individuare il salario minimo adeguato, preoccupandosi soltanto di incentivare quella contrattazione «al fine di aumentare la copertura della contrattazione collettiva», che pare comunque considerare un obiettivo in assoluto positivo.

Grava in ogni caso su tutti gli SM, anche quelli che si affidino esclusivamente alla contrattazione collettiva per la definizione delle retribuzioni, come oggi l’Italia, l’obbligo, sancito dall’art. 1, di garantire livelli adeguati di salari minimi. Si ritorna così alla difficoltà di definire, almeno convenzionalmente, il denotato del lemma «adeguati», problema che per gli studiosi italiani non può che rinviare all’annosa complessa questione della retribuzione «sufficiente» ai sensi dell’art. 36 cost.<sup>49</sup> Se si ritiene di poter valorizzare *anche* i *considerando*, alcune indicazioni sono rinvenibili là dove si afferma che «i salari minimi sono considerati adeguati se sono equi rispetto alla distribuzione salariale del paese e se consentono un tenore di vita dignitoso»<sup>50</sup>. I due parametri generali indicati rinviano a due distinte ulteriori questioni: la distribuzione salariale del paese; il tenore di vita dignitoso. Il primo a sua volta rinvia, a nostro avviso, al diverso “valore” che ogni sistema nazionale, attraverso la contrat-

<sup>49</sup> La questione non può essere affrontata in questa sede; rinviamo a M.V. BALLESTRERO, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 235.

<sup>50</sup> Il *considerando* 21, peraltro sulla falsa riga dell’art. 5, così prosegue: «L’adeguatezza dei salari minimi legali è determinata tenendo conto delle condizioni socioeconomiche nazionali, comprese la crescita dell’occupazione, la competitività e gli sviluppi regionali e settoriali. Essa dovrebbe essere valutata almeno in relazione al potere d’acquisto dei salari minimi legali, all’andamento della produttività e al loro rapporto con il livello, la distribuzione e la crescita dei salari lordi. L’uso di indicatori comunemente impiegati a livello internazionale, quali il 60 % del salario lordo mediano e il 50 % del salario lordo medio, può contribuire a orientare la valutazione dell’adeguatezza dei salari minimi in relazione al livello retributivo lordo».

tazione collettiva, attribuisce ai diversi “lavori”, tema che troppo ci allontanerebbe dal limitato fine di questo contributo. Ma almeno un’osservazione può essere fatta: se il salario minimo deve risultare “equo” rispetto a quella distribuzione, pare ragionevole ritenere – ed è questa la nostra opinione – che quel salario debba essere “unico”, nazionale e intercategoriale.

Si tratta certo di una lettura opinabile, contro la quale possono essere addotti due argomenti. Il primo è rappresentato dal riferimento alla contrattazione «settoriale o intersettoriale» (che gli SM devono promuovere): un riferimento che, se esclude la rilevanza della tanto mitizzata contrattazione decentrata/aziendale, sembra aprire la strada ad una legittima scelta nazionale per minimi salariali differenziati per categoria, per dirla in termini italici. Ragionevole tuttavia replicare alla plausibile critica valorizzando la necessaria equità del salario minimo rispetto proprio a quella (legittima) differenziazione delle retribuzioni nei diversi settori. Il secondo argomento “contro” – molto più solido – può essere rinvenuto nella espressa libertà lasciata dalla direttiva agli SM di «autorizzare salari minimi legali diversi per specifici gruppi di lavoratori» (art. 6). Non è chiaro cosa si possa o si debba intendere per «gruppi di lavoratori», e la “illustrazione dettagliata” delle singole disposizioni contenute nella Relazione non è di aiuto, in quanto pressoché tautologica. La libertà comunque è condizionata, per così dire, dovendo comunque gli SM mantenere tali variazioni al minimo e garantire (termine forte) che ogni variazione sia non discriminatoria, proporzionata, limitata nel tempo, se pertinente, e obiettivamente e ragionevolmente giustificata da un obiettivo legittimo. La controreplica, se vogliamo, dovremmo trovarla correlando il primo parametro (lo ricordiamo: salari adeguati se equi rispetto alla distribuzione salariale del paese) al secondo, che considera adeguati i salari minimi se consentono un tenore di vita dignitoso. Davvero difficile – anzi impossibile – argomentare che la sufficienza (di questo al fine si tratterebbe) del salario minimo per garantire un’esistenza libera e dignitosa possa dipendere dal settore in cui il lavoratore è occupato<sup>51</sup>.

Il riferimento al «tenore di vita dignitoso» rinvia a sua volta al

<sup>51</sup> L’argomento addotto non risulta inficiato dal metodo generalmente utilizzato dalla consolidata giurisprudenza per individuare la “giusta” retribuzione ai sensi dell’art. 36, utilizzando come parametro di riferimento il contratto collettivo del settore in cui è occupato il lavoratore: in quei casi, infatti, ciò che si ricerca è la retribuzione “giusta” perché proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato.

valore della dignità della persona che apre la Carta dei diritti fondamentali<sup>52</sup>, e riapre una diatriba mai completamente sopita, che riguarda l'interpretazione, restrittiva o estensiva, dell'art. 31, par. 1, della stessa Carta, là dove si sancisce il diritto di ogni lavoratore «a condizioni di lavoro sane, sicure, dignitose»<sup>53</sup>. Ed è proprio l'argomento della dignità, unito alla formulazione della rubrica della disposizione (Condizioni di lavoro giuste ed eque) a (tentare di) giustificare la lettura per così dire estensiva, volta a garantire non solo la salute e sicurezza dei lavoratori ma anche, per quanto qui più rileva, il diritto ad una retribuzione “giusta ed equa”, come sancita dall'art. 4 della Carta sociale europea – non richiamato invece dalle Spiegazioni relative alla Carta (non vincolanti, ma delle quali si deve tener conto, come sappiamo).

La Relazione di presentazione non è in proposito illuminante, limitandosi ad affermare che «gli obiettivi della direttiva proposta sono coerenti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare con l'articolo 31, paragrafo 1, sulle condizioni di lavoro giuste ed eque»: in negativo potremmo osservare che la direttiva non viene presentata come strumento di attuazione dell'art. 31, par. 1, della Carta; in positivo potremmo invece rilevare che l'art. 31, par. 1, della Carta, così come l'art. 4 della Carta sociale, compaiono entrambi fra i primi *considerando*. D'altronde tra i *considerando* (come peraltro nella Relazione) non manca il richiamo al principio 6 del Pilastro europeo dei diritti sociali, che «ribadisce il diritto dei lavoratori a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso», e si afferma inoltre che «se fissati a livelli adeguati, i salari minimi proteggono il reddito dei lavoratori svantaggiati, contribuiscono a garantire una vita dignitosa e limitano il calo del reddito nei periodi sfavorevoli, come riconosciuto dalla Convenzione 131 dell'Organizzazione internazionale del lavoro sulla fissazione del salario minimo», e «riducono le disuguaglianze salariali e la povertà lavorativa».

Il richiamo al Pilastro dei diritti sociali merita di essere attentamente considerato, per segnalare la scelta, niente affatto scontata e del tutto “politica” di indicare la base giuridica nel Titolo del TFUE

<sup>52</sup> V. i commenti di G. ALPA, G. DE SIMONE, *sub art. 1*, in R. MASTROIANNI, G. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2017.

<sup>53</sup> V. il commento di M. NOVELLA, *sub art. 31 (I parte)*, in R. MASTROIANNI, G. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.

dedicato alla Politica sociale, e non invece nel Titolo dedicato al Mercato interno<sup>54</sup>. Ma il mercato, e la concorrenza, fanno capolino nei *considerando*, là dove si legge che la «concorrenza nel mercato unico dovrebbe essere basata su standard sociali elevati, innovazione e miglioramenti della produttività che garantiscano condizioni di parità». Nulla di così nuovo o incisivo, coerente con gli interventi più risalenti in materia di discriminazione tra uomini e donne nel lavoro (a partire proprio dalle storiche direttive della metà degli anni '70), volti a garantire una concorrenza “leale” sul fronte dei costi del lavoro.

Non è questa l'occasione per discutere ancora una volta della timidezza, per usare un eufemismo, del diritto UE rispetto al problema del c.d. *dumping* salariale (e sociale), in alcune occasioni addirittura ritenuto dalla Corte di giustizia, in sentenze molto commentate e molto criticate, come un legittimo elemento di concorrenza tra Paesi<sup>55</sup>. La leale concorrenza tra imprese (e dunque tra Paesi) ha indotto il diritto UE ad intervenire, con grande decisione, proprio sulle regole (di trasparenza, *in primis*) che gli operatori economici e finanziari devono rispettare. E non si può a nostro avviso trascurare che alcune di quelle regole danno un particolare rilievo al rispetto dei salari minimi (e più in generale delle condizioni di lavoro), conformando così i comportamenti delle aziende e degli investitori.

#### 4.1. *Diritto dei mercati e salari minimi adeguati*

Non pare dunque fuori luogo dare qui spazio a quella che potrebbe apparire una divagazione quasi “fuori tema”: come speriamo sarà chiaro dalla pur sintetica presentazione di alcune misure di diritto societario e finanziario, il diritto dei mercati ha progressivamente “incorporato” nelle finalità delle imprese una dimensione sociale che va al di là delle prassi, più o meno diffuse, di responsabilità sociale.

Enfatizzando volutamente la dimensione sociale del diritto del mercato dei capitali, in particolare, potremmo affermare che di *decent work* e di rispetto dei trattamenti economici e normativi dovuti si sono occupati (e si stanno occupando) il diritto societario e il diritto

<sup>54</sup> V. O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 2.

<sup>55</sup> Sull'apparente parziale *revirement* della Corte v. V. BAVARO, S. BORELLI e G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, cit., pp. 118-120.



to degli intermediari finanziari, prima e più del diritto sociale UE<sup>56</sup>. Non ci possiamo certo attendere che questi interventi sostituiscano un intervento specifico in materia di salario minimo adeguato, ma neppure è opportuno trascurare il ruolo che questa via alternativa e complementare può svolgere per realizzare l'obiettivo di garantire condizioni di lavoro dignitose, a partire proprio da un salario minimo adeguato. E per valutare l'impatto (effettivo e potenziale) di discipline apparentemente così lontane dal diritto sociale e dalla sensibilità dei giuslavoristi, occorre presentare qualche esempio, con alcuni (noiosi ma necessari) dettagli.

Un primo punto fermo è rappresentato dalla direttiva 2014/95/UE<sup>57</sup> che riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità<sup>58</sup> da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni. Nel ridisegnare i contenuti degli obblighi di informazioni "non finanziarie" la direttiva ha uno scopo precipuo, che è quello di permettere alla *governance* societaria, ma ancor prima ai soci e agli *stakeholder*, di valutare in modo più ampio i rischi aziendali, tenendo conto *in primis* dei rischi ambientali – tematica oggi di grande attualità – ma anche del possibile impatto delle scelte aziendali sulla dimensione sociale dell'impresa (e dell'intera catena di valore nella quale l'impresa si inserisce)<sup>59</sup>. In particolare, il legislatore comunitario ha individuato, tra le materie che devono essere considerate nella valutazione delle aziende,

<sup>56</sup> Non trascuriamo la direttiva 2019/1152, che ha sostituito la c.d. *Cinderella directive* (91/533); il nuovo testo, tuttavia, per quanto qui rileva, si limita ad indicare la retribuzione tra gli elementi di comunicazione obbligatoria (come nella vigenza della precedente direttiva, peraltro).

<sup>57</sup> Che modifica la direttiva 2013/34/UE.

<sup>58</sup> Merita ricordare gli obblighi imposti in materia di "diversità" nella composizione degli organi di amministrazione, gestione e sorveglianza in riferimento ad aspetti quali, ad esempio, l'età, il sesso o il percorso formativo e professionale; eludibili, certo («qualora non sia applicata alcuna politica in materia di diversità non dovrebbe esservi l'obbligo di istituirne una»: *considerando* 19), «ma in tal caso la dichiarazione sul governo societario dovrebbe includere una spiegazione chiara dei motivi alla base di questa scelta». Ci limitiamo ad osservare come la sensibilità per il tema della diversità nel diritto UE sia ben più avanzato rispetto a quanto previsto, per esempio, dalla legge Golfo-Mosca (legge 12 luglio 2011, n. 120), come modificata dalla legge 27 dicembre 2019, n. 160, che notoriamente ha previsto le c.d. quote rosa nella composizione degli organi societari (artt. 143-ter e 143-quater del t.u. fin., d.lgs. n. 58/1998).

<sup>59</sup> Non a caso, V. BRINO ne tratta, pur brevemente, nello studio della regolazione del lavoro nelle catene di lavoro (*Diritto del lavoro e catene globali del valore. La regolazione dei rapporti di lavoro tra globalizzazione e localismo*, Torino 2020, pp. 81-85).

le informazioni «sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani». Se vogliamo individuare una chiave di lettura complessiva, o un concetto al quale correlare tutti gli specifici obblighi di *reporting* previsti dalla direttiva, possiamo indicarla nella trasparenza delle scelte e delle loro conseguenze, effettive e potenziali. Non va peraltro dimenticato che questo imponente apparato di informazioni “non finanziarie” va comunque ad integrare il dettagliatissimo quadro normativo in materia di bilanci societari. E i revisori legali o l’impresa di revisione contabile esprimono il proprio giudizio tenendo conto *anche* della “Dichiarazione non finanziaria”, allargando così il campo e il contenuto della loro responsabilità.

Nessun riferimento espresso nella direttiva è fatto ai salari o ai sistemi retributivi, certo, ma il richiamo al rispetto dei diritti umani dovrebbe realizzare una *disclosure* su ogni forma di sfruttamento, che notoriamente si realizza anche, e forse soprattutto, in tema di retribuzioni corrisposte (o non corrisposte)<sup>60</sup>. È il richiamo alla trasparenza in materia di informazioni sul “personale” potrebbe altresì aprire le porte ad obblighi che comprendano dichiarazioni di rispetto dei minimi salariali, ove previsti dalla legge (direttamente o tramite rinvio alla contrattazione collettiva: la solita alternativa che resta aperta).

Anche la direttiva 2014/95/UE sembra tuttavia condividere con le altre direttive (sociali) in materia di informazione gli ormai noti limiti: scarsa incisività, controlli solo a posteriori, limitato ruolo degli *stakeholder*. Ma il diritto dei mercati UE non si ferma qui. Va almeno menzionato il regolamento 2019/2088 relativo all’informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, volta a garantire, con un grado di coerenza e di effettività maggiore, la trasparenza a proposito di tutte le informazioni che possano incidere sulla sostenibilità globale di ogni soggetto partecipante ai mercati finanziari (investitori istituzionali, consulenti, assicurazioni, gestori di fondi, ecc.: art. 2). Rilevante, in particolare, appare la nozione e la definizione legale di “investimento sostenibile”<sup>61</sup>: per quanto qui

<sup>60</sup> Ci riferiamo a quanto previsto dal nuovo testo dell’art. 603-*bis* c.p., che tra gli indici di sfruttamento indica «la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato».

<sup>61</sup> Investimento «in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale [...] o un investimento in un’attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, in particolare un investimento che contribuisce alla lotta contro

interessa, un investimento in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale, nel rispetto di prassi di buona *governance*, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione.

Ancora una volta, nessuna correlazione diretta con la questione dei salari minimi adeguati, ma certo una nuova attenzione verso quella che potremmo definire una “responsabilità sociale presa sul serio”. Il regolamento, entrato in vigore lo scorso marzo, darà impulso a politiche di comunicazione contrattuale e precontrattuale, iniziative di *marketing* e più in generale politiche commerciali attente alle “preferenze” degli investitori in punto di sostenibilità degli investimenti, creando progressivamente un mercato che dovrà sempre più tener conto della sostenibilità, con uno spazio specifico riservato ai c.d. investimenti ESG (*Environmental, Social e Governance Investments*) e, per quanto qui più rileva, per gli investimenti “etici” o “sociali”. Non dimenticando – per tener ferma la bussola del nostro interesse per questo tipo di regolazione – che nella costruzione dei *social rating* (attualmente in corso) il rispetto di *standard* salariali (di fonte legale o contrattuale) potrebbe giocare un ruolo non marginale.

Da ultimo, vale la pena di ricordare la recentissima “Richiesta di direttiva” indirizzata alla Commissione europea dal Parlamento europeo<sup>62</sup>, presentata sotto forma di Raccomandazioni per l'elaborazione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla dovuta diligenza<sup>63</sup> e alla responsabilità delle imprese.

Obiettivo principe della proposta è «adottare con urgenza requisiti vincolanti affinché le imprese individuino, valutino, prevenano, facciano cessare, attenuino, monitorino, comunichino, contabilizzi-

la disuguaglianza, o che promuove la coesione sociale, l'integrazione sociale e le relazioni industriali, o un investimento in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate a condizione che tali investimenti non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi e che le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona *governance*, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione del personale e rispetto degli obblighi fiscali» (punto 17, art. 2). Corsivi nostri.

<sup>62</sup> P9\_TA(2021)0073 Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL)).

<sup>63</sup> Lascia quanto meno perplessi la traduzione letterale della espressione inglese *due diligence* (ormai consolidata a livello internazionale, e con un denotato ormai sufficientemente chiaro).

no, affrontino e correggano gli impatti negativi potenziali e/o effettivi sui diritti umani, sull'ambiente e sulla buona *governance* nella loro catena del valore», preso atto «che le norme volontarie in materia di dovere di diligenza abbiano limitazioni e non abbiano compiuto progressi significativi nella prevenzione dei danni ambientali e dei diritti umani e nell'accesso alla giustizia». E nel *considerando* L compare una sottolineatura dell'importanza del «diritto a una remunerazione equa e a condizioni di lavoro dignitose, in particolare alla salute e alla sicurezza sul lavoro».

Se sarà approvato un testo normativo che ricalcherà le orme di questa proposta del Parlamento – non della Commissione, e va sottolineata la maternità dell'iniziativa – l'osservanza della *due diligence* si tradurrà in obblighi di *disclosure* e di *compliance* (termini inglesi ormai entrati nel linguaggio comune del diritto dei mercati<sup>64</sup>) ma anche di definizione di un modello<sup>65</sup> atto ad una valutazione preventiva dei rischi, alla loro mappatura, alla loro riduzione/eliminazione, assicurando uno *standard* di effettività elevato<sup>66</sup>. Merita peraltro di

<sup>64</sup> Come ha recentemente annotato L. GAETA, *La comparazione nel diritto del lavoro italiano*, in A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma 2021, p. 202 s., «l'inglese è diventato quel che era il latino nell'impero romano». Occorre tuttavia distinguere tra l'uso (appropriato) di una lingua comune di impronta UE e il vezzo di "importare" termini non italiani, che «non pare tanto indice di influenza di culture giuridiche straniere quanto di provincialismo o poco più».

<sup>65</sup> La «strategia di dovuta diligenza» evoca, nel diritto interno, il modello del d.lgs. n. 231/2001 (Disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica), troppo spesso trascurato dalla dottrina giuslavoristica, un modello «di organizzazione e di gestione idonei a prevenire» i reati contemplati dalla legge. E tra i c.d. reati presupposto ritroviamo (art. 25-*quinquies*) la violazione dell'art. 603-*bis* del codice penale (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) che – lo ricordiamo ancora una volta – tra gli indici di sfruttamento indica «la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato».

<sup>66</sup> «La dovuta diligenza è principalmente un meccanismo preventivo che impone alle imprese di adottare tutte le misure proporzionate e commisurate e di compiere sforzi, entro i mezzi a loro disposizione, per individuare e valutare i potenziali o effettivi impatti negativi, nonché di adottare politiche e misure per far cessare, prevenire, attenuare, monitorare, comunicare, affrontare e correggere tali impatti, come pure riferire in merito alle modalità con cui affrontano tali impatti. Le imprese dovrebbero essere tenute a produrre un documento in cui rendano pubblica, nel debito rispetto della riservatezza commerciale, la loro strategia di dovuta diligenza con riferimento a ciascuna di queste fasi. Tale strategia di dovuta diligenza dovrebbe essere debitamente

essere segnalato che tra i “portatori di interessi” (individui o gruppi di individui i cui diritti o interessi possono essere lesi dagli impatti negativi potenziali o effettivi) sono espressamente previsti anche i lavoratori e i loro rappresentanti, nonché i sindacati (art. 3). Infatti, l’art. 5 che disciplina il coinvolgimento dei portatori di interesse, prevede espressamente «il diritto dei sindacati al livello pertinente, incluso a livello settoriale, nazionale, europeo e globale, e dei rappresentanti dei lavoratori di essere coinvolti in buona fede nella definizione e nell’attuazione della strategia di dovuta diligenza della loro impresa»<sup>67</sup>. E non manca un apparato di controllo, di gestione dei reclami, di riparazioni extragiudiziarie (fermo il diritto di avviare un procedimento civile conformemente al diritto nazionale) nel quale possono essere coinvolti anche i rappresentanti dei lavoratori (artt. 9-13), disegnando così un sistema sanzionatorio che mostra chiaramente il suo carattere proporzionale, effettivo e dissuasivo, per ricorrere alla usuale triade di caratteristiche di un sistema sanzionatorio efficace da tempo modellato dal diritto UE e sempre richiamato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Complessivamente, e conclusivamente, è ragionevole ritenere che il diritto dei mercati, al fine, potrebbe risultare una “stampella” per un diritto sociale timido, e l’informazione “non finanziaria”, così come gli “investimenti sostenibili” e la “dovuta diligenza”, potrebbero risultare utili cavalli di Troia per far entrare il rispetto di minimi salariali adeguati tra i parametri di valutazione del comportamento delle aziende, anche attraverso strumenti fortemente cogenti, come abbiamo visto.

integrata nella strategia aziendale globale dell’impresa. Essa dovrebbe essere valutata annualmente e rivista ogniqualvolta risulti necessario a seguito di tale valutazione. Le imprese che non pubblicano dichiarazioni sul rischio non dovrebbero essere esentate da eventuali indagini o controlli, da parte delle autorità competenti degli Stati membri, finalizzati a garantire il rispetto degli obblighi previsti dalla presente direttiva, e possono essere ritenute responsabili conformemente alla legislazione nazionale» (*considerando* 30 e 31). V. in dettaglio gli obblighi imposti alle aziende dall’art. 4.

<sup>67</sup> «I rappresentanti dei lavoratori sono informati dall’impresa in merito alla sua strategia di dovuta diligenza e all’attuazione della stessa, alla quale contribuiscono, conformemente alle direttive 2002/14/CE e 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e alla direttiva 2001/86/CE del Consiglio. È inoltre pienamente rispettato il diritto di contrattazione collettiva, quale riconosciuto in particolare dalle convenzioni 87 e 98 dell’OIL, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dalla Carta sociale europea del Consiglio d’Europa, nonché dalle decisioni del comitato dell’OIL sulla libertà di associazione, del comitato di esperti dell’OIL per l’applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni (CEACR) e del Comitato europeo dei diritti sociali (ECSR) del Consiglio d’Europa».

## 5. Qualche punto fermo e molti nodi da sciogliere

Il rispetto dei salari minimi adeguati risulterebbe in ogni caso più sicuro in presenza di una disciplina legale efficace e generalmente applicabile. Come abbiamo visto (§ 4), la proposta di direttiva (per brevità: la direttiva) non impone agli Stati membri di adottare il sml, lasciando aperta la scelta sulla strada da seguire per garantire ai lavoratori salari adeguati. Affidare alla contrattazione collettiva la realizzazione di questo obiettivo non solo è una scelta pienamente legittima, ma è vista con favore dalla Commissione europea, che si propone di «promuovere la contrattazione collettiva sui salari in tutti gli Stati membri», nella convinzione che svolga «un ruolo fondamentale per una tutela garantita dal salario minimo adeguata». La scelta è tuttavia condizionata, se pure – come abbiamo già rilevato – in modo generico e non stringente: ove la copertura della contrattazione collettiva risulti inferiore al 70% dei lavoratori, si dovrà provvedere a promuovere la contrattazione collettiva<sup>68</sup>, il che non implica l'obbligo – precisa la direttiva – di estendere *erga omnes* i contratti collettivi settoriali o intersettoriali (art. 1, par. 3).

In vista dell'allineamento del nostro ordinamento alla direttiva prossima ventura<sup>69</sup>, il legislatore dovrà sciogliere alcuni dei nodi che già ingombravano la strada dei d.d.l. sul salario minimo di cui abbiamo detto sopra (§ 3.3).

Il primo nodo è rappresentato proprio dalla scelta di istituire il sml. Il raggiungimento di un elevato tasso di copertura contrattuale che, nell'ottica della direttiva, è alternativo alla determinazione per legge del sml, è un obiettivo teoricamente alla nostra portata; ma la

<sup>68</sup> Art. 4., par. 1. «Al fine di aumentare la copertura della contrattazione collettiva gli Stati membri, in consultazione con le parti sociali, adottano *almeno* le seguenti misure: a) promuovono lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale; b) incoraggiano negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali». Per gli SM in cui la copertura della contrattazione collettiva – misurata dalle autorità nazionali – risulti inferiore al 70% dei lavoratori si aggiunge l'obbligo di prevedere un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva, *per legge* a seguito della consultazione delle parti sociali *o mediante un accordo* con queste ultime, e definiscono un piano d'azione» (reso pubblico e notificato alla Commissione europea) – «per promuovere la contrattazione collettiva». I corsivi sono nostri.

<sup>69</sup> Sull'approvazione definitiva pesa, tra l'altro, l'opposizione delle organizzazioni dei datori di lavoro e il tiepido consenso dei sindacati, limitato a prescrizioni minime e rispettose dell'autonomia delle parti sociali.

situazione in cui versa la contrattazione nazionale (*infra*) obbliga a formulare stime molto prudenti: in una situazione caratterizzata da *shopping* contrattuale e *dumping* salariale, la mera applicazione di un contratto collettivo non garantisce effettivamente salari adeguati rispetto ai canoni di sufficienza e proporzionalità fissati dall'art. 36 cost. Benché la direttiva non comporti alcun obbligo, solo ove il Parlamento fosse in grado di predisporre i meccanismi necessari per arrivare all'estensione dei contratti collettivi nazionali "di categoria" (qualificati: *infra*), la percentuale delle aree non coperte potrebbe scendere al di sotto della percentuale cui fa riferimento la proposta di direttiva. Residuirebbe tuttavia un'area non coperta dalla contrattazione – come già osservava MR –, nella quale si trovano proprio quei lavoratori atipici, precari, marginali e "falsi autonomi" ai quali la proposta di direttiva estende la protezione del salario minimo adeguato.

Nella situazione attuale, il ricorso alla determinazione per legge di un sml, come soglia salariale inderogabile, residuale rispetto alla soglia fissata dai contratti collettivi (*infra*), ma estesa a tutti i "lavoratori" (secondo la definizione di cui alla direttiva), sembra essere la strada appropriata per allineare il nostro ordinamento alle prescrizioni, pure minime, della direttiva, quando e se entrerà in vigore. Tuttavia, una risposta positiva sull'*an* del sml non è ancora una risposta sul *quomodo*. Vecchi interrogativi si ripropongono: un sml orario intercategoriale e uniforme sul territorio nazionale?

I d.d.l. sul sml ai quali abbiamo fatto riferimento sopra hanno in comune la previsione di una retribuzione oraria minima garantita<sup>70</sup>, fissa ed eguale su tutto il territorio nazionale, secondo il modello più diffuso nei paesi europei nei quali è presente il sml. La scelta ci pare corretta e degna perciò di essere tenuta ferma, ma resta ancora da sciogliere il nodo su quale sia l'autorità competente a stabilire l'entità del sml (se il legislatore direttamente o sulla base di un accordo tripartito, oppure una commissione tecnica) e in che modo tale autorità debba procedere. La direttiva non scioglie questo nodo e – lo abbiamo già detto – non impone neppure un salario minimo fissato dalle legge; ma se si sceglierà quella strada dovranno essere rispettati i vincoli in termini di effettività della garanzia di un salario

<sup>70</sup> Il riferimento all'ora (anziché alla giornata lavorativa, o addirittura ad un periodo di paga più lungo) ne rende più facile l'applicazione anche nell'area delle collaborazioni etero-organizzate, e non interferisce con le discipline flessibili degli orari di lavoro e con le modalità intermittenti delle prestazioni lavorative.

minimo “adeguato” stabiliti agli artt. 5-7. E se, comprensibilmente, ragioniamo tutti in termini di salario minimo orario, non possiamo dimenticare che questa garanzia, anche ove assicurata, non risponderebbe davvero all’esigenza di garantire una retribuzione “sufficiente” ad assicurare al lavoratore un’esistenza libera e dignitosa. L’intervento normativo sarebbe coerente con l’art. 36 cost., ma non sufficiente, perché non necessariamente garantirebbe una retribuzione complessiva (numero di ore lavorate moltiplicate per compenso orario) sufficiente<sup>71</sup>. Sappiamo bene che il “lavoro povero” è *anche* la conseguenza della scarsa intensità occupazionale, ed emerge «in modo crescente quando si consideri, progressivamente, il salario orario, la retribuzione mensile, il reddito annuo da lavoro»<sup>72</sup>. Ma riflettere su questa pur importante questione ci porterebbe davvero troppo lontano.

Se quanto abbiamo detto sin qui sul sml è sensato, lo scenario che pare prospettarsi è quello di una sinergia tra legge e contrattazione collettiva, già peraltro prefigurata nei d.d.l. di cui abbiamo detto sopra. Tra i molti interrogativi che si pongono due almeno meritano qualche breve considerazione.

Un primo interrogativo è se, rinviando la definizione del salario minimo adeguato ai contratti collettivi nazionali di categoria, il legislatore ne estenda *erga omnes* la parte relativa al trattamento economico (presumibilmente, nel lessico sindacale, il TEM). In proposito sembra ormai diffusa l’opinione che, facendo leva su quanto autorevolmente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 51/2015<sup>73</sup>, e generalizzandone gli assunti, ritiene che il rinvio ai contratti collettivi (nella specie quelli stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative), non estenda *erga omnes* tali contratti, ma richiami i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione della proporzionalità e sufficienza del trattamento economico ai sensi dell’art. 36 cost. Dunque: attuazione dell’art. 36 e non violazione dell’art. 39? A nostro parere, l’ostacolo rappre-

<sup>71</sup> Per una prima riflessione sul tema v. G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, in AA.Vv., *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro Udine 13-14 giugno 2019*, A.I.D.La.S.S., Milano 2020, p. 19.

<sup>72</sup> V. FERRARIS, *Una lettura economica*, cit., p. 54.

<sup>73</sup> La sentenza respinge l’eccezione di incostituzionalità, per violazione dell’art. 39 cost., dell’art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007, relativo al trattamento economico dei soci lavoratori delle società cooperative.



sentato dal conflitto con l'art. 39 cost. può dirsi aggirato, ma forse non superato. Infatti, quando è il legislatore ad imporre non più in casi specifici, ma in via generale, un determinato contratto come parametro obbligato per la determinazione della retribuzione proporzionale e sufficiente, l'*escamotage* del riferimento indiretto non appare più credibile, perché la parte salariale di quel contratto, assumendo il ruolo di minimo inderogabile uniforme nella categoria, è fatta oggetto, direttamente, di estensione *erga omnes*. Per escludere il conflitto con l'art. 39, comma 4, cost., occorre sostenere che una legge che estenda la sola parte salariale dei contratti collettivi non rientra nell'area coperta dalla legge alla quale l'art. 39 riserva la disciplina del complesso meccanismo previsto per la stipulazione di contratti collettivi efficaci *erga omnes*. È un'opinione che gode di credito, ma non riesce a fugare tutti i dubbi.

Un secondo interrogativo, non meno complesso del primo, è se la legge, nel fare rinvio ai contratti collettivi (di cui estende in via diretta o indiretta l'efficacia) possa selezionare i contratti collettivi sulla base del criterio della maggiore rappresentatività comparativa dei soggetti stipulanti<sup>74</sup>. Il criterio, come è noto, è già previsto dalla legislazione vigente sia in casi specifici (minimale contributivo, cooperative, distacco transnazionale, appalti pubblici), sia più in generale dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, per l'individuazione dei contratti collettivi nazionali di categoria ai quali è attribuita funzione normativa derogatoria o integrativa; la sua giustificazione (o capacità di resistenza ad eccezioni di incostituzionalità) può ancora una volta fare leva sulla generalizzazione degli assunti sentenza n. 51/2015 della Corte costituzionale. Il problema è però un altro: in presenza di una pluralità di contratti collettivi nazionali "di categoria" (ciò che attualmente si verifica in diversi settori), come si può procedere ad una "perimetrazione" (per usare il termine passato dal lessico sindacale al linguaggio dei giuristi), vale a dire ad una definizione dell'ambito di applicazione dei contratti collettivi, che consenta di selezionare quelli pertinenti e valutare il grado di rappresentatività di chi li ha stipulati?

<sup>74</sup> Sulla maggiore rappresentatività comparativa si può fare rinvio ad A. VARESI, *Pluralismo e rappresentatività sindacale 50 anni dopo lo Statuto dei lavoratori*, Relazione alle Giornate di studio A.I.D.La.S.S., 4-5 maggio 2021, versione provvisoria; è condivisibile la lettura della formula "i sindacati comparativamente più rappresentativi" come denotante un solo sindacato (o più spesso una coalizione di sindacati); altrimenti la comparazione perderebbe di senso, per sfumare nella generica maggiore rappresentatività.

Non avendo qui lo spazio per approfondire la questione, possiamo limitarci a rilevare la perdurante difficoltà di sciogliere il nodo della definizione della categoria. I dati che la collaborazione tra CNEL e INPS sarà in grado di fornire, grazie all'approvazione per legge (d.l. n. 76/2020, art. 16-*quater*) del codice univoco alfanumerico per identificare i contratti collettivi, ci diranno, nell'ambito dei tredici macro-settori e dei novantasei sotto-settori omogenei per attività economica ai quali sono abbinati i contratti collettivi classificati, quali contratti collettivi godano di più larga applicazione, fornendo così anche un'indicazione sulla rappresentatività dei soggetti stipulanti, che peraltro dovrà risultare anche da altri dati raccolti dall'INPS<sup>75</sup>.

Il problema resta quello della eventuale “perimetrazione” per legge della categoria nell'ambito della quale si possa procedere all'estensione *erga omnes* della parte salariale del contratto stipulato dal sindacato (meglio: dalla coalizione sindacale) e dall'organizzazione datoriale stipulanti comparativamente più rappresentativi. Perché non basta certo scrivere nella legge “contratto collettivo nazionale di categoria”: la definizione dell'ambito di applicazione del contratto collettivo (e di conseguenza della categoria contrattuale) appartiene all'autonomia delle organizzazioni sindacali stipulanti, e nell'ambito di uno stesso settore o sotto-settore merceologico i contratti collettivi “di categoria” possono (e in effetti spesso sono) una pluralità, e presentano definizioni degli ambiti di applicazione differenziate, frutto in molti casi della frammentazione o del ritaglio del perimetro. La perimetrazione richiede di compiere scelte che si collocano a monte rispetto alla selezione dei soggetti stipulanti, e che dovrebbero essere il risultato di un disegno complessivo: mentre si infittiscono le proposte, riemerge anche la tentazione di far tornare in vita l'art. 2070 c.c. Ma la delicatezza della questione, essendo in gioco il principio fondamentale sancito dal primo comma dell'art. 39 cost.<sup>76</sup>, impone grande cautela.

<sup>75</sup> Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia*, cit.

<sup>76</sup> Riteniamo possibile una lettura del disegno costituzionale di cui l'art. 39 è frutto, che coordini il primo comma con i commi successivi, anziché limitarsi a denunciare l'incompatibilità tra la libertà sindacale sancita dal primo comma e la predeterminazione della categoria che sarebbe prevista dal quarto comma; se così fosse non vi sarebbe altra possibilità che l'abrogazione della seconda parte dell'art. 39. Altre strade sono possibili, come dimostrano le proposte avanzate, nell'ambito della nostra disciplina, da valenti studiosi esperti di diritto sindacale; il che naturalmente non significa che tali proposte siano politicamente praticabili.

Una notazione finale. Al di là e al di fuori delle considerazioni svolte sin qui, la definizione di un salario minimo adeguato (legale, o più probabilmente legale e contrattuale insieme) risulterebbe di grande utilità anche nel contesto delle previsioni UE, vigenti o *in fieri* (*supra*, § 4.1), introducendo un parametro oggettivo di valutazione del comportamento delle imprese *anche* nella loro veste di datori di lavoro; il diritto societario, nel suo complesso, ben si presterebbe a fornire un robusto sistema di rafforzamento degli obblighi e di sanzione della violazione di quegli obblighi, che andrebbe utilmente ad affiancarsi alle regole (di ispirazione UE, ma di competenza nazionale) che impongano il rispetto di un salario minimo adeguato.

E potremmo proseguire, individuando altri ambiti, altre finalità rispetto alle quali la definizione di un salario minimo legale risulterebbe utile, o addirittura risolutiva di molte questioni ad oggi ancora aperte: basti pensare ai trattamenti economici e normativi in caso di distacco transazionale regolato dalla nuova direttiva 2018/957, o ricordare le molte questioni evidenziate dal c.d. quartetto *Laval* come dal caso *Rüffert*, che certo concernevano l'efficacia dei contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*, come nel sistema italiano, ma anche il carattere imperativo di norme nazionali che impongano un salario "obbligatorio". Senza dimenticare, rientrando nei confini nazionali, l'utilità che spiegherebbe nel definire le condizioni di sfruttamento lavorativo, al fine di dare più agevole applicazione all'art. 603-*bis* del codice penale (e della disciplina della responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001). Insomma: la definizione di un salario minimo adeguato risulterebbe funzionale rispetto ad ulteriori obiettivi di protezione dei lavoratori e delle lavoratrici, specialmente i più poveri e i più sfruttati.

Non possiamo sapere se Massimo sarebbe stato d'accordo con le nostre conclusioni. Sappiamo però che ne avremmo discusso.

MARZIA BARBERA, FABIO RAVELLI\*

## La Proposta di direttiva sul salario minimo adeguato: la risposta dell'Unione europea a un problema storico del diritto del lavoro

SOMMARIO: 1. Introduzione: le ragioni dell'interesse di Massimo Roccella per il tema del salario minimo. – 2. Le ragioni di una direttiva su un salario minimo adeguato. – 3. Base giuridica e obiettivi della *Proposta*. – 4. Il contenuto della direttiva. – 5. Rischi e opportunità della *Proposta*.

### 1. *Introduzione: le ragioni dell'interesse di Massimo Roccella per il tema del salario minimo*

Il libro *I salari*, pubblicato nel 1986, è la prima monografia di Massimo Roccella, quella con la quale egli vinse, da ricercatore, la cattedra di diritto del lavoro. Fin dal titolo, così deliberatamente evocativo della dimensione sociale della retribuzione, il libro indica l'intenzione dell'autore di occuparsi di un tema classico del diritto del lavoro non soltanto sotto un profilo dogmatico, ma cogliendo i molteplici profili sociali e storici di una questione centrale nell'esperienza del movimento operaio.

Andando contro quella che era allora la tendenza dominante nel dibattito sulle politiche salariali, incentrato tutto sulle dinamiche di crescita del costo del lavoro nella direzione di un suo contenimento, Massimo sceglie di dedicare la prima parte del libro al problema della tutela dei redditi da lavoro più bassi<sup>1</sup>. Piuttosto che guardare alla dimensione massima, guarda alla dimensione minima dei salari, consapevole di un rischio a quel tempo ancora non sufficientemente

\* Sebbene il saggio sia frutto della riflessione comune degli Autori, i paragrafi 1 e 3 sono da attribuire a M. Barbera, mentre i paragrafi 2 e 4 sono da attribuire a F. Ravelli. Il paragrafo 5 è invece stato scritto congiuntamente.

<sup>1</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986. Si tratta di un'attenzione risalente: al tema era dedicato già il saggio *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, n. 2, p. 231 ss., cui il volume successivo si ispira largamente.

avvertito, e cioè che il mutamento qualitativo nella composizione di classe che andava già prendendo corpo, a seguito dei processi di decentramento produttivo e di crescita del settore terziario, nonché dell'ingresso della forza lavoro femminile nel mercato del lavoro, avrebbe aumentato l'incidenza di settori poco organizzati e poco tutelati dal sindacato, rendendo necessaria una tutela minima omogenea dei redditi da retribuzione. L'altro fenomeno dal quale parte l'analisi dell'autore è quello della povertà, anch'esso allora poco frequentato dai giuslavoristi, e più precisamente quella che viene oggi definita *in-work poverty*, le cui cause risiedono nella presenza di una remunerazione del lavoro non adeguata. Il salario minimo viene visto, in questo caso, come uno strumento generale di lotta alla povertà.

Le pagine successive sono dedicate a smontare le ragioni sottostanti alla peculiarità del caso italiano, vale adire l'essere uno dei pochi paesi europei carente di una normativa sui minimi, peculiarità che, come è noto, perdura ai tempi nostri. Massimo si dedica perciò a scavare nell'atteggiamento ambivalente del sindacato nei confronti delle normative legali sui minimi salariali e nelle inadempienze di un legislatore indifferente al precetto costituzionale in tema di retribuzione sufficiente. E, per farlo, inizia dal passato, dai classici della teoria economica che si sono occupati di salario, a partire da Ricardo e Marx, ma anche da quelli che hanno fatto la storia del movimento sindacale, come i coniugi Webb.

Sono pagine che ancora oggi si leggono con grande interesse e che rivelano il lungo studio, la pacata ma decisa passione per le sorti del movimento operaio, la convinzione che «guardare indietro [...] può servire per andare avanti» di chi le ha scritte<sup>2</sup>. Lo stile è piano, chiaro, riflessivo. Massimo scriveva senza ripensamenti e correzioni, ma solo dopo aver maturato convinzioni fondate sulla ricerca delle cause dei problemi, sul confronto con pensatori di rango, su un dissenso dalle posizioni diverse dalle sue argomentato e dialogante. Il capitolo si chiude con una proposta di intervento che privilegia, fra le finalità attribuibili al salario minimo, quella più ampia, che ne fa uno strumento di una politica economica solidaristica, volto alla trasformazione delle condizioni di vita dei lavoratori. E se, nelle pagine finali, Massimo ricorda con Hicks che un sistema salariale che soddisfi tutte le domande di *fairness* è irraggiungibile, il capitolo si chiude con l'auspicio di uno sforzo «costantemente orientato a

<sup>2</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 22.

coniugare, con inclinazione pragmatica al mutamento, l'equità storicamente possibile con l'unità più ampia del mondo del lavoro»<sup>3</sup>.

A trentacinque anni di distanza dalla pubblicazione de *I salari*, il dibattito sul salario minimo sembra essere giunto ad una svolta. La spinta viene dall'Unione europea, un altro dei temi di studio prediletti da Massimo, oggetto di un interesse che ha oscillato fra adesione e disincanto nei confronti degli esiti del processo di integrazione. Ma forse quell'«inclinazione pragmatica al cambiamento» di cui si diceva prima gli avrebbe fatto riconoscere nella *Proposta di una direttiva relativa un salario minimo adeguato* presentata qualche mese fa dalla Commissione europea<sup>4</sup> un deciso cambio di passo delle politiche sociali dell'Unione europea. Nelle pagine che seguono esamineremo contenuto e finalità della *Proposta*, il che sarà un modo per verificare se i motivi che spingono oggi a proporre una normativa legale sui minimi salariali riflettano o meno quelli che avevano portato Massimo a farne oggetto di un lungo periodo di studio e riflessione.

## 2. Le ragioni di una direttiva su un salario minimo adeguato

Su un piano generale, l'iniziativa della Commissione stabilisce l'abbandono del "minimalismo sociale" che ha contrassegnato il decennio precedente e l'intenzione di prendere sul serio il programma politico delineato nel *Pilastro europeo dei diritti sociali* (di seguito: il *Pilastro*) adottato nel novembre 2017 da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, con l'intento di «rendere l'Europa sociale una realtà per tutti»<sup>5</sup>. Nel far ciò, la Commissione ha scelto di spendersi per un tema di relevantissimo impatto sociale e di grande pregnanza simbolica come quello del salario, accettando il rischio, come si vedrà, di incontrare resistenze da parte degli attori sociali.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 342.

<sup>4</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, Bruxelles, 28 ottobre 2020, COM(2020) 682 final (di seguito la *Proposta*). Per un primo commento cfr. i contributi raccolti in *Dir. rel. ind.*, 2021, 1: T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*; E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*; L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*.

<sup>5</sup> Cfr. la *Relazione di accompagnamento alla Proposta*.

Più in particolare, con riguardo alla tecnica regolativa impiegata, dopo anni di scarsissimo utilizzo del *diritto hard* nel campo del diritto sociale a favore di strumenti di *soft law*, si assiste a un deciso ritorno allo strumento della direttiva, motore, in passato, dell'evoluzione in senso sociale dell'Unione europea.

Come conferma la pubblicazione, di poche settimane precedenti, delle Conclusioni del Consiglio del 9 ottobre 2020 che invitano a rafforzare la protezione offerta dal reddito minimo<sup>6</sup>, l'ambito di azione prescelto corrisponde a una delle maggiori emergenze sociali manifestatesi degli ultimi anni: il ritorno, con la grande recessione che ha colpito l'Europa a partire del 2008, dell'emergenza povertà nel cuore dei paesi ricchi.

Il deterioramento delle condizioni economiche di quest'ultimo decennio si è tradotto in un generale impoverimento delle famiglie, con un'incidenza della povertà quale non si era vista negli ultimi quindici anni.

Peraltro, la timida inversione di tendenza evidenziata dai dati sulla povertà assoluta (4,6 milioni nel 2019)<sup>7</sup>, è stata vanificata dall'emergenza Covid-19, che ha fatto nuovamente aumentare il numero di persone in situazione di bisogno, come mostrano i dati, relativi al 2020, pubblicati nel giugno di quest'anno (5,6 milioni)<sup>8</sup>.

In questo scenario, dominato dai crescenti tassi di esposizione al rischio della povertà (in particolare, *income poverty*), la povertà nell'occupazione (*in-work poverty*), già al centro dell'indagine di Massimo Roccella, oggi è un uno dei principali temi che si impongono all'attenzione degli attori politici e sindacali, nazionali e sovranazionali, e degli esperti<sup>9</sup>.

Secondo una valutazione pressoché unanime degli studiosi sin qui intervenuti sulla questione, siamo in presenza di un radicale cambiamento di prospettiva della Commissione, passata da un approccio economicistico, che vedeva le retribuzioni come un "costo" da tenere sotto controllo per favorire la competitività del sistema produttivo, ad un approccio sociale che le considera un elemento

<sup>6</sup> *Strengthening Minimum Income Protection to Combat Poverty and Social Exclusion in the Covid-19 Pandemic and Beyond, Council Conclusions* (9 October 2020).

<sup>7</sup> ISTAT, *La povertà in Italia - Le statistiche dell'Istat sulla povertà - anno 2019*, 16 giugno 2020, in [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>8</sup> ISTAT, *La povertà in Italia - Le statistiche dell'Istat sulla povertà - anno 2020*, 16 giugno 2021, in [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>9</sup> L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati*, cit., p. 1

che contribuisce a garantire alle persone un lavoro decente e una vita dignitosa<sup>10</sup>.

Il problema affrontato dalla *Proposta* è che, sebbene il lavoro sia stato tradizionalmente ritenuto una buona assicurazione contro la povertà, l'aver un'occupazione non è più una condizione sufficiente per essere al riparo dal rischio di essere poveri<sup>11</sup>.

Dati recenti dell'Eurostat mostrano che il tasso di rischio di *in-work poverty* ha raggiunto ovunque livelli preoccupanti. Il dato relativo al 2018 indica un tasso medio europeo del 9,3% (UE-27); l'Italia ha fatto registrare un tasso del 12,3%, superiore alla media europea. Come si è già rilevato, l'emergenza Covid-19 ha ulteriormente aggravato la situazione<sup>12</sup>.

L'insorgere del fenomeno dei lavoratori poveri è dovuto a diverse cause, legate all'evoluzione del mercato del lavoro oppure a cambiamenti istituzionali, in particolare riforme di stampo deregolativo<sup>13</sup>. L'insieme di questi fattori si è tradotto in una progressiva polarizzazione della distribuzione dell'occupazione tra "buoni" e "cattivi" posti di lavoro e, di conseguenza, della distribuzione dei salari. Infine, nel corso di quest'ultimo periodo, la pandemia ha colpito in maniera particolare proprio i settori caratterizzati da un'elevata percentuale di lavoratori a basso salario, come il commercio al dettaglio e il turismo, e ha avuto, in generale, un impatto maggiore sui gruppi più svantaggiati del mercato del lavoro (in particolare, donne, giovani, lavoratori con scarsa qualificazione, disabili).

Nel suo discorso sullo stato dell'Unione del settembre 2020, la Presidente Ursula Von der Leyen aveva annunciato una imminente iniziativa legislativa volta a «sostenere gli Stati membri nella creazione di un quadro per i salari minimi». Peraltro, il tema dei salari adeguati è stato oggetto di particolare attenzione fin dall'istituzione del *Pilastro*, il cui principio n. 6 (Retribuzioni) stabilisce il «diritto a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso» nonché a «retribuzioni minime adeguate, che soddisfino i bisogni del lavoratore e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali».

La Commissione aveva di fronte, dunque, tre preoccupazioni principali: 1) il tasso crescente di lavori poco pagati e di basso livello

<sup>10</sup> Vedi per tutti, T. TREU, *La proposta sul salario minimo*, cit.

<sup>11</sup> A. FUMAGALLI, *Lavoro male comune*, Milano 2013.

<sup>12</sup> Cfr. [www.ec.europa.eu/eurostat](http://www.ec.europa.eu/eurostat).

<sup>13</sup> Per un approfondimento cfr. CNEL, *Working poor. Un'analisi sui lavoratori a bassa remunerazione dopo la crisi*, Roma 2014.



professionale, in particolare fra i giovani e le donne; 2) l'incremento della *in-work poverty*, dovuto a salari minimi troppo bassi; 3) gli effetti distorsivi del *dumping* salariale sul Mercato unico.

È sulla base di queste premesse che la Commissione ha individuato nella questione del salario minimo una delle priorità da affrontare in un «contesto di crescente divario sociale» (cfr. *considerando* 5 della *Proposta*)<sup>14</sup>.

### 3. Base giuridica e obiettivi della Proposta

La scelta della Commissione di adottare lo strumento della direttiva per intervenire in materia salariale ha suscitato, come prevedibile, una serie di obiezioni legate ai limiti di competenza dell'Unione delineati dall'art. 153 del TFUE. È dunque opportuno ricostruire brevemente i passaggi fondamentali della vicenda.

Conformemente a quanto previsto dall'art. 154 del TFUE, la Commissione aveva avviato, all'inizio del 2020, una consultazione delle parti sociali su un'eventuale iniziativa dell'UE in materia di salari minimi, svoltasi in due fasi, che potesse sfociare in un accordo suscettibile anche di essere recepito da una decisione del Consiglio.

Constatata l'impossibilità di addivenire a una «direttiva negoziata», per l'indisponibilità delle parti datoriali di arrivare a una normativa vincolante, la Commissione ha deciso di procedere comunque sulla strada dell'*hard law*, seguendo la procedura legislativa ordinaria (ovvero, a maggioranza qualificata) in materia di «condizioni di lavoro». L'iniziativa è basata pertanto sull'art. 153, par. 2, lett. *b*, a norma del quale l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nel settore delle condizioni di lavoro, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (art. 5, parr. 3 e 4 TUE), adottando, fra l'altro, mediante direttive, «prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro»<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Va ricordato che su questa priorità concorda anche il Consiglio, che si è espresso in questo senso nell'ambito del semestre europeo durante il quale si svolge il ciclo di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio nell'ambito dell'UE. Cfr., in particolare, l'orientamento 5 della decisione (UE) 2020/15125 del Consiglio relativa agli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione.

<sup>15</sup> La nozione di prescrizioni minime usata dal Trattato, secondo quanto chiarito dalla Corte di giustizia, «non pregiudica l'intensità dell'azione [...] che il Consiglio

Uno dei problemi legati alla scelta di questa base giuridica riguarda i limiti di competenza imposti dal Trattato stesso: la potestà regolativa dell'UE è infatti esclusa per le materie indicate dall'art. 153, par. 5, relative «a retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero [e] al diritto di serrata», sicché occorre interrogarsi sulla portata dell'esclusione, anche per saggiare la tenuta giuridica della scelta compiuta dalla Commissione.

Va detto, anzitutto, che la retribuzione è stata ritenuta dalla Corte di giustizia e dallo stesso legislatore europeo parte di quelle «condizioni di lavoro» la cui tutela giustifica l'esercizio della potestà legislativa europea a sostegno dell'azione degli Stati membri: si pensi, in particolare, alla materia dei contratti a termine (dir. 99/70/CE), della tutela dei lavoratori contro l'insolvenza (dir. 2002/74/CE, poi rifiuta nella dir. 2008/94/CE) e della tutela antidiscriminatoria (dir. 2000/43/CE, riferita anche alle condizioni di lavoro; dir. 2000/78/CE; dir. 2006/54/CE). Il riferimento, nella *Proposta*, alla dir. 2006/54 è particolarmente significativo, poiché uno dei principali obiettivi che la direttiva si propone di raggiungere è la «riduzione del divario retributivo di genere»<sup>16</sup>.

Già nella sentenza *Del Cerro Alonso*<sup>17</sup>, la Corte di giustizia aveva avuto occasione di precisare che l'esclusione in questione, costituendo una deroga alle competenze dell'UE in materia di politica sociale, dovesse essere interpretata in modo restrittivo (punto 39 della decisione). In particolare, aveva chiarito la Corte, mentre la determinazione del livello delle retribuzioni rientra nell'autonomia contrattuale delle parti sociali su scala nazionale, nonché nella competenza degli Stati membri in materia, con esclusione della possibilità di un'armonizzazione di tale livello da parte delle istituzioni europee, ciò non significa che detta eccezione possa essere estesa a ogni questione avente un nesso qualsiasi con la retribuzione, «pena svuotare taluni settori contemplati dall'art. 137, par. 1, TCE (ora art. 153, par. 1, TFUE), di gran parte dei loro contenuti» (punto 40).

Nella successiva decisione *Impact*<sup>18</sup>, sempre nel precisare il con-

può ritenere necessaria» e implica soltanto il riconoscimento della possibilità per gli Stati membri di «adottare norme più rigorose di quelle che sono oggetto dell'intervento comunitario» (Corte giust., 12 novembre 1996, C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*).

<sup>16</sup> Cfr. la *Relazione di accompagnamento alla Proposta*, p. 4.

<sup>17</sup> Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*. Nello stesso la citata causa 84/94.

<sup>18</sup> Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*.

tenuto della deroga, la Corte aveva utilizzato proprio l'esempio del salario minimo legale per indicare i limiti dell'azione comunitaria. Essa, in particolare, non potrebbe spingersi a «una uniformizzazione di tutti o parte degli elementi costitutivi dei salari e/o del loro livello negli Stati membri o ancora l'istituzione di un salario minimo comunitario», in quanto ciò implicherebbe «un'ingerenza diretta del diritto comunitario nella determinazione delle retribuzioni in seno alla Comunità» (punto 124)<sup>19</sup>.

Più di recente, nelle conclusioni rese nella causa a causa 620/18<sup>20</sup>, l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona ha rilevato che si avrebbe una diretta ingerenza del diritto dell'Unione nella determinazione delle retribuzioni del rapporto di lavoro solo ove «si pretendesse di uniformare, in tutto o in parte, gli elementi costitutivi dei salari o del loro livello negli Stati membri. L'eccezione non può essere estesa, tuttavia, a ogni questione avente un nesso qualsiasi con le retribuzioni. Tale interpretazione priverebbe di senso altri settori contemplati dall'articolo 153, par. 1».

Nel caso del salario minimo, sulla scorta anche di questi precedenti giurisprudenziali, può ritenersi che la *Proposta* rispetti i limiti posti dall'art. 153, par. 5, poiché, da una parte, come ricorda la Commissione nella relazione accompagnatoria, «le grandi differenze nelle norme per l'accesso a un salario minimo adeguato rientrano nel campo di applicazione delle condizioni di lavoro e creano notevoli discrepanze nel mercato unico» e, dall'altra, la *Proposta* stessa non pretende di fissare livelli uniformi di trattamento.

In conclusione, e ponendo questa volta la questione in termini positivi, vale dire guardando a ciò che il diritto dell'Unione *può fare*, nella misura in cui il trattamento riguardante la retribuzione concorra a determinare le condizioni d'impiego e, occorre aggiungere, nella misura in cui, per questa via, concorra a determinare l'applicazione dei principi fissati dal diritto UE (come il divieto di non discriminazione) e incida sul perseguimento degli obiettivi dell'UE (come il miglioramento della qualità del lavoro e l'eliminazione del *dumping* sociale), deve ritenersi che la retribuzione rientri nell'ambito della regolazione dell'Unione e che ciò consenta l'adozione di prescrizioni minime, ai sensi dell'art. 153, par. 2<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 544.

<sup>20</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento*.

<sup>21</sup> Nello stesso senso G. DI FEDERICO, *The Minimum Wages directive Proposal*

È interessante soffermarsi su cosa significhi, nello specifico, «adozione di prescrizioni minime». In proposito, la *Proposta* si muove lungo un crinale sottile, che evita di porsi in contrasto sia con la clausola di esclusione di cui si è discusso prima (vale a dire la difesa delle prerogative degli Stati nazionali), sia con l'autonomia delle parti sociali (vale a dire la difesa delle loro prerogative negoziali), ma al tempo stesso mira a costituire un *modello comune* di salario minimo, caratterizzato dal principio guida della direttiva, che è quello dell'*adeguatezza* dei salari minimi (siano essi salari minimi legali o fissati dalla contrattazione collettiva), nonché dalla *promozione della contrattazione collettiva* sui salari e del *grado di copertura* della contrattazione collettiva stessa (condizione che può favorire ma non garantire l'adeguatezza, che va comunque assicurata). L'armonizzazione, infine, garantisce un rimedio alla competizione regolativa al ribasso in atto soprattutto nel mercato dei servizi e, più in generale, ai fenomeni di *dumping* sociale dovuti a livelli salariali minimi molto differenziati fra i diversi paesi dell'Unione.

Come si è detto, mentre un ravvicinamento degli ordinamenti nazionali, effetto tipico dell'armonizzazione normativa realizzata tramite le direttive, non sarebbe possibile ove questo riguardasse direttamente l'istituzione di un salario minimo legale o comportasse la fissazione di un livello uniforme, tale ravvicinamento diventa possibile se riferito alla convergenza verso una *nozione qualitativa di salario minimo*, qual è quella di *salario minimo adeguato*, che consenta un tenore di vita dignitoso, oltre che un adeguamento dei salari alla produttività, nell'ottica di una convergenza verso l'alto (*considerando* n. 5).

La nozione di adeguatezza non corrisponde alla nozione di livello minimo, ma semmai arricchisce il nucleo essenziale di un diritto, per innalzarla<sup>22</sup>. Si tratta di una «nozione sostanzialista», che «prescinde dalla strumentazione giuridica utilizzata per garantirlo»<sup>23</sup> e volta ad assicurare una vita dignitosa ai lavoratori, una maggiore eguaglianza di genere e l'assenza di discriminazioni legate all'età e ad altri fattori di svantaggio sociale<sup>24</sup>.

*and the External Limits of Art. 153 TFEU*, in *It. Lab. Law e-Journal*, 2020, issue 2, vol. 13, p. 107 ss.

<sup>22</sup> S. BUOSO, *Inclusione sociale, livelli di governo, strumenti di intervento*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 607.

<sup>23</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo*, cit., p. 549.

<sup>24</sup> Occorre ricordare che la direttiva, si ricollega, oltre che alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che contempla, fra i diritti riconosciuti ai lavoratori, il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), e all'art. 4 della Carta sociale europea,

È proprio l'accezione sostanzialistica del salario minimo come salario adeguato che dovrebbe consentire di correggere la correlazione che la *Proposta* stessa induce a stabilire fra grado di copertura salariale e bassa percentuale di lavoratori a basso salario e salari minimi elevati. Quando questa correlazione si rivela falsa *nella realtà*, neppure i salari minimi stabiliti dalla contrattazione collettiva possono sfuggire all'applicazione del principio di adeguatezza.

Non a caso, nonostante la partizione che il testo della direttiva effettua fra i due principi guida, l'invito contenuto nel *considerando* n. 5 di «garantire che tutti i lavoratori ricevano salari adeguati ed equi» è rivolto indifferentemente ai legislatori degli Stati membri e alle parti sociali.

Va detto che la direttiva non definisce con esattezza il concetto di salario minimo adeguato, ma si limita a indicare alcuni criteri di adeguatezza. La direttiva non impone nemmeno l'utilizzo di specifici indicatori, sebbene il *considerando* n. 21 sottolinei che il ricorso a «indicatori comunemente impiegati a livello internazionale, quali il 60% del salario lordo mediano e il 50% del salario lordo medio, può contribuire a orientare la valutazione dell'adeguatezza dei salari minimi in relazione al livello retributivo lordo». Si tratta peraltro degli stessi indicatori raccomandati dalla Risoluzione del parlamento europeo sul reddito minimo del 20 ottobre 2010<sup>25</sup> e altresì suggeriti da una recente presa di posizione della *European Trade Union Confederation* (ETUC), secondo la quale una direttiva sul salario minimo non potrebbe non prendere in considerazione tali indicatori ai fini della determinazione della soglia minima<sup>26</sup>. La direttiva non si è spinta fino a questo punto, limitandosi a suggerirne l'adozione.

che, tra gli strumenti volti ad assicurare l'effettività del diritto a una retribuzione equa, include i «meccanismi legali di determinazione dei salari», anche alle direttive antidiscriminatorie c.d. di nuova generazione (direttiva n. 2000/78/CE; direttiva n. 2006/54/CE), ciascuna delle quali ha come campo di applicazione le condizioni di lavoro, compresa *espressamente* la retribuzione. Questo quadro di riferimento normativo generale concorre a determinare l'interpretazione da assegnare ai principi posti dalla direttiva. Per restare nell'ambito della *soft law*, la *Proposta* si richiama alla Raccomandazione della Commissione del 3 ottobre 2008 relativa all'inclusione attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro e alla lotta alla povertà. Infine, la *Proposta* contribuisce alla realizzazione dei principi del *Pilastro* relativi, oltre che alla retribuzione (cfr. il citato principio 6), alla parità di genere (principio 2), alle pari opportunità (principio 3), al dialogo sociale e al coinvolgimento dei lavoratori (principio 8).

<sup>25</sup> *European Parliament resolution of 20 October 2010 on the role of minimum income in combating poverty and promoting an inclusive society in Europe.*

<sup>26</sup> ETUC, *Etuc reply to the Second Phase Consultation of Social Partners under*

Il fatto è che la direttiva, come si diceva, viaggia su un crinale stretto e ciò spiega perché essa si presenta nelle vesti di una direttiva “leggera” e a maglie larghe, che evita di fissare direttamente livelli di trattamento. E spiega anche perché, nei *considerando*, la Commissione si sofferma sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità con una precisione che può apparire puntigliosa, ma che si spiega tenendo conto della novità dell’approccio politico (e, in parte, giuridico) alla questione e delle resistenze opposte non solo dalla parte datoriale, ma anche da alcuni sindacati nazionali<sup>27</sup>.

Sulla base del principio di sussidiarietà, l’intervento europeo è giustificato nel momento in cui gli Stati membri non appaiono in grado di assicurare livelli adeguati di retribuzione alla generalità dei lavoratori nazionali. In effetti, guardando alle statistiche *Eurofound*, il *gap* salariale tra i paesi europei è in alcuni casi tanto profondo da escludere che i livelli retributivi si allineino spontaneamente<sup>28</sup>. La ragione di ciò, suggerisce il *considerando* n. 5 della *Proposta*, dopo aver elencato le precedenti iniziative prese in questo ambito dal Consiglio e dalla Commissione, è che «i singoli paesi possono [...] essere poco inclini a migliorare le loro modalità di determinazione dei salari minimi a causa della percezione che ciò potrebbe incidere negativamente sulla loro competitività esterna di costo». In sostanza, agiscono ancora ragioni di *dumping* salariale, che si manifestano in particolare nel mercato dei servizi.

La questione potrebbe essere affrontata, come in passato, attraverso gli strumenti *soft* del metodo aperto di coordinamento, che tuttavia, lungi dall’aver garantito la protezione dei diritti sociali, paiono aver assecondato le derive neolibériste alle quali la Commissione pare ora intenzionata a porre un argine<sup>29</sup>. A tale riguardo,

*Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages*, 2020, in [www.etuc.org](http://www.etuc.org)

<sup>27</sup> Tale opposizione perdura, da parte di alcuni sindacati dell’Europa del Nord anche dopo la presentazione della *Proposta*, articolata, come si vedrà, in modo da distinguere fra sistemi che prevedono la fissazione per legge dei salari minimi e sistemi che demandano tale compito alla contrattazione collettiva (cfr. L. RISSGAARD, H.C. GABRIELSEN, T. SVANSTRÖM, *EU legislation on minimum wages is not the solution*, in *Social Europe*, 5 ottobre 2020, [www.socialeurope.eu/author/lizette-risgaard-et-al](http://www.socialeurope.eu/author/lizette-risgaard-et-al)).

<sup>28</sup> Cfr. EUROFOUND, *Minimum wages in 2019: Annual review*, Lussemburgo 2019.

<sup>29</sup> S. KRÖGER, *What we have learnt: Advances, pitfalls and remaining questions in OMC research*, in *European Integration online Papers (EIoP)*, 2009, special issue 1, vol. 13.

è stato autorevolmente osservato che, in vista di una maggior tutela dei diritti fondamentali, in una congiuntura come quella attuale, occorre «riscoprire» la *hard law*<sup>30</sup>.

La *Proposta* è altresì rispettosa del principio di proporzionalità, come spiega diffusamente il *considerando* n. 16, che esclude sia l'intento di armonizzare il livello dei salari minimi, sia l'istituzione di un meccanismo uniforme per la loro determinazione, adottando quindi un approccio al problema rispettoso delle prassi e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

#### 4. Il contenuto della direttiva

L'art. 2 della *Proposta* dispone che la direttiva «si applica ai lavoratori dell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».

La formulazione è volutamente ampia, in modo da includere non solo i lavoratori subordinati (nell'ampia accezione accolta dalla Corte nella sentenza *Lawrie-Blum*)<sup>31</sup>, ma anche quei lavoratori che si collocano ai confini della subordinazione (i *workers*, nel linguaggio europeo), precisandosi che «la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro [dovrebbe fondarsi] sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro e non sul modo in cui le parti descrivono il rapporto» (cfr. *considerando* n. 17)<sup>32</sup>.

Al momento 21 Stati membri dispongono di uno schema di salario minimo legale, contro 6 Stati che affidano la determinazione dei livelli salariali minimi esclusivamente alla contrattazione collet-

<sup>30</sup> T. TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, p. 235 ss.

<sup>31</sup> Corte giust., 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*.

<sup>32</sup> A tale riguardo, va segnalato, dei due disegni di legge attualmente in discussione al Parlamento, presentati da M5S (d.d.l. n. 658/2019) e PD (d.d.l. n. 1132/2019), il d.d.l. n. 658/2019 estenderebbe la tutela del salario minimo legale anche ai rapporti di collaborazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 (lavoratori c.d. etero-organizzati), ad eccezione di quelli previsti alle lettere *b*), *c*) e *d*) del comma 2 del medesimo articolo. Il d.d.l. n. 1132/2019 non contiene, invece, un riferimento esplicito al lavoro etero-organizzato, sebbene il salario minimo possa rientrare nelle tutele che verrebbero applicate ai lavoratori che dovessero beneficiare della protezione offerta dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015.

tiva. La direttiva prende atto di questa divaricazione e, non potendo imporre un meccanismo uniforme per le ragioni precedentemente esaminate, adotta un approccio flessibile, basato sull'idea del doppio binario, a seconda che lo Stato membro sia già dotato o meno di una legge sul salario minimo<sup>33</sup>.

La direttiva prevede due percorsi. Il primo è un percorso comune a tutti gli Stati membri, basato sull'idea di promozione della contrattazione collettiva, soprattutto laddove i livelli di copertura siano al di sotto della soglia del 70%; il secondo è specificamente dedicato a quegli Stati membri che siano dotati di uno schema di salario minimo legale: questi Stati sono chiamati ad adottare alcuni criteri condivisi che, pur lasciando il dovuto margine di manovra ai governi nazionali, favoriscano il raggiungimento di livelli salariali "adeguati" (non solo mediante l'intervento sugli schemi legali, ma anche mediante la promozione di dinamiche virtuose tra tutela legale e tutela offerta dalla contrattazione collettiva).

*Primo percorso: promozione della contrattazione collettiva (art. 4)*

Un primo set di interventi, richiesto a tutti gli Stati membri, indipendentemente che siano o meno dotati di schemi di salario minimo legale, riguarda la promozione della contrattazione collettiva, così da aumentare i livelli di copertura. In particolare, gli Stati dovranno: a) promuovere lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale; b) incoraggiare negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali.

La disposizione è volutamente formulata in modo "aperto" (forse anche troppo), lasciando alla fisiologica dialettica tra governi e parti sociali il compito di individuare nel modo più opportuno la strada da seguire.

Va sottolineato il riferimento al livello «settoriale o intersettoriale», dal momento che, in paesi come l'Italia, i deficit di copertura riguardano soprattutto alcuni settori (servizi, settori caratterizzati da piccole e microimprese) e alcune aree geografiche (il Meridione). Pertanto, anche laddove la copertura a livello nazionale soddisfi la soglia stabilita dalla direttiva (70%), gli Stati sono implicitamente invitati a prendere in esame eventuali criticità che affliggono specifici settori o aree.

<sup>33</sup> Cfr. cfr. G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, cit., p. 26 ss., il quale parla di «schema a geometria variabile».



Un carattere più prescrittivo assume il secondo paragrafo dell'art. 4, laddove si impone agli Stati, nei quali il livello di copertura non rispetti la soglia minima del 70%, di intraprendere azioni specificamente volte alla definizione di «un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva». Tali condizioni, che dovrebbero rafforzare la contrattazione collettiva in quei settori in cui essa è in sofferenza, sono individuate «per legge a seguito della consultazione delle parti sociali o mediante un accordo con queste ultime», definendo così un piano d'azione da comunicare alla Commissione (e sul quale la Commissione potrà eserciterà un controllo, anche sulla base dei meccanismi di monitoraggio presenti nelle disposizioni orizzontali della direttiva).

L'art. 4, par. 2, della *Proposta*, sulla carta, potrebbe anche non riguardare l'Italia, che al momento soddisfa ampiamente la soglia di copertura a livello nazionale richiesta dalla direttiva. Il nostro paese, dunque, non sarebbe chiamato a redigere alcun piano d'azione. Tuttavia, non può essere ignorato che, dietro lo schermo del dato medio, si celano situazioni in cui il livello di copertura offerto dai contratti collettivi non è affatto soddisfacente, sia per la difficoltà a negoziare efficacemente in determinati settori sia per la presenza di c.d. contrattazione pirata: proprio in tali situazioni si annidano i maggiori rischi di *in-work poverty*. Il tema della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi da queste stipulati, peraltro, è presente nei due disegni di legge sul salario minimo presentati in Parlamento (d.d.l. n. 658/2019 e d.d.l. n. 1132/2019), sebbene nel primo in modo più evidente (con una definizione dei criteri) e nel secondo in modo più sfumato. Il d.d.l. n. 658, che assume il contratto stipulato dalle organizzazioni più rappresentative quale «parametro esterno» per la determinazione del salario minimo, in caso di più contratti applicabili prevede il ricorso al criterio della rappresentatività comparata, da calcolarsi con le regole stabilite dal Testo unico sulla rappresentanza del 2014 (cfr. art. 3 del d.d.l.). Il d.d.l. n. 1132, che pure assume i contratti stipulati dai sindacati più rappresentativi come parametro di riferimento per il salario minimo, non prende espressamente posizione sui criteri di calcolo della rappresentatività degli attori negoziali, demandando la questione alla Commissione paritetica di cui all'art. 2 del d.d.l.

*Secondo percorso: ravvicinamento dei sistemi nazionali di salario minimo legale*

Un secondo pacchetto di misure riguarda esclusivamente quegli Stati membri (21) in cui opera un regime legale di salario minimo. Evidentemente, si tratta di indicazioni utili anche agli Stati che, come

l'Italia, finora si sono affidati alla sola contrattazione collettiva qualora decidano di introdurre il salario minimo legale.

Agli Stati membri già dotati di schemi di salario minimo, la direttiva propone quattro linee di intervento: la promozione e rafforzamento della contrattazione collettiva (valgano qui le considerazioni sopra esposte); la definizione di criteri nazionali per la determinazione del salario minimo e per il suo aggiornamento; il coinvolgimento delle parti sociali, anche attraverso l'istituzione di appositi organi consultivi; l'istituzione di un efficace sistema di controllo, monitoraggio e sanzioni.

Di particolare importanza è la definizione di un *set* di criteri di adeguatezza comuni da adottare a livello nazionale.

Gli Stati potranno introdurre criteri ulteriori, ma saranno vincolati all'utilizzo dei seguenti elementi individuati dall'art. 5, par. 2:

a) il potere d'acquisto dei salari minimi legali, tenuto conto del costo della vita e dell'incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali;

b) il livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione;

c) il tasso di crescita dei salari lordi;

d) l'andamento della produttività del lavoro.

Gli Stati membri dovranno inoltre «garantire l'aggiornamento periodico e puntuale dei salari minimi legali al fine di mantenerne l'adeguatezza» (art. 5, par. 4).

Agli Stati membri è anche richiesto di istituire «organi consultivi per fornire consulenza alle autorità competenti sulle questioni relative ai salari minimi legali» (art. 5, par. 5).

L'art. 6 introduce un importante elemento di flessibilità, laddove prevede che «gli Stati membri possono autorizzare salari minimi legali diversi per specifici gruppi di lavoratori». La possibilità di differenziare il livello dei salari minimi tra gruppi di lavoratori dovrà essere esercitata nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione. Il rispetto di tali principi, riferito dalla direttiva espressamente al salario determinato in via legale, dovrebbe tuttavia trovare applicazione anche con riferimento alle soglie retributive minime stabilite dai contratti collettivi, laddove si registrassero differenziali troppo elevati tra diverse categorie di lavoratori.

Si tratta in ogni caso di una previsione opportuna, che consente di riallineare gradualmente verso l'alto i salari, evitando fenomeni di spiazzamento, in quei settori caratterizzati da livelli retributivi particolarmente bassi (si pensi, ad esempio, al lavoro domestico).

Di particolare importanza è l'art. 7 della *Proposta*, che impone l'obbligo di coinvolgimento delle parti sociali nei processi di deter-

minazione dei salari minimi adeguati: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie a garantire che le parti sociali siano coinvolte in maniera tempestiva ed efficace nella determinazione dei salari minimi legali e nel relativo aggiornamento, anche attraverso la partecipazione agli organi consultivi di cui all'articolo 5».

Al momento in Europa il coinvolgimento delle parti sociali non è scontato. Accanto a modelli partecipativi (con diversi gradi di istituzionalizzazione del contributo delle parti sociali), vi sono modelli in cui la determinazione dei salari minimi è affidata a commissioni tecniche o a meccanismi di indicizzazione<sup>34</sup>.

La formulazione dell'art. 7 non lascia spazio a dubbi: il coinvolgimento delle parti sociali è da considerare un atto dovuto e gli Stati membri che omettessero di farlo si renderebbero inadempienti.

L'eventuale introduzione in Italia del salario minimo legale dovrebbe dunque fare i conti con questo vincolo. Si prendano in considerazione le due proposte di introduzione del salario minimo precedentemente citate.

A tale riguardo, il d.d.l. n. 658/2019 non prevede espressamente il coinvolgimento diretto delle parti sociali nella determinazione del salario minimo legale, laddove si limita ad assumere come parametro il CCNL stipulato dalle OO.SS. «più rappresentative sul piano nazionale ai sensi dell'articolo 4 della legge 30 dicembre 1986, n. 936» (cfr. art. 3 del d.d.l. n. 658). Né il coinvolgimento delle parti sociali è previsto in sede di adeguamento del salario minimo legale, essendo viceversa previsto un meccanismo di indicizzazione legato all'IPCA (cfr. art. 4, d.d.l. n. 658).

Un maggior grado di coinvolgimento delle parti sociali è previsto dal d.d.l. n. 1132/2019, chiamate a far parte della *Commissione paritetica per la rappresentanza e la contrattazione collettiva* (art. 2 del d.d.l. n. 1132). Tale Commissione, con l'ausilio di un nucleo tecnico istituito presso il CNEL è chiamata ad occuparsi di una serie di profili legati alla «individuazione dei criteri di maggiore rappresentatività delle associazioni sindacali dei lavoratori e delle associazioni nazionali di rappresentanza dei datori di lavoro, nonché degli ambiti e della efficacia dei contratti collettivi» (cfr., in particolare, l'art. 2, comma 6, lett. a-g del d.d.l. n. 1132). Sotto questo profilo, la soluzione prospettata dal d.d.l. n. 1132 pare dunque più in linea con le prescrizioni della direttiva. La Commissione – e questo è il punto

<sup>34</sup> Sul punto cfr. M. MAROCCO, *Il salario minimo legale nel prisma europeo: prospettive per l'Italia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, 2, p. 350 ss.

rilevante – dovrebbe deliberare anche in ordine al «salario minimo di garanzia applicabile, ove individuati, negli ambiti di attività non coperti da contrattazione collettiva, nonché i criteri per il suo aggiornamento» (art. 2, comma 6, lett. *b*, d.d.l. n. 1132).

Tornando alla direttiva, essa prevede, infine, uno strumento – la clausola sociale negli appalti pubblici – volto a promuovere l'estensione in via indiretta dell'applicazione dei contratti collettivi. L'art. 8 dispone che «conformemente alle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE, gli Stati membri adottano misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino ai salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti e ai salari minimi legali, laddove esistenti».

L'ultima parte della *Proposta* è dedicata al sistema di raccolta dati e monitoraggio relativi alla copertura e adeguatezza dei salari minimi, agli effetti economici e sociali della direttiva, alla messa in atto di una serie di strumenti di trasparenza e accessibilità delle informazioni relative alla tutela garantita dal salario minimo e ai contratti collettivi applicabili (artt. 10 e 11) e alla previsione di norme relative ai rimedi in caso di violazione delle disposizioni della direttive (art. 12); disposizioni, queste, che, in aggiunta alle disposizioni tese ad aumentare il numero di lavoratori che godono di un salario minimo adeguato, aumentano il grado di *fairness* del sistema di fissazione dei salari e del mercato del lavoro in generale<sup>35</sup>.

## 5. Rischi e opportunità della Proposta

La presentazione della *Proposta* ha suscitato sia in dottrina che in alcuni settori del mondo sindacale timori in merito a un rischio di «fuga dalla contrattazione»<sup>36</sup> o di «desindacalizzazione»<sup>37</sup> con-

<sup>35</sup> A. FERNANDEZ DE ARANGUIZ, *The proposal on adequate minimum wages in the European Union: Striving for fairness, less so adequacy*, 5 novembre 2020, in [ulawanalysis.blogspot.com/2020/11/the-proposal-on-adequate-minimum-wages.html](http://ulawanalysis.blogspot.com/2020/11/the-proposal-on-adequate-minimum-wages.html).

<sup>36</sup> Cfr. ad es. V. BAVARO, *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2014, n. 2, p. 178. In ambito sindacale, parla invece di rischio di «progressivo svuotamento» della contrattazione P. CARNITI, *Salario minimo. Perché no a una legge*, in *Eguaglianza e Libertà*, 18 febbraio 2014, in [www.eguaglianzaeliberata.it](http://www.eguaglianzaeliberata.it).

<sup>37</sup> G. PROIA, *Salario minimo legale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 1, p. 1 ss.

nesso all'eventuale attuazione di una direttiva sul salario minimo, con una curiosa inversione della catena causa-effetti, giacché, come dimostrano l'esempio prima della Francia e poi della Germania, è semmai stata la fuga dalla contrattazione a determinare l'adozione di una disciplina legale in tema di salario minimo.

In realtà la direttiva non stabilisce alcun obbligo di introdurre il salario minimo legale.

La direttiva, d'altra parte, se non pone alcun obbligo di introdurre un salario minimo legale, neppure se ne accontenta: quello che è richiesto è che tale salario minimo sia un salario *adeguato*, a prescindere che esso sia fissato in via negoziale o per legge.

Per gli Stati, come l'Italia, in cui tradizionalmente la determinazione dei minimi salariali è affidata alla contrattazione collettiva, non si prevede l'obbligo di dotarsi di un salario minimo legale. L'Italia potrebbe dunque, in astratto, continuare a regolare la materia salariale tramite contrattazione collettiva.

La direttiva, in simili casi, si preoccupa di quelle situazioni in cui il livello di copertura offerta dalla contrattazione collettiva sia al di sotto di una soglia ritenuta soddisfacente, ossia il 70%. Se il livello di copertura è superiore a tale soglia, non sono previsti interventi particolari, salve quelle generiche attività di «promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari» cui fa riferimento l'art. 4. Il compito di specificare tali attività è demandato agli Stati membri.

Se, invece, il livello di copertura è inferiore alla soglia del 70%, gli Stati membri in cui ciò avviene devono adottare «un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva, per legge a seguito della consultazione delle parti sociali o mediante un accordo con queste ultime, e definiscono un piano d'azione per promuovere la contrattazione collettiva».

Non è chiaro cosa si intenda con questa espressione *quadro di condizioni favorevoli*, soprattutto in riferimento alla situazione italiana. È comunque importante partire da un'analisi realistica delle «condizioni» della contrattazione collettiva. Com'è noto, il livello di copertura della contrattazione collettiva in Italia si attesta attorno all'80%<sup>38</sup>. Vi sono tuttavia aree del paese (prevalentemente il Mezzogiorno) e settori produttivi (es. servizi, settori connotati dalla massiccia presenza di piccole imprese o addirittura micro imprese) in

<sup>38</sup> Cfr. OECD, *Negotiating Our Way Up: Collective Bargaining in a Changing World of Work*, Paris 2019, p. 56.

cui il livello di copertura di abbassa in modo significativo; oppure in cui la stipulazione di contratti “pirata” peggiora il livello della tutela assicurata dalla fonte negoziale. Alcuni studi mostrano come l’assenza di un minimo legale o di una contrattazione valida *erga omnes* abbiano di fatto consentito alle imprese di fare *shopping* contrattuale. In media, il 10% dei lavoratori, con punte fino al 30% in alcuni comparti, sono pagati al di sotto dei minimi tabellari definiti dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni comparativamente più rappresentative<sup>39</sup>.

Queste considerazioni potrebbero portare di per sé alla conclusione dell’opportunità di introdurre un salario minimo legale. Va aggiunto che l’eventuale introduzione di uno schema di salario minimo legale non solo non aggraverebbe la situazione ma anzi, al contrario, potrebbe offrire un sostegno ai lavoratori impiegati in quei settori in cui la contrattazione collettiva “di qualità” fatica ad imporsi.

Un esempio interessante è fornito dalla Germania, trattandosi di un paese dove il livello di copertura della contrattazione collettiva è elevato, ma dove si è comunque sentita l’esigenza di introdurre, nel 2015, il salario minimo legale per meglio tutelare i lavoratori impiegati in alcuni settori in cui tendevano ad addensarsi rischi di *in-work poverty*.

Sebbene l’effetto complessivo sui livelli di povertà sia stato meno positivo del previsto – all’aumento del salario orario è infatti corrisposta, in molti casi, una riduzione dell’orario – l’introduzione del salario minimo legale in Germania non ha avuto effetti negativi di spiazzamento sulla contrattazione collettiva.

Quindi: dove il sindacato è forte, esso continua a giocare un ruolo da protagonista; nei settori in cui il sindacato fatica ad imporsi, e dunque aumenta il rischio di *in-work poverty*, il salario minimo può contribuire a migliorare la condizione dei lavoratori<sup>40</sup>. Ciò fa ritenere che il salario minimo, contrariamente a quanto viene spesso sostenuto, più che un sostituto, possa costituire un valido complemento alla contrattazione collettiva<sup>41</sup>.

Tornando allo studio da cui siamo partiti, suonano ancora adesso attuali le considerazioni che Massimo Roccella svolge in riferimento

<sup>39</sup> A. GARNERO, C. LUCIFORA, *L’erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, 2, p. 297.

<sup>40</sup> Peraltro, in Germania non si sono osservati effetti negativi nemmeno sulla produttività e sui profitti: cfr. A. GARNERO, C. LUCIFORA, *L’erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, cit., p. 299.

<sup>41</sup> A. GARNERO, C. LUCIFORA, *o.u.c.*, p. 313.

alle resistenze di una parte del sindacato alla fissazione di un salario minimo legale. L'autore ricorda, citando Gino Giugni, che vi è un limite oltre il quale le pretese di esclusività della funzione sindacale si condannano da sé. È il punto che ricorre quando la mancata tutela degli strati più poveri e marginali della classe lavoratrice diventa essa stessa incapacità di pressione degli strati più avanzati. Ma far propria la proposta di un salario minimo legale – aggiunge Massimo – significa «non solo battersi per ottenere uno strumento integrativo della contrattazione, ma anche trovare in esso una fonte rinnovata di legittimazione nei confronti dell'*insieme* della classe lavoratrice»<sup>42</sup>. Di tale legittimazione il sindacato ha sicuramente bisogno anche oggi.

<sup>42</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 342.

MARCO BARBIERI

## Il salario minimo legale in Italia, dagli studi di Massimo Roccella alla proposta di direttiva e ai disegni di legge di questa legislatura\*

SOMMARIO: 1. Massimo Roccella pioniere del salario minimo legale in Italia. – 2. La situazione di fatto nei Paesi dell'Unione europea. – 3. Le competenze dell'Unione europea e la base giuridica della proposta. – 4. Gli obiettivi della proposta. – 5. I contenuti della proposta. – 6. I riflessi sulla situazione italiana: i d.d.l. giacenti in Parlamento e la proposta di direttiva.

### 1. Massimo Roccella pioniere del salario minimo legale in Italia

La storia del salario minimo legale in Italia è lunga, e tuttavia non molto nota in dottrina<sup>1</sup>.

Superato il dogma liberale per il quale *qui dit contractuel dit juste*<sup>2</sup>, neppure il fascismo si pose su questa strada, giacché la dichiarazione XII della Carta del Lavoro, introducendo il principio del «giusto salario» – corrispondente «alle esigenze normali di vita, alle possibilità della produzione e al rendimento del lavoro» – ne affidava la realizzazione a «l'azione del sindacato, l'opera conciliativa

\* Questo scritto è inedito per quanto riguarda il primo paragrafo, e per il resto rivede il saggio *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, pp. 387-410.

<sup>1</sup> «tematica [...] negletta dall'analisi giuslavoristica», per M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986, p. 8.

<sup>2</sup> In questa forma, mi pare si debba ad A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris 1880, p. 410. Ma il postulato individualistico dell'autonomia della volontà è giuridicamente e filosoficamente molto più risalente. Da noi, la più rilevante adesione è forse di L. BARASSI, *Giusto salario e salari anormali*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 1-35, su cui v. le puntuali osservazioni di M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, pp. 231-292, e qui 240-242 (e poi in *Id.*, *I salari*, cit., pp. 39-42); del resto, L. BARASSI riprese questa posizione nella seconda edizione de *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, vol. II, Milano 1917, pp. 359-419, e specie pp. 360-365 e pp. 388-398, limitando il sindacato giurisdizionale ai casi di anomalia soggettiva che determini uno squilibrio abnorme (pp. 400-419).



degli organi corporativi e la sentenza della Magistratura del lavoro», sottraendola «a qualsiasi norma generale e affida[ndola] all'accordo delle parti nei contratti collettivi»<sup>3</sup>.

Qui nacque la contrapposizione tra salario minimo legale e retribuzioni fissate dai contratti collettivi, che è stata sinora dominante in Italia, ma che rileva anche a livello internazionale, come dimostra l'art. 1, comma 1, della Convenzione OIL n. 26 del 16 giugno 1928<sup>4</sup>, prevedendo che gli Stati fissassero «saggi minimi di salario per i lavoratori occupati nelle industrie o parti d'industrie (ed in particolare nelle industrie a domicilio) qualora non esistano norme efficaci per la fissazione dei salari mediante contratto collettivo»<sup>5</sup>.

Nella Costituzione repubblicana, invece, dopo un vivace dibattito<sup>6</sup> fu introdotta la disposizione dell'art. 36, comma 1<sup>7</sup>, che ha posto una regola duplice – proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro e sufficienza della retribuzione – senza però entrare nel dettaglio dell'attuazione.

L'Assemblea Costituente ne discusse: nella seduta del 10 maggio

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo*, cit., p. 245, osserva: «era il rifiuto netto del salario minimo legale, inserito nella Carta su esplicita pressione degli imprenditori» (poi in ID., *I salari*, cit., p. 49).

<sup>4</sup> Ratificata dall'Italia con la l. 26 aprile 1930, n. 877.

<sup>5</sup> In pari data, l'OIL approvava la Raccomandazione n. 30, sull'applicazione dei metodi di fissazione dei salari minimi, la quale, nel suo principio III, indicava che «ai fini della fissazione dei saggi minimi di salario, gli enti di ciò incaricati dovrebbero in tutti i casi tener conto della necessità di assicurare ai lavoratori interessati un tenore di vita conveniente. A questo riguardo converrebbe anzitutto prendere per norma i saggi dei salari pagati per lavori analoghi nelle industrie dove i lavoratori siano sufficientemente organizzati ed abbiano concluso contratti collettivi».

<sup>6</sup> Sul quale si v. C. FALERI, *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Roma 2014, pp. 166-181.

<sup>7</sup> Sulla retribuzione v. almeno, nel dibattito meno risalente e per limitarci ai volumi, le monografie di M. ROCCELLA, *I salari*, cit.; L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli 1991; G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Napoli 1996; G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari 1997; S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino 2002; L. ANGIELLO, *La retribuzione. Artt. 2099-2102, in Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Busnelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano 2003; P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Milano 2018; nonché gli atti dei convegni A.I.D.La.S.S., *Problemi giuridici della retribuzione*, Milano 1981 (relazione di T. TREU), e *La retribuzione*, Milano 2019 (relazioni di M. MARTONE, P. PASCUCCI, M. BARBIERI, A. TURSI), e E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Torino 2012.

1947 i comunisti Bibolotti e Bitossi proposero di affidare alla legge la fissazione del «salario minimo individuale e familiare», in quanto «garanzia dell'eliminazione, nel campo del lavoro, del pauperismo, della miseria nera», e per dare alla previsione costituzionale «una consistenza e una concretezza tali da tranquillizzare le famiglie dei lavoratori». Il socialdemocratico Ghidini, relatore, si rimise all'Assemblea, mentre parlò in senso contrario, pur dichiarandosi per l'astensione, il democristiano Giovanni Gronchi, ritenendo che la fissazione del salario fosse «compito contrattuale». L'emendamento proposto non fu approvato.

Vi fu poi l'intervento giurisprudenziale<sup>8</sup>, per cui: «a) il diritto alla retribuzione sufficiente è un diritto della persona, ha carattere assoluto, è anteriore alla formazione del contratto e preminente rispetto alla stessa volontà delle parti; b) l'art. 36 è immediatamente precettivo e è inderogabile, con nullità del patto contrario; c) la nullità è equivalente alla inesistenza dell'accordo; d) come conseguenza dell'inesistenza la retribuzione è determinata dal giudice ai sensi dell'art. 2099 cod. civ.»<sup>9</sup>: aggiungerei «facendo riferimento ai contratti collettivi». È nato così quel *salario minimo giurisprudenziale* (indirettamente sindacale), che costituisce «la via italiana alla retribuzione sufficiente»<sup>10</sup>, anomalo in Europa.

A mostrare insoddisfazione verso questo assetto – oltre le critiche dottrinali<sup>11</sup> – vi fu la presentazione, da parte di deputati comunisti e socialisti<sup>12</sup>, della proposta di legge C895, il 14 maggio 1954, in cui era previsto un compenso non inferiore a 100 lire per ora, indicizzato. La proposta non ebbe seguito.

Mentre la dottrina discuteva il salario minimo giurisprudenzia-

<sup>8</sup> App. L'Aquila, 24 ottobre 1950, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, pp. 1-4, con nota adesiva di R. NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, pp. 5-6; Trib. Genova, 3 novembre 1950 e 7 novembre 1950, entrambe in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, p. 171, con nota adesiva di S. PUGLIATTI, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, pp. 174-176; e poi Cass., 12 maggio 1951, n. 1184, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, pp. 253-256, e Cass., 21 febbraio 1952, n. 46, in *Riv. giur. lav.*, 1952, II, pp. 95-98.

<sup>9</sup> G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, cit., Bari 1997, p. 5.

<sup>10</sup> Così O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, 6ª ed., Milano 2016, p. 559.

<sup>11</sup> Per tutti, v. G. PERA, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1953, I, pp. 99 ss., e ora in *Scritti di Giuseppe Pera. I. Diritto del lavoro*, Milano 2007, pp. 3-25, ove ulteriori richiami.

<sup>12</sup> I primi firmatari sono Noce, Di Vittorio, Santi e Foa: dirigenti della Cgil. Si v. sulla proposta M. ROCCELLA, *Il salario minimo*, cit., pp. 257-260 (poi in *Id.*, *I salari*, cit. pp. 71-76), che la ritiene non molto convinta.

le<sup>13</sup>, fu Massimo Roccella per primo<sup>14</sup> a discutere analiticamente un salario minimo legale, che costituisse un meccanismo di attuazione dell'art. 36, comma 1, Cost., integrativo di quello giurisprudenziale.

Di quel saggio pionieristico – contro corrente, mentre i giuslavoristi discutevano di riduzione del costo del lavoro<sup>15</sup>, in relazione alle indicizzazioni, su cui tornerà lo stesso Roccella anni dopo<sup>16</sup> – occorre seguire gli snodi principali.

Della colta ricostruzione storica transdisciplinare che occupa circa tre quarti del saggio, ricordo qui solo l'acuta osservazione che nel *New Deal*, lungi dall'essere in opposizione, «promozione della contrattazione e legislazione sui minimi rispondevano [...] a una logica unitaria»<sup>17</sup>.

Rilevante è la critica alla posizione di Mancini, troppo fiduciosa nella capacità della contrattazione collettiva di coprire l'intera area

<sup>13</sup> Per tutti, M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna 1971.

<sup>14</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo*, cit. Discutendo dell'applicabilità dell'art. 36, comma 1, cost., già G. PERA aveva fatto cenno all'ipotesi di un salario minimo fissato per legge, per contrastare la tesi dell'applicabilità giurisprudenziale, in *La giusta retribuzione*, cit., qui pp. 17 e 24-25, ove riferisce l'eventuale intervento legislativo alla garanzia della sola sufficienza; poi M. GRANDI, *Prospettive in Italia per una legislazione sui minimi*, in *Pol. sind.*, 1962, pp. 102-111, sempre in critica al salario minimo giurisprudenziale (pp. 108 s.), ma sulla base dell'inutilità dell'efficacia generale del contratto collettivo: la proposta di un intervento legislativo per fissare un salario minimo intercategoriale che garantisca (non la proporzionalità, ma) la sufficienza della retribuzione (p. 110) è tanto più notevole per provenire da un autore organico alla Cisl; più tardi ancora un breve articolo di G. PERONE, *Su un'eventuale disciplina legale dei minimi retributivi*, in *Dir. lav.*, 1971, pp. 387-395, nel quale auspica anch'egli un salario minimo intercategoriale che però dovrebbe tenere conto sia della sufficienza sia della proporzionalità, e porsi come concorrente e non complementare rispetto alla contrattazione collettiva; e infine rilevanti appaiono i paragrafi dedicati da T. TREU, *sub art. 36*, in AA.Vv., *Rapporti economici*, in *Comm. cost.* Branca, Bologna-Roma 1982, pp. 72-145, e qui pp. 94-100, nei quali si esclude che la legislazione possa operare solo in via sussidiaria alla contrattazione, si nega che a quest'ultima spetti l'attuazione della proporzionalità e alla prima quella della sufficienza, e si illustra la preferenza per un salario minimo legale intercategoriale e indicizzato anziché differenziato per categorie professionali. Si tratta tuttavia solo di spunti, o di trattazioni brevi e di indicazioni di massima, ancorché importanti, non paragonabili all'ampio saggio di Roccella.

<sup>15</sup> Come ricordava lo stesso M. ROCCELLA, *Il salario minimo*, cit., p. 231.

<sup>16</sup> Non solo nel terzo capitolo de *I salari*, cit., pp. 207-342, ma anche in ID., *Oltre l'indicizzazione dei salari. Una risposta a Piergiorgio Alleva*, in *Lav. dir.*, 1993, pp. 425-461, dove è tornato a difendere energicamente la propria idea di salario minimo legale (pp. 445-451).

<sup>17</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo*, cit., p. 251 (poi in ID., *I salari*, cit., p. 60).

del lavoro, soprattutto in relazione ai profili del decentramento produttivo e della terziarizzazione del lavoro.

Molto netta è dunque l'opzione per il salario minimo legale, di cui Roccella argomenta la compatibilità con situazioni di alta inflazione e critica la pretesa relazione inversa con l'occupazione. Significativo anche l'auspicio della «espulsione dal mercato di iniziative basate *esclusivamente* sulla corresponsione di salari irrisori»<sup>18</sup>: che dovrebbe essere pure la funzione della contrattazione nazionale.

Roccella motiva la preferenza per un salario minimo legale nazionale intercategoriale<sup>19</sup>, ritenendo che la sua funzione possa essere meglio soddisfatta «da un salario minimo generale piuttosto che da una normativa differenziata per settori»<sup>20</sup>, affermandone la «maggiore congruenza con le direttive costituzionali»<sup>21</sup>: tesi discutibile, almeno rispetto alla proporzionalità, pur se poggiata sull'autorità di Treu<sup>22</sup>. Ancora, ne auspica la determinazione in una «misura oraria»<sup>23</sup>, anche in relazione all'appena iniziata diffusione del lavoro a tempo parziale: indicazione profetica, cui si accompagnano l'osservazione che vincola l'erogazione dell'intera retribuzione minima nei casi in cui al *part-timer* sia imposta l'esclusività, e la proposta di indicizzazione piena della misura fissata<sup>24</sup>.

In questo robusto sforzo progettuale è riflessa la situazione dell'epoca. Grande è il rimpianto per non poter discutere con l'autore degli sviluppi successivi: non solo del dibattito dottrinale nazionale, sviluppatosi in questo secolo a fronte della crescente diffusione del lavoro povero<sup>25</sup>, quanto della prospettiva aperta dalla Corte costituzionale 26 marzo 2015, n. 51<sup>26</sup>, la quale, legittimando una previ-

<sup>18</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 265.

<sup>19</sup> Sulla scia di quanto già prospettato da T. TREU, *sub art. 36*, cit., p. 97.

<sup>20</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo*, p. 266.

<sup>21</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 267.

<sup>22</sup> V. infatti T. TREU, *sub art. 36*, cit., p. 97.

<sup>23</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo*, cit., p. 268 (poi in Id., *I salari*, cit., p. 90).

<sup>24</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>25</sup> Per tutti, il rapporto della CES, *Benchmarking Working Europe 2020*, che indica per l'Italia una crescita del tasso di *in-work at-risk-of poverty rate*, dal 9,5% del 2010 al 12,2% del 2018, p. 63, Figure 2.21.

<sup>26</sup> Per una più larga illustrazione delle ragioni per le quali questa pronuncia mi pare fondamentale, si rinvia a M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, pp. 493-506, in cui auspico l'introduzione di una norma legale sul modello di quella per il lavoro in cooperativa (pp. 505 s.).

sione legislativa<sup>27</sup> che garantisce per il solo lavoro in cooperativa un trattamento economico non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi, ha aperto uno spazio più largo.

## 2. *La situazione di fatto nei Paesi dell'Unione europea*

Un salario minimo legale esiste in tutti i Paesi dell'Unione europea, salvo Danimarca, Svezia, Finlandia, Austria e Italia, che costituisce l'eccezione più importante. Cipro in realtà ha una legge del 1941, applicata per settori e soprattutto per professioni.

I meccanismi sono alquanto differenti soprattutto nel ruolo attribuito ai Governi e alle parti sociali, e per la presenza o meno di una Commissione tripartita, integrata o meno da esperti.

In genere, i Paesi che non dispongono di un meccanismo di salario minimo legale sono anche quelli dove è maggiore la percentuale di rapporti di lavoro disciplinati attraverso la contrattazione collettiva<sup>28</sup>: la storia del salario minimo legale in età capitalistica inizia nel Regno Unito con il *Trade Boards Act* del 1909, che intervenne appunto «*supplendi causa*»<sup>29</sup>.

L'ultimo Paese che ha introdotto un salario minimo legale, la Germania, lo ha fatto dal 2015 proprio per rimediare al rapido calo del tasso di copertura contrattual-collettiva, che nel 1998 era al 76,3%, nel 2013 era stimato al 62%<sup>30</sup>, e nel 2018 al 54%<sup>31</sup>.

Rileva anche la differenza tra le previsioni che istituiscono un salario minimo legale interprofessionale, e quelle che prevedono minimi differenziati per settori e professioni.

<sup>27</sup> L'art. 7, comma 4, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 28 febbraio 2008, n. 31.

<sup>28</sup> V. le sintetiche considerazioni di C. AUMAYR-PINTAR, *To have or have not: A statutory minimum wage*, in [www.eurofound.europa.eu/publications/article/2019/to-have-or-have-not-a-statutory-minimum-wage](http://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2019/to-have-or-have-not-a-statutory-minimum-wage).

<sup>29</sup> Così O. KAHN-FREUND, *Minimum Wage Legislation in Great Britain*, in *97 University of Pennsylvania Law Review*, 1949, pp. 778-810, e qui p. 779.

<sup>30</sup> P. TOMASSETTI, *I sistemi di relazioni industriali in Francia, Germania, Italia e Spagna*, in ADAPT (a cura di), *Crisieconomica e riforme del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna*, e-Book series n. 34, 2014, pp. 121-131 (estratto disponibile in [www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj0P62847uAbWOqaQKHbUPDSYQFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fmoodle.adaptland.it%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D14623&msg=AOvVaw0w7TwESO4r1db6ccyKrJ21](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj0P62847uAbWOqaQKHbUPDSYQFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fmoodle.adaptland.it%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D14623&msg=AOvVaw0w7TwESO4r1db6ccyKrJ21)).

<sup>31</sup> C. CARTA, *La crisi della contrattazione di settore in Germania*, in *Lav. dir.*, 2019, pp. 645-664, e qui p. 648.

Anche il livello dei minimi legali è assai diverso, per indirizzi di politica economica ma anche per la diversa prosperità dei Paesi dell'Unione: l'ammontare lordo mensile varia nel 2020 da 312 euro della Bulgaria o 430 euro della Lettonia, a 2.142 euro del Lussemburgo o 1.707 euro dell'Irlanda; o, nella misura oraria, da 1,87 euro in Bulgaria o 2,46 euro in Lettonia a 12,08 euro in Lussemburgo o 10,60 euro nei Paesi Bassi<sup>32</sup>.

### 3. *Le competenze dell'Unione europea e la base giuridica della proposta*

Come aveva annunciato sin dal suo insediamento la Presidente<sup>33</sup>, il 28 ottobre la Commissione Europea ha presentato una proposta di direttiva sul salario minimo.

Occorre ricordare che l'art. 153, par. 5, TFUE esclude direttive aventi ad oggetto le retribuzioni.

Sin dal Trattato nella sua versione originaria del 1957, però, si regolavano le retribuzioni facendo discendere dalla libertà di circolazione il divieto di discriminazioni tra i lavoratori degli Stati membri anche con riferimento alla retribuzione (art. 48, par. 2, ora art. 45, par. 2), e prevedendo il principio di parità di retribuzione tra uomini e donne (art. 119 – attuale art. 157 –, che al par. 2 contiene anche una definizione di diritto comunitario di retribuzione).

La formulazione attuale dell'art. 153, par. 5, riprende invece l'art. 2, comma 6, dell'Accordo sulla politica sociale del 1992, trasfuso nell'art. 137 TCE con il Trattato di Amsterdam.

Recentemente, la Corte di giustizia<sup>34</sup> è tornata su questa di-

<sup>32</sup> I dati in EUROFOUND, *Minimum wages in 2020: Annual review*, in [www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/minimum-wages-in-2020-annual-review#tab-01](http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/minimum-wages-in-2020-annual-review#tab-01), rispettivamente a p. 15, Table 3, e a p. 16, Figure 6. Altri dati in EUROSTAT, *Minimum wage statistics*, con riferimento a dati di luglio 2020, [www.ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained](http://www.ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained).

<sup>33</sup> Discorso di insediamento innanzi al Parlamento Europeo, 17 luglio 2019, in [www.ec.europa.eu/italy/news/ursula-von-der-leyen-discorso-di-apertura-della-seduta-plenaria-del-parlamento-europeo\\_it](http://www.ec.europa.eu/italy/news/ursula-von-der-leyen-discorso-di-apertura-della-seduta-plenaria-del-parlamento-europeo_it). Sull'avvio accidentato della consultazione delle parti sociali prima della formulazione della proposta, v. per tutti A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, pp. 539-556.

<sup>34</sup> Corte giust., Grande Sezione, 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*. L'Ungheria aveva ricorso, sostenendo che la direttiva n. 2018/957, del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione

sposizione, ribadendo<sup>35</sup> che «l'articolo 153, paragrafo 5, TFUE prevede un'eccezione alle competenze dell'Unione definite nei suoi primi paragrafi», come aveva sostenuto nella sue conclusioni l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, per il quale «poiché l'articolo 153 TFUE, paragrafo 5 [...] introduce una deroga alle norme di cui ai paragrafi da 1 a 4 dello stesso articolo, essa deve formare oggetto di interpretazione restrittiva, in modo da non incidere indebitamente sulla portata dei suddetti paragrafi da 1 a 4, né rimettere in causa gli obiettivi perseguiti dall'articolo 151 TFUE. La ragion d'essere dell'eccezione relativa alle retribuzioni [...] consiste nel fatto che la determinazione dei salari appartiene all'autonomia contrattuale delle parti sociali a livello nazionale e rientra nella competenza degli Stati membri in materia [...]. Tale eccezione riguarda misure che comporterebbero una diretta ingerenza del diritto dell'Unione nella determinazione delle retribuzioni del rapporto di lavoro. Così accadrebbe se si pretendesse di uniformare, in tutto o in parte, gli elementi costitutivi dei salari o del loro livello negli Stati membri. L'eccezione non può essere estesa, tuttavia, a ogni questione *avente un nesso qualsiasi* con le retribuzioni. Tale interpretazione priverebbe di senso altri settori contemplati dall'articolo 153 TFUE, paragrafo 1»<sup>36</sup>.

Pertanto, l'eccezione prevista all'art. 153, par. 5, TFUE, se preclude l'adozione di una direttiva che imponga un salario minimo legale uniforme, non impedisce che possa esserne emanata una che, nell'ambito delle competenze dell'Unione, possa avere *anche* effetti di disciplina delle retribuzioni: la Commissione ha illustrato che la base giuridica è l'art. 153, par. 1, lett. *b*, TFUE, e «poiché non contiene misure che hanno un'incidenza diretta sul livello delle retribuzioni, la direttiva proposta rispetta pienamente i limiti imposti all'azione dell'Unione dall'articolo 153, paragrafo 5, TFUE».

Questa posizione deve essere ritenuta corretta.

di servizi, regolasse direttamente la retribuzione dei lavoratori e delle lavoratrici, in violazione dell'art. 153, par. 5, del TFUE.

<sup>35</sup> V. già le sentenze Corte giust., 19 giugno 2014, da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, *Specht et al.*, punto 33; Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, punto 125; e Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punto 41.

<sup>36</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona, 28 maggio 2020.

#### 4. Gli obiettivi della proposta

Il quadro della proposta è nel punto 1 della Relazione, e pare in discontinuità rispetto ai precedenti orientamenti dell'Unione<sup>37</sup>.

È richiamato il sesto tra i Principi proclamati il 17 novembre 2017 nell'ambito del Pilastro europeo dei diritti sociali, il quale prevede che «i lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso. Sono garantite retribuzioni minime adeguate [...]. La povertà lavorativa va prevenuta»: la storia europea del XX secolo identificava il povero con il disoccupato (o il precario) ma gli Stati Uniti hanno dimostrato che lavoratori stabilmente impiegati possono tuttavia avere un reddito da lavoro molto insufficiente. Infatti, negli USA il lavoro povero ha oscillato negli anni dal 2008, tra il 4,5% e il 7,2% delle persone che si siano presentate sul mercato del lavoro per almeno 27 settimane<sup>38</sup> (2,8% nel tempo pieno, 11,1% tra i e le *part-timers*, e addirittura il 19% tra i e le *part-timers* involontari/e)<sup>39</sup>.

Il fenomeno si è allargato all'Europa: né le dinamiche di mercato né – in una fase di decrescente potere delle organizzazioni sindacali<sup>40</sup> – la contrattazione collettiva garantiscono dalla povertà lavorativa.

Del resto, il problema della povertà lavorativa è da tempo all'attenzione della comunità scientifica<sup>41</sup>.

Non si riprende qui la discussione sulla differenza tra *in-work*

<sup>37</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *www.camera.it*, 7 gennaio 2021, audizioni dell'Ufficio di Presidenza della Commissione Politiche dell'Unione europea, nell'ambito dell'esame della proposta di direttiva COM(2020)682 finale sui salari minimi, p. 1 s.

<sup>38</sup> U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, *A profile of the working poor, 2018*, luglio 2020, p. 2 Table A, in *www.bls.gov/opub/reports/working-poor/2018/home.htm*.

<sup>39</sup> U.S. BUREAU OF LABOR STATISTICS, *o.u.c.*, p. 8, Statistical Tables, Table 1.

<sup>40</sup> Fenomeno richiamato nel *considerando* 13 della proposta.

<sup>41</sup> Tra i lavori più recenti, ancorché discutibili, v. almeno il numero monografico di *Lav. dir.*, 2019, n. 1, con contributi di P. BARBIERI, *Il lavoro povero nel prisma delle scienze sociali*, pp. 5-28; F. FRACCAROLI, I. BARBIERI, *Le ricadute del "lavoro povero" sul benessere della persona e delle organizzazioni*, pp. 29-50; V. FERRARIS, *Una lettura economica del lavoro povero*, pp. 51-62; M. BORZAGA, *Le politiche dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dell'Unione europea in tema di contrasto alla povertà*, pp. 63-80; A. LASSANDARI, *Oltre la "grande dicotomia"? La povertà tra subordinazione e autonomia*, pp. 81-102; A. OCCHINO, *Povertà e lavoro atipico*, pp. 103-128; F. BANO, *Il lavoro povero nell'economia digitale*, pp. 129-148; C. FALERI, *Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno di) lavoro*, pp. 149-172; A. TONARELLI, M.L. VALLAURI, *Povertà femminile e diritto delle donne al lavoro*, pp. 173-196.



*poor e low wage worker*<sup>42</sup>, ma l'esperienza tedesca<sup>43</sup> dimostra che l'introduzione di un salario minimo legale non ha effetti negativi sull'occupazione e produce un incremento del reddito del lavoro situato nei due decili<sup>44</sup> più bassi.

Un'altra affermazione della Relazione va segnalata: «il ruolo dei salari minimi acquisisce un'importanza ancora maggiore nei periodi di recessione economica».

Si può condividere anche la considerazione che dove esista un salario minimo legale, talvolta sia insufficiente a garantire una vita dignitosa<sup>45</sup>; e quella che, nei Paesi nei quali un salario minimo legale non esiste, vi sia una quota importante di persone a cui non sono applicate le condizioni fissate dai contratti collettivi (in Italia sarebbe pari quasi al 20%<sup>46</sup>, pur se il metodo di calcolo lascia dubbi)<sup>47</sup>.

La Commissione chiede pure di «promuovere la contrattazione collettiva sui salari in tutti gli Stati membri. La contrattazione collettiva svolge un ruolo fondamentale per una tutela garantita dal salario minimo adeguata»<sup>48</sup>. Dunque, la lodevole intenzione della Commissione è di mettere in sinergia direttiva e contrattazione collettiva.

<sup>42</sup> Su cui v. EUROPEAN COMMISSION, *Low pay and in-work poverty: preventative measures and preventative approaches*, rapporto redatto da A. MCKNIGHT, K. STEWART, S.M. HIMMELWEIT and M. PALILLO, maggio 2016, in [www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15760&langId=en](http://www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15760&langId=en); e, da ultimo, M. TUFO, *I working poor in Italia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, pp. 185-214, specie pp. 186-188.

<sup>43</sup> Sulla quale v. almeno G.M. AHLFELDT, D. ROTH, T. SEIDEL, *The regional effects of Germany's national minimum wage*, in *Economics Letters*, 2018, vol. 172, pp. 127-130; M. CALIENDO, C. SCHRÖDER, L. WITTBRODT, *The Casual Effects of the Minimum Wage Introduction in Germany - An Overview*, in *German Economic Review*, 2019, vol. 20, 3, pp. 257-292.

<sup>44</sup> Il decile è uno dei nove valori medi che divide una successione di numeri, disposti in ordine crescente o decrescente, in dieci parti uguali.

<sup>45</sup> *Relazione alla proposta di direttiva*, p. 2.

<sup>46</sup> Precisamente, il 19,7%, secondo i dati presentati il 17 giugno 2019 dall'INAPP in una Nota al Presidente della Commissione Lavoro della Camera dei deputati.

<sup>47</sup> L'INAPP ha prodotto, nell'occasione citata, una tabella (Fig. 1, p. 1) fondata sui dati del *database* ICTWSS, che adopera anche l'OCSE, relativi al settembre 2016. A parte gli sviluppi successivi, si deve osservare che non vengono così rilevati né i falsi lavoratori autonomi (come in forma più diplomatica ha notato il CNEL, *XXI Rapporto Mercato del lavoro e contrattazione collettiva 2019*, p. 334), né i lavoratori subordinati che risultino coperti da contratti collettivi stipulati da organizzazioni datoriali e sindacali di scarsa o inconsistente rappresentatività all'interno di una dialettica tra le parti sociali non autentica. Dubbi sono espressi pure da A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione*, cit., p. 551. Molte condivisibili osservazioni in T. TREU, *sub art. 36*, cit., pp. 19-22.

<sup>48</sup> *Relazione*, cit., p. 3.

Apprezzabile è pure l'intento che nei Paesi con salario minimo legale sia garantito che esso venga fissato a livelli adeguati, e che siano promossi strumenti per assicurare il rispetto dei minimi, legali o contrattuali<sup>49</sup>.

Insomma, l'aspirazione della proposta è che si realizzi «una convergenza verso l'alto», a mo' di «parificazione nel progresso» di cui parla l'art. 151, par. 1, TFUE, anziché nel regresso, come è avvenuto in questo secolo.

Nell'insieme, gli obiettivi dichiarati dalla Relazione possono essere interamente condivisi, perché si allontanano dall'orientamento precedente della stessa Commissione<sup>50</sup>.

### 5. I contenuti della proposta

L'art. 1 della proposta afferma la possibilità di fissare il salario minimo per legge o di «promuovere l'accesso alla tutela garantita dal salario minimo fornita da contratti collettivi» (par. 2): a tal fine, la proposta ha un duplice oggetto, individuato (art. 1, par. 1) nella istituzione di un quadro per la determinazione di salari minimi adeguati, e per l'accesso delle persone interessate alla tutela garantita dal salario minimo; mentre dichiaratamente non ha l'obiettivo né di armonizzare il livello del salario minimo – sebbene il *considerando* 21 faccia riferimento, per valutare l'adeguatezza dei salari minimi fissati, a indicatori quali il 60% del salario lordo mediano e il 50% di quello lordo medio<sup>51</sup> – né di istituire un meccanismo uniforme per determinarlo (*considerando* 16).

Di rilievo per le scelte del legislatore italiano la precisazione

<sup>49</sup> o.l.u.c.

<sup>50</sup> Lo aveva già evidenziato, nelle fasi precedenti, A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione*, cit., p. 549 s.

<sup>51</sup> Si ricorda che il salario mediano è quello centrale tra tutti i salari individuali, talché metà sia superiore e metà inferiore; mentre quello medio è costituito dalla somma di tutti i salari diviso per il numero delle persone considerate. E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, pp. 41-58, e qui pp. 46 e 57, sottolinea il carattere non vincolante della previsione, ma appare difficile immaginare che l'art. 5 della proposta di direttiva possa essere interpretato, conservando l'effetto utile della direttiva, a prescindere dai *considerando*. Nello stesso senso, mi pare, L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, pp. 59-76, e qui p. 67.

dell'art. 2, per la quale l'ambito di applicazione della direttiva sarebbe costituito dai «lavoratori dell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».

Nel diritto dell'Unione esiste una dicotomia tra lavoratori e imprenditori (funzionalmente intesi come unità economiche operanti sul mercato interno)<sup>52</sup>, ma negli ordinamenti nazionali la situazione è più complessa.

La Corte di giustizia giudica in base a una concezione di diritto dell'Unione di lavoratore (o di impresa: il lavoro autonomo è stato sinora equiparato all'impresa in quanto unità economica operante sul mercato)<sup>53</sup>.

In Italia, come si sa, esiste invece una distinzione tra prestatori di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.), lavoratori autonomi (art. 2222 c.c. per il contratto d'opera come prototipo), e imprenditori (art. 2082 c.c.), entro cui distinguere i piccoli imprenditori *ex art.* 2083 c.c., con la tutela costituzionale dei primi due basata sull'art. 35 cost., mentre i terzi la ricevono *ex art.* 41 cost.

Attualmente, il concetto di lavoratore del diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia (art. 2 della proposta), non consente una interpretazione ristretta ai lavoratori qualificati come subordinati *ex art.* 2094 c.c., come dimostra il fatto che il *considerando* 17 della proposta dice chiaramente: «I lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i falsi lavoratori autonomi, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva a condizione che soddisfino tali criteri [della Corte di giustizia]. I lavoratori effettivamente

<sup>52</sup> Per tutti, v. le recenti sintetiche voci di S. GIUBBONI, *Worker*, e di R. ARNOLD e L. CERNY, *Entrepreneur*, entrambi in A. BARTOLINI, R. CIPPITANI, V. COLCELLI (a cura di), *Dictionary of Statuses within EU Law*, 2019, rispettivamente alle pp. 645-652 e 185-191, ove ulteriori riferimenti.

<sup>53</sup> Sulla nozione di lavoratore nel diritto eurounitario v. almeno S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, Padova 2017, pp. 121-170; ID., *Worker*, cit.; N. COUNTOURIS, *The concept of 'worker' in European Labour Law - Fragmentation, Autonomy, and Scope*, in *Industrial L. J.*, 2018, vol. 47, 2, pp. 192-225; M. RISAK, T. DULLINGER, *The concept of "worker" in EU law*, Brussels 2018; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea*, in *Foro, Nueva época*, 2017, vol. 20, n. 1, pp. 295-311; E. MENEGATTI, *The Evolving Concept of "worker" in Eu law*, in *It. Lab. Law e-journal*, 2019, vol. 12, pp. 71-83.

autonomi non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, in quanto non soddisfano tali criteri [...] Il falso lavoro autonomo ricorre quando il lavoratore, al fine di evitare determinati obblighi giuridici o fiscali, è formalmente dichiarato come lavoratore autonomo pur soddisfacendo tutti i criteri che caratterizzano un rapporto di lavoro. Tali persone dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva. È opportuno che la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si fondi sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro e non sul modo in cui le parti descrivono il rapporto».

Perciò, il riferimento dell'art. 2 della proposta vincola il legislatore italiano a non limitare il campo di applicazione ai lavoratori dichiarati subordinati<sup>54</sup>, e anzi è la stessa Commissione a indicarci quali siano le più diffuse figure lavorative rispetto alle quali l'applicabilità della direttiva sarà da valutare con attenzione.

Si ribadisce inoltre come debba prevalere sulla volontà negoziale dichiarata la situazione desumibile dall'effettiva prestazione di lavoro, in conformità a orientamenti assunti nel nostro Paese dalla giurisprudenza costituzionale<sup>55</sup> e da quella di legittimità<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Solo da questo punto di vista è condivisibile lo scetticismo di G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, pp. 26-40, e qui p. 40, dove afferma che «la percentuale più alta dell'*in-work poverty* è concentrata tra i lavoratori "self-employed"», osservazione da accogliersi se si parla dei lavoratori dichiarati – ma non per forza effettivamente – tali. Opposta a quella qui proposta è la ricostruzione di M. DELFINO, *Proposta di direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, pp. 432-453, e qui pp. 443-445, che fa riferimento esclusivo a Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *Kunsten*, peraltro restrittivamente interpretata. Viceversa, nel senso proposto nel testo mi pare E. ROJO TORRECILLA, *La aplicación de la (¿futura?) directiva sobre salario mínimos en la UE en España. Reflexiones generales*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, pp. 346-370, e qui pp. 355-356.

<sup>55</sup> In particolare attraverso l'elaborazione del c.d. principio di indisponibilità del tipo lavoro subordinato: Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121; Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115; Corte cost., 7 maggio 2015, n. 76. Su questa giurisprudenza costituzionale v. almeno M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pp. 63-90; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, pp. 95-122; M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra «indisponibilità del tipo contrattuale», problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide dell'economia postindustriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pp. 397-417; S.P. EMILIANI, *La «realtà oggettiva» della subordinazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, pp. 473-492.

<sup>56</sup> *Ex multis*: Cass., 22 giugno 1965, n. 1311; Cass., 20 dicembre 1966, n. 2957;

Altra disposizione è quella dell'art. 4: gli Stati devono promuovere la capacità delle parti sociali di partecipare alla determinazione dei salari *a livello settoriale o intersettoriale* (par. 1, lett. a). Sembra dunque abbandonata la tendenza a spingere gli Stati verso misure legali di decentramento della contrattazione collettiva<sup>57</sup>.

Peraltro, il par. 2 impone agli Stati di intervenire, per legge o per accordo con le parti sociali, a favore della contrattazione collettiva qualora la copertura della stessa scenda al di sotto del 70%: e, come detto, una revisione delle stime sull'Italia appare opportuna.

L'art. 5 individua i criteri di aggiornamento del salario minimo legale al fine di garantirne l'adeguatezza, mentre l'art. 6, pur consentendo minimi articolati per gruppi professionali, impegna a limitare e giustificare queste variazioni.

L'art. 7 prescrive il coinvolgimento delle parti sociali nella determinazione e nell'aggiornamento del salario minimo legale<sup>58</sup>.

Si deve segnalare pure la disposizione dell'art. 9, relativa agli appalti pubblici e ai contratti di concessione, per i quali si impone agli Stati di adottare misure che garantiscono l'osservanza dei salari stabiliti a livello legale o dai contratti collettivi «per il settore e l'area geografica pertinente».

## 6. *I riflessi sulla situazione italiana: i d.d.l. giacenti in Parlamento e la proposta di direttiva*

Il dibattito italiano non può essere qui ripercorso neppure per cenni. Posso solo ricordare che in alcuni casi in Italia un salario minimo legale esiste già<sup>59</sup>.

Cass., 24 febbraio 1968, n. 636; Cass., 17 ottobre 1970, n. 2063; Cass., 15 maggio 1971, n. 1432; Cass., 24 aprile 1980, n. 2730; Cass., 5 gennaio 1983, n. 38; Cass., 14 ottobre 1983, n. 6025; Cass., 8 marzo 1995, n. 2690; Cass., 9 marzo 2004, n. 4797; Cass., 7 ottobre 2004, n. 20002; Cass., 30 agosto 2007, n. 18303; Cass., 23 gennaio 2009, n. 1717; Cass., 7 febbraio 2013, n. 2931; Cass., 9 gennaio 2017, n. 206; Cass., 11 luglio 2018, n. 18253; Cass., 29 ottobre 2019, n. 27725; da ultimo Cass., 21 gennaio 2020, n. 1555.

<sup>57</sup> Lo rilevano pure V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva*, cit., pp. 2-4; E. MENEGATTI, *Il salario minimo*, cit., p. 47; e, con particolare enfasi, A. BELLAVISTA, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati. L'Europa sociale a una svolta*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, pp. 411-431, e qui pp. 417-419.

<sup>58</sup> M. DELFINO, *Proposta di direttiva*, cit., pp. 438-440, solleva dubbi, probabilmente eccessivi, sulla conformità dell'art. 7 al riparto di competenze tra Unione e Stati membri.

<sup>59</sup> Un cenno, con riferimento al lavoro accessorio, in M. BARBIERI, *Il sinallagma*

Non è condivisibile la tesi che ha considerato proposta di direttiva e salario minimo legale «*false friends*»<sup>60</sup>. L'approvazione della direttiva solleciterebbe il legislatore italiano a intervenire, e se si introducesse il salario minimo legale «sarebbe necessario adeguarsi alle regole delle direttiva, una volta approvata»<sup>61</sup>: in questa legislatura sono stati depositati otto progetti, da parlamentari di quattro forze politiche<sup>62</sup>, con contenuti differenti.

Si esamini anzitutto il campo di applicazione, che non può dipendere se non da una definizione eurounitaria, dissolvendosi altrimenti l'obbligo degli Stati di conformare il proprio ordinamento, con effetto distorsivo sul mercato, giacché ogni definizione nazionale determinerebbe un campo di applicazione diverso. Perciò desta perplessità l'art. 3, comma 1, lett. a, S310, che prevede la possibilità di definire con decreto ministeriale, «previo accordo con le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», i «casi di esclusione dall'applicazione del salario minimo orario», rendendo l'applicazione dell'eventuale direttiva disponibile dalle parti sociali.

In secondo luogo, va esaminato se la legge fissi una cifra oraria, e se essa sia derogabile da parte dei CCNL. A questo proposito solo i progetti S310, C682, S658, S2187, fissano la cifra di 9 euro, al lordo in S658 e S2187, e al netto in S310 e C947. Occorre tenere presente che secondo l'Istat<sup>63</sup>, la soglia dei due terzi del valore mediano dei salari – che definisce i *low wage earners* in Europa – era nel 2018 di 8,5 euro, mentre alla stessa data il salario medio lordo era di 15,8 euro, di cui il 50% sarebbe stato dunque 7,9 euro lordi. Peraltro, il minimale contributivo, nell'ipotesi di un rapporto a tempo parziale su un orario settimanale di 40 ore, è per il 2021 di 7,35 euro<sup>64</sup>. Appare

*nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Bari 2018, p. 129, ma questa tesi è più ampiamente sviluppata da R. DI MEO, *Le "autorità salariali" e la via italiana al salario minimo legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, pp. 866-894.

<sup>60</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione*, cit., p. 549.

<sup>61</sup> T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, pp. 1-25, e qui p. 15.

<sup>62</sup> S310 (Laus *et al.*), C947 (Delrio *et al.*), S1132 (Nannicini *et al.*) sono di parlamentari PD. S658 (Catalfo *et al.*) e S 2187 (Catalfo *et al.*) di parlamentari M5S. C862 (Pastorino) e S1259 (Laforgia) di parlamentari LeU. C1542 (Rizzetto) di un parlamentare FdI.

<sup>63</sup> ISTAT, *Report della Rilevazione sulla Struttura delle retribuzioni e del costo del lavoro (RCL-SES) relativa all'anno 2018*, 18 marzo 2021, [www.istat.it/it/archivio/255300](http://www.istat.it/it/archivio/255300).

<sup>64</sup> Anche il minimale contrattuale di cui all'art. 1, comma 1, d.l. n. 338/1989,

dunque improbabile fissare un valore inferiore, che non rispetterebbe le indicazioni del *considerando* 21 della proposta.

Mi sembrano infondate le considerazioni di chi ha sostenuto che la sua fissazione distorcerebbe la scala salariale, che sarebbe spinta verso l'alto se la cifra fosse superiore a quella desumibile dai livelli di inquadramento più bassi della contrattazione: il che però avviene regolarmente nei Paesi con un salario minimo legale<sup>65</sup>; e che sia imprescindibile, per la proposta, il consenso degli *stakeholders* sulla cifra<sup>66</sup>.

Lascia perplessi l'art. 1, comma 3, di C947, per cui la contrattazione collettiva delle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possa derogare al minimo indicato: che avrebbe il solo effetto di interdire la c.d. contrattazione pirata. La misura così disegnata frustrerebbe indubbiamente gli scopi della proposta, non combattendo la deflazione salariale, e ponendo una questione di compatibilità con gli artt. 5 e 6 della proposta stessa, il primo sotto il profilo che la illimitata derogabilità del minimo<sup>67</sup>, sia pure da parte di soggetti qualificati, contrasta con l'obbligo per gli Stati di adoperare valori di riferimento comunemente utilizzati a livello internazionale: e sappiamo che esistono CCNL stipulati da soggetti comparativamente più rappresentativi che prevedono salari inferiori a tutti i parametri ricordati nella proposta; e il secondo perché, pur autorizzando «salari minimi legali diversi per specifici gruppi di lavoratori», tuttavia impone che gli Stati «mantengono tali variazioni al minimo e garantiscono che ogni variazione sia non discriminatoria, proporzionata, limitata nel tempo, se pertinente, e obiettivamente e ragionevolmente giustificata da un obiettivo legit-

deve essere adeguato al limite minimo di retribuzione giornaliera, il quale, ex art. 7, comma 1, secondo periodo, del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 1983, n. 638 (come modificato dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 338/1989, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 389/1989) non può essere inferiore al 9,50% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore al 1° gennaio di ciascun anno. Per il 2021, v. INPS, circolare 29 gennaio 2021, n. 10.

<sup>65</sup> T. TREU, *La proposta sul salario minimo*, cit., p. 15, nt. 27, riporta questa tesi, senza pronunciarsi ma apparentemente condividendola.

<sup>66</sup> Così invece T. TREU, *o.u.c.*, p. 15, che critica su questa base S658, peraltro precedente alla proposta di direttiva.

<sup>67</sup> Condivido l'opinione espressa da P. TULLINI nell'audizione presso la Commissione Lavoro del Senato, 14 marzo 2019, p. 3, per la quale «è opportuno che l'importo orario di garanzia sia fissato inderogabilmente» (videoregistrazione: [www.webtv.senato.it/4621?video\\_evento=1062](http://www.webtv.senato.it/4621?video_evento=1062)).

timo», come non sarebbero quelle che derogano al minimo legale nei settori sindacalmente più deboli e peggio retribuiti, e dunque maggiormente bisognosi.

Queste ultime osservazioni *a fortiori* sarebbero applicabili agli altri quattro progetti, che una cifra oraria non contengono, nei quali occorre considerare la presenza o meno di un rinvio ai CCNL, e, ove presente, se si tratti di un rinvio generico o se sia prevista una selezione dei CCNL cui fare riferimento.

Quasi tutte le proposte esistenti in Italia prevedono una qualche forma di rinvio, ma S310 prevede che sia un decreto ministeriale a estendere, previo accordo con le organizzazioni comparativamente più rappresentative, l'applicazione del minimo legale ai contratti che ne abbiano di inferiori; mentre secondo C862 e C1542, se i minimi dei contratti collettivi siano inferiori a quelli definiti per legge (che in entrambi i progetti sono il 50% del salario medio, cioè oggi 7,9 euro) sussisterebbe un obbligo a ricontrattare allo scopo di rivalutare la scala, il che in S310 è rinviato al Decreto ministeriale. Tuttavia, esattamente in dottrina si è ricondotto al *considerando* 18 della proposta<sup>68</sup> l'esigenza di una selezione della contrattazione cui si possa fare riferimento<sup>69</sup>.

Inoltre, vi è il criterio per l'aggiornamento (ma, nel caso dell'art. 1, comma 3, S1132 anche della fissazione del «salario minimo di garanzia» per i presunti «ambiti di attività non coperti dai contratti collettivi stipulati» dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative: a dimostrazione che la lezione della l. n. 183/2014<sup>70</sup> non è stata me-

<sup>68</sup> In particolare ove si afferma che «una contrattazione collettiva solida e ben funzionante, unita a un'elevata copertura dei contratti collettivi settoriali o inter-settoriali, rafforza l'adequatezza e la copertura dei salari minimi».

<sup>69</sup> A. BELLAVISTA, *La proposta di direttiva*, cit., p. 424 s.

<sup>70</sup> L'art. 1, comma 7, lett. g, della legge 10 dicembre 2014, n. 183 prevedeva la «introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, nonché, fino al loro superamento [non avvenuto], ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». La delega non ebbe seguito, anche perché nella realtà settori non coperti dalla contrattazione collettiva non esistono (da ultimo in questo senso, in relazione a S310 e S658, il testo dell'audizione di P. TULLINI presso la Commissione lavoro del Senato, 14 marzo 2019, p. 2). Previsioni in parte analoghe sono nell'art. 13, comma 2, C862; nell'art. 4, comma 2, S658; nell'art. 1, comma 1, C947, nell'art. 2, comma 1, C1542; nell'art. 1, comma 3, S1132; e nell'art. 1, comma 2, S1259.



ditata dai proponenti), criterio che per S310, C862 e S658 è affidato alla variazione Istat dei prezzi al consumo (S310, S658) o dei redditi (C862), mentre per gli altri progetti è affidata alla valutazione di una commissione variamente disegnata. Qui si può osservare che la scelta di costituire una commissione appare altamente inopportuna, specie se sia fissata direttamente nella legge una cifra base. Quello che si determinerebbe, infatti, sarebbe una sede parallela di negoziazione, che nuocerebbe alla contrattazione collettiva come autorità salariale.

Una possibile differenziazione settoriale e/o regionale del salario minimo è prevista in C862 e C1542, in relazione alla proporzionalità ai redditi, alla produttività e all'occupazione su base regionale: tutti fattori che lasciano forti perplessità.

Infatti, occorre di nuovo ricordare i limiti che l'art. 6, par. 1, della proposta pone alle differenziazioni: e qui potrebbe essere considerata conforme la previsione di S2187 (art. 2, comma 2) per il lavoro domestico.

Ne consegue che, ai fini del rispetto della direttiva, la previsione di una cifra minima intersettoriale appare molto opportuna; che il rinvio ai differenziati minimi dei CCNL è certamente legittimo, essendo la differenziazione derivante dai CCNL un obiettivo rientrante nello stesso ambito della proposta, e in particolare del suo art. 4, par. 1, lett. *a*<sup>71</sup>; e che invece appaiono di difficile compatibilità o contrastanti con la proposta le differenziazioni regionali e settoriali.

Infine, vi è il problema delle sanzioni. La proposta di direttiva è su questo, all'art. 12, del tutto generica<sup>72</sup>. I progetti qui esaminati che se ne occupano, lo fanno prevedendo sanzioni amministrative pecuniarie (S310, C862, C947, S1132, S1259)<sup>73</sup>. Tuttavia, mentre alcuni tra loro fissano l'entità della sanzione in ragione del numero dei lavoratori

<sup>71</sup> Gli Stati membri «promuovono lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale».

<sup>72</sup> «Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

<sup>73</sup> Si prescinde qui da sanzioni aggiuntive: C862 prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 a 10.000 euro per chi ostacoli gli accertamenti (art. 17, comma 1), un'altra da 50.000 a 100.000 per l'appaltante che affidi opere o servizi «nella consapevolezza» che l'affidatario corrisponda retribuzioni inferiori al minimo legale (art. 17, comma 3), e infine l'esclusione biennale dagli appalti pubblici di opere o servizi (art. 17, comma 4). Quest'ultima previsione è ripresa, da C1542, ma portata a tre anni e solo per il caso di recidiva, e in termini identici a quelli di C862 anche da S1259, che condivide pure quella sull'esclusione biennale dagli appalti.

vittime della violazione (C947, S1132)<sup>74</sup>, rispettando i principi di proporzionalità e dissuasività, dato che la sanzione si accompagnerebbe all'obbligo contrattuale di corrispondere le differenze retributive; altri prevedono una sanzione in cifra fissa, e anzi S310 in una cifra fissa talmente esigua<sup>75</sup> da mancare completamente di dissuasività, e C862 e C1542 invece in una misura così elevata da violare la proporzionalità a danno del datore, perché anche una violazione relativa a un solo lavoratore e di entità limitata, determinerebbe una sanzione minima di più volte superiore alle differenze retributive non corrisposte<sup>76</sup>.

È dubbio comunque che l'attuale maggioranza intenda approvare una legge sul salario minimo: il precedente Governo l'aveva inserita nella NADEF<sup>77</sup> come disegno di legge collegato alla manovra di bilancio, mentre l'attuale Presidente del Consiglio non ne ha fatto cenno nelle dichiarazioni di presentazione alle Camere, ma nel DEF approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 aprile ha nuovamente inserito il disegno di legge sul salario minimo tra quelli collegati alla manovra di bilancio 2022-2024<sup>78</sup>.

Peraltro, si deve osservare che sino a che si stimi superiore al 70% la copertura assicurata dai contratti collettivi non sussiste l'obbligo di un intervento legale.

Ancora, si deve ritenere che il testo vigente del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), con i riferimenti alle previsioni dei contratti collettivi, sia conforme alle previsioni in tema di appalti pubblici e contratti di concessione dell'art. 9 della proposta<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> In entrambi la sanzione va dal minimo di 1.000 al massimo di 10.000 euro (rispettivamente, art. 3 e art. 2, comma 8, il quale ultimo vi aggiunge un singolare «ristoro del danno economico determinato ai lavoratori», che non tiene conto del carattere retributivo del diritto alle differenze di cui sarebbe titolare il lavoratore, e non individua quale altro sarebbe il danno per quest'ultimo).

<sup>75</sup> Da 5.000 a 15.000 euro (art. 5).

<sup>76</sup> C862, all'art. 17, comma 2, dispone una sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro; C1542, all'art. 5, comma 1, prevede invece un'entità da 60.000 a 120.000 euro.

<sup>77</sup> MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Documento di Economia e Finanza 2020. Nota di Aggiornamento*, deliberata dal Consiglio dei Ministri il 5 ottobre 2020, [www.mef.gov.it/documenti-pubblicazioni/doc-finanza-pubblicca/index.html#cont2](http://www.mef.gov.it/documenti-pubblicazioni/doc-finanza-pubblicca/index.html#cont2), p. 19.

<sup>78</sup> MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, *Documento di Economia e Finanza 2021*, deliberato dal Consiglio dei Ministri il 15 aprile 2021, [www.dt.mef.gov.it/news/2021/def\\_2021.html](http://www.dt.mef.gov.it/news/2021/def_2021.html), p. 14.

<sup>79</sup> Un'ampia trattazione in M. GIACONI, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del D.lg. 50/2016. Le finalità sociali*, Roma 2018.

Piuttosto, dubbi sorgono sulla conformità alle previsioni della proposta del potere derogatorio conferito ai contratti c.d. di prosimità dall'art. 8 d.l. n. 138/2011: tale potere, qualora se ne ammettessero – per esempio, attraverso la disciplina dell'orario o delle mansioni – effetti indiretti sul sinallagma contrattuale, il che però è stato espressamente escluso dal Ministero<sup>80</sup>, potrebbe non essere conforme all'art. 4, che parla di capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva dei salari «a livello settoriale e intersettoriale»<sup>81</sup>.

Inoltre, l'approvazione della direttiva potrebbe avere effetti sulla giurisprudenza sotto il duplice profilo della prevalenza del contratto aziendale su quello nazionale (che la proposta chiama «settoriale» per via dei Paesi in cui la contrattazione di categoria non si svolge a livello nazionale), e del riferimento, nell'applicazione dell'art. 36, comma 1, cost., al c.d. minimo costituzionale: ma sono questioni che non toccano il legislatore, pur avendo un significativo rilievo<sup>82</sup>.

Occorre quindi augurarsi un serio intervento legislativo contro il lavoro povero<sup>83</sup>, e che le organizzazioni sindacali comprendano che «l'abbandono degli strati marginali della classe lavoratrice incide sulla stessa capacità di pressione degli strati più avanzati»<sup>84</sup>, come spiegò molti anni fa Gino Giugni.

<sup>80</sup> MINISTERO DEL LAVORO, *Interpello n. 8/2016*, 12 febbraio 2016.

<sup>81</sup> Così pure V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva*, cit., p. 15.

<sup>82</sup> Con un singolare rovesciamento della prospettiva derivante dal rapporto tra le fonti, T. TREU, *La proposta sul salario minimo*, cit., p. 15, sostiene che occorrerebbe «evitare discrasie fra questi due modi di valutare l'adeguatezza salariale».

<sup>83</sup> Sebbene L. RATTI, *La proposta di direttiva*, cit., p. 65 s., ritenga che la riduzione della *in-work poverty* sia «un obiettivo meramente indiretto, o mediato, della direttiva».

<sup>84</sup> G. GIUGNI, *La validità "erga omnes" dei contratti collettivi*, in *Nord e Sud*, 1960, n. 2, pp. 62-100, e qui p. 70 (poi in ID., *Lavoro legge contratti*, Bologna 1989, pp. 83-119, e qui p. 92).

VINCENZO BAVARO, GIOVANNI ORLANDINI

## Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi

SOMMARIO: 1. La questione salariale fra politica economica e diritto. – 2. La questione salariale fra diritto e mercato del lavoro. – 3. Le questioni sulla corrispettività salariale. - 3.1. La corrispettività del lavoro non-salariato. - 3.2 La corrispettività del tempo di lavoro. – 4. La questione giurisprudenziale della retribuzione “sufficiente” e “proporzionale” come “minimo costituzionale”. - 4.1. (*Segue*) La questione della “giusta” retribuzione contrattuale e la giurisprudenza. - 4.2. (*Segue*) La questione della struttura della “giusta” retribuzione. – 5. La questione della fonte regolativa: legge o contratto collettivo.

### 1. *La questione salariale fra politica economica e diritto*

«*In principio era la scala mobile*». Così Massimo Roccella iniziava uno dei suoi ultimi scritti, intervenendo nel dibattito pubblico intorno alla questione salariale, all’epoca rianimato dal caso Fiat<sup>1</sup>. Con ciò Egli intendeva segnalare che la radice ineludibile della questione salariale come questione sociale, nel nostro Paese, sta in quella svolta epocale iniziata nel corso degli anni ’80 e conclusasi con il Protocollo del 1993. Non si dovrebbe mai trascurare quel decennio per affrontare, ancora oggi, la questione del salario minimo legale che va collocata ripercorrendo le tappe che hanno determinato quel contesto<sup>2</sup>. Nel momento in cui si discute di un possibile intervento del legislatore in materia, è opportuno chiedersi perché se ne discuta proprio oggi e perché, invece, per anni il tema sia rimasto abbastanza marginale nel dibattito politico e accademico. Rispondere a questa

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *Micromega*, 2010, n. 8, p. 171 ss.

<sup>2</sup> Un esercizio di questo tipo è in M. MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Roma 2019.

domanda è il presupposto per potersi poi interrogare su contenuto e finalità di una legge in materia salariale.

La questione salariale è la “madre” di tutte le questioni sul lavoro, nel senso che l’intera evoluzione del diritto del lavoro può essere letta come strumentale alla finalità di regolazione della dinamica salariale: dai concordati di tariffa alla crisi del diritto del lavoro “garantista”. Se il diritto del lavoro garantista costituiva il presupposto giuridico-individuale per perseguire quella politica salariale, si spiega perché negli anni successivi allo Statuto, ai primi segnali di “flessibilizzazione” del mercato del lavoro introdotti dalla legislazione della “crisi”, si sia accompagnata la messa in discussione dello strumento principe sul quale si fondava tale politica: appunto, la scala mobile<sup>3</sup>. Uno sbocco prevedibile perché è insito nel processo di accumulazione capitalistica il fatto che le crisi siano superate attraverso nuovi assetti che ripristinino le condizioni necessarie ad una nuova fase di accumulazione ormai dettata dalla dottrina monetarista, secondo cui la crescita dei salari determina la crescita dell’inflazione; sicché, per rafforzare la moneta occorre ridurre l’inflazione, riducendo (la crescita dei) salari. Ci sembra che la ricostruzione operata da Massimo Roccella nel suo libro del 1986 rappresenti l’antefatto che troverà poi compimento nei nuovi meccanismi di determinazione dei salari secondo un modello strutturato con il Protocollo del 1993.

Ebbene, il tema del salario minimo legale acquista centralità nel dibattito politico-istituzionale (nonché in quello accademico) proprio quando questa parabola del diritto del lavoro garantista si conclude, cioè al culmine del processo di precarizzazione del mercato del lavoro e di indebolimento della funzione tariffaria della contrattazione di settore. Soprattutto, quando quel meccanismo istituzionale ha finito per produrre una dinamica salariale fragilissima sia nei meccanismi interni di valorizzazione (ancora oggi siamo di fronte a un sistema che recupera l’inflazione ogni 3 anni sulla base dell’indice IPCA) ma anche – e soprattutto – per i dispositivi giuridico-istituzionali che sono finalizzati a regolare la corrispettività salariale. Non a caso, di riflesso alle dinamiche in atto a livello europeo, il tema si è sovrapposto a quello del lavoro povero (*working poor*), cioè lavoro remunerato ad un livello inferiore alla soglia di

<sup>3</sup> Per una critica al quale, in ottica neo-keynesiana, v. E. BRANCACCIO, R. GIAMMETTI, *La «riforme strutturali» del mercato del lavoro: promesse politiche ed evidenze empiriche*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 193 ss. nonché A. STIRATI, *Lavoro e salari*, Roma 2020.

povertà (in base agli indici adottati a livello internazionale, inferiore al 60% della retribuzione media) portando all'idea che, attraverso una legislazione sul salario minimo (*minimum wage*), si possa porre rimedio agli effetti socialmente insostenibili prodotti delle politiche di austerità salariale<sup>4</sup>.

Le proposte attuali avanzate a livello nazionale e europeo hanno dato origine nel nostro paese ad un ampio dibattito dottrinale, già stimolato dal rinvio (non recepito) contenuto nella legge delega n. 183/2014. Su tali proposte si tornerà in conclusione. Qui basta evidenziare come il tema del salario minimo legale sia stato assente nel dibattito politico-sindacale e dottrinale italiano<sup>5</sup>, nella diffusa convinzione che la contrattazione collettiva potesse svolgere adeguatamente la propria funzione di autorità salariale. Tale funzione trova solido fondamento nei principi costituzionali, che risultano in sintonia con il sostegno a dinamiche salariali positive in virtù del legame esistente tra il diritto ad una “giusta”<sup>6</sup> retribuzione, sancito dall'art. 36 cost., e il diritto alla contrattazione collettiva (ex art. 39 cost.), il cui esercizio – nell'originario progetto costituzionale – avrebbe dovuto sfociare in contratti dotati di efficacia generale<sup>7</sup>.

La proposta, avanzata in Costituente, di richiamare nella norma costituzionale la legge come strumento di garanzia della giusta retribuzione, rifletteva l'idea di salario “sociale” ispirata dalla dottrina sociale della Chiesa. E fu Giuseppe Di Vittorio a segnalare i

<sup>4</sup> Idea tradotta, in Italia, in disegni di legge giacenti in Parlamento e, nell'Unione europea, nella proposta di direttiva della Commissione sul salario minimo “adeguato” sulla quale v. V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, *Riv. giur. lav.*, 2021, p. 111 ss.; E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 41 ss.; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, *ivi*, p. 26 ss.; L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, *ivi*, p. 59 ss.; T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, *ivi*, p. 1 ss. V. anche A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 539 ss.;

<sup>5</sup> Tra i primi ad esprimersi in favore dell'introduzione *ex lege* di un minimo salariale intercategoriale fu proprio M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 231 ss. (poi in M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986) in un contesto politico e socio-economico diverso dall'attuale.

<sup>6</sup> L'aggettivo è utilizzato da P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro*, Milano 2018.

<sup>7</sup> Cfr. T. TREU, *sub Art. 36*, in AA.VV., *Rapporti economici*, in *Comm. cost.* Branca, Bologna-Roma 1979, p. 73 ss.

rischi di indebolimento dell'azione sindacale che avrebbe implicato quell'inserimento nel testo costituzionale. Tuttavia, l'intero dibattito sviluppatosi intorno alla formulazione da utilizzare per sancire il diritto alla giusta retribuzione nell'art. 36 cost. non prescindeva da questo presupposto, dato per scontato dai Padri Costituenti, e cioè che la fonte naturale per garantire la sufficienza e la proporzionalità della retribuzione fosse il contratto collettivo destinato ad acquisire efficacia *erga omnes*<sup>8</sup>.

Nelle pagine che seguono intendiamo repertoriare tutte le questioni giuridico-istituzionali relative al salario, premettendo alcune considerazioni sull'approccio metodologico che i giuristi dovrebbero adottare nell'affrontare le questioni sul salario (§ 2). Approccio necessario anche a mettere a punto la concezione della corrispettività salariale come dispositivo normativo del mercato del lavoro nell'economia capitalista (§ 3). Su questa messa a punto riteniamo sia più facile valutare criticamente l'apporto che dà la giurisprudenza, così essenziale per il diritto italiano (§§ 4, 4.1 e 4.2) nonché, in conclusione, prospettare i termini per una legge di attuazione dell'art. 36 cost. (§ 5).

## 2. *La questione salariale fra diritto e mercato del lavoro*

L'ordinamento giuridico, a ogni suo livello, riconosce che il lavoratore ha diritto a un salario in ragione del suo rapporto contrattuale con il datore di lavoro. Si tratta di un punto chiave ed essenziale nella dogmatica economica e giuridica dell'età moderna e contemporanea. Il diritto al salario (alla retribuzione) è un diritto connotato alla concezione del contratto di lavoro dell'età moderna; il contratto fra due soggetti liberi ed uguali con cui si costituisce un rapporto di scambio fra lavoro e salario. Per la tradizione del pensiero economico classico<sup>9</sup>, «il salario è dato dal livello di sussistenza dei lavoratori, a sua volta determinato storicamente, cioè diverso nelle diverse società e in rapporto al tipo di sviluppo sociale»; per il pensiero economico convenzionale, invece, il salario «è determinato dalla produttività del lavoro e, in primo luogo, dal libero gioco della

<sup>8</sup> C. FALERI, *Articolo 36*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro*, Roma 2015.

<sup>9</sup> Cfr. da ultimo R. BELLOFIORE, *Smith Ricardo Marx Sraffa. Il lavoro nella riflessione economico-politica*, Torino 2020.

domanda e dell'offerta»<sup>10</sup>. Teniamo bene a mente queste differenti teorie dell'economia politica non perché spetti a noi discuterle o confutarle ma soltanto perché a noi sembra che nel diritto positivo vigente esse trovino comunque corrispondenza nella corrispettività mercantile. Da giuristi del lavoro, possiamo dire che l'una e l'altra teoria economica del salario riconoscono che la retribuzione altro non è che la forma giuridica del *prezzo del lavoro*.

Sin dalle sue origini, lo sviluppo storico del capitalismo industriale presuppone che il lavoro (la forza-lavoro) abbia un prezzo come ogni merce (da cui "mercato del lavoro") e questo prezzo può essere determinato attraverso una speciale contrattazione, quella collettiva. Ci limitiamo a osservare che, anche se determinato tramite contrattazione collettiva, il salario è pur sempre la risultante della dinamica del mercato del lavoro, con tutti i condizionamenti economico-sociali che conformano il mercato, sia nel caso in cui si aderisse alla teoria economica convenzionale sia alla teoria neoclassica.

In particolare, vogliamo richiamare l'attenzione sul concetto di «salario di sussistenza» dell'economia neoclassica perché potrebbe rimandarci a un concetto non derivato dal mercato. Prendiamo a riferimento le parole scritte da Marx sul salario di sussistenza: «cos'è dunque il valore della forza-lavoro? Come per ogni altra merce, il suo valore è determinato dalla quantità di lavoro necessaria per la sua produzione. La forza-lavoro di un uomo consiste unicamente nella sua personalità vivente. Affinché un uomo possa crescere e conservarsi in vita, deve consumare una determinata quantità di generi alimentari [...] in più [...] ha bisogno di un'altra quantità di oggetti d'uso corrente, per allevare un certo numero di figli [...] inoltre, per lo sviluppo della sua forza-lavoro e per l'acquisto di una certa abilità, deve essere spesa una nuova somma di valori»<sup>11</sup>.

Come si vede, il *salario di sussistenza* è un vero e proprio *salario minimo*, cioè necessario alla sussistenza stessa del lavoratore e – quindi – del mercato del lavoro capitalista. Solo che questo salario minimo è pur sempre il risultato di una determinazione storico-sociale, cioè espressione delle condizioni materiali date in un mercato del lavoro capitalista. Come chiunque può notare, anche il salario di sussistenza è un emolumento derivante dalla condizione di mercato regolata dal contratto di lavoro. Il salario minimo di sussistenza, dunque, deriva da un insieme di fattori, storicamente variabili, che

<sup>10</sup> Così E. MINGIONE, E. PUGLIESE, *Il lavoro*, Roma 2020, p. 74.

<sup>11</sup> K. MARX, *Salario, prezzo e profitto*, Roma 1984, p. 51 s.



non hanno nulla a che fare con la sussistenza di un altro essere umano che non “mette a disposizione altrui” la propria forza-lavoro. Questo salario minimo di sussistenza ha natura, struttura e funzione economico-mercantile, cioè è determinato dal fatto stesso di essere il prezzo del lavoro, non può essere concettualmente confuso con ogni altra forma di remunerazione minima erogata per la sussistenza di chi, invece, non è lavoratore salariato.

Ci riferiamo alla remunerazione erogata per la sussistenza delle persone che non percepiscono altro reddito da lavoro. Nella letteratura critica economica si sostiene che è necessario garantire un reddito monetario pari a una «soglia minima di sussistenza»<sup>12</sup> (il c.d. Reddito Minimo Universale) perché la forma contemporanea di accumulazione capitalistica (il c.d. capitalismo cognitivo<sup>13</sup>) non si basa soltanto sull'estrazione di valore dal tempo-lavoro, come nel capitalismo industriale fordista, ma anche sul più generale tempo di esistenza delle persone. Pertanto – proseguono – se il tempo-lavoro è remunerato mediante il salario, il tempo-vita deve essere remunerato mediante un altro reddito: «nel contesto definito capitalismo cognitivo, diventa necessario parlare piuttosto di reddito di esistenza, per sottolineare [...] che è la vita stessa a diventare ambito di valorizzazione e accumulazione capitalistica». Insomma «il reddito di esistenza non è altro oggi che il corrispettivo del salario nell'epoca fordista»<sup>14</sup>.

Ebbene, anche questo reddito di sussistenza (o salario sociale) deve tradursi in una determinazione quantitativa, cioè in un valore economico-monetario; però – ecco il punto – questo *salario sociale* di sussistenza si basa su un criterio del tutto differente rispetto al *salario economico* non fosse altro perché il “valore della vita” delle persone da remunerare con reddito è diverso dal “valore della forza-lavoro”. Qui c'è il contratto di lavoro, c'è una determinazione

<sup>12</sup> C. OFFE, *Basic income e contratto di lavoro*, in BIN ITALIA, *Reddito per tutti*, Roma 2009, p. 24.

<sup>13</sup> Ci sono numerose opere sul capitalismo cognitivo, in particolare risalenti ai primi anni 2000. Rinviamo per tutti a Y. MOULIER BOUTANG (a cura di), *L'età del capitalismo cognitivo*, Verona 2002; E. RULLANI, *Economia della conoscenza*, Roma 2004; C. VERCELLONE (a cura di), *Capitalismo cognitivo*, Roma 2006; V. CODELUPPI, *Il biocapitalismo*, Torino 2008.

<sup>14</sup> A. FUMAGALLI, *Per una nuova interpretazione dell'idea di basic income*, in BIN ITALIA, *Reddito per tutti*, cit., p. 125 e p. 131; ID., *Teoria economica, postfordismo e reddito di cittadinanza*, in AA.Vv., *La democrazia del reddito universale*, Roma 1997, in particolare p. 71 ss. usa il termine «salario sociale».

oggettiva dello scambio fra (tempo)lavoro e salario, dell'utilità organizzativa del datore di lavoro, ecc. Allora, la soglia di sussistenza minima salariale è cosa completamente diversa dalla sussistenza minima sociale; in questo secondo caso si tratta della sussistenza in quanto "persona" mentre per il salario è la sussistenza in quanto "persona-lavoratore". Beninteso: non intendiamo sostenere che la "persona-lavoratore" "vale" economicamente di più della "persona" ma solo dire che il valore economico della sussistenza della "persona-lavoratore" deriva, nel capitalismo, da una relazione di mercato (il prezzo del lavoro) mentre il valore economico della sussistenza della "persona" deriva da altro. Ecco perché riteniamo di dover tenere nettamente distinto il problema del "lavoro povero" dal problema della "povertà"<sup>15</sup>.

Pertanto, quando il discorso giuridico sul salario si pone nella prospettiva di «garantire un'esistenza libera e dignitosa al lavoratore e alla sua famiglia», come è sancito nell'art. 36 cost., occorre tenere presente che si tratta di una esistenza diversa da quella che l'ordinamento giuridico può garantire nella dimensione sociale extra-mercantile; il salario attiene all'esistenza della "persona-lavoratore" che, nel mercato del lavoro, ha messo a disposizione la propria forza-lavoro per mezzo di un contratto. La questione salariale nel diritto, dunque, deve essere impostata tenendo conto che la dimensione "sociale" dell'obbligazione retributiva è pur sempre dedotta nella dimensione "mercantile".

A partire da questo presupposto ci si può reinterrogare sulle forme giuridiche dell'obbligazione retributiva, cioè sulla corrispettività salariale.

### 3. *Le questioni sulla corrispettività salariale*

Secondo l'interpretazione dottrinale prevalente dei principi di «proporzionalità» e «sufficienza» della retribuzione, «il precetto richiede un adattamento, se non un abbandono, dell'idea di retribuzione quale mero corrispettivo dell'attività lavorativa»<sup>16</sup>. La tesi più netta sulla critica della mera corrispettività salariale nel lavoro subordina-

<sup>15</sup> Contrariamente a una tendenza diffusa, soprattutto in Europa. Cfr., per esempio, T. SCHULTEN, T. MULLER, *Between Poverty Wages and Living Wages. Minimum wage regimes in the European Union*, in *European Studies for Social and Labour Market Policy*, 2020, n. 1.

<sup>16</sup> T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano 1968, p. 345.

to ha sostenuto che «attraverso l'art. 36 Cost. la retribuzione viene ancorata non al valore di mercato della forza-lavoro (c.d. valore di scambio), ma al livello di reddito necessario al lavoratore per condurre un'esistenza libera e dignitosa: cioè ad un elemento esterno al mercato, seppur inevitabilmente influenzato dai costumi e dalle concezioni prevalenti in ciascun momento storico (e da talune condizioni geo-economiche)»<sup>17</sup>. Chi ha ritenuto necessario tenere unita la dimensione corrispettiva derivante dal mercato e la dimensione sociale extra-mercantile, ha attribuito alla «sufficienza» una funzione di limite finanche per la contrattazione collettiva perché «il costante riferimento alle tariffe salariali previste dai contratti collettivi [...] soddisf[erebbe] il requisito della proporzionalità ma non quello della sufficienza»<sup>18</sup>.

In sintesi, tratto comune della dottrina prevalente è che il diritto alla retribuzione «proporzionale» e «sufficiente» prescritto nell'art. 36 cost. esprime «i principi del libero mercato [...] temperati da principi sociali»<sup>19</sup>.

Come si evince dal presupposto metodologico che abbiamo posto, dissentiamo da questa dottrina. Ammettiamo che esista una retribuzione sufficiente corrispondente non tanto al valore economico di mercato della forza-lavoro bensì alla protezione della dignità della persona; non è però chiara la differenza fra la quantità di salario «sufficiente» socialmente protettiva della dignità della persona e la quantità di salario «sufficiente» alla sussistenza della persona di cui scriveva Marx o – se si preferisce – Barassi, per il quale «il salario viene ad essere un compromesso tra l'utilità dell'azienda e il tornaconto del prestatore di lavoro, cioè appunto la possibilità del suo sostentamento»<sup>20</sup>. Non intendiamo dire che non esiste un livello minimo di protezione sociale della persona-lavoratore; nondimeno, la soglia minima di dignità e libertà personale, insomma la soglia minima di sussistenza, dipende pur sempre dalle condizioni storiche, sociali, «geo-economiche» (così scrisse lo stesso Lorenzo Zoppoli). Insomma, anche l'obbligazione retributiva sociale è una controprestazione economica dettata dalle condizioni del mercato del lavoro capitalista visto che, in Italia, anche la giurisprudenza ha riconosciuto l'autorità salariale del contratto collettivo che è l'espressione dei rapporti socio-economici del sistema produttivo (*infra*, § 4 ss.).

<sup>17</sup> L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli 1991, p. 185.

<sup>18</sup> G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari 1997, p. 47.

<sup>19</sup> P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione*, cit., p. 41

<sup>20</sup> L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, vol. III, Milano 1949, p. 5.

Pertanto, riteniamo si debba analizzare la questione salariale non sul piano della protezione sociale quanto su quello della corrispettività mercantile.

### 3.1. *La corrispettività del lavoro non-salariato*

Se il salario è il valore economico del lavoro, l'obbligazione retributiva è direttamente e proporzionatamente collegata alla messa a disposizione di forza-lavoro. La questione della corrispettività salariale riguarda il come si configura la forza-lavoro, ossia: di cosa è controprestazione il salario? Ancora: se il salario è il prezzo del lavoro «proporzionato» e «sufficiente», come misurare il lavoro? Si può facilmente intuire che la questione della corrispettività salariale intreccia il tema del concetto giuridico di lavoro e della applicazione di questo schema alla corrispettività del lavoro non-salariato; cioè lavoro non-subordinato.

Non intendiamo discutere in questa sede “se” i principi di «proporzionalità» e «sufficienza» previsti per la retribuzione *ex art. 36 cost.* possano valere anche per il lavoro “non-subordinato”<sup>21</sup>. Intendiamo porre la questione del “come” applicare questi principi alla corrispettività non-salariata. In qualche caso la legge richiama il parametro corrispettivo previsto dai contratti collettivi: per esempio, la legge n. 233/2012, all'art. 1, impone «l'equità retributiva» in attuazione dell'art. 36 cost. per i giornalisti con rapporto di lavoro autonomo richiamando le tariffe retributive riferite ai giornalisti assunti come lavoratori subordinati.

Ci sembra però singolare che il corrispettivo dell'opera o servizio, per quanto continuativa e coordinata, venga determinato allo stesso modo di come si calcola il corrispettivo del lavoro subordinato. La questione ci sembra chiara: se la misura del lavoro autonomo è diversa dalla misura del lavoro subordinato allora il rimando ai contratti collettivi, che misurano il valore della forza-lavoro, è inadeguato a commisurare il valore dell'opera o servizio (*ex art. 2222 c.c.*); se invece i criteri di commisurazione della controprestazione sono uguali, la (misura della) forza-lavoro sarebbe uguale alla (misura della) opera o servizio. Se così fosse, come spiegare il fatto che

<sup>21</sup> P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione*, cit., p. 86: «nessun dubbio può insorgere sull'ampliamento dell'ambito di piena operatività». Cfr. già G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Milano 1979.

due fattispecie contrattuali differenti per oggetto hanno una stessa misurazione della contro-prestazione corrispettiva? Insomma, se il lavoro autonomo viene pagato allo stesso modo del lavoro subordinato, come è possibile giustificare la differenza fra le due fattispecie contrattuali?

Siccome non si deve sottovalutare l'importanza della corrispettività ai fini della configurazione del tipo di contratto di lavoro<sup>22</sup>, a noi sembra che il lavoro genuinamente autonomo, quello che ha per oggetto un'opera o servizio, non è possibile misurarlo attraverso la principale (e finora esclusiva) unità di misura salariale della forza-lavoro, cioè il tempo di lavoro per il salario ad esso commisurato.

### 3.2. *La corrispettività del tempo di lavoro*

Il tempo di lavoro, come unità di misura salariale per il lavoro subordinato, ci pone una terza questione che alcuni avevano già adombrato in passato<sup>23</sup>. La questione potrebbe essere sintetizzata nel modo seguente: il lavoro subordinato, quello consistente nella messa a disposizione di energie lavorative e che soddisfa l'interesse organizzativo attraverso la continuità temporale di questa disponibilità, non contemplerebbe le nuove forme di utilità organizzativa del lavoro subordinato che consistono, piuttosto, nel risultato utile prodotto dalla prestazione di lavoro, senza una stretta correlazione con il tempo di lavoro.

Non è questa la sede per sviluppare il tema<sup>24</sup>. Ci pare di poter dire intanto che la rilevanza del risultato nel lavoro subordinato, ai fini della corrispettività retributiva, è già riconosciuta nell'art. 2099 c.c. riguardo alla specifica forma di retribuzione del cottimo, con cui si valorizza il risultato prodotto seppure – ecco il punto – misurato nell'unità di tempo di lavoro. In ogni caso, la questione della valorizzazione del risultato della prestazione di lavoro a discapito della dimensione temporale produce non tanto l'effetto di valorizzare il risultato, quanto di svalutare il parametro del tempo di lavoro che, invece, è necessario a misurare il valore del lavoro prestato.

<sup>22</sup> Al contrario di quanto adombrato da A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, Milano 1996, p. 269.

<sup>23</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 471 ss., poi richiamato da L. ZOPPOLI, *La corrispettività*, cit.

<sup>24</sup> Cfr. V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di "tempo del lavoro" (a proposito di ciclo-fattorini)*, in *Labor*, 2020, n. 6, p. 671 ss., e in precedenza – e più ampiamente – ID., *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Bari 2008.

Beninteso: il fatto che una prestazione di lavoro subordinato possa non essere assoggettata alla disciplina dell'orario di lavoro non esclude che si tratti comunque di prestazione di tempo-lavoro remunerata. D'altronde, basta richiamare le tipologie di lavoro subordinato non assoggettate a buona parte della disciplina dell'orario di lavoro (*ex art. 17, comma 5, d.lgs. n. 66/2003*), a cominciare dal telelavoro oppure si pensi al lavoro agile *ex l. n. 81/2017*. Ovviamente la mancata misurazione della prestazione di lavoro tramite l'orario pone il problema di quale altra misura alternativa dell'adempimento ai fini della corrispettività retributiva utilizzare. La soluzione, comunque, passa attraverso il riferimento al risultato atteso nella quantità di tempo-lavoro: sarebbe a dire che, se 8 ore di lavoro giornaliero, sulla cui base viene calcolata la retribuzione, producono un certo risultato utile, commisurare il lavoro a quel risultato utile non modifica il rapporto salariale dell'utilità organizzativa di quel tempo-lavoro; insomma, si tratta pur sempre dello stesso risultato nello stesso tempo di lavoro.

La questione ancora negletta del diritto del lavoro, piuttosto, riguarda proprio il tempo di lavoro utile al processo produttivo non sempre valutato ai fini della corrispettività salariale attraverso un semplice espediente: senza calcolare come «orario di lavoro» una parte del tempo che il lavoratore mette a disposizione del processo produttivo. Il pensiero critico mette da tempo in evidenza questo aspetto del c.d. capitalismo cognitivo sostenendo che il tempo-lavoro sembra dissolversi in favore di lavoro produttivo non più oggettivato e misurato tramite l'orologio<sup>25</sup>. È stato scritto che «nell'epoca della crisi conclamata del lavoro salariato il tempo di lavoro si dilata a dismisura e finisce col sovrapporsi al tempo di vita fino a rendere le due temporalità pressoché indistinguibili»<sup>26</sup>. Non a caso si parla di *de-salarizzazione* del rapporto di lavoro salariato, cioè di una tendenza ad alterare lo schema precipuo della corrispettività del lavoro salariato consistente nello scambio fra tempo di lavoro e retribuzione.

La questione salariale, quindi, riguarda la determinazione oggettiva del tempo-lavoro, la misura del tempo in cui la persona si obbliga a produrre valore e risultato per conto altrui. Se l'orologio non è più in grado di misurare il lavoro prestato, resta fermo l'obbligo di *apprezzare* il tempo contrattato.

<sup>25</sup> V. fra i molti gli autori citati in precedenza e i lavori di C. MARAZZI, fra cui *Che cos'è il plusvalore?*, Bellinzona 2016.

<sup>26</sup> F. CHICCHI, E. LOMBARDI, S. LUCARELLI, *Logiche dello sfruttamento. Oltre la dissoluzione del rapporto salariale*, Verona 2016.

#### 4. *La questione giurisprudenziale della retribuzione “sufficiente” e “proporzionale” come “minimo costituzionale”*

Com'è noto, la giurisprudenza italiana che applica l'art. 36 cost., in combinato disposto con l'art. 2099, comma 2, ha confermato il nesso strutturale tra l'esercizio dell'autonomia collettiva e il diritto sancito dall'art. 36 cost., rendendo nei fatti superflua la definizione di minimi per via eteronoma<sup>27</sup>. Si può riconoscere che il modello pretorio di attuazione dell'art. 36 cost. ha fornito un importante fondamento giuridico alle politiche salariali progressive perseguite nei primi quarant'anni di storia repubblicana, impedendo e arginando fughe verso il basso dai parametri contrattuali. Il che può spiegare anche la scarsa attenzione che ha avuto l'idea del salario minimo legale.

La via pretoria all'*erga omnes* salariale, però, ha mostrato un limite nel tipo di relazione fra esercizio del potere del giudice e determinazione del corrispettivo salariale da parte dei contratti collettivi. Se è vero infatti – come afferma la stessa giurisprudenza – che il contratto collettivo costituisce il parametro per identificare il “giusto” salario ex art. 36 cost., al giudice non dovrebbe restare altro compito che individuare il contratto collettivo applicabile e applicare il salario lì previsto<sup>28</sup>.

Invece, non accade così. A parte i casi in cui i giudici hanno operato scostamenti verso il basso dagli *standard* retributivi, in deroga a quanto previsto dallo stesso contratto collettivo applicabile, la giurisprudenza esercita una vera e propria intromissione nella dinamica del mercato del lavoro intervenendo a stabilire qual è il “giusto” prezzo della forza-lavoro. Il giudice opera una scrematatura della retribuzione prevista dai contratti collettivi sindacando il complessivo corrispettivo salariale previsto del contratto collettivo e scorporandolo stabilendo quali di quelle voci conformano la giusta retribuzione; “giusta” in quanto la Costituzione italiana imporrebbe soltanto un salario “minimo”. Pertanto, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, soltanto i minimi tabellari, l'ex indennità di contingenza e la tredicesima configurano il salario “giusto”, in quanto “minimo”, mentre le altre componenti salariali sarebbero un *quid pluris* eccedente il dovuto costituzionale.

<sup>27</sup> Cfr. S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino 2002.

<sup>28</sup> Così, già M.G. GAROFALO, *Attività creatrice dei giudici*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 268.

Intanto va detto che la riduzione del salario giusto soltanto ad alcune componenti ritenute fisse nella prassi negoziale ha prodotto trattamenti sperequativi nel mercato del lavoro, visti i diversi orientamenti giurisprudenziali in merito alle voci da ricondurre nella nozione di retribuzione minima<sup>29</sup>. Resta il fatto che configurare la “giusta” retribuzione come costituita solo da quelle voci retributive essenziali poteva trovare giustificazione allorché la giurisprudenza sull’art. 36 cost. è andata prendendo forma e il contenuto salariale dei contratti collettivi era sostanzialmente limitato a quelle voci retributive. Oggi non è più così (o, almeno, non è sempre così). Quanto più si è arricchita e complicata la parte economica del CCNL tanto più è evidentemente aumentato lo scarto tra la retribuzione costituzionalmente “minima” e la retribuzione identificata dalle parti sociali come controprestazione del lavoro, rendendo sempre meno giustificata la lettura riduttiva dell’art. 36 cost. che la giurisprudenza ha continuato ad operare in modo trattatizio<sup>30</sup>.

Insomma, torniamo sempre alla stessa questione: qual è il prezzo “giusto” del lavoro riconosciuto dall’ordinamento giuridico italiano? Rispondere a questa domanda ci permette anche di rispondere alla domanda che rappresenta meglio di tutte la questione salariale più attuale nel dibattito contemporaneo, sia nazionale che europeo, cioè: a chi spetta stabilire il prezzo giusto del lavoro?

#### 4.1. (Segue) *La questione della “giusta” retribuzione contrattuale e la giurisprudenza*

Abbiamo già detto che la questione salariale si risolve in ogni caso in una dinamica di mercato dal momento che anche la sufficienza minima retributiva viene in tutti i casi parametrata sui livelli retributivi previsti dai contratti collettivi. Si tratta di una conclusione che trova riscontro non soltanto nella giurisprudenza ma anche nella Legge allorché prendiamo a riferimento alcune norme che espressamente rinviano alla retribuzione fissata dai contratti collettivi.

<sup>29</sup> Delle oscillazioni della giurisprudenza rende conto da ultimo, criticamente, P. PASCUCI, *Giusta retribuzione*, cit., p. 53 ss. Resta valido il giudizio di G. GIUGNI, *Prefazione*, in M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna 1971, p. 11, in merito al «soggettivismo decisionale».

<sup>30</sup> Di interpretazione che «non risulta aggiornata [...] con la stessa evoluzione della contrattazione collettiva» parla anche G. FERRARO, *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 696.



Prendiamo il caso del decreto-legge n. 248/2007 riguardante il settore delle cooperative, avallato dalla ben nota sentenza della Corte costituzionale n. 51/2015<sup>31</sup>.

Non intendiamo tornare sulle argomentazioni della Consulta perché già ampiamente dibattute ma soltanto richiamarle sinteticamente. Nel legittimare il sostegno *ex lege* al c.d. CCNL *leader*, la Consulta ha ribadito il nesso funzionale tra art. 36 cost. e art. 39 cost., riconoscendo che il CCNL firmato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative è fonte che «meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive» del settore e perciò assolve anche una essenziale funzione *anti-dumping*<sup>32</sup>. Da ciò la conferma che l'attuazione dell'art. 36 cost. passa dalla selezione di un'unica fonte di determinazione del prezzo "giusto" del lavoro, il Contratto collettivo nazionale firmato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative.

Vogliamo enfatizzare il fatto che questo principio costituzionale valorizza la funzione "salariale" di determinazione del prezzo "giusto" del lavoro assolta dalla contrattazione collettiva, non soltanto come mero rinvio a una dinamica del mercato ma a un mercato regolato da un principio di "giustizia salariale" insita nella selezione degli agenti negoziali sulla base della loro maggiore rappresentatività comparata. La Corte costituzionale italiana ha risolto la questione della comparazione fra diversi trattamenti salariali relativi a un medesimo mercato del lavoro non accettando la logica concorrenziale di mercato senza regole, ma ha posto la regola di un mercato "giusto" in quanto "unitario" nella negoziazione salariale. Ricorrendo al criterio della maggiore rappresentatività comparata degli agenti negoziali la Corte ha semplicemente imposto un mercato del lavoro in cui non vige la concorrenza sul prezzo del lavoro: niente di più che ribadire la funzione istituzionale anticoncorrenziale del contratto collettivo.

<sup>31</sup> Corte cost., 1° aprile 2015, n. 51, relativa all'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007 (convertito in legge dall'art. 1, comma 1, l. n. 31/2008), che identifica i minimi retributivi in «quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale di categoria». Cfr. G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 78/2015*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 9 ss.; M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 493 ss.

<sup>32</sup> Corte cost., 1° aprile 2015, n. 51, cit., punto 5.3.

Un approccio mercantile “giusto” implica, perciò, il doversi affidare al prezzo del lavoro stabilito dall’autonomia collettiva che, come effetto della funzione anticoncorrenziale, garantisce anche un principio di *giustizia commutativa* secondo cui il lavoro ha un prezzo di mercato stabilito dalla contrattazione e questo prezzo è uguale a parità di lavoro. La “giustizia” salariale nel mercato del lavoro passa attraverso il governo della concorrenza salariale, quella che produce *dumping* all’interno di un medesimo mercato. Questo problema sta finalmente emergendo nello spazio giuridico dell’Unione europea, come testimoniato dalla proposta di direttiva sul salario adeguato in Europa. Ma questo problema riguarda però anche il mercato del lavoro nazionale derivante dal fatto che spesso ci si trova in presenza di una concorrenza salariale fra contratti collettivi che regolano lo stesso mercato del lavoro.

Abbiamo già detto del criterio di selezione della fonte salariale basato sulla rappresentatività degli agenti negoziali avallato dalla giurisprudenza costituzionale.

Resta aperta la questione relativa ai casi (pur limitati in numero) in cui gli stessi agenti negoziali più rappresentativi stabiliscono tariffe salariali diverse pur relative a uno stesso lavoro (intendendo come tale, forza-lavoro con una medesima funzione produttiva)<sup>33</sup>. È un problema derivante dalla sovrapposizione dei perimetri contrattuali la cui soluzione spetta *in primis* agli stessi agenti negoziali<sup>34</sup>. Nel frattempo, però, la funzione salariale del contratto collettivo, proprio in quanto anticoncorrenziale, impone il principio della pa-

<sup>33</sup> Gli esempi più diffusi oggi in Italia sono dati dalla figura professionale dell’attività di portierato e guardiania che è prevista nel CCNL Multiservizi firmato da Fise-Confindustria, Legacoopservizi, Confcooperative, Agci, Confapi e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltrasport; nel CCNL vigilanza privata e servizi fiduciari firmato da Anvip, Assvigilanza, Univ e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl; nel CCNL portierato firmato da Confedilizia e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil. Situazioni analoghe si determinano per l’attività di pulizia urbana e igiene ambientale sulle quali insistono il CCNL igiene ambientale firmato da Fise con Fp-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti, Fiadel, il CCNL firmato da Utilitalia e dalle stesse sigle sindacali, oltre che il CCNL multiservizi menzionato. Un caso analogo si riscontra anche per egli enti e scuole di formazione professionale in cui coesistono il CCNL formazione professionale firmato da Forma, Cenfop e Flc-Cgil, Cisl Scuola, Uil Scuola, Snals-Confsal e il CCNL firmato dagli stessi sindacati con Aninsei-Confindustria.

<sup>34</sup> Da ultimo, sulla categoria, v. G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020 e M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto del lavoro italiano*, Padova 2020.

rità di trattamento fra le retribuzioni relative a uno stesso lavoro, non fosse altro per rispetto del principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione in base alla qualità del lavoro svolto<sup>35</sup>. Appare difficilmente giustificabile nell'ottica della equa e imparziale "giustizia commutativa" ciò che continua a verificarsi nel sistema giuridico italiano e cioè casi in cui lo stesso lavoro viene pagato con salari diversi, previsti da diversi contratti collettivi, pur sottoscritti da agenti negoziali maggiormente rappresentativi<sup>36</sup>.

Un'unica fonte del salario si può individuare proprio rispettando il principio della parità di trattamento come corollario del principio di proporzionalità. La parità di trattamento degli attori di uno stesso mercato del lavoro impone di applicare salariali uguali a lavoro uguale e trova già solida conferma nella Corte costituzionale fin dalla nota (e controversa) sentenza n. 103/89<sup>37</sup>. Ed il principio di parità di trattamento giustifica l'applicazione degli *standard* salariali più alti a fronte di trattamenti diversi previsti per le medesime mansioni da CCNL concorrenti.

Su questa linea si muove una recente giurisprudenza di merito che – in buona sostanza – disapplica un CCNL (pur firmato da agenti negoziali rappresentativi) in quanto non rispondente al principio di equità salariale di cui all'art. 36 cost. alla luce della comparazione con altri CCNL applicabili al medesimo lavoro (anche se di ambiti di applicazione diversi)<sup>38</sup>. A tale conclusione si giunge valutando come irragionevole la presenza di trattamenti salariali diversi a pa-

<sup>35</sup> T. TREU, *sub Art. 36*, cit., p. 89.

<sup>36</sup> Prendiamo il caso delle retribuzioni di due portieri di guardiana i quali, a parità di inquadramento e altre condizioni, potrebbero avere salari differenti nell'ordine di quasi il 30% del valore, solo perché all'uno viene applicato il CCNL Multiservizi e all'altro il CCNL Servizi fiduciari.

<sup>37</sup> Corte cost., 9 marzo 1989, n. 103 nella quale la Corte deduce dai principi costituzionali e dalle fonti internazionali il principio per cui i «tassi di salario [...] dovranno essere stabiliti in conformità del principio "a lavoro uguale salario uguale" in uno stesso processo produttivo ed in una stessa impresa». Osserva C. ZOLI, *Retribuzione (impiego privato)*, in *Digesto comm.*, vol. XII, 4<sup>a</sup> ed., Torino 1996, p. 433 ss. che la giurisprudenza di legittimità sembra averne depotenziato la portata.

<sup>38</sup> Trib. Torino, 9 agosto 2019, n. 1128 e Trib. Milano, 29 ottobre 2019, n. 2457, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 28, con nota di S. BELLOMO, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro ex art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*. Nello stesso senso v. già prima App. Milano, 23 ottobre 2017, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, p. 480, con nota di G.A. RECCHIA, *Se anche il Ccnl comparativamente più rappresentativo si rivela inadeguato a garantire la retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost.*

rità di mansioni svolte. Muovendo da questa prospettiva, una legge che volesse risolvere il problema della sovrapposizione dei perimetri contrattuali, ben potrebbe prevedere come elemento discretivo per identificare il salario equo quello del trattamento più favorevole tra quelli in ipotesi applicabili al caso concreto. In fin dei conti, si tratta di imporre che lo stesso lavoro deve avere lo stesso prezzo, proporzionato e sufficiente.

In conclusione, il problema della sovrapposizione di ambiti contrattuali – che costituisce un’anomalia del mercato – è sanabile effettuando un secondo livello di selezione tra le fonti salariali: normalmente si adotta il criterio della maggiore rappresentatività degli agenti negoziali; in subordine il criterio della proporzionalità e sufficienza del valore economico del lavoro, a parità di condizioni.

#### 4.2. (Segue) *La questione della struttura della “giusta” retribuzione*

Resta da affrontare la questione, forse più spinosa, rappresentata dalla seguente domanda: per quale ragione il prezzo giusto del lavoro indicato dalla giurisprudenza, pur rinviando al salario dei contratti collettivi, non coincide interamente col prezzo del lavoro lì previsto? Il tema riguarda la composizione della struttura della retribuzione che risponde ai requisiti di proporzionalità e sufficienza. Un tema ben noto ma che viene poco questionato<sup>39</sup>.

La questione della struttura della retribuzione è un tema che nel diritto italiano si è attestato su una linea giurisprudenziale secondo la quale il salario giusto coinciderebbe soltanto con quello composto da alcune voci retributive previste dai CCNL: normalmente le voci qualificate come «minimi retributivi» ossia – in altri casi – le voci «stipendio», «indennità di contingenza», talvolta «tredicesima mensilità», qualche altra volta «scatti di anzianità».

Siamo consapevoli che questa questione è complessa perché riguarda elementi retributivi la cui natura non è sempre chiara e, comunque, molto variegata. Che si tratti di questione complessa è testimoniato altresì da alcune specifiche materie, come ad esempio

<sup>39</sup> Cfr. T. TREU, *sub Art. 36*, cit., p. 87; M. PERSIANI, *La retribuzione tra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale*, in ID., *Diritto del lavoro (scritti)*, Padova, 2004, p. 37; C. ZOLI, *Retribuzione (impiego privato)*, in *Digesto Disc. Priv. Comm.*, Torino 1996, p. 431; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino 2017, p. 84; di recente v. G. CENTAMORE, *La giusta retribuzione nell’art. 36 Cost. o i dilemmi del giudice*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 278.

la retribuzione da corrispondere ai lavoratori stranieri distaccati in Italia<sup>40</sup>.

A seguito del recepimento della direttiva 2018/957 operato dal d.lgs. n. 122/2020, l'art. 4, comma 1, lett. *d*, del d.lgs. n. 136/2016 prevede che i lavoratori distaccati hanno diritto alla medesima «retribuzione, comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario» dei lavoratori italiani. L'art. 7, comma 1, lett. *b*, del medesimo d.lgs. stabilisce poi che, ai fini della corretta informazione, il Ministero del lavoro deve pubblicare in modo chiaro una serie di condizioni che spettano a questi lavoratori, inclusa la «retribuzione e i suoi elementi costitutivi». Già prima dell'adozione della direttiva 2018/957 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (con la circolare n. 1/2017) ha precisato che la retribuzione da corrispondere ai lavoratori distaccati «deve ricomprendere le seguenti voci retributive: paga base; elemento distinto della retribuzione (voce retributiva collegata, come la paga base, alla qualifica contrattuale); indennità legate all'anzianità di servizio (se collegate all'inquadramento contrattuale in gruppi retributivi e/o alla natura del lavoro svolto); superminimi (individuali o per gruppi di lavoratori se collegati all'inquadramento contrattuale in gruppi retributivi e/o alla natura del lavoro svolto); retribuzioni corrispettive per prestazioni di lavoro straordinario, notturno e festivo; indennità di distacco (se compensative del disagio dovuto all'allontanamento dei lavoratori dal loro ambiente abituale); indennità di trasferta».

In altre parole, mettendo insieme tutti i pezzi, la «retribuzione» della direttiva 2018/957 comprende «le maggiorazioni per lavoro straordinario» e gli «elementi costitutivi» il cui elenco è esplicitato dalla circolare INL del 2017.

Per altro verso, l'ordinamento italiano offre un altro riferimento normativo alla retribuzione contenuto nel Codice degli appalti pubblici *ex* d.lgs. n. 50/2016. Qui s'impone alle Amministrazioni Pubbliche appaltanti porre a base della gara un costo del lavoro come riferimento per le offerte economiche che tenga conto del costo indicato nelle tabelle ministeriali *ex* art. 24, comma 16. Orbene, queste tabelle prendono a riferimento i contratti collettivi nazionali del settore di riferimento più affine, indicando valori medi derivati dalle voci retributive previste nei medesimi contratti collettivi: se prendiamo ad esempio il CCNL Multiservizi, le voci di riferimento sono:

<sup>40</sup> Cfr. G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 285 ss.

retribuzione tabellare, anzianità di settore, indennità di contingenza, elemento distinto della retribuzione, tredicesima, quattordicesima, oneri previdenziali e assicurativi, t.f.r., fondi di previdenza complementare e fondi di assistenza sanitaria integrativa, enti bilaterali<sup>41</sup>.

In questo caso, al di là delle modalità con cui il Ministero calcola il valore medio, la retribuzione è calcolata tenendo conto di tutti gli elementi costitutivi che vanno a comporre la controprestazione retributiva dei datori di lavoro<sup>42</sup>.

Infine, proprio analizzando la contrattazione collettiva che – come detto più volte – è considerata autorità salariale anche dalla giurisprudenza, non possiamo non tenere a mente che l’obbligazione retributiva, ai sensi dell’art. 2099, comma 3, c.c. può anche adempiersi «con la partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura»<sup>43</sup>. E se prendiamo a riferimento alcuni contratti nazionali, in particolare il CCNL dei metalmeccanici industriali firmato nel 2016, non si può negare la natura di corrispettivo retributivo del c.d. *flexible benefit*: una controprestazione retributiva costituita da c.d. prestazioni di *welfare* che ha un ben determinato valore economico. Analogamente possiamo prendere ad esempio il c.d. «elemento retributivo aggiuntivo» previsto dall’Accordo Interconfederale per l’Artigianato in materia di struttura contrattuale e bilateralità nel quale è previsto che, qualora l’azienda artigiana non versi la quota dovuta all’Ente Bilaterale, essa ha l’obbligo di corrispondere ai dipendenti questo «elemento retributivo aggiuntivo».

Ci pare dunque evidente che la struttura della retribuzione prevista da alcune leggi rimanda a una struttura prevista dai CCNL in termini ben più complessi rispetto a quanto indica la giurisprudenza allorché prende a riferimento soltanto alcune voci costitutive del c.d. minimo costituzionale. Vero è che anche l’autonomia collettiva riconosce che il trattamento economico dei lavoratori può avere una dimensione «minima» (Trattamento Economico Minimo) e una dimensione «complessiva» (Trattamento Economico Complessivo)

<sup>41</sup> M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione degli appalti pubblici di servizi. Il quadro normativo e qualche numero*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 261 ss. Sul punto rinviamo anche a D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino 2018, in particolare p. 105 ss.

<sup>42</sup> Tabelle da alcuni considerate inderogabili (cfr. S. CAFFIO, *Appalto, costo del lavoro e contratto collettivo di riferimento*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, Torino 2017).

<sup>43</sup> Cfr. M. FORLIVESI, *Welfare contrattuale e retribuzione: interazioni e limiti di una disciplina frammentata*, in *Lav. dir.*, p. 237 ss.

come previsto nel c.d. Patto per la fabbrica del marzo 2018<sup>44</sup>. Tuttavia, se solo teniamo in considerazione l'autonomia collettiva, nulla autorizza a considerare come trattamento minimo solo lo stringato elenco di voci retributive cui si riferisce la giurisprudenza<sup>45</sup>.

In ogni caso ci sembra che l'obbligazione retributiva che si basa sul giusto prezzo del lavoro, sufficiente e proporzionato secondo Costituzione, determinato nel mercato del lavoro dalla contrattazione collettiva nazionale, non possa che coincidere con tutto quanto l'autorità salariale contrattuale prevede. Se al Giudice spetta il compito di fissare il giusto prezzo del lavoro affidandosi alla migliore istituzione regolativa del mercato del lavoro – cioè al CCNL più rappresentativo – per quale ragione costituzionale tale Giudice ritiene di distaccarsi da tale fonte salariale? È una questione posta alla giurisprudenza italiana affinché possa meglio giustificare (almeno meglio di quanto non ha fatto finora) in base a quale ragione, “mercantile” o “sociale”, alcune voci retributive previste dai contratti collettivi sarebbero da considerare ridondanti rispetto al giusto prezzo del lavoro.

##### 5. *La questione della fonte regolativa: legge o contratto collettivo*

Che la questione del rapporto tra legge e contrattazione collettiva si ponga in termini precipiù in relazione ai salari, lo ha riconosciuto la stessa Consulta, sin dalla sua prima giurisprudenza<sup>46</sup>. E che la legge non possa inficiare il ruolo del contratto collettivo, la stessa Corte lo ha confermato proprio quando si è trattato di valutare la legittimità delle restrizioni operate dal legislatore alla contrattazione collettiva in materia salariale<sup>47</sup>. Ulteriore conferma di questi principi si ricava poi dalla sentenza n. 178/15, con la quale è stato disposto lo “sblocco” della contrattazione nel pubblico impiego<sup>48</sup>. La decisione è importante proprio perché il *vulnus* costituzionale determinato dalla reiterata proroga del blocco di legge è colto dalla Consulta non

<sup>44</sup> Per tutti, A. LASSANDARI, *Retribuzione e contrattazione collettiva*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 225 ss.

<sup>45</sup> Opinione già espressa in dottrina dagli autori citati in nota 42.

<sup>46</sup> Corte cost., 10 aprile 1957, n. 55, in *Giur. cost.*, 1957, p. 648.

<sup>47</sup> Secondo la Corte, limiti all'attività negoziale salariale sono ammessi solo se richiesti da ragioni eccezionali e temporanee (per tutti, G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 163/2012, p. 18 ss.).

<sup>48</sup> G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione*, cit.

tanto nella violazione “diretta” dell’art. 36 cost., quanto nella violazione dell’art. 39<sup>49</sup>; in questo modo, il nesso funzionale tra 36 cost. e 39 cost. non è solo ribadito, ma è per così dire “rovesciato”, al punto che l’art. 36 cost. non può dirsi violato se il legislatore garantisce il libero ed effettivo esercizio dell’attività negoziale delle parti sociali.

E che una simile affermazione sia fatta in relazione al pubblico impiego (dove residuano anche sacche di lavoro non contrattualizzato) la rende ancora più significativa, valendo *a fortiori* nell’ambito del lavoro privato. Un intervento legislativo di carattere “strutturale” in materia di retribuzione sarebbe razionale e funzionale soltanto se capace di configurare un sostegno alla contrattazione collettiva nel suo ruolo di autorità salariale<sup>50</sup>. Ovviamente il nesso esistente tra gli artt. 36 cost. e 39 cost. non porta a concludere per l’incostituzionalità di una legge sul salario minimo<sup>51</sup>, giacché è pacifico che non sussistano ambiti riservati alla contrattazione collettiva sui quali il potere legislativo non possa incidere (come più volte ribadito dalla Corte costituzionale). Tuttavia, il discorso fra Legge e contratto collettivo in materia di salario gira sempre attorno alla stessa questione: a chi spetta stabilire il prezzo giusto del lavoro?

Il dibattito che si anima attorno al salario minimo legale, oggi più di ieri, ha preso forma in un contesto caratterizzato da politiche di austerità salariale avallate e sostenute dalle istituzioni europee<sup>52</sup>. Il tema emerge proprio come risposta all’indebolimento della funzione tariffaria svolta dalla contrattazione collettiva, soprattutto nel contesto europeo. L’ambiguo rinvio ad un intervento legislativo finalizzato a tutelare i lavoratori non coperti dal CCNL, contenuto nell’art. 1, comma 7, lett. g, della l. n. 183/2014 si collocava lungo una linea di azione che – al di là delle intenzioni – andava in direzione opposta al rafforzamento dell’autorità salariale contrattuale. E da più parti in dottrina<sup>53</sup> si sono segnalati i rischi che un minimo salariale

<sup>49</sup> Sottolinea questo aspetto M. DELFINO, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli 2019, p. 51.

<sup>50</sup> Lo rammenta M.V. BALLESTRERO, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, p. 238, con riferimento ai Costituenti.

<sup>51</sup> Come pure fu sostenuto nei primi anni successivi alla Costituzione (fra gli altri v. S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 189 ss.).

<sup>52</sup> T. MULLER, T. SCHULTEN, *L’impatto della governance europea sui salari e sulla contrattazione collettiva*, in *Quad. rass. sind.*, 2013, n. 3, p. 57 ss.

<sup>53</sup> Cfr. V. BAVARO, *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell’austerità*, in *Quad. rass. sind.*, 2014, n. 4, p. 61 ss.; M. BIASI, *Il salario minimo legale nel “Jobs Act”: promozione o svuotamento dell’azione contrattuale collettiva?*, in *Arg.*



intercategoriale potrebbe determinare su un sistema contrattuale che mostra segni di indebolimento.

Diversamente, il d.d.l. n. 654 presentato nel Senato della Repubblica a prima firma dell'ex Ministro del lavoro Catalfo ci sembra che prenda sul serio tali rischi e la previsione di un salario minimo legale orario (9 euro) è posta a sostegno del riconoscimento *ex lege* dell'efficacia generale della parte retributiva dei CCNL firmati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative. Questa seconda parte distingue questa proposta dalle altre, perché generalizza, perfezionandolo, il rinvio al c.d. CCNL "leader", in linea con i pochi precedenti legislativi cui abbiamo fatto cenno in precedenza.

Paradossalmente, però, il confronto, sia politico sia accademico, ha ruotato intorno al tema del salario minimo fissato *ex lege* a 9 euro che, nell'economia della proposta di legge, appare a sostegno della contrattazione collettiva. Peraltro, tale confronto ha assunto caratteri persino paradossali, dal momento che si è polarizzato tra quanti contestano il minimo dei 9 euro in quanto troppo alto rispetto ai minimi salariali ricavabili dai CCNL vigenti, e quanti all'opposto lo vedono con sospetto perché possibile riferimento per una contrattazione al ribasso degli aumenti salariali. Se ne dovrebbe perciò stesso ricavare l'inutilità di un simile *standard* di legge, o quanto meno la sua inopportunità in quanto misura ostativa all'adozione di una normativa sull'efficacia *erga omnes* dei CCNL, la cui necessità nessuno sembra revocare in dubbio. Dal che il sospetto, più che fondato, che la focalizzazione del dibattito sul minimo orario sia alimentato strumentalmente da quanti, in realtà, quella normativa non hanno alcun interesse a vedere adottata. Piuttosto, si tratta di capire in che modo si possono ristabilire i presupposti giuridici per consentire agli agenti negoziali di svolgere il ruolo di autorità salariale funzionale a stabilire il giusto prezzo del lavoro *ex art. 36 cost.*

L'esperienza di altri Stati membri, sovente evocati a sostegno di una legge sul salario minimo, fornisce esempi illuminanti circa la diversa funzione che una simile legge può svolgere a seconda dello specifico contesto sul quale incide. La vicenda che ha caratterizzato l'introduzione del minimo legale in Germania è a tal riguardo emblematica. La legge è stata adottata per rimediare agli effetti di segmentazione del mercato del lavoro prodotti dalle c.d. riforme Hartz e

per arginare il *dumping* causato dalla fuga dal contratto collettivo di settore mediante le clausole di uscita, in un quadro di crisi complessiva del tradizionale meccanismo di attribuzione dell'*erga omnes*<sup>54</sup>.

Invero, in relazione al salario minimo legale resta più che mai valido il monito di Kahn-Freund a guardarsi dall'abuso del diritto del lavoro comparato<sup>55</sup>, che si ha quando un istituto o concetto giuridico formatosi in un altro ordinamento viene accolto acriticamente come modello per suggerire o operare riforme. Di ciò sono ben consapevoli gli scandinavi, non a caso fermamente refrattari ad ogni proposta di salario legale che possa in qualsiasi modo incidere sul loro (ancora ben funzionante) sistema di contrattazione centralizzata. Gli stessi concetti intorno ai quali tale dibattito ha preso forma segnalano i rischi di un acritico recepimento di valori ultranei al nostro modello salariale (o "*wage setting system*", se si preferisce). Ciò a partire dalla nozione di "*minimum wage*", importato dal Regno Unito, ma che non trova corrispondenza nei nostri principi costituzionali, per i quali il salario spettante al lavoratore o è "giusto" o non è, come detto in precedenza<sup>56</sup>. Rifuggendo da fuorvianti condizionamenti comparati, si tratta dunque di stabilire un quadro giuridico/istituzionale che permetta al CCNL di svolgere la funzione di autorità salariale che gli è propria.

In tale quadro analitico dobbiamo quindi tenere conto della proposta di direttiva sul salario minimo avanzata dalla Commissione Europea. Non c'è dubbio che essa segni un cambiamento di approccio significativo (e perfino sorprendente) della Commissione europea rispetto alle politiche di austerità salariale da essa stessa

<sup>54</sup> Se è vero che la legge sul salario minimo è stata complessivamente ben accolta dal fronte sindacale, ciò si deve al fatto che tale legge è giunta quando il sistema di contrattazione centralizzato che aveva governato il mercato del lavoro tedesco risultava sostanzialmente destrutturato. Cfr. M. CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, n. 3.

<sup>55</sup> O. KAHN-FREUND, *On uses and misuses of comparative law*, in *Mod. L. Rev.*, 1974, p. 1 ss.

<sup>56</sup> Per una valutazione critica dei criteri adottati a livello europeo per contrastare il lavoro povero, M. RAITANO, M. JESSOULA, E. PAVOLINI, M. NATILI, *ESPN Thematic Report on In-work Poverty in Italy*, Brussels 2019, p. 16 ss. Peraltro, la ragione prima del "lavoro povero" risiede nello squilibrio di forze tra gli attori sociali che operano nel mercato (cioè nel modo con cui vi si configura il rapporto tra capitale e lavoro) e che dunque, la misura più efficace per contrastarlo consiste nel promuovere e sostenere l'attività negoziale del sindacato a livello nazionale. Cfr. M. FRANZINI, M. PIANTA, *Explaining Inequality*, London 2015.

promosse nell'ambito della *governance* economica. Il cambio di prospettiva rispetto alla stagione di austerità si coglie nella maniera più esplicita nei *considerando* della proposta, dove la Commissione riconosce che per «assicurare una tutela garantita dal salario minimo adeguato» è necessario avere una «solida contrattazione a livello settoriale o intersettoriale». L'affermazione è tanto più rilevante se teniamo conto che essa si accompagna al riconoscimento che «negli ultimi decenni le strutture tradizionali della contrattazione si sono indebolite». Proprio per scongiurare improprie invasioni in ambiti di competenza riservati agli Stati (*ex art. 153, par. 5, TFUE*), la parte della proposta orientata a rafforzare i meccanismi per definire minimi legali “adeguati” non si applicherebbe ai paesi che, come l'Italia, non li prevedono.

Resterebbe dunque, nel nostro paese, l'obbligo di promuovere la contrattazione collettiva, per aumentarne il tasso di copertura, eventualmente predisponendo piani d'azione da sottoporre all'attenzione della stessa Commissione (art. 4). Un obbligo certo assai generico (come evidenziato da più parti in dottrina), ma che, applicato alla peculiare realtà del sistema sindacale italiano, si tradurrebbe in uno stimolo per il legislatore a fornire un sostegno giuridico al CCNL *leader* di un settore, onde scongiurare il *dumping* operato da CCNL concorrenti. In questo senso andrebbero lette anche le disposizioni relative al monitoraggio e alla raccolta dei dati (art. 10), che impongono obblighi di informazione e di trasparenza sugli elementi costitutivi della retribuzione (e anche sulla loro “distribuzione”, per genere, fascia di età, disabilità, dimensioni d'impresa e settore); obblighi la cui ottemperanza imporrebbe di fare ordine al nostro sistema contrattuale, appunto nel senso sopra indicato. Certo è che l'attuale caos contrattuale, rendendo di fatto inattuabile correttamente questa parte della direttiva, esporrebbe l'Italia di per sé al rischio di una procedura di infrazione.

In conclusione, se per garantire il diritto all'equa retribuzione nell'ordinamento italiano è necessaria una legge sulla contrattazione piuttosto che una legge sul salario, va da sé che si tratterebbe di una misura necessaria ma non sufficiente per invertire la spirale depressiva dei salari; compito questo che non spetta al legislatore ma agli stessi attori sociali. Piuttosto, tale legge andrebbe iscritta in un quadro di interventi finalizzati a contrastare la segmentazione del mercato del lavoro, causa della frammentazione del sistema contrattuale: primo tra tutti, la reintroduzione del principio della parità di trattamento in caso di appalti “interni” al ciclo produttivo.

ALESSANDRO BELLAVISTA

## Massimo Roccella e il salario minimo legale

SOMMARIO: 1. Bassi salari e salario minimo legale. – 2. La struttura del salario minimo legale. – 3. Conclusioni.

### 1. *Bassi salari e salario minimo legale*

Massimo Roccella, sulle orme di precedenti e importanti scritti di Tiziano Treu<sup>1</sup>, affronta la «questione del salario in termini di dimensione minima» in un lavoro del 1983<sup>2</sup>, poi riprodotto con aggiornamenti e integrazioni nel volume su *I salari* del 1986<sup>3</sup>. Si tratta di uno studio permeato da una forte passione civile, estremamente denso di suggestioni, di straordinaria accuratezza e che mantiene a tutt'oggi piena vitalità. Ciò soprattutto in relazione al fatto che, da un lato, in Italia, non s'è mai smesso di discutere, almeno tra gli addetti ai lavori, sull'opportunità o meno di introdurre meccanismi generalizzati di salario minimo legale<sup>4</sup>; e il dibattito s'è rinfocolato, di recente, a seguito della presentazione, in Parlamento, di diversi progetti di legge sulla materia; dall'altro, la Commissione europea ha presentato, il 28 ottobre 2020, una proposta di direttiva del Par-

<sup>1</sup> T. TREU, *Sub art. 36*, in *Comm. cost.* Branca, Bologna 1979, p. 72 ss.; ID., *Problemi giuridici della retribuzione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, p. 1 ss., spec. p. 4 ss.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 231 ss.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986. L'autore ritornerà sulla materia in *Oltre l'indicizzazione dei salari. Una risposta a Piergiovanni Alleva*, in *Lav. dir.*, 1993, p. 425 ss., spec. p. 444.

<sup>4</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 769 ss.; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino 2017; P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Milano 2018; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli 2019; M. MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione e salario minimo legale*, Roma 2019.

lamento europeo e del Consiglio «relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea» che, già di per sé, segna una netta svolta delle politiche europee, un vero e proprio salto di qualità, verso il consolidamento di una maggiore integrazione sociale<sup>5</sup>.

L'autore, anzitutto, ricostruisce le origini e lo sviluppo della questione del salario minimo legale, a livello interno e comparato, che emerge nell'ultimo decennio dell'Ottocento «in vari paesi europei a fronte delle condizioni di disumano sfruttamento praticate nei *sweated trades*»<sup>6</sup>.

Così, arrivando all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso, sulla base di una ricca documentazione, Roccella, sottolinea la permanenza, in Italia, di ampie sacche in cui dominano bassi salari e non sono applicati i contratti collettivi. Il che trova spiegazione in una serie di fattori e condizioni, registrabili ancora oggi, perché strutturali al tessuto economico e al sistema di relazioni industriali italiani. Semmai, al momento, il quadro è ancora più allarmante, perché si scontano gli effetti di politiche economiche e del lavoro, di puro stampo neoliberista che, per fronteggiare la perdurante crisi economica (scoppiata nel 2008) e recuperare competitività, hanno sostenuto moderazione salariale ed estrema flessibilizzazione dei rapporti di lavoro<sup>7</sup>.

Secondo Roccella, in primo luogo, vengono in rilievo i processi di decentramento produttivo «vuoi nelle forme “sommerse” che in quelle “regolari”». Sicché, l'autore rileva che «al fondo, comunque, non va dimenticato che la struttura industriale italiana ha sempre presentato tratti di accentuata frammentazione e in ciò sta la radice prima, mai recisa, della limitata sfera di efficacia della contrattazione e delle diseguaglianze salariali»<sup>8</sup>. E poi precisa che «il decentramento produttivo, in ogni caso costituisce soltanto parte del problema

<sup>5</sup> Cfr. T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 1 ss.; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, *ivi*, p. 26 ss.; E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, *ivi*, p. 41 ss. E cfr. anche le memorie V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, e di M. BARBIERI, presentate alle audizioni, presso la Camera dei Deputati, sulla suddetta proposta di direttiva.

<sup>6</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 24.

<sup>7</sup> Cfr. N. GIANGRANDE, *La questione salariale in Italia. Un confronto con le maggiori economie dell'Eurozona*, Fondazione Di Vittorio, Roma 2020; T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 386/2019, p. 6 ss.

<sup>8</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 81.

del sottosalarario». Infatti, riprendendo una precedente osservazione, egli aggiunge che «si ricordava all'inizio come ad alimentare il tasso di ineffettività della contrattazione contribuiscano, in misura non trascurabile, i mutamenti nella composizione della forza-lavoro, con l'accresciuto peso quantitativo di settori dove l'organizzazione sindacale è tradizionalmente debole». E, peraltro, «sussistono poi intere categorie, anch'esse di consistenza non irrilevante, per le quali il contratto collettivo, stipulato da associazioni di infima rappresentatività, costituisce poco più che un pezzo di carta»<sup>9</sup>. Questi rilievi mantengono oggi piena attualità. Il problema dei bassi salari persiste nell'economia italiana. Vi sono ampie percentuali di lavoratori che percepiscono salari inferiori al minimo tabellare di settore. Tra le varie cause del fenomeno, in cui un ruolo non irrilevante è giocato dalla forte precarizzazione e irregolarità nella gestione dei rapporti di lavoro, emergono alcune patologie del sistema di relazioni industriali. È noto, infatti, che, negli ultimi anni, non solo si è assistito ad una proliferazione di contratti collettivi sottoscritti da sindacati dei lavoratori e organizzazioni dei datori, dotati di una rappresentatività inequivocabilmente inferiore a quella dei cosiddetti soggetti collettivi confederali "storici"; e che fissano trattamenti economici e normativi meno favorevoli rispetto a quelli contenuti nei contratti siglati da quest'ultimi<sup>10</sup>. Ma vi è di più. Vi sono oggi casi di contratti collettivi nazionali che, seppure siglati da soggetti pienamente rappresentativi, prevedono salari minimi troppo bassi e al limite della soglia di povertà<sup>11</sup>; a tal punto che essi sono finiti sotto gli strali della giurisprudenza *ex art. 36 cost.*<sup>12</sup>. È importante segnalare che Roccella, seppure scriva in un periodo in cui la questione era alquanto di-

<sup>9</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 82.

<sup>10</sup> Cfr. C. LUCIFORA, *Il salario minimo. Contrattazione o minimo legale?*, in C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze*, Bologna 2017, p. 416 ss.; A. GARNERO, *Minimi salariali all'italiana: alti, ma non rispettati*, in *lavoce.info*, 21 luglio 2017; T. TREU, *La questione salariale*, cit., p. 7 ss.

<sup>11</sup> Cfr. O. RAZZOLINI, *Memoria* presentata alla audizione presso la Commissione lavoro del Senato sulla proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati, 14 gennaio 2021, p. 8 ss.

<sup>12</sup> Cfr. Trib. Torino, 9 agosto 2019, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 264 ss., con nota di M. MIRACOLINI, *Sull'inadeguatezza della retribuzione fissata dal Ccnl alla luce dell'art. 36 Cost.*; e in *Labour*, 2020, n. 1, p. 75 ss., con nota di M. GIACONI, *Il trattamento retributivo nel Ccnl Vigilanza privata e servizi fiduciari lede l'art. 36 Cost.*; Trib. Torino, 18 novembre 2019, n. 1412; App. Milano, 28 dicembre 2017, n. 1885, in *Guida al lavoro*, 11 maggio 2018, n. 20, p. 52 ss.; Trib. Milano, 30 giugno 2016, n. 1977.

scussa, prende chiaramente posizione, sulla scia di Giuseppe Pera<sup>13</sup>, a favore del controllo giudiziale, ex art. 36 cost., delle stesse tariffe collettive. Per la tesi negativa l'intervento del giudice contrasterebbe con il principio costituzionale di libertà sindacale. Ma l'autore rileva che «la fondatezza della riserva appare alquanto dubbia, essendo evidente che i principi costituzionali (nel nostro caso quelli di sufficienza retributiva e di libertà sindacale) vanno applicati in modo tale da renderli reciprocamente contemperabili»<sup>14</sup>.

Peraltro, nella descrizione del contesto socio-economico, che fa da sfondo al suo ragionamento, Roccella segnala la correlazione, già allora percepibile, tra basse remunerazioni e povertà<sup>15</sup>. Così, anticipando un approccio oggi del tutto indiscusso, che è quello dell'attenzione non solo alla povertà in generale, ma anche al fenomeno più specifico della povertà lavorativa: vale a dire alla cosiddetta *in-work poverty*<sup>16</sup>.

Importante è che Roccella, non solo prende atto delle difficoltà giuridiche e politico-sindacali dell'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, ma precisa che «la contrattazione con efficacia generale lascerebbe irrisolto il problema per i settori eventualmente privi di tutela sindacale, come pure per quelli con organizzazione così debole, da non garantire l'ottenimento neanche di livelli minimi accettabili»<sup>17</sup>. Egli, peraltro, poi aggiunge che «l'introduzione nell'ordinamento di una normativa sui minimi manterrebbe la sua ragion d'essere [...] anche qualora venisse realizzato un meccanismo di estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi». Ciò perché «come attestano esperienze straniere, in cui i due strumenti coesistono, la norma minima legale conserverebbe la sua funzione di tutela per i lavoratori privi di contratto collettivo e, più in generale, continuerebbe ad offrire una base di appoggio alla contrattazione (con efficacia generale)»<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> G. PERA, *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, in *Mass. Giur. lav.*, 1961, p. 416 ss.

<sup>14</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 70.

<sup>15</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 21.

<sup>16</sup> Cfr. L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 59 ss.

<sup>17</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 82 s.

<sup>18</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 93. Nella stessa prospettiva, più di recente, cfr. T. TREU, *Contratto di lavoro e corrispettività*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, *Diritti e obblighi*, Padova 2012, p. 1363 e p. 1366; ID., *La questione salariale*, cit., p. 13 ss.; S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 185 ss.

## 2. La struttura del salario minimo legale

Di conseguenza, per Roccella, rispetto alla tormentata prospettiva dell'*erga omnes*, «l'ipotesi di una legislazione sui minimi salariali, al contrario, non sembra contenere controindicazioni specifiche e presenta il vantaggio di non dipendere, per la sua fattibilità, da mutamenti nell'assetto dell'ordinamento sindacale, offrendosi come uno strumento realizzabile in tempi "politici"»<sup>19</sup>. Egli in particolare, è a favore di un salario minimo nazionale e intercategoriale, modellato sullo schema dello *Smic* francese, che sia «misura di sollievo dei redditi più bassi, strumento di regolazione della concorrenza, ma anche elemento della politica economica governativa»<sup>20</sup>.

Tra i «caratteri» che Roccella ritiene «coessenziali al salario minimo legale» rientra la «considerazione del nesso salario-orario di lavoro, sia riferendo la garanzia del minimo ad una prestazione giornaliera di durata standardizzata, al di là della quale opereranno le maggiorazioni per lavoro straordinario, sia determinando una misura oraria del salario minimo, per evitare di entrare in rotta di collisione con la diffusione, sempre maggiore, di lavori a tempo parziale». La rilevanza di quest'affermazione si spiega da sola; e assume oggi maggiore valore di fronte alla proliferazione di moduli contrattuali temporanei, ad orario ridotto e di forme di *part-time* non volontario. Tant'è che Roccella aggiunge pure, con una precisazione densa di applicazioni variegata, che «la misura settimanale e/o mensile del salario minimo dovrà essere assicurata a quei lavoratori la cui prestazione *part-time* sia accompagnata da un obbligo di esclusività imposto dal datore di lavoro». Si pensi che la Confederazione europea dei sindacati (CES), in occasione della seconda fase di consultazione sull'iniziativa della Commissione in materia di salario minimo, ha precisato che la direttiva dovrebbe imporre agli Stati membri di assicurare ai lavoratori, ad orario ridotto e con rapporti precari, un numero di ore lavorative sufficienti per percepire salari tali da garantire loro uno *standard* di vita decente.

Roccella vede il salario minimo legale come uno strumento attuativo, per via legislativa, del principio di retribuzione sufficiente di cui all'art. 36 cost. E, proprio per questo, sottolinea che «l'attuazione per via legale del principio di retribuzione sufficiente non è detto che toglierebbe definitivamente spazio alla giurisprudenza *ex*

<sup>19</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 84.

<sup>20</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 87.



art. 36 Cost.: questa, probabilmente, potrebbe continuare ad operare valorizzando appieno l'altra direttiva, di proporzionalità, contenuta nella norma costituzionale»<sup>21</sup>. Sicché, «la corresponsione del salario minimo legale, in altre parole, non dovrebbe, di per sé, impedire al giudice di far riferimento alle tariffe collettive per adeguare *in melius* la retribuzione di lavoratori, non coperti da contratto collettivo, di qualifica superiore a quelle, marginali, cui la tutela offerta dalla legge sarebbe più specificamente rivolta»<sup>22</sup>.

Peraltro, proprio le note insufficienze della (seppure meritoria) giurisprudenza *ex art. 36 cost.* rispetto alla dimensione del problema della disapplicazione e dell'evasione contrattuale, già segnalate da Roccella, e che si sono aggravate a seguito dell'emersione della contrattazione collettiva pirata e comunque al ribasso, hanno indotto il legislatore ad introdurre una peculiare forma di salario minimo legale, nel settore della cooperazione esposto ad un elevato *dumping* salariale a causa della presenza di una pluralità di contratti collettivi in concorrenza tra di loro e che appunto contengono trattamenti economici (e non solo) alquanto diversificati. Questo meccanismo individua, come parametro obbligato, per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 cost., le tariffe dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La Corte costituzionale, con la fondamentale sentenza n. 51 del 2015<sup>23</sup>, ha avallato tale scelta, e sembra ragionevole ritenere che tale *dictum* legittimi una legislazione generale sui minimi salariali imperniata sul suddetto congegno<sup>24</sup>. E difatti alcuni progetti di legge in materia, giacenti in Parlamento, riproducono, in vario modo, l'anzidetta tecnica<sup>25</sup> del rinvio alle tariffe del-

<sup>21</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 93.

<sup>22</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.* Nella stessa direzione, cfr. T. TREU, *La questione salariale*, cit., p. 12 ss.; M. MAGNANI, *Il salario minimo*, cit., p. 781.

<sup>23</sup> Cfr. M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 493 ss.

<sup>24</sup> Cfr. M. BARBIERI, *In tema*, cit., p. 497 ss.; G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 14 ss.

<sup>25</sup> Tale meccanismo è stato, di recente, importato, seppure con significative variazioni, nell'area del "terzo settore" dall'art. 16, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, e delle "imprese sociali" dall'art. 13, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112; e, da ultimo, nel settore del trasporto aereo dall'art. 203, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77. Cfr. A. RICCOBONO, *Diritto del lavoro e Terzo*

la contrattazione collettiva “qualificata”, ai fini dell’individuazione della retribuzione proporzionata e sufficiente.

A ben vedere, un intervento limitato all’estensione delle tariffe dei contratti collettivi “qualificati”<sup>26</sup> contribuirebbe senza dubbio a dare più ordine al frammentato e confuso sistema di relazioni industriali italiano; ma resterebbe sempre il rischio dell’esistenza, come tutt’ora avviene, e come già segnalato da Roccella, di testi contrattuali che costituiscono «poco più di un pezzo di carta», specialmente sotto il profilo salariale.

Il che giustifica una legislazione generale sui minimi salariali che accompagni l’anzidetto rinvio alle tariffe collettive con la fissazione di una soglia salariale minima oraria inderogabile al ribasso, e che quindi rappresenti per la contrattazione collettiva un punto di partenza per l’articolazione delle retribuzioni in relazione ai livelli e alle qualifiche contrattuali dei vari settori<sup>27</sup>. D’altra parte, già nell’ordinamento italiano sono state sperimentate ipotesi di determinazione legale del salario (introdotte in un periodo successivo agli scritti di Roccella) limitate ad alcune tipologie contrattuali cosiddette non *standard*<sup>28</sup>. Ed è da ricordare che, nell’ambito della somministrazione di lavoro e del lavoro intermittente, la specifica indennità di disponibilità, per quanto affidata *in primis* alle scelte dell’autonomia collettiva, non può essere inferiore alla misura prevista dall’autorità ministeriale.

Pertanto, sembra più ragionevole ritenere che la cosiddetta via italiana al salario minimo legale debba essere costituita da una miscela tra una soglia salariale minima oraria inderogabile (secondo lo schema proposto da Roccella e più diffuso a livello comparato) e l’estensione *erga omnes*, al di sopra di siffatta soglia minima delle tariffe dei contratti collettivi nazionali “qualificati”, secondo il modello del settore della cooperazione, che si sta, peraltro, espandendo in altri ambiti.

Va osservato, inoltre, che il dibattito sui progetti legislativi sul sa-

settore, Napoli 2020, p. 94 ss.; G. ORLANDINI, *Clausola sociale per i lavoratori del trasporto aereo: un freno al dumping delle compagnie low cost*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2020, n. 4, p. 27 ss.

<sup>26</sup> Come, in effetti, desiderano Cgil-Cisl-Uil: cfr. *infra*, nota n. 33.

<sup>27</sup> Cfr. P. ALLEVA, *Il salario minimo aiuta pure i sindacati*, in *Il Fatto quotidiano*, 20 giugno 2019, p. 13.

<sup>28</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Il salario*, cit., p. 789 ss.; T. TREU, *La questione salariale*, cit., p. 6 s.; R. DI MEO, *Le “autorità salariali” e la via italiana al salario minimo legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 866 ss.

lario minimo legale, presenti in Parlamento, è stato particolarmente acceso proprio sulla questione dell'opportunità o meno di tale soglia minima oraria inderogabile, di quanto debba essere in concreto il suo importo, e sulle connesse problematiche delle modalità di adeguamento della medesima al costo della vita e all'andamento dei salari, nonché dell'individuazione del soggetto competente in ordine a tali decisioni; scontrandosi sul punto opinioni che si pongono su fronti del tutto contrapposti<sup>29</sup>. A ciò si aggiunge la riflessione circa gli eventuali impatti della direttiva europea sull'ordinamento italiano, qualora ovviamente essa fosse definitivamente approvata. Al momento, la situazione è alquanto magmatica, anche perché la proposta di direttiva è ancora suscettibile di varie modifiche. Peraltro, la Confederazione europea dei sindacati ha elaborato un nutrito grappolo di emendamenti alla proposta di direttiva e sta svolgendo una pressante azione di *lobbying* che ha già trovato riscontro in numerosi deputati europei; i quali hanno deciso di appoggiare le richieste sindacali.

Non va poi trascurato l'ammonimento di Roccella, secondo cui «la credibilità delle legislazioni sui minimi riposa ovunque sulla consistenza degli apparati di controllo e sulla qualità delle sanzioni previste in caso di inadempimento»<sup>30</sup>. E cioè, egli sottolinea come, «sin dalle prime esperienze in proposito, in particolare, tre elementi sono apparsi essenziali nel contesto di una legislazione sul salario minimo: a) misure sanzionatorie dotate di adeguata efficacia deterrente; b) qualità degli apparati di controllo; c) previsione di strumenti di informazione»<sup>31</sup>. Si tratta di un grappolo di precondizioni che influenzano l'effettività della garanzia del salario minimo e dell'intera normativa protettiva del lavoro, di cui, in Italia, si lamenta tuttora l'inefficacia ovvero la completa assenza. E difatti previsioni in tal senso sono contenute nella citata proposta di direttiva europea.

<sup>29</sup> Cfr. i numerosi documenti e memorie presentati in Parlamento, in occasione delle audizioni, sia quanto ai progetti pendenti in materia di salario minimo legale sia in relazione alla citata proposta di direttiva europea. Cfr. anche A. GARNERO, G. GIUPPONI, *Sul salario minimo occorre avere metodo*, in *lavoce.info*, 29 ottobre 2020; P. ALLEVA, *Perché il salario minimo non minaccia i contratti*, in *il Fatto quotidiano*, 4 settembre 2019, p. 18.

<sup>30</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 91.

<sup>31</sup> M. ROCCELLA, *Oltre l'indicizzazione*, cit., p. 446 s.; e, *amplius*, ID., *I salari*, cit., p. 91 ss.

### 3. Conclusioni

Certo, l'attuale dibattito, complesso e affascinante, non può non registrare, con enorme dispiacere, l'assenza di uno studioso raffinato e sensibile come Massimo Roccella; il quale, senza dubbio, non avrebbe perso l'occasione di fornire il suo importante contributo. Beninteso, in conclusione di queste brevi pagine, vanno però ricordate alcune sue acute osservazioni che manifestano, ancora oggi, una vitalità estrema. La prima concerne la supposta alternativa tra estensione *erga omnes* dei contratti collettivi e salario minimo legale. Qui, giustamente, Roccella dice che «se si ha riguardo ai problemi dell'oggi (e del futuro ragionevolmente prevedibile), occorre però riflettere sull'opportunità di non trasformare il contratto collettivo ad efficacia generale in una sorta di Santo Graal, nella ricerca del quale si appanni la vista, perdendosi la capacità di cogliere qualsiasi obiettivo intermedio»<sup>32</sup>.

La seconda considerazione riguarda il tradizionale atteggiamento diffidente dei sindacati italiani<sup>33</sup> nei confronti dello strumento del salario minimo legale, perché sospettato di spiazzare, in vario modo, la contrattazione collettiva<sup>34</sup>. Ovviamente, questo pericolo si configurerebbe se il salario minimo legale fosse fissato ad un livello troppo basso rispetto ai livelli minimi dei contratti collettivi per le qualifiche più basse. Ma, in Italia, il problema è semmai invertito, perché, come s'è accennato, vi sono diversi contratti collettivi, seppure siglati da soggetti rappresentativi, che prevedono retribuzioni al limite della soglia di povertà ed i quali dovrebbero prontamente adeguarsi al rialzo qualora, insieme ad una sostanziale estensione *erga omnes* delle tariffe dei contratti collettivi "qualificati", fosse fissata una soglia minima inderogabile oraria di soli 9 euro lordi, com'è previsto da uno dei progetti di legge attualmente in discussione<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> M. ROCCELLA, *Oltre l'indicizzazione*, cit., p. 430.

<sup>33</sup> Da ultimo cfr. la memoria congiunta di Cgil-Cisl-Uil, del 24 giugno 2019, presentata in sede di audizione parlamentare, con cui le organizzazioni confederali si dichiarano favorevoli alla sola estensione *erga omnes* delle tabelle salariali dei contratti collettivi "qualificati", senza alcun riferimento ad un'eventuale soglia salariale minima oraria inderogabile. Cfr. T. TREU, *La questione salariale*, p. 9 ss.

<sup>34</sup> Cfr. M. LEONARDI, *Salario minimo*, cit., p. 186 e p. 198; E. MENEGATTI, *Il salario minimo*, cit., p. 100 ss.; G. PROIA, *Salario minimo legale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 4 ss., spec. p. 9 ss.; e, con particolare riferimento agli effetti della proposta di direttiva citata, V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Memoria*, cit., p. 11 ss.

<sup>35</sup> È il disegno di legge n. 658, presentato dai senatori Catalfo e altri il 12 luglio

Come s'è visto, lo stesso Roccella sottolinea a più riprese che il salario minimo legale (quale strumento di tutela dei lavoratori marginali e «per combattere la piaga del sottosalario»<sup>36</sup>), specie nella forma del salario minimo nazionale intercategoriale, risolverebbe alcuni dei problemi di efficacia soggettiva limitata della contrattazione collettiva di diritto comune e sarebbe compatibile anche con un sistema di contrattazione collettiva ad efficacia *erga omnes*<sup>37</sup>. Più in generale, è vero che «non esistono evidenze univoche che la esistenza di un salario minimo legale, se debitamente costruito, contribuisca a diminuire la autorità salariale della contrattazione e a ridurne l'ambito di copertura. Anzi semmai possono addursi argomenti ed esperienze nel senso che la sanzione legale dei minimi salariali può contribuire a sostenere la contrattazione specie in settori marginali, oltre che a contrastare la diffusione di bassi salari»<sup>38</sup>.

Di conseguenza, come ebbe a dire Massimo Roccella, «nel fare propria la proposta di un salario minimo legale i sindacati potrebbero non soltanto battersi per ottenere uno strumento integrativo delle carenze della contrattazione, ma anche trovare in esso una fonte di rinnovata legittimazione nei confronti dell'insieme della classe lavoratrice»<sup>39</sup>: «qualche cosa», aggiunse l'autore anni dopo, «di cui oggi (oggi ancor più di ieri) v'è certamente bisogno»<sup>40</sup>.

2018 al Senato della Repubblica, e ora ripresentato, dalla stessa ex Ministra del lavoro Catalfo, con alcune variazioni, con il n. 2187, il 22 aprile 2021. Cfr. P. ALLEVA, *Perché il salario minimo*, cit.

<sup>36</sup> M. ROCCELLA, *Oltre l'indicizzazione*, cit., p. 449 s.

<sup>37</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 87 ss.; ID., *Oltre l'indicizzazione*, cit., p. 448 ss.

<sup>38</sup> T. TREU, *La proposta*, cit., p. 16.

<sup>39</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 95 s.

<sup>40</sup> M. ROCCELLA, *Oltre l'indicizzazione*, cit. p. 451.

LUISA CORAZZA

## Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il problema del salario sufficiente, oggi. – 2. La contrattazione collettiva come perno delle politiche salariali: questioni aperte. – 3. Il mercato dei contratti collettivi e l'inadeguatezza del concetto di categoria. – 4. Patologie del sistema degli appalti tra nuovi e vecchi conflitti, nella crisi del sindacalismo confederale. – 5. Opportunità e rischi del salario minimo legale nell'era della competitività internazionale.

### 1. *Introduzione. Il problema del salario sufficiente, oggi*

Il problema del lavoro povero (*working poor*), ovvero la crescita esponenziale di settori dove la retribuzione non è sufficiente per uscire dalla spirale della povertà<sup>1</sup> ha rilanciato il tema del *minimum wage*, offrendo argomenti a chi cerca soluzioni diverse da quelle che hanno sino ad ora ispirato le politiche salariali in Italia, radicate, com'è noto, sul primato della contrattazione collettiva.

Il tema era stato per la verità colto con lucidità da Massimo Roccella già nel 1986 quando, nel suo studio sui *Salari*, collegò senza esitare la questione della determinazione del salario alle strategie di contrasto alla povertà<sup>2</sup>. Ma Roccella non si fermò sulla soglia della connessione tra salario minimo e povertà, e ripercorse la strada compiuta dal dibattito sul salario minimo fin dalle origini, per arrivare a coglierne, nella metà degli anni Ottanta, tutto il potenziale politico di strumento che «dovrebbe interessare non poco le forze, politiche e sindacali, del movimento operaio»<sup>3</sup>.

In realtà, la questione non si è sviluppata in modo così lineare,

<sup>1</sup> C. SARACENO, *Il lavoro non basta. La povertà in Europa negli anni della crisi*, Bologna 2015.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986, p. 21.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 94.

tanto che l'introduzione di un salario minimo legale, da qualche tempo tornata alla ribalta delle cronache parlamentari<sup>4</sup>, incontra ancora l'opposizione di parti non marginali del sindacato, come è prevedibile data la centralità della tematica retributiva nella contrattazione collettiva, di cui tutt'ora costituisce la vera e propria "polpa".

L'articolazione attuale delle politiche salariali ci pone, oggi, davanti ad uno snodo che già emergeva dall'analisi storico-comparatistica di Massimo Roccella: la soluzione adottata (o non adottata) dal sistema italiano per la determinazione del salario sufficiente, che si fonda su un rinvio alla contrattazione collettiva e conta di coprire con l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori – e con le successive norme intervenute nella legislazione speciale – le fasce più marginali e le peggiori degenerazioni del decentramento produttivo, mostra la corda di fronte alla conformazione del mercato del lavoro del XXI secolo e all'organizzazione delle attività economiche sulla base di filiere di produzione e di catene del valore.

Il corto-circuito del sistema emerge da diversi indici sintomatici.

Da un lato, si sono diffusi, in questi ultimi trent'anni, contratti collettivi nazionali che si riferiscono ad una medesima categoria<sup>5</sup>, tanto che il riferimento alla contrattazione categoriale non è in grado oggi di rinviare ad un parametro retributivo univoco. Questa moltiplicazione ha diversi volti, ora riconducibili alla deriva patologica dei contratti c.d. "pirata", ora riconducibili più semplicemente alla frammentazione del processo produttivo e ha messo in crisi alcune categorie fondamentali della teoria del contratto collettivo, tra cui quella che rinvia all'autonomia privata la scelta, o meglio, la determinazione, della categoria merceologica cui l'impresa si riferisce ai fini dell'applicazione del contratto. Il tutto viene, poi, complicato dalla proliferazione di una contrattazione decentrata (o simil-decentrata) che in alcuni casi tende a porsi come contrattazione di primo livello, facendo assumere al contratto collettivo una funzione quasi sartoriale, in cui il datore di lavoro recupera sul piano collettivo un potere che rimanda ai primordi delle relazioni industriali.

Da questo scenario discende una competizione selvaggia tra gli stessi contratti collettivi. Si parla infatti di *dumping* salariale proprio per mettere in luce la corsa al ribasso che va in scena<sup>6</sup>, aggravata dal

<sup>4</sup> Vi sono al momento due disegni di legge all'esame del Parlamento, a firma rispettivamente Catalfo e Nannicini.

<sup>5</sup> A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi per la medesima categoria*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 261 ss.

<sup>6</sup> D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino 2018.

sistematico ricorso, da parte delle imprese, a forme di spaccettamento del ciclo produttivo in infinite catene di appalti e subappalti che spesso trovano nel risparmio sul costo del lavoro la loro vera ragion d'essere<sup>7</sup>.

Infine, l'insufficienza del sistema attuale di determinazione dei minimi salariali attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva rivela anche sotto un diverso profilo, che attiene al ruolo di retribuzione-parametro svolto dai minimi salariali della contrattazione nei confronti di chi, di fatto, è escluso dall'applicazione del contratto collettivo. La frammentazione del mercato del lavoro ha generato, negli ultimi anni, intere sacche di esclusione dal lavoro tutelato, composte da schiere di lavoratori cui non si applicano le regole del lavoro subordinato, o perché accedono a forme contrattuali altre dalla subordinazione – si pensi alla diffusione delle varie ipotesi di lavoro coordinato – o perché si trovano nelle sabbie mobili del lavoro sommerso. Si pensi alla diffusione – soprattutto, ma non solo, nel settore agricolo<sup>8</sup> – dello sfruttamento lavorativo ormai oggetto di attenzione da parte del diritto penale. In tutti questi casi, l'inesistenza di una modalità di determinazione certa ed universale del salario minimo, per l'individuazione del quale occorre invece inseguire la frammentazione dei minimi tabellari su più settori e in diversi contratti collettivi per ciascun settore, è fonte di ostacolo di qualsiasi intervento protettivo, data la difficoltà, in molti casi, di percepire il disvalore dato dalla fissazione di livelli retributivi sotto la soglia di povertà. In altre parole, la parcellizzazione della retribuzione parametro nei meandri della contrattazione collettiva non è di ausilio per consentire alle fasce più marginali del mercato del lavoro di uscire da quella condizione di "invisibilità" in cui si trovano anche sul piano retributivo.

Da queste spinte ha tratto linfa il rilancio della prospettiva di un salario minimo legale che negli ultimi anni sta prendendo corpo sia presso la dottrina<sup>9</sup>, che nel dibattito parlamentare. La questione

<sup>7</sup> Lo scontro che si è prodotto, in ambito politico-sindacale, intorno alla disciplina di appalti e subappalti nel c.d. d.l. Semplificazione è emblematico del rilievo della materia nell'odierna economia.

<sup>8</sup> Non a caso nella "Rete sul lavoro agricolo di qualità" istituita presso l'INPS dall'art. 6, d.l. n. 91/2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 116/2014 è prevista una valutazione del contratto collettivo più idoneo a garantire le migliori condizioni di lavoro.

<sup>9</sup> Per il rilancio di questo tema nel dibattito dottrinale v. per tutti P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Milano 2018.



si radica, come si è detto, nella crisi della contrattazione collettiva, che, pur tenendo alto in Italia il suo livello di copertura sul piano applicativo, fatica a svolgere la funzione che, a partire dagli anni Cinquanta, ha assunto nel riempire di contenuto il precetto di sufficienza posto dall'art. 36 cost. Nelle pagine che seguono si tenterà di comprendere le radici di questa crisi, per riflettere, nel paragrafo finale, sulle prospettive di regolazione legislativa di un salario minimo, senza sottacere i rischi insiti in tale scelta di politica del diritto.

## 2. *La contrattazione collettiva come perno delle politiche salariali: questioni aperte*

Tutto nasce, quindi, dalla crisi della contrattazione quale sede privilegiata per la definizione dei salari, ascrivibile a ragioni in gran parte note, che affondano le loro radici in nuove ed antiche questioni<sup>10</sup>.

Negli ultimi anni, assistiamo a una moltiplicazione incontrollata dei contratti collettivi di livello nazionale<sup>11</sup>. Il CNEL ha censito di recente i CCNL contandone oltre 900, tanto che si è osservato come questa moltiplicazione, fatta di contratti a volte “fotocopia” a volte emulativi, a volte *monstre* per la loro applicazione a una serie abnorme di attività, abbia sancito il passaggio «dalla anomia sindacale alla anarchia sindacale»<sup>12</sup>.

Questo fenomeno è riconducibile a diverse ragioni, che vanno dalla tendenza – patologica – delle imprese a pretendere contratti di tipo “sartoriale”, finendo in tal modo per scivolare nella contrattazione pirata<sup>13</sup>, alla generale crisi di rappresentatività, che interessa non soltanto il fronte sindacale, ma in maniera ancora più seria il fronte della rappresentanza datoriale<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Parla di crisi della autorità salariale T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, n. 3.

<sup>11</sup> V. per l'apertura del dibattito, G. OLINI, *I contratti nazionali: quanti sono e perché crescono*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 417.

<sup>12</sup> Per una disamina del censimento del CNEL v. soprattutto S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 185 ss.

<sup>13</sup> Per l'apertura del dibattito v. A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi*, cit.; G. PERA, *Note sui contratti collettivi c.d. “pirata”*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, p. 381 ss.

<sup>14</sup> Su punto v. l'itinerario di ricerca dedicato alla rappresentanza datoriale inau-

In sostanza, l'assenza di regole sulla rappresentanza, e la situazione di fatto che ha costituito, in questo mezzo secolo, la base fondante del nostro sistema di contrattazione collettiva, spingono le imprese a cercare di sottrarsi dalla funzione regolativa, di carattere se non generale almeno categoriale, che sino ad ora hanno svolto i contratti collettivi nel nostro ordinamento<sup>15</sup>.

A volte si tratta di contratti collettivi stipulati con sindacati chiaramente di comodo, in altri casi si tratta di contratti siglati da associazioni sindacali di dubbia consistenza, in altri casi invece si registrano situazioni in cui il perseguimento di *standard* retributivi al di sotto delle soglie normalmente diffuse nell'ambito della contrattazione viene legittimato da organizzazioni datoriali dotate di una certa diffusione. È, questo, il caso di veri e propri contratti "fai da te", in cui si verifica, nella sostanza, una fuga dai parametri della contrattazione per scivolare verso la legittimazione di veri e propri regolamenti unilaterali<sup>16</sup>.

Lo scenario che fa da sfondo alla moltiplicazione dei contratti collettivi anche di livello nazionale sembra dunque fuori controllo, mostrando una selva di accordi, la maggior parte dei quali accomunata dalla disponibilità ad abbattere le soglie retributive rispetto a quelle fissate dai contratti firmati dalle sigle tradizionali<sup>17</sup>. In sintesi, la crisi della rappresentanza sindacale, e la situazione di anomia che consegue alla mancanza di una situazione regolata dell'accesso alla contrattazione sta mostrando la corda proprio sul versante retributivo, riversando i suoi effetti su di un sistema che per anni aveva sostanzialmente funzionato, il quale aveva individuato nella contrattazione collettiva il perno della definizione delle soglie di sufficienza della retribuzione.

Il risultato di questa moltiplicazione dei contratti è la perdita di autorevolezza del contratto collettivo nel definire quei minimi

gurato dalla rivista *dir. lav. rel. ind.* a partire dal saggio di G. OLINI, *I contratti nazionali*, cit.; sulla misurazione della rappresentanza datoriale v. V. PAPA, *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 38 ss.; M. MAGNANI, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 376/2018.

<sup>15</sup> L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova 1997.

<sup>16</sup> V. il caso descritto da M. VERRUGGIO, *Il contratto fai-da-te di Federlazio*, in *www.Romareport.it*.

<sup>17</sup> Dei circa novecento contratti censiti dal CNEL, circa il 70% avrebbe questa caratteristica.

tabellari della retribuzione che dovrebbero costituire il parametro della retribuzione sufficiente come richiesto dall'art. 36 della Costituzione. In questa giungla di contratti, non è più sufficiente rinviare alla retribuzione fissata dal contratto nazionale il compito di fissare i parametri che servono a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

### 3. *Il mercato dei contratti collettivi e l'inadeguatezza del concetto di categoria*

In realtà, questa situazione di anomia poggia le sue basi sull'inadeguatezza ormai conclamata di alcuni presupposti teorici intorno ai quali si è sviluppato, a partire dall'adozione del sistema costituzionale, il nostro modello di contrattazione.

La contrattazione collettiva italiana si è costruita attorno al concetto di categoria merceologica, che ha consentito nel tempo di individuare settori produttivi omogenei secondo la tradizione del «ramo d'industria»<sup>18</sup>. In ossequio ad una concezione democratica delle relazioni industriali<sup>19</sup>, la «categoria» ha costituito il punto di riferimento, nella sua accezione volontaristica<sup>20</sup>, della contrattazione nazionale senza essere oggetto non solo di una definizione normativa, ma neppure di un'autentica riflessione ad opera dell'autonomia collettiva<sup>21</sup>. Il che ha retto senza grossi scossoni per i primi decenni a partire dal secondo dopoguerra, fino a che, in sintesi, lo schema della produzione industriale era per lo più strutturato sugli assi portanti dei settori merceologici tradizionali, espressi per l'appunto dai rami di industria, i quali concentravano al loro

<sup>18</sup> L. MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, Bologna 1985, p. 49 ss.

<sup>19</sup> Sul punto v. soprattutto G.F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna 1976, p. 140 ss.

<sup>20</sup> Confermata da Cass., Sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1199, con nota di G. PERA, sul punto v. R. SCOGNAMIGLIO, *Il problema dell'applicabilità dell'art. 2070 c.c.: categoria e contratto collettivi*, in AA.VV., *Studi in onore di Federico Mancini*, Milano 1998, p. 563 ss.; M. NOVELLA, *Applicazione del contratto collettivo e categoria professionale. Vecchi e nuovi problemi*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, p. 357 ss. E, di recente, G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020; M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Padova 2020.

<sup>21</sup> Ad esempio, nel protocollo Giugni-Ciampi del 1993, che ha costituito un punto di svolta per le politiche salariali, il sistema della contrattazione viene riorganizzato senza tuttavia alcuna ridefinizione degli ambiti categoriali.

interno tutte le funzioni relative alla produzione manifatturiera e alle attività di servizio.

Già il passaggio ad un'economia terziarizzata ha iniziato a mostrare i primi segni di cedimento del sistema, affiancando variegata attività di servizio, in alcuni casi del tutto nuove, a quelle della produzione tradizionale, e in molti casi difficili da inquadrare. Esemplare in tal senso è stato l'esplosione delle attività informatiche e delle telecomunicazioni, per lungo tempo prive di riferimenti contrattuali ed "ospitate" all'interno di categorie con cui poco avevano storicamente da condividere, quella metalmeccanica o dei servizi.

Le profonde trasformazioni che hanno attraversato, negli ultimi decenni, i processi produttivi sono state un banco di prova importante per il nostro sistema contrattuale, e l'idea di agglomerare i contratti intorno alla categoria (quindi, di fatto, al ramo d'industria) ha mostrato tutta la sua fragilità<sup>22</sup>.

In seguito, la frammentazione del processo produttivo e la diffusione strutturale delle catene del valore hanno inferto a questo sistema, già claudicante, il colpo finale. Dal decentramento delle attività afferenti ad un medesimo ciclo produttivo, e dalla possibilità di scegliere il contratto collettivo nell'ambito di quelle disponibili per la propria specifica attività, le opportunità di "shopping" contrattuale si sono ulteriormente moltiplicate, rendendo teoricamente possibile un'amplissima diversificazione dei contratti all'interno della stessa filiera di produzione.

Sul piano normativo, queste operazioni sono state facilitate dal venir meno, a partire dal 2003, dell'art. 3 della legge n. 1369 del 1960 che pur con tutte le difficoltà applicative che lo accompagnavano, conteneva un principio di parità di trattamento – e quindi imponeva una omogeneità contrattuale – tra i dipendenti di appaltatore e committente nel caso di appalti interni (ovvero, secondo l'interpretazione che nel tempo era prevalsa, afferenti al medesimo ciclo produttivo)<sup>23</sup>.

Da qui si è innescata una concorrenza tra contratti collettivi – tutti di livello nazionale – i quali possono rappresentare opzioni applicative alternative all'interno della medesima impresa, dando luogo a vere e proprie ipotesi di *dumping* contrattuale, in cui il costo del

<sup>22</sup> Si rinvia sul punto a L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova 2004.

<sup>23</sup> Su questi processi v. ad es. i contributi presenti in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori*, Torino 2014.

lavoro rientra a pieno titolo tra i fattori di concorrenza tra le imprese ingaggiate nella competizione per aggiudicarsi l'appalto<sup>24</sup>.

Trovandosi in un vero e proprio mercato delle regole, l'imprenditore può scegliere quale contratto applicare con una relativa elasticità, aiutandosi con una sistematica segmentazione del ciclo produttivo, che attraverso reti di fornitura e di appalti decentra non solo l'esecuzione dei processi ma anche la fissazione dei salari. Si genera così un *dumping* salariale che di fatto azzerava la funzione di garanzia retributiva che storicamente veniva svolta dal contratto nazionale.

La questione si aggrava poi nel caso in cui l'appaltatore proceda a sua volta alla segmentazione del processo produttivo, parcellizzando in ulteriori subappalti le funzioni che si è aggiudicato. In un sistema a cascata, la competizione tra i contratti può divenire selvaggia, rendendo senza fine, con la miriade di contratti a disposizione del datore di lavoro, la corsa al ribasso delle retribuzioni.

Il tema è stato infatti al centro anche dello scontro politico-sindacale che ha accompagnato la normativa sugli appalti che dovrebbe fare da corredo al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Nel Decreto legge 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. d.l. Semplificazioni), il tema del costo del lavoro nelle catene di appalti e subappalti viene invero affrontato espressamente, e torna a fare capolino la regola sulla parità di trattamento tra i dipendenti del subappaltatore e quelli della stazione appaltante. Si tratta solo di un primo passo, indicativo tuttavia della consapevolezza del problema da parte del legislatore e della scelta di affrontarlo partendo dal punto di vista della parità di trattamento e non da quello della categoria contrattuale.

Certamente un intervento sulla nozione di categoria contrattuale avrebbe portato con sé il rischio di toccare alcuni degli snodi essenziali del sistema democratico di relazioni industriali, andando ad incidere sull'autonomia collettiva in quel bene primario che è la libertà sindacale. Inoltre, irrigidire il sistema delle filiere contrattuali attraverso una nozione di categoria sganciata dalle scelte dell'impresa rischierebbe di cristallizzare un sistema che sarà inevitabilmente in continua evoluzione, con nuove attività che continueranno ad emergere e frammentazioni di cui in anticipo non è dato sapere l'organizzazione. In sintesi, l'impressione è che sarà comunque facile per il sofisticato sistema delle integrazioni contrattuali tra le imprese aggirare un modello di contrattazione imperniato su di una rigida afferenza ad una categoria.

<sup>24</sup> Sul tema diffusamente D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit.

Affrontare il tema, invece, dalla prospettiva della parità di trattamento presenta il vantaggio di incidere proprio sul *punctum dolens* di questa deriva patologica: la strumentalizzazione delle operazioni di decentramento per abbattere il costo del lavoro. Ma vediamo con quali rischi.

#### 4. *Patologie del sistema degli appalti tra nuovi e vecchi conflitti, nella crisi del sindacalismo confederale*

La degenerazione del sistema degli appalti è stata oggetto, tra l'altro, di attenzione da parte della Commissione di Garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, che ha di recente dedicato al fenomeno uno specifico *Dossier*<sup>25</sup>. Gli snodi critici su cui si sofferma il *Dossier* sono la questione retributiva, il ritardo nei pagamenti delle retribuzioni e la tutela dell'occupazione in caso di cambio di appalto.

Il *Dossier* si concentra sulla questione retributiva quale vero anello debole della tutela dei lavoratori negli appalti, partendo dalla prospettiva di osservazione della Commissione di Garanzia, ovvero il conflitto. La conflittualità emersa, in questi anni, intorno al sistema degli appalti e subappalti<sup>26</sup> e sfociata in numerosi scioperi nell'ambito dei servizi pubblici essenziali ha allertato la Commissione di Garanzia, spingendo l'*Authority* dello sciopero a lanciare un campanello di allarme, per avvertire parti sociali e *policy makers* circa la insostenibilità di un meccanismo in cui la titolarità del contratto di lavoro non è in grado, il più delle volte, di riflettere le dinamiche di potere che incidono sulle condizioni di lavoro. Il che richiede interventi atipici, data la atipicità della situazione che vede allargarsi il perimetro del conflitto ben al di là del datore di lavoro e dà luogo a situazioni difficili da controllare con gli strumenti della legge n. 146 del 1990 (che era stata concepita sulla base di modelli organizzativi d'impresa assai più tradizionali).

Nel quadro descritto dalla Commissione, a poco sono servite le soluzioni sino ad ora messe in campo dal sistema di relazioni industriali, come il tentativo di ridisegnare il perimetro del contratto collettivo (attraverso un intervento indiretto sul concetto di catego-

<sup>25</sup> Commissione di Garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, *Appalti e conflitto collettivo: tendenze e prospettive*, 2021.

<sup>26</sup> Il grande sciopero attuato dai lavoratori della filiera logistica di *Amazon* il 22 marzo scorso ne è un esempio.

ria); gli strumenti introdotti dalla legislazione speciale sugli appalti pubblici, spesso depotenziati dagli interventi della giurisprudenza amministrativa che annovera la scelta del contratto collettivo nel campo della libertà di impresa (fingendo di ignorare il potenziale argine alla libertà di impresa dato dalla forza precettiva dell'art. 36 cost.); le tecniche della responsabilità solidale, che nel tempo non sono bastate ad arginare i fenomeni di sotto-tutela sul versante retributivo, perché non riescono a disinnescare la spirale concorrenza-costò del lavoro. Né si vedono all'orizzonte, come si è accennato nei precedenti paragrafi, regole sulla rappresentanza sindacale, alle quali si potrebbe affidare almeno il compito di selezionare contratti collettivi auspicabilmente affidabili.

Eppure, ricorda la Commissione, la direzione indicata anche dal confronto comparatistico<sup>27</sup> è quella che porta a porre un freno alla deresponsabilizzazione organizzata (*organized irresponsability*) che si genera con le catene di appalti e subappalti<sup>28</sup>.

Lo strumento sul quale questo documento sembra riporre una certa fiducia torna ad essere, ancora una volta, la regola della parità di trattamento, soluzione prescelta, come si è detto, al momento anche dal legislatore nel recente d.l. Semplificazioni.

Ma neppure la soluzione della parità di trattamento è completamente scevra da rischi, dato lo stato di salute non proprio brillante in cui versa ormai il sindacalismo confederale, pilastro fondante delle politiche salariali contrattuali. L'indebolirsi del peso dei sindacati confederali è invero una inevitabile conseguenza della descritta proliferazione di sindacati di dubbia genuinità, che esercitano una pressione costante dall'esterno, stipulando incessantemente contratti collettivi a condizioni sempre più competitive.

Il sistema confederale appare dunque messo a dura prova dal *dumping* selvaggio e generalizzato che in alcuni casi costringe gli stessi confederali ad accettare condizioni retributive vicine quando non addirittura sotto la soglia di povertà per poter continuare a "stare sul mercato". La giurisprudenza sta iniziando ad affrontare la questione, e in alcuni casi i giudici hanno ritenuto non compatibili

<sup>27</sup> Vengono citati esempi di responsabilizzazione del *leader* delle catene degli appalti in Spagna, Francia e Stati Uniti, oltre alle tendenze in atto nella disciplina dell'Unione europea.

<sup>28</sup> Per un inquadramento comparatistico del tema v. O. RAZZOLINI, *Nozione funzionale di datore di lavoro e confini della contrattazione collettiva e del conflitto nella quasi-vertical contractual integration*, in corso di pubblicazione su *Lav. dir.*

con il principio di sufficienza della retribuzione fissato dall'art. 36 alcuni minimi tabellari definiti da contratti a firma confederale<sup>29</sup>.

##### 5. *Opportunità e rischi del salario minimo legale nell'era della competitività internazionale*

Dinnanzi ad una tale crisi della contrattazione, e a fronte della fragilità degli strumenti correttivi sino ad ora sperimentati per tutelare la sufficienza dei salari in omaggio alla regola costituzionale, i tempi sembrerebbero maturi per passare ad un sistema che garantisca *standard* retributivi minimi attraverso l'intervento della legge. In tal modo si potrebbe non solo creare un argine alla spinta incontrollata verso l'abbattimento dei salari mediante contratti collettivi che si inseguono in una perversa *race to the bottom*, ma anche costruire parametri dotati di un minimo di universalità per impedire che gli "esclusi" dal lavoro protetto possano essere sottoposti alle forme più odiose di sfruttamento sul piano della retribuzione. Non va dimenticato infatti il problema di coloro che non essendo destinatari dell'applicazione di alcun contratto collettivo potrebbero ampiamente beneficiare di un riferimento univoco di matrice legale.

Il tema del salario minimo legale è tornato infatti prepotentemente di attualità negli ultimi anni. La questione della adeguatezza delle retribuzioni è stata riproposta con forza nel dibattito politico italiano, dove circolano proposte volte a spostare sull'iniziativa legislativa la definizione dei salari; è stata oggetto di timide aperture di credito da parte delle forze sindacali, dove si registra – se pure solo in alcuni ambiti – una inedita disponibilità a superare il monopolio della contrattazione; e infine, ha trovato una sponda nella stessa Unione europea, dove si è fatta strada una proposta di direttiva relativa ai salari minimi adeguati (Proposta di direttiva COM(2020)682)<sup>30</sup>.

Tuttavia, proprio dall'esperienza europea si ricava che risolvere la questione delle politiche salariali affidandosi integralmente alla legge presenta a sua volta non pochi problemi: non solo quelli dati dalla necessità di adeguamento dei livelli retributivi in base alle fluttuazioni temporali e alla specificità dei settori, ma anche, e soprattutto, i problemi che derivano dal rischio che il soggetto politico decida di

<sup>29</sup> V. Trib. Torino, 9 agosto 2019; Trib. Milano, 25 febbraio 2020.

<sup>30</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 539 ss.



utilizzare la leva dei salari per perseguire obiettivi di competitività del sistema, scaricando in sintesi sui lavoratori il costo di alcune scelte di politica economica (è quello che accade nei paesi del recente allargamento europeo ai quali la proposta di direttiva principalmente si rivolge)<sup>31</sup>.

In altre parole, per una gestione equilibrata delle retribuzioni resta fondamentale lo stato di salute dell'autonomia collettiva, non solo perché una totale estromissione della contrattazione dal processo di determinazione dei salari finirebbe per marginalizzare del tutto il ruolo del sindacato nel sistema economico (con ciò che ne consegue), ma anche perché il coinvolgimento del sindacato nelle dinamiche retributive rappresenta comunque un elemento di garanzia rispetto al rischio di derive populiste e liberiste che potrebbero far leva sulla manodopera a basso costo per rendere più competitivo il nostro sistema produttivo, rischio dal quale nessun paese può dirsi, di questi tempi, completamente esente. Della necessità di non estromettere il sindacato dai processi decisionali in tema di politica economica sembra consapevole anche l'attuale governo, che ha iniziato la sua azione con un ampio coinvolgimento delle parti sociali e non menziona, forse volutamente, il tema del salario minimo legale nel PNRR.

Soluzioni miste, in grado di coinvolgere il sindacato o mediante forme di rinvio alla contrattazione collettiva o mediante sistemi di *governance* che inseriscano le parti sociali nei processi di determinazione dei salari, appaiono dunque più in linea con la nostra Costituzione economica. Certo è che, con la crisi attuale del sistema contrattuale, appare del tutto anacronistico arroccarsi su una difesa senza se e senza ma del primato del contratto collettivo quale strumento per la definizione dei salari. L'obiettivo resta, come ci ha insegnato bene Massimo Roccella, quello di determinare un salario sufficiente a garantire al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa.

<sup>31</sup> Su cui si v. per tutti O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lav. dir. Europa*, 2021.

DOMENICO GAROFALO

## La questione della povertà: dal salario minimo legale al reddito di cittadinanza

SOMMARIO: 1. Dal porto sicuro del rapporto di lavoro al mare turbolento del mercato del lavoro: una nuova declinazione del contrasto alle povertà tra pandemia e ritorno alla normalità. – 2. Le povertà ai tempi del Covid-19: il rischio di un assistenzialismo strutturale? – 3. Il Reddito di cittadinanza da misura-bandiera a possibile strumento generalizzato di contrasto alla povertà. – 4. Il primo rapporto annuale sull'attuazione del Reddito di cittadinanza: tra vocazione universalistica della misura e coerenza comunitaria. – 5. Reddito di cittadinanza e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: quale sostegno alla transizione occupazionale? – 6. Alcune osservazioni conclusive sulle prospettive del Reddito di cittadinanza.

### 1. *Dal porto sicuro del rapporto di lavoro al mare turbolento del mercato del lavoro: una nuova declinazione del contrasto alle povertà tra pandemia e ritorno alla normalità*

Il “dialogo a distanza” con Massimo Roccella e con la sua produzione scientifica, al pari di quanto avviene solitamente con altri studiosi del livello di Massimo prematuramente scomparsi (si pensi a Gaetano Vardaro, a Massimo D'Antona, a Marco Biagi), sfugge all'inesorabilità del tempo per farsi memoria, non solo storica, ma anche giuridica, continuando ad offrire alla comunità scientifica idee e spunti di riflessione.

E così accade che in tempi non sospetti, e cioè nel 1983<sup>1</sup>, il compianto Massimo già si interrogasse in modo lungimirante sulla tematica di attuale interesse della «tutela minima omogenea dei redditi di retribuzione in un mercato del lavoro sempre più diviso»<sup>2</sup>, avviando nell'occasione un dialogo a distanza con la dottrina dell'epoca e lasciando sul tappeto non pochi dubbi la cui soluzione non poteva che essere affidata alle generazioni future.

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 231 ss.

<sup>2</sup> T. TREU, *Problemi giuridici della retribuzione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, p. 1 ss., spec. 6.

Nell'epoca della "Milano da bere", Roccella coglieva già le ricadute della terziarizzazione dell'economia sulle normali dinamiche salariali, con una progressiva perdita di potere sostanziale delle organizzazioni sindacali, ma soprattutto Massimo si interrogava sulla questione della povertà e delle sue ricadute sociali, non solo con riferimento a quelli che successivamente saranno etichettati come *working poor*, ma come fenomeno sociale di carattere generale.

Per questioni storiche, l'approccio al fenomeno della povertà è stato impostato in modo non ortodosso, inquadrandolo come problema tipicamente "terzomondista" e distante anni luce in termini socio-economici da un Paese come l'Italia che tentava di affermarsi come potenza economica occidentale, complice anche un rampante craxismo che si andava affermando sulla scena politica dell'epoca.

Inoltre, il fenomeno è stato declinato al singolare e non al plurale, evidenziandosi come esso non possa essere affrontato solo limitatamente alla tutela degli *insider*, come potrebbe apparire quello evocato da Massimo Roccella con l'introduzione di un salario minimo garantito, apparendo necessario abbandonare il porto sicuro (?) del rapporto di lavoro, per avventurarsi nel turbolento mare del mercato del lavoro, dove la povertà dilaga implacabile. Infatti, il salario minimo legale è uno strumento solo parziale nella lotta alle povertà, anche limitatamente a quella lavorativa, poiché situazioni di indigenza possono emergere da paghe orarie basse, ma sono soprattutto determinate dall'aver un lavoro o meno, dalla sua intensità (poche ore o a tempo pieno) e dalla composizione familiare, per cui bisogna andare oltre la prospettiva del salario minimo, completandolo con altri strumenti, ad esempio con forme di prestazioni sociali per chi lavora (*in-work benefits*) che sostengano il reddito senza disincentivare il lavoro<sup>3</sup>.

Ebbene, a distanza di circa 40 anni dalla riflessione di Roccella, complice anche un clima politico notevolmente diverso da quello che caratterizzava gli anni '80, la questione del contrasto alle povertà è entrata a far parte dell'agenda politica non solo nazionale, ma anche europea ed internazionale, andando ben oltre il tema, pur importante, del salario minimo garantito, sul quale comunque la dottrina continua a focalizzare tuttora la propria attenzione<sup>4</sup>, avviluppandosi

<sup>3</sup> Così A. GARNERO, *Un salario minimo per legge in Italia? Una proposta per il dibattito*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, n. 3, p. 810 ss., spec. § 3.

<sup>4</sup> Vasta è la letteratura in argomento, senza pretesa di esaustività v. V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Riv. giur. lav.* 2021, I, p. 111 ss.; A. GARNERO, C. LUCIFORA, *L'erosione*

su se stessa a causa della pandemia da Covid-19. Quest'ultima, non solo ha stroncato la debole ripresa di una economia globale già devastata dalla crisi dei *sub-prime* del 2006/2008, ma probabilmente ha compromesso la timida ripresa registratasi nel 2019, dopo quattro anni di aumento degli indici di povertà assoluta, ripresa che comunque non è stata in grado di riportare i parametri di riferimento entro valori rassicuranti<sup>5</sup>.

## 2. *Le povertà ai tempi del Covid-19: il rischio di un assistenzialismo strutturale?*

Il blocco di una parte significativa delle attività economiche a causa della pandemia ha messo impietosamente a nudo bisogni non nuovi, già radicati nel nostro tessuto sociale, generati dalla inoccupazione, dalla disoccupazione e dalla discontinuità occupazionale, in quest'ultimo caso svolgendosi attività lavorative con redditi di poco superiori alla soglia di povertà, se non addirittura inferiori<sup>6</sup>.

*della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 295 ss.; G. PROIA, *I sistemi di relazioni industriali alla prova del salario minimo legale e del reddito di cittadinanza. Salario minimo legale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 1, p. 1 ss.; T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, *ivi*, 2019, n. 3, p. 767 ss.; A. GARNERO, *Un salario*, cit.; M. FORLIVESI, *Sulla funzione anticoncorrenziale del CCNL*, *ivi*, p. 838 ss.; R. DI MEO, *Le "autorità salariali" e la via italiana al salario minimo legale*, *ivi*, p. 866 ss.; M. DELFINO, *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, *ivi*, 2016, n. 2, p. 335 ss.; M. MAGNANI, *Problemi giuridici del salario minimo legale nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2015, n. 3, p. 750 ss.; M. 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 - 241/2015; M. DELFINO, *Prove generali di regolazione legale del salario minimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 694 ss.; A. BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 3, p. 741 ss.; M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 768 ss. Sul reddito minimo in Francia e Germania, v. ANPAL SERVIZI, *Il reddito minimo nella politica sociale nell'UE e in alcuni Paesi Europei*, giugno 2019, in [www.lavorosi.it](http://www.lavorosi.it). Sulla specifica esperienza dell'*Arbeitslosengeld II*, v. A. SARTORI, *Pubblico e privato nei servizi per il lavoro: la «Dote unica lavoro» nel panorama internazionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, p. 757 ss., spec. p. 785 ss.

<sup>5</sup> ISTAT, *Povertà in Italia. Anno 2019*, consultabile al link [www.istat.it/it/files/2020/06/REPORT\\_POVERTA\\_2019.pdf](http://www.istat.it/it/files/2020/06/REPORT_POVERTA_2019.pdf)

<sup>6</sup> Cfr. D. GAROFALO, *La disoccupazione da pandemia: come passare dall'assistenzialismo di Stato ad una nuova politica per l'occupazione*, in *Id.*, (a cura di), *Co-*

La declinazione al plurale del fenomeno si spiega perchè nel Belpaese non esiste “la” povertà, intesa come condizione di chi non ha i mezzi necessari per condurre un’esistenza dignitosa, ma diverse povertà: quella storica o tradizionale di chi si mette in coda alla Caritas per un pasto caldo; quella presunta di chi dichiara, sovente falsamente, di avere i requisiti per godere del Rdc; ed infine, quella finta, gridata in piazza da sobillatori ed approfittatori, i primi per destabilizzare il Paese, i secondi per approfittare della situazione, onde percepire indebitamente i sussidi distribuiti a pioggia dagli ultimi tre Esecutivi, al di fuori e a prescindere da qualsiasi reale progetto di sostegno al Sistema-Imprese.

Nulla si dice e nulla si sa delle fortune accumulate nel corso degli anni dai commercianti capitolini o veneziani o dai titolari degli “sposifici”, che “piangono miseria” in ragione del blocco dei flussi turistici e dei matrimoni, e l’esemplificazione potrebbe andare avanti all’infinito, ma questo è il Belpaese, votato per tradizione storica (discendiamo dagli antichi romani) al parassitismo, di cui nessuno ha il coraggio di parlare per non rischiare l’impopolarità o qualcosa di peggio.

Il preoccupante aumento delle povertà dopo la dichiarazione di emergenza da Covid-19, stimato dalla Coldiretti sul *feedback* degli aiuti alimentari dei fondi *Fead* distribuiti da associazioni caritatevoli<sup>7</sup> e dall’Unione europea delle cooperative (Uecoop) su dati Bankitalia<sup>8</sup> relativi al risparmio delle famiglie, rappresenta un *mix* esplosivo destinato ad innescarsi una volta cessati il blocco dei licenziamenti, gli strumenti di sostegno al reddito e le misure di ristoro messi in campo dai Governi succedutisi dall’inizio della pandemia ad oggi<sup>9</sup>.

*vid-19 e sostegno al reddito*, in D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, V. FILÌ, F. SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, Bergamo 2020, p. 1 ss.

<sup>7</sup> COLDIRETTI, *Un milione di poveri in più nel 2020 per l’effetto Covid*, in *www.coldiretti.it*, 16 giugno 2020.

<sup>8</sup> F. PASSANTINO, *Coronavirus Covid-19: Uecoop, “soldi finiti entro l’autunno per un pensionato su tre”*, in *www.agensir.it*, 9 luglio 2020, secondo cui «Esiste una situazione potenzialmente esplosiva che paradossalmente resterà “congelata” durante l’estate ma che – sottolinea Uecoop – emergerà purtroppo in tutta la sua gravità entro autunno quando saranno finiti i risparmi delle persone più in difficoltà». Una considerazione che parte da un dato: «In Italia il 60% circa dei pensionati prende meno di 750 euro al mese vivendo una situazione di precarietà che – avverte Uecoop – la crisi generata dagli effetti del coronavirus ha peggiorato soprattutto fra gli anziani a basso reddito. Fra i quasi 4,6 milioni di poveri in Italia circa 1/3 è rappresentato da uomini e donne con più di 65 anni che non possono pagarsi un pasto completo o le bollette di luce e riscaldamento».

<sup>9</sup> Ed infatti, secondo B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un*

Abbiamo assistito in quest'ultimo periodo storico ad una imponente presa in carico socio-assistenziale di masse di bisognosi o di presunti tali, ingenerandosi il diffuso convincimento che c'è uno Stato in grado di provvedere ai bisogni vitali pur senza lavorare e quindi evocando l'idea di un assistenzialismo di massa che il nostro Paese non può economicamente permettersi<sup>10</sup>.

### 3. *Il Reddito di cittadinanza da misura-bandiera a possibile strumento generalizzato di contrasto alle povertà*

La pandemia si è innestata agli inizi del 2020 su un terreno politico già funestato dalla crisi di Governo del "Papeete" dell'agosto 2019, dopo una campagna elettorale contraddistinta da elementi simbolici, quasi branditi come vessilli in battaglia, su cui si è giocata la credibilità degli stessi partiti.

La "misura-bandiera" per eccellenza, esibita dal Movimento 5 Stelle in occasione delle elezioni per la XVIII legislatura è stato il RdC<sup>11</sup> (unitamente alla Pensione di Cittadinanza, da ora PdC), confluito nel "Contratto per il Governo del cambiamento", ove è stato

*diritto del lavoro sostenibile*, in *www.csdllex.unict.it/*, 20 maggio 2020, la pandemia e lo *shock* macroeconomico che ne seguirà potrebbero ingenerare un probabile sconvolgimento della morfologia delle classi sociali e una possibile rimappatura delle povertà.

<sup>10</sup> Per dirla con le parole di Luca Ricolfi si va consolidando la «società parassita di massa», composta da una maggioranza di non lavoratori, dipendenti dalla mano pubblica, con l'aggravante che lo Stato assistenzialista sta spendendo soldi che non ha, accumulando debiti che prima o poi dovranno essere onorati, il tutto a scapito del sostegno che andrebbe dato al tessuto produttivo sul quale si regge la nostra economia (cfr. l'intervista di G. DEL VECCHIO, *Luca Ricolfi: "Ci avviamo verso una società parassita di massa"*, in *Huffingtonpost.it*, 8 maggio 2020).

<sup>11</sup> Ancor prima della sua formale introduzione nell'ordinamento giuridico italiano, il RdC è stato definito dall'Associazione internazionale per la diffusione del reddito di cittadinanza (BIEN) come «reddito erogato in modo incondizionato a tutti, su base individuale, senza verifica delle condizioni economiche o richieste di disponibilità a lavorare». In dottrina sul punto, v. G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Torino 2011 (nonché la produzione scientifica dell'Autore degli ultimi cinque anni); M. VINCIGI, *Verso la tutela della povertà: l'ipotesi del reddito di inclusione*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 301 ss., ed anche M. MARTONE, *Il reddito di cittadinanza. Una grande utopia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, p. 409 ss., spec. p. 413 ss., che si sofferma, tra l'altro, su alcune prime sperimentazioni come quella praticata in Alaska; *adde*, C. DEL BÒ, *Il reddito di cittadinanza: uno sguardo diacronico e qualche considerazione sulla giustificabilità*

definito «misura attiva rivolta ai cittadini italiani al fine di reinserirli nella vita sociale e lavorativa del Paese», strumento elettivo a tutela della dignità dell'individuo in quanto tale.

Il RdC, successivamente introdotto dal d.l. n. 4/2019 con alcune anticipazioni contenute nella l. n. 145/2018, si segnala per uno spiccato ibridismo giuridico<sup>12</sup> e costituisce uno strumento di sostegno al reddito per i cittadini italiani in condizione di bisogno, caratterizzato da un'evidenza costituzionale non solo europea, ma anche nazionale.

Quanto alla prima, il RdC è riconducibile all'art. 34 della Carta di Nizza, agli artt. 30 e 31 della Carta Sociale Europea, al Pilastro Europeo dei diritti sociali e al Report ILO del febbraio 2018<sup>13</sup>. Quanto alla seconda, l'istituto avrebbe un potenziale addentellato ai principi costituzionali dell'eguaglianza sostanziale, *sub* art. 3 cost., del diritto-dovere al lavoro, di cui all'art. 4 cost.<sup>14</sup>, nella cornice dell'art. 2 cost.<sup>15</sup>, a sua volta paradigmatico del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale dei poveri, degli indigenti e dei disoccupati, di cui all'art. 38 cost.<sup>16</sup>, a meno che non si voglia condividere la tesi di

*morale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, p. 711 ss. Per alcune riflessioni sulle esperienze estere v. T. TREU, *Sustainable social security*, *ivi*, p. 621 ss., spec. p. 649 ss.

<sup>12</sup> M. FORLIVESI, *Reddito minimo garantito e principio lavoristico: un'interazione possibile?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, p. 721 ss., spec. p. 727; *adde*, G. FONTANA, *Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 389/2019, spec. p. 23.

<sup>13</sup> Così G. FONTANA, *Reddito minimo*, *cit.*, spec. p. 19.

<sup>14</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 401/2019, spec. pp. 5-9, che esamina i fondamenti politico-costituzionali del Rdc, alla luce del principio lavorista di cui all'art. 4 cost., ma anche dell'art. 38 cost., strabicamente guardando anche alle fonti europee. Sullo sbilanciamento della disciplina della misura verso la componente del dovere di lavoro, rispetto al diritto al lavoro, v. G. MODICA SCALA, *Il reddito di cittadinanza tra welfare e metamorfosi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 402/2019, spec. p. 19.

<sup>15</sup> R. CASILLO, *Reddito di inclusione e figure affini*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, 3, spec. p. 501 ss.

<sup>16</sup> Riconduce il Rdc all'assistenza sociale e quindi all'art. 38, comma 1, cost., P. SANDULLI, *Nuovi modelli di protezione sociale fra istanze risalenti e pretese recenti: profili di criticità e problemi di finanziamento*, in *Studi in onore di Roberto Pessi*, in corso di pubblicazione. *Adde*, P. TRIDICO, *Il reddito di cittadinanza secondo Tridico, l'ideatore della riforma*, in *Corriere della sera*, 27 gennaio 2019, che richiama anche il Pilastro Sociale dell'UE, il cui art. 14 prevede il diritto al reddito minimo per garantire una vita dignitosa e allo stesso tempo ritiene utile combinare tale reddito minimo con incentivi alla integrazione nel mercato del lavoro; sul punto v.

chi riconduce il RdC all'unità sistemica dell'inclusione sociale, quale conseguenza esclusiva del fattore lavoro<sup>17</sup>.

La misura esige il rispetto di meccanismi di condizionalità<sup>18</sup> e l'adempimento di obblighi di partecipazione a misure di politica attiva (meccanismi e obblighi sospesi per alcuni mesi, ex art. 40, d.l. 17 marzo 2010, n. 18 – c.d. Cura Italia<sup>19</sup> – in ragione dell'emergenza Covid-19), con modalità anche più severe rispetto a quelle già pre-

anche S.L. GENTILE, *Analisi soltanto giuridica del reddito di cittadinanza*, in *Foro it.*, 2019, V, 1 (estr.); voce dissonante è quella di P. ALLEVA, *Reddito di cittadinanza e crescita occupazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 111 ss., spec. p. 112, che non condivide la qualificazione giuridica puramente assistenziale del Rdc, ritenendo invece che la misura non distribuisca solo risorse economiche, ma possa anche essere produttiva di occupazione. In termini isolati, v. A. SGROI, *La condizionalità e le politiche attive del lavoro dalla NASpI al Reddito di cittadinanza*, in *Labor*, 2019, p. 369 ss., spec. p. 381, che parla di ««schiacciamento» sulla componente lavoristica, a detrimento della componente assistenziale che, in operazioni legislative di tal fatta, dovrebbe avere invece una rilevanza preponderante». Analoga valutazione viene formulata da L. VALENTE, *I diritti dei disoccupati*, Milano 2019, spec. p. 32, che parla di «evidente sbilanciamento in senso lavoristico della misura», visto il (comparativo) massiccio investimento per il potenziamento della rete dei Centri per l'impiego, ma la completa assenza di investimenti nella rete dei servizi di assistenza gestiti dai Comuni. Parzialmente difforme il giudizio espresso da E. DAGNINO, *Il reddito di cittadinanza tra universalismo e condizionalità. Spigolature lavoristiche sul decreto-legge n. 4/2019 convertito in legge n. 26/2019*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 967 ss., spec. p. 972, sulla evoluzione «lavoristica» della disciplina del Rdc, dal d.d.l. 1148/2013 al d.l. n. 4/2019, ritenendo che non sia possibile «parlare di una vera e propria svolta lavoristica, quanto piuttosto di un effetto incrementale del dibattito sorto intorno agli effetti di promozione del parassitismo lamentati nel dibattito pubblico».

<sup>17</sup> R. CASILLO, *Il reddito*, cit., spec. p. 562.

<sup>18</sup> Come evidenzia L. VALENTE, *Contrasto alla povertà e promozione del lavoro tra buoni propositi e vecchi vizi*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1081 ss., spec. p. 1083, quello della condizionalità è un argomento delicato sotto il profilo della comunicazione mediatica tanto che di essa si parla nei dibattiti in sede tecnica tra gli addetti ai lavori, negandone l'esistenza di fronte al grande pubblico. Cfr. G. MODICA SCALA, *Il reddito*, cit., spec. p. 3, che tanto per il ReI, quanto per il Rdc, parla di «misure condizionate, tanto al possesso dei requisiti di accesso (c.d. selettività) quanto alla disponibilità a rendersi «occupabile» nel mercato del lavoro (c.d. condizionalità)». Per alcune interessanti riflessioni sul fondamento costituzionale della condizionalità v. F. RAVELLI, *Condizionalità e «merito» nel sistema di sicurezza sociale italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, p. 585 ss., che la riconduce all'art. 4, comma 2, cost., sebbene l'Autore non manchi comunque di stigmatizzarne alcuni nodi critici alla luce del *Jobs Act*.

<sup>19</sup> Su cui v. L. VALENTE, *La sospensione delle misure di condizionalità*, in D. GAROFALO (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, cit., p. 273 ss.



senti nel nostro ordinamento, corroborando la tesi che riconduce l'istituto al reddito minimo garantito, secondo il modello del c.d. universalismo selettivo<sup>20</sup>, piuttosto che al reddito di base<sup>21</sup>.

L'obiettivo del contrasto alla povertà tramite il Rdc induce ad interrogarsi sul rapporto che esso ha con il deprecabile fenomeno del c.d. lavoro povero<sup>22</sup> e con il rischio della trappola della

<sup>20</sup> Così S. SPATTINI, *Reddito di cittadinanza: una prima lettura*, in *Boll. Adapt*, 18 febbraio 2019, n. 7, che argomenta in tal senso anche alla luce della relazione tecnica allegata al d.l. n. 4/2019; G. MORGESE, *Discriminazioni dirette e indirette a carico dei cittadini non-italiani nell'accesso al reddito e alla pensione di cittadinanza*, in *Studi integr. eur.*, 2019, 3, p. 655 ss.; M. CORTI, A. SARTORI, *L'attivazione nel reddito di cittadinanza. I rapporti di lavoro nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 85 ss., spec. p. 88; S. GIUBBONI, *Primi appunti*, cit., spec. p. 2, nonché p. 15; R. RIVERSO, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, in *Quest. giust.*, 6 giugno 2019, § 1; E. DAGNINO, *Il reddito*, cit., spec. p. 968; R. CASILLO, *Reddito di inclusione*, cit., spec. pp. 496-497; ID., *Il reddito di cittadinanza nel d.l. n. 4/2019: precedenti, luci e ombre*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 557 ss., spec. p. 558.

<sup>21</sup> Sul punto si rinvia alla ricca produzione di Giuseppe Bronzini, tra cui G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza*, cit.; ID., *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 225 ss.; ID., *Il reddito minimo garantito e la riforma degli ammortizzatori sociali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - n. 270/2015; ID., *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'era dell'innovazione*, Milano 2018; ID., *Il reddito di base e le metamorfosi del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, p. 701 ss., ove l'Autore esamina l'interessante rapporto tra trasformazione (riduzione?) del lavoro, povertà e reddito di base, quest'ultimo quale strumento per rendere più morbida la transizione verso una società ad elevata automazione e con potenziali riduzioni drastiche delle occasioni di lavoro; da ultimo ID., *Il reddito minimo nello scenario post pandemico. Quali lezioni dalla crisi?*, in *Europeanrights*, Newsletter n. 87, 15 luglio 2021. In argomento v. anche C. DEL BÒ, *Il reddito*, cit., spec. p. 715; M. FORLIVESI M., *Reddito minimo*, cit., p. 721 ss.; S. TOSO, *Il reddito di base fondamenti teorici e problemi applicativi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, p. 731 ss.

<sup>22</sup> Su cui v. C. LUCIFORA, *Il rischio di restare nella trappola della povertà*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 febbraio 2019, che evidenzia come «Il lavoro [...] diventa povero, soprattutto in associazione ad una bassa intensità di lavoro e concentrato in un solo percettore, una combinazione che spesso non è in grado di garantire un reddito dignitoso ai lavoratori e alle famiglie. Infine il lavoro povero risulta maggiormente concentrato tra i lavoratori meno qualificati, quelli con contratti precari, e nelle regioni economicamente più fragili, come nel Mezzogiorno». Sull'assenza di idonee politiche funzionali all'aumento dei salari medi e sulla possibilità che il RdC contribuisca a spingere al rialzo la soglia dei lavori accettati in Italia in termini di dignità, salari e condizioni lavorative, cfr. G. GUZZI, *Lettera di un giovane economista ai critici del reddito di cittadinanza*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 febbraio 2019. Più ampiamente sul lavoro povero v. il numero monografico di *Lavoro e diritto* n. 1/2019, con contributi di P. BARBIERI (*Il lavoro povero in Italia: determinanti strutturali e politiche di contrasto*), F. FRACCAROLI, I. BARBIERI

povertà<sup>23</sup>, a meno che in futuro non si riveda al ribasso la soglia di povertà per scongiurare quest'ultimo rischio, ovviamente sulla pelle dei lavoratori<sup>24</sup>. Ed infatti, il presupposto del RdC è l'impegno attivo del beneficiario che dovrà aderire alle offerte di lavoro provenienti dai centri per l'impiego, col concorso delle Agenzie per il lavoro, entro un arco temporale prestabilito, con decadenza dal beneficio in caso di rifiuto ingiustificato di aderire all'offerta lavorativa proposta.

A tale proposito è proprio la pessima condizione in cui versano tuttora i centri per l'impiego a costituire il "tallone d'Achille" del RdC, rinforzato con alcune misure di potenziamento, finanziarie ed organiche contenute proprio nel d.l. n. 4/2019, senza la cui efficacia, l'ambiziosa finalità del RdC corre il rischio di realizzare, invece, l'icona rawlsiana del «surfista di Malibù»<sup>25</sup>, apparendo a questo punto non più rinviabile la riforma della pubblica amministrazione di

(Le ricadute del "lavoro povero" sul benessere della persona e delle organizzazioni), V. FERRARIS (*Una lettura economica del lavoro povero*), M. BORZAGA (*Le politiche dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dell'Unione europea in tema di contrasto alla povertà*), A. LASSANDARI (*Oltre la "grande dicotomia"? La povertà tra subordinazione e autonomia*), A. OCCHINO (*Povertà e lavoro atipico*), F. BANO (*Il lavoro povero nell'economia digitale*), C. FALERI (*Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento del (bisogno di) lavoro*), A. TONARELLI, M.L. VALLAURI (*Povertà femminile e diritti delle donne al lavoro*). Inoltre, in tema v. G. FONTANA, *Reddito minimo*, cit., spec. p. 36 ss., ma soprattutto v. le riflessioni a margine contenute nel XX "Rapporto sul mercato del lavoro e sulla contrattazione collettiva", 6 dicembre 2018, in cnel.it. Sulla sfida lanciata alla retribuzione dall'aumento delle diseguglianze v. T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - n. 386/2019, spec. p. 3, secondo cui «Tale sfida mette in primo piano la funzione della retribuzione come strumento di prevenzione e di contrasto della povertà avvicinandola agli istituti tipici del welfare».

<sup>23</sup> Si tratta di un fenomeno ricorrente nei Paesi in cui viene attivata una qualche forma di reddito minimo, in relazione al quale «Gli individui sostanzialmente rimangono intrappolati tra incentivi e sussidi di varia natura che rendono la ricerca del lavoro meno urgente e necessaria (cfr. C. LUCIFORA, *Il rischio*, cit.). Per un'analisi del fenomeno dei *working poors* in Italia, corroborata dai dati relativi alle retribuzioni per fasce d'età e tipologie contrattuali, v. C. BRUSINI, *Reddito e stipendi, per gli under 24 buste paga poco sopra i 780 euro. Il 12,4% dei giovani che lavorano a rischio povertà*, in *Il Fatto Quotidiano*, 10 febbraio 2019.

<sup>24</sup> Per alcuni spunti sul tema v. L. ZOPPOLI, *Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 400/2019, spec. p. 24, nota 67.

<sup>25</sup> Con riferimento al rapporto tra gli strumenti di contrasto alla povertà e le teorie di Rawls, v. A. ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, p. 424 ss., nonché G.

cui vengono fornite anticipazioni nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (*infra*).

Quest'ultimo interviene dopo più di un anno di pandemia, durante il quale lo Stato ha erogato ammortizzatori sociali e il Reddito di ultima istanza (c.d. Rui) ai lavoratori rimasti disoccupati e misure a vario titolo riconducibili al contrasto alla povertà (Reddito di cittadinanza, Reddito di emergenza e quota di quest'ultimo), a chi non versava in condizione di disoccupazione, ma risultasse "povero". Di fatto, quindi, un sistema composito ed orientato al contingente<sup>26</sup>, vista anche la natura temporanea dell'evento pandemico, con una proliferazione di strumenti tuttora esigibili, che poteva essere evitata graduando sul piano temporale (durata) e quantitativo (*décalage*) quello principale.

La struttura del Rdc durante il periodo pandemico non ha subito mutamenti, come dimostra l'assenza di interventi normativi a modifica dell'impianto del d.l. n. 4/2019, sebbene vadano segnalate alcune ricadute indirette della legislazione anti Covid-19 sulla disciplina del Rdc: si pensi alla generalizzata incumulabilità tra Rdc e prestazioni Covid-19, temperata dalla previsione secondo cui gli appartenenti a nuclei familiari percettori del Rdc ove quest'ultimo risulti inferiore a quello dell'indennità Covid-19, godranno della integrazione su base mensile del Rdc a concorrenza dell'ammontare della stessa indennità<sup>27</sup>.

Per il resto, come si evince anche dal contenuto del d.l. 22 marzo 2021, n. 41, il legislatore si è limitato a riproporre le medesime misure varate nel 2020 (ammortizzatori sociali Covid, Rui, Rem, quota di Rem), continuando a credere nella funzionalità post-pandemica del Rdc, visto l'ulteriore rifinanziamento di questo strumento con un altro miliardo di euro per l'anno 2021 (art. 11, d.l. n. 41/2021).

Il mancato intervento sull'impianto del d.l. n. 4/2019 in questo limbo temporale, costituito dallo stato di emergenza sanitaria, ha un senso, non potendosi che rinviare le ineludibili modifiche da apportare all'istituto una volta giunti in vista del ritorno alla normalità.

Un'utile traccia in proposito può essere fornita dal primo rapporto annuale sull'attuazione del Rdc e su una lettura in controluce del PNRR.

BONGIOVANNI, *Basic income, reciprocità, appartenenza, ivi*, p. 691 ss., ma anche C. DEL BÒ, *Il reddito*, cit., spec. p. 713 ss.

<sup>26</sup> Così B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto*, cit., p. 64, secondo i quali si è optato per la creazione di un sistema di sostegno temporaneo e contingente composto da un insieme di prestazioni *target oriented*.

<sup>27</sup> Si vedano gli artt. 84, comma 13, e 85, comma 3, d.l. n. 34/2020.

4. *Il primo rapporto annuale sull'attuazione del Reddito di cittadinanza: tra vocazione universalistica della misura e coerenza comunitaria*

L'introduzione di nuovi strumenti di sostegno al reddito, caratterizzati da un forte impatto sulla spesa pubblica, non può non essere accompagnata dal monitoraggio della loro attuazione, per comprendere se effettivamente le finalità e gli obiettivi originari siano stati conseguiti in tutto o in parte.

Ebbene, in tal senso è orientato in primo luogo il Comitato scientifico per la valutazione del reddito di cittadinanza (art. 10, comma 1-*bis*, d.l. n. 4/2019), istituito formalmente con d.m. 15 marzo 2021, n. 49, di cui fanno parte sia rappresentanti delle istituzioni coinvolte nella gestione del Rdc, sia esperti indipendenti.

Va poi richiamato il Rapporto annuale sull'attuazione del Rdc, redatto sulla base delle informazioni rilevate dalle piattaforme digitali per l'attivazione e la gestione dei patti per il lavoro e dei patti per l'inclusione sociale (art. 6, d.l. n. 4/2019), nonché di quelle fornite dall'INPS e dall'ANPAL, oltre che sulla base delle altre informazioni disponibili in materia. Il documento è previsto dal comma 1, del citato art. 10, che quindi conferma la responsabilità in capo al Ministero del lavoro e delle politiche sociali del monitoraggio sull'attuazione del Rdc.

Vista la istituzione recente del Comitato scientifico, e quindi l'assenza di dati o documenti provenienti da questo organo collegiale, appare utile analizzare i risultati cui perviene il Rapporto annuale. Volendo anticipare una riflessione conclusiva, il Rapporto annuale consente di sostenere che il Rdc è diventato misura-cardine delle politiche sociali italiane, con i quasi 3,5 milioni di beneficiari della misura<sup>28</sup>, per un totale di quasi 1,5 milioni di famiglie, nell'arco temporale collocato tra il 1° aprile 2019 ed il 30 giugno 2020, ai quali è stato corrisposto in media un ammontare mensile che va da 525 euro (solo reddito), a 561 euro (reddito e integrazione per l'affitto), ovvero a 641 euro (reddito e integrazione per il mutuo).

Il Rapporto segnala in modo significativo il dato relativo ai percettori minori di età, che nel solo 2019 sono stati più di 700.000, cui si somma un altro milione di beneficiari di età inferiore ai 25 anni, facendo assumere al reddito di cittadinanza il ruolo di elemento di

<sup>28</sup> Al 30 giugno 2020, 2,7 milioni di individui, per un totale di 1,1 milioni di famiglie, beneficiavano del reddito, mentre ulteriori 137.000 beneficiari, corrispondenti a 120.000 nuclei familiari, percepivano la pensione di cittadinanza.

rottura del meccanismo di trasmissione intergenerazionale delle povertà, con l'opportunità di avviare un percorso di mobilità sociale, specie se si considera che l'aumento del tasso di disoccupazione giovanile è stato il triplo di quello del tasso di disoccupazione generale tra il primo e il terzo trimestre del 2020, e che un ingresso ritardato nel mercato del lavoro potrebbe segnare questa generazione per gli anni a venire<sup>29</sup>.

Gli strumenti dei Patti per il lavoro e dei Patti per l'inclusione sociale, definiti rispettivamente dai Centri per l'impiego e dai Servizi sociali territoriali sulla base delle risorse e dei bisogni dei nuclei famigliari, consentono la realizzazione di un ponte tra i destinatari della misura ed i percorsi formativi, di reinserimento lavorativo, di inclusione sociale, definiti in base alle esigenze rilevate in occasione della valutazione individuale, familiare e di contesto.

Probabilmente, il Rdc potrebbe consentire all'Italia di risultare ottemperante ai contenuti della Raccomandazione del Consiglio europeo alla Commissione e agli Stati membri per attuare il Pilastro europeo dei diritti sociali su un efficace supporto attivo all'occupazione a seguito della crisi Covid-19 del 4 marzo 2021 (*Effective Active Support to Employment* - c.d. EASE), ponendosi come strumento-ponte «between the emergency measures, taken in the context of the pandemic, and those necessary to ease the process of labour and capital reallocation in the recovery». Non a caso, la citata Raccomandazione suggerisce che «The EU and the Member States should act together to promote a dynamic, job-rich and inclusive recovery and facilitate the green and digital transition in the European labour market. Attention should be given to the risks of phasing out emergency measures without effective new policies in place to support workers and firms during the recovery»<sup>30</sup>.

Infatti, la principale richiesta formulata agli Stati Membri dall'UE riguarda la necessità di favorire «the on-going transition from declining sectors to economic activities that have higher growth potential and strategic value in the context of the green and digital transitions, and from demographic change». Di conseguenza gli Stati Membri «should promote a job-rich recovery,

<sup>29</sup> Così il *considerando* n. 4 della Raccomandazione del Consiglio europeo alla Commissione e agli Stati membri per attuare il Pilastro europeo dei diritti sociali su un efficace supporto attivo all'occupazione a seguito della crisi Covid-19 del 4 marzo 2021 (c.d. *Effective Active Support to Employment* - c.d. EASE).

<sup>30</sup> V. il *considerando* n. 6 della Raccomandazione citata nella nota precedente.

encourage skills development and support people in their transition to new quality jobs», in sintonia con le linee guida contenute nella medesima Raccomandazione.

Una sorta di cartina di tornasole a riguardo è contenuta nella *guideline* III.16, secondo cui gli Stati Membri «dovrebbero garantire che i servizi pubblici per l'impiego abbiano le capacità operative necessarie per fornire direttamente o in altro modo contribuire alla fornitura delle diverse forme di sostegno di cui sopra. Dovrebbero essere promosse attività di sensibilizzazione da parte dei servizi pubblici per l'impiego, con un *focus* specifico sui giovani disoccupati di lunga durata o inattivi difficili da raggiungere, in collaborazione con i servizi sociali».

Orbene, proprio l'auspicata collaborazione tra servizi pubblici per l'impiego e servizi sociali costituisce la cifra caratterizzante il Rdc, in grado di intercettare non solo il bisogno occupazionale, ma anche il disagio sociale, che deprime la possibilità che uno o più componenti del nucleo familiare *standard* possa mettersi alla ricerca di occupazione ed effettivamente trovarla, specie se privo anche di un minimo sostegno economico in grado di supportarlo nell'attività in questione.

##### 5. *Reddito di cittadinanza e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: quale sostegno alla transizione occupazionale?*

La recente pubblicazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha rinfocolato il dibattito sul Reddito di Cittadinanza e sulla sua utilità nel futuro post-pandemico, specie alla luce dell'assenza nel PNRR di qualsiasi riferimento all'introduzione del salario minimo garantito quale elemento di priorità nazionale per il contrasto alla povertà<sup>31</sup>.

L'investimento sul RdC trova sponda e sostegno (impliciti) nella Raccomandazione del Consiglio del 4 marzo 2021 prima citata, ma anche nella precedente Raccomandazione sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia, che esprime un parere del Consiglio sul programma di stabilità 2020 dell'Italia del 20 maggio 2020, il cui *considerando* n. 17 ritiene «fondamentale la prestazione di servizi per l'inclusione sociale e nel mercato del lavoro», evidenziando che

<sup>31</sup> Cfr. F. SEGHEZZI, *La scomparsa silenziosa del salario minimo dal PNRR*, in *Boll. Adapt*, 3 maggio 2021, n. 17

«Il reddito di cittadinanza, del quale ha beneficiato più di un milione di famiglie nel corso dell'ultimo anno (513 EUR in media), può attenuare gli effetti della crisi. Tuttavia si potrebbe migliorarne la diffusione tra i gruppi vulnerabili. Il Governo ha introdotto un ulteriore "reddito di emergenza" a carattere temporaneo per sostenere le famiglie che finora non erano ammissibili a beneficiare del reddito di cittadinanza».

La collocazione naturale del RdC all'interno del PNRR è quella effettivamente assegnatagli in occasione della stesura del documento, e cioè all'interno della Missione 5, dedicata a Inclusione e Coesione, che assorbe circa il 10% delle risorse messe a disposizione dal *Recovery and Resilience Facility*, pari complessivamente a 191,5 miliardi di euro<sup>32</sup>.

La Missione 5, per espresso riconoscimento del PNRR, ha carattere trasversale rispetto alle altre, poiché per accompagnare la modernizzazione del sistema economico del Paese e la transizione verso un'economia sostenibile e digitale è indispensabile un investimento robusto a favore delle politiche di sostegno all'occupazione, quindi sia politiche attive del lavoro (formazione e riqualificazione dei lavoratori), sia politiche passive (strumenti a garanzia del reddito durante le transizioni occupazionali).

Il PNRR annuncia l'ennesima riforma delle politiche attive e, sostanzialmente rivalutando il principio di sussidiarietà orizzontale, "chiama alle armi" i comuni, per quanto concerne le progettualità

<sup>32</sup> A parere di alcuni esponenti del M5S l'assenza del RdC all'interno del PNRR avrebbe potuto determinare la bocciatura di quest'ultimo da parte della Commissione Europea. Questa è l'opinione di Maria Laura Mantovani, parlamentare del M5S, comparsa sulla sua pagina *Facebook* il 22 febbraio 2021, che si riporta integralmente qui di seguito: «Reddito di Cittadinanza: dall'Europa arriva un segnale importantissimo. È stato pubblicato il regolamento di istituzione del #RecoveryFund, che dice una cosa molto chiara: tra i principali parametri di cui la Commissione terrà conto nel valutare i progetti nazionali c'è proprio il rispetto delle raccomandazioni di maggio 2020, secondo cui occorre estendere e rafforzare il rdc per tutelare le persone più colpite dalla drammatica crisi sociale innescata dal #Covid. Cioè: senza il reddito di cittadinanza l'Italia rischierebbe la bocciatura del documento necessario a ottenere le risorse del Next Generation Eu, gli oltre 200 miliardi su cui si fonda la strategia per la ripartenza del Paese. Ora più che mai, in un momento così complesso per la nazione, è arrivato il momento di estendere, di rafforzare, e di migliorare l'efficacia di questo irrinunciabile strumento di civiltà, di cui l'Italia dispone grazie all'impegno e alla tenacia del Movimento 5 Stelle. Siamo ancora al governo anche per questo. Perché affermare un principio non significa soltanto evocarlo a parole, ma combattere ogni giorno perché si realizzi».

a valenza sociale, avvicinando la gestione del disagio sociale e delle vulnerabilità al soggetto istituzionale più vicino ad essi, questa volta evitando di effettuare interventi a costo zero, ma anticipando che i servizi in parola saranno oggetto nei prossimi anni di un finanziamento specifico rafforzato sul Bilancio dello Stato.

Con riferimento al potenziamento delle politiche attive, il PNRR intende sostenere l'occupabilità di lavoratori in transizione e disoccupati (includendo espressamente in questa categoria proprio i percettori di RdC), mediante l'ampliamento delle misure specifiche (si pensi all'assegno di ricollocazione), nell'ambito del nuovo "Programma Nazionale per la Garanzia Occupabilità dei Lavoratori (GOL)". L'impressione che si ricava è che il Governo abbia preferito assumere un'obbligazione di mezzi, piuttosto che una più pregnante obbligazione di risultati, puntando sulle attività da mettere in campo, senza definire gli obiettivi quantitativi da raggiungere.

I destinatari delle politiche attive privi di occupazione beneficeranno di nuovi strumenti di presa in carico che, a partire dalla profilazione della persona, dovrebbero essere in grado di definire percorsi personalizzati di riqualificazione delle competenze e di accompagnamento al lavoro. Inoltre, si intende promuovere la revisione della *governance* del sistema di formazione professionale in Italia, attraverso l'adozione del "Piano Nazionale Nuove Competenze", fissando *standard* di formazione per i disoccupati censiti dai centri per l'impiego, rafforzando il sistema della formazione professionale e promuovendo una rete territoriale dei servizi di istruzione, formazione, lavoro anche attraverso partenariati pubblico-privati.

La manutenzione dell'occupabilità degli occupati sfrutta le risorse messe a disposizione del Fondo Nuove Competenze dal REACT-EU (*Recovery Assistance for Cohesion and the Territories of Europe*, ovvero il Pacchetto di assistenza alla ripresa per la coesione e i territori d'Europa)<sup>33</sup>.

La riforma delle politiche attive del lavoro non può che accompagnarsi alla prosecuzione del processo di rafforzamento dei Centri per l'Impiego, finalmente avviato proprio grazie al RdC, attraverso la promozione di interventi di *capacity building* a supporto delle strutture, con l'obiettivo di fornire servizi innovativi di politica at-

<sup>33</sup> In sostanza, si consentirà alle aziende la rimodulazione dell'orario di lavoro, in favore di iniziative formative erogate sulla base di specifici accordi collettivi con le organizzazioni sindacali, ponendo il costo delle ore di formazione a carico di REACT-UE, mentre le imprese dovranno sostenere i costi della formazione (aule e docenti), attingendo eventualmente ai Fondi interprofessionali.



tiva, finalizzati anche alla riqualificazione professionale (*upskilling* e *reskilling*), mediante il coinvolgimento di *stakeholder* pubblici e privati, aumentando la prossimità ai cittadini e favorendo la costruzione di reti tra i diversi servizi territoriali.

Dunque, ancora una volta il PNRR ha il principio di sussidiarietà quale propria “stella polare”, puntando sempre su strutture e soggetti vicini all’utente e alle criticità da risolvere.

A ben guardare, però, due sono le incognite che corrono il rischio di far naufragare l’imponente progetto varato con il PNRR in materia di inclusione socio-occupazionale e quindi anche di funzionalizzazione del RdC agli obiettivi stabiliti nel Piano.

La prima è rappresentata dall’entità delle risorse messe a disposizione dei centri per l’impiego per rafforzarne la struttura e le capacità. Si tratta di 600 milioni di euro, destinati a completare interventi già avviati (400 milioni) e realizzare attività additive, ma a quanto consta non utilizzabili per aumentare il numero degli operatori dei Cpi, tuttora quantitativamente (ma anche qualitativamente) insufficienti per sostenere la platea di soggetti presi (e da prendere) in carico, specie se si considerano le attività aggiuntive dal PNRR poste ulteriormente a carico dei Cpi; basti pensare al ruolo conferito a questi ultimi nel supporto alla ricerca di occupazione per i senza fissa dimora che trovino accoglienza in strutture di *housing* temporaneo gestite dai comuni.

Dunque, nessun cenno ai *navigator*, né tanto meno alcun riferimento si rinviene a favore di un potenziale piano di robusto ricambio generazionale degli attuali operatori, in favore di personale più giovane, motivato e selezionato, magari attingendo alle nuove modalità di reclutamento di cui si parla nel medesimo PNRR, che intenderebbero privilegiare il buon andamento della p.a. (e quindi le competenze piuttosto che le conoscenze dei candidati), rispetto alla imparzialità (e quindi a meccanismi selettivi applicati meccanicamente). Invero, in generale il PNRR fa ampio riferimento alla riforma della p.a., ma un cenno specifico ai Cpi, diversamente dalla amministrazione della giustizia, non è rinvenibile.

Analoga riflessione può farsi con riferimento all’atavico problema dei formatori.

Investire in politiche attive e soprattutto in formazione presuppone che l’erogazione delle attività avvenga da parte di personale in possesso di determinate capacità ed in grado di trasmetterle, ma anche su questo profilo non si rinviene alcun elemento di discontinuità rispetto al passato, caratterizzato dal totale stallo della riforma del sistema di istruzione e formazione professionale dopo la venta-

ta riformatrice del 1997-2000 (dalla legge n. 196/1997 alla legge n. 53/2000, passando per la legge n. 9/1999).

La seconda incognita è, invece, istituzionale.

Il fallimento del *referendum* costituzionale del 4 dicembre 2016 che, nelle intenzioni di Matteo Renzi, avrebbe dovuto ricentralizzare la gestione del mercato del lavoro, ha lasciato inalterato il riparto di competenze tra Stato e Regioni e il PNRR sembra aver ben chiaro questo limite quando sostiene la necessità di realizzare l'ennesima riforma.

Diversi sono i *passe-partout* utilizzati dal Piano per superare l'*impasse* rappresentata dal farraginoso impianto dell'art. 117 cost., segnalandosi all'uopo il riferimento testuale al coordinamento inter-istituzionale (quindi uno strumento paradigmatico di leale collaborazione), realizzabile in seno alla Conferenza Stato-Regioni, nonché alla definizione di livelli essenziali di prestazioni (ad esempio in materia di formazione professionale). Non può, pertanto, che condividersi quanto afferma Del Conte, secondo il quale «non ci sarà nessun piano credibile sulle politiche attive del lavoro se Stato e Regioni non si siederanno attorno a un tavolo, con spirito di leale collaborazione, e non definiranno un chiaro e condiviso sistema di *governance* che individui con precisione i livelli decisionali e quelli gestionali e fissi gli obiettivi ai quali dovranno essere vincolate ogni misura e ogni finanziamento»<sup>34</sup>.

Come si può notare, quindi, l'ibridismo giuridico che ha caratterizzato il RdC sin dalla sua nascita lo contraddistingue anche in questa fase di passaggio verso la maturità, sebbene il PNRR, aggregando il RdC ad altri istituti funzionali a realizzare la transizione occupazionale, non contribuisca in modo determinante a dissipare le nebbie sul futuro dell'istituto.

## 6. *Alcune osservazioni conclusive sulle prospettive del Reddito di cittadinanza*

Il funzionamento del Rdc dopo la pandemia sarà condizionato fortemente dalla capacità del nostro Stato di utilizzare in modo coerente le risorse del PNRR.

Infatti, la forte interconnessione tra le Missioni contenute nel

<sup>34</sup> M. DEL CONTE, *Cosa c'è da rivedere nel capitolo sul lavoro del Recovery plan*, in *Il Foglio*, 3 marzo 2021.

documento potrebbe produrre positivi rimbalzi anche in settori apparentemente lontani, si pensi all'impatto che una reale digitalizzazione del Paese e della pubblica amministrazione potrebbe realizzare in termini di semplificazione e di creazione di nuovi posti di lavoro e quindi di inclusione socio-occupazionale.

Il Covid-19 lascerà macerie sociali la cui rimozione richiederà anni, essendosi ingrossato a dismisura l'esercito composto da lavoratori solo formalmente occupati per effetto del blocco dei licenziamenti, dai disoccupati che stanno per esaurire gli strumenti di sostegno al reddito, ed infine, dai *working-poor* anch'essi in continuo aumento.

Una delle prime questioni da affrontare, in relazione alla disciplina del Rdc, è il suo *upgrade*, dovendo diventare un vero *in-work benefit*, cioè uno strumento che appaia realmente funzionale e attrattivo per spingere nel mercato del lavoro chi è ai suoi margini, non dimenticandosi però di quella fetta di popolazione che non è ancora in grado di farlo (per una cronica povertà di *skills*) o non potrà mai farlo (si pensi ai disabili gravi, specie quelli psichici).

Tuttora irrisolta (e da risolvere) è la strisciante discriminatorietà della misura, nella componente relativa al requisito della cittadinanza di cui all'art. 2, d.l. n. 4/2019, che rischia di consegnare alle *bidonvilles* (si pensi alla "pista di Borgo Mezzanone" in agro di Foggia) e alla criminalità organizzata straniera operante in Italia, una fetta cospicua di migranti economici che andrebbero visti come risorsa piuttosto che come problema.

In questo caso il punto di crisi non riguarda tanto il Rdc, quanto le politiche migratorie, terreno di scontro ideologico tra le forze politiche, che dovrà quanto prima essere affrontato seriamente.

Un'idea per rilanciare il reddito dopo il Covid potrebbe essere quella di una gestione più flessibile, se non addirittura modulare o combinata, dello stesso e degli altri strumenti di contrasto della povertà, non escludendo una disciplina meno rigorosa del cumulo tra reddito da lavoro e Rdc, che ora sembra disincentivare la ricerca di lavoro, anche precario (si pensi alla previsione di cui all'art. 12, comma 2, d.l. n. 41/2021, che prevede per l'anno 2021 la sospensione fino ad un massimo di sei mesi del beneficio del Rdc nel caso in cui siano stipulati uno o più contratti di lavoro a termine con aumento del valore del reddito familiare fino al limite massimo di euro 10.000).

Le risultanze statistiche contenute nel primo rapporto annuale evidenziano la sostanziale equivalenza tra interventi richiesti ai centri per l'impiego ed ai servizi sociali in relazione a nuclei

familiari ove è presente un componente titolare di rapporto di lavoro subordinato, con l'effetto di includere tra i destinatari degli interventi non solo i poveri senza lavoro, ma anche i poveri con lavoro (*working poor*) di cui parlava anche Massimo Roccella quasi quarant'anni fa.

Alla tradizionale diffidenza del mondo sindacale verso una legge sul salario minimo, solitamente ricondotta ad un tentativo di deprimere la funzione tariffaria della contrattazione collettiva, potrebbe sostituirsi una discreta fiducia verso uno strumento, quale potrebbe essere il Rdc, in grado di realizzare parte degli obiettivi sottesi all'introduzione del salario minimo garantito<sup>35</sup>, a condizione (come detto) che le risorse umane, strumentali ed economiche dei Cpi siano adeguate al ruolo conferito e che si realizzi una vera e propria collaborazione interistituzionale a Costituzione invariata.

<sup>35</sup> Infatti, dal rapporto annuale per il 2020 emerge che il 13% degli individui (259.217) ha un contratto di lavoro subordinato o parasubordinato attivo al momento dell'indirizzamento ai Servizi sociali o ai Cpi, valorizzandosi in tal modo la natura di misura di reddito minimo garantito, atteso che l'accesso al Rdc non discrimina in base allo *status* lavorativo dei potenziali beneficiari, ma considera solo la situazione reddituale e patrimoniale del nucleo nel suo complesso.



SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

## La garantía del salario en los procesos de descentralización productiva

Morir es retirarse, hacerse a un lado,  
ocultarse un momento, estarse quieto,  
pasar el aire de una orilla a nado  
y estar en todas partes en secreto.

*(Jaime Sabines)*

SUMARIO: 1. La descentralización productiva y sus motivaciones. El deterioro de las condiciones de trabajo como consecuencia generalizada. Libertad de empresa y protección de los trabajadores. – 2. La reacción normativa: los rasgos centrales de la regulación laboral de la descentralización productiva en España. – 3. Las posibles reformas del régimen jurídico de la descentralización productiva, con especial referencia al salario.

### 1. *La descentralización productiva y sus motivaciones. El deterioro de las condiciones de trabajo como consecuencia generalizada. Libertad de empresa y protección de los trabajadores*

Los fenómenos de descentralización o externalización constituyen hoy día una forma habitual de organización empresarial. Mucho más a partir de la creciente inserción de las tecnologías de la información y de la comunicación en los procesos productivos, lo que ha permitido la extensión de este tipo de colaboraciones entre empresas más allá del sector industrial tradicional para abarcar, de manera cada vez más intensa, a las actividades de servicios propias del sector terciario<sup>1</sup>.

Lo anterior dibuja un escenario en el que una empresa, que se

<sup>1</sup> La externalización también afecta, y de forma particularmente intensa, a las actividades que realizan las propias administraciones públicas, si bien se articula a través de otras fórmulas contractuales propias de la contratación pública y que están recogidas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. En relación con este tipo de contratación, *Límites a la subcontratación contrarios al Derecho de la Unión Europea*, en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 2020, núm. 167.

denomina como empresa principal en cuanto destinataria final de la prestación, recibe de otra u otras empresas, las llamadas contratistas<sup>2</sup>, una serie de bienes o servicios que finalmente se integran en su propio proceso productivo y de los que obviamente la empresa principal obtiene beneficios. Si bien, desde el punto de vista laboral, tales prestaciones se realizan por trabajadores que no forman parte del personal de la empresa principal sino de la o las contratistas o subcontratistas a las que dicha empresa principal ha acudido requiriendo sus servicios bajo diversas fórmulas contractuales de naturaleza mercantil. En definitiva, empresas asociadas, bajo el control de la empresa principal, para la producción final de un bien o de la prestación de un servicio, pero cuya intensa interconexión contrasta con la dispersión de los trabajadores que participan en dicho proceso, los cuales pertenecen de forma independiente a las distintas empresas implicadas y a los que, en consecuencia, pueden reconocerse estatutos jurídicos diferentes derivados de la propia variedad de normas, esencialmente de tipo colectivo o convencional, que regulan sus relaciones de trabajo.

El fenómeno descrito, en cuanto decisión estratégica de la empresa, encuentra diversas motivaciones que hacen útil, desde diferentes puntos de vista, el recurso a estos servicios externalizados; motivos de los que, por conocidos, solo se hace una breve síntesis a modo de recordatorio<sup>3</sup>:

En primer lugar, mejorar la eficacia y la productividad empresarial seleccionando, dentro del abanico de actividades que integran el concreto y completo proceso productivo, aquéllas que aportan mayor valor, dejando otras, más accesorias y complementarias, para el desempeño por parte de las empresas cuya colaboración se contrata. De tal manera que la empresa principal, conservando el control del íntegro proceso productivo, solo desarrolla con su propio per-

<sup>2</sup> O subcontratistas si es que la externalización se realiza no solamente acudiendo a la empresa principal, de forma directa, a diversas contratistas, configurando unas relaciones que pueden denominarse como en estrella, sino mediante una cadena de contrataciones que, partiendo de la empresa principal, se prolonga mediante sucesivos eslabones que vinculan a la contratista con otras empresas, llamadas subcontratistas, las cuales, a su vez, subcontratan con otras empresas todo o parte de la actividad que han asumido con la contratista. Y así sucesivamente, generando una secuencia en la que pueden estar implicadas numerosas empresas con una relación con la empresa principal cada vez menos directa y más debilitada conforme se incrementa el número de eslabones de dicha cadena.

<sup>3</sup> C. VIQUEIRA PÉREZ, *Las responsabilidades laborales y de seguridad social en los supuestos de subcontratación*, en M. LÓPEZ BALAGUER (COORD.), *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*, Valencia 2018, p. 36 y ss.

sonal las fases que la empresa considera más esenciales o nucleares, contratando con otras empresas la tarea de gestionar con su propio personal aquellas partes consideradas secundarias e indirectamente funcionales para lo que constituye el eje de tal proceso.

En segundo lugar, existe una razón técnica, que se condensa en la idea de la especialización. Es decir, que la empresa principal renuncia a realizar con sus trabajadores una serie de actividades, en todo caso indispensables, pero que requieren un nivel de especialización técnica de la que la empresa principal carece y para la que no tiene, o no le interesa tener, un personal igualmente especializado; entre otras cosas porque esas concretas actividades productivas no forman parte del objetivo productivo central de la empresa principal. La razón técnica justifica, por tanto, que la empresa prefiera acudir para obtener tales servicios, a empresas externas, precisamente las que están especializadas en dichas actividades, con la consecuencia de una mejora de la productividad en virtud precisamente de la especialización. Es el caso de la seguridad de las instalaciones, el asesoramiento técnico en materias diversas como la fiscal, jurídica, formativa, publicitaria, comercial o de prevención de riesgos laborales, la limpieza, el mantenimiento, la selección de personal o la restauración. Actividades que normalmente se adscriben a un sector o sectores de actividad diferentes, tanto entre sí, como respecto de aquél al que pertenece la empresa principal.

En tercer lugar, no puede olvidarse el objetivo de la búsqueda de flexibilidad en lo que se refiere a la adaptación de la plantilla a las cambiantes demandas del mercado y a las vicisitudes económicas, sea de la economía general como de la relativa al sector de actividad en el que opera la empresa principal. Mediante la externalización, la empresa principal, al descargar determinadas actividades en empresas externas, no solamente logra un ahorro en los costes de gestión del personal, sino que puede establecer un control más preciso de la dimensión de su propio personal, permitiéndole, sin necesidad de acudir a los más costosos procesos de despido o de amortización de puestos de trabajo, ajustarse a las características de la demanda con solo dar por finalizada la colaboración interempresarial denunciando los contratos mercantiles que la vinculan con las empresas contratistas; algo que resulta normalmente muy fácil y directo, siempre que así haya sido previsto en el contrato suscrito entre las empresas, ya que tales vínculos son, por definición, temporales y pueden ser disueltos con la única exigencia de la denuncia anticipada. De la misma forma que puede adaptarse con comodidad a la vicisitud contraria de un incremento de la demanda; lo que puede hacer ampliando los términos de la colaboración o recurriendo a otras empresas con



la que suscribir nuevos contratos de empresa y nunca mediante la ampliación numérica de la propia plantilla.

Se trata de una flexibilidad que tiene, además, repercusiones en materia de representación del personal y de negociación colectiva en la medida en que el control del número de trabajadores, bloqueando su incremento mediante la externalización, ubica a la empresa principal en un contexto en el que tales derechos colectivos, muchas veces directamente dependientes del número de trabajadores de la empresa, no les pueden ser exigibles o solamente serlo en condiciones debilitadas. Piénsese, por ejemplo, en el número mínimo de trabajadores requeridos por la norma para elegir un comité de empresa o en su propia composición numérica que se incrementa mientras más numerosa sea la plantilla de la empresa; en el derecho de los sindicatos para tener una representación sindical en la empresa con unas atribuciones concretas, lo que depende del número de trabajadores; en el mandato legal de negociar con la representación de los trabajadores los planes de igualdad para la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de género; o, en fin, en la obligación empresarial de contar con representantes específicos, los llamados delegados de prevención, en materia de prevención de riesgos laborales. Por no hablar de la relevancia del número de trabajadores de la empresa a efectos de la obligación de recurrir a los procedimientos legales de despidos colectivos o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

En cuarto lugar, el que las anteriores sean razones a las que puede reconocerse la legítima finalidad de establecer una organización más eficiente y productiva y, en consecuencia, más rentable desde el punto de vista económico, no pueden ocultar el que, en muchos casos, funciona como motivo principal cual es el del ahorro de costes salariales o, en general, de los costes sociales vinculados a la prestación del trabajo asalariado. No es necesario hacer indagaciones particularmente exhaustivas para comprobar que, normalmente, las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas externas son de peor calidad que las que disfrutaban los trabajadores de la empresa principal: desde la regulación de la jornada y las vacaciones hasta los permisos retribuidos o la seguridad en el trabajo, pasando por las ventajas sociales o las posibilidades formativas y de promoción, e incluyendo desde luego todo lo relacionado con el salario, sea su cuantía, su estructura, los complementos salariales y otro tipo de compensaciones económicas por el trabajo prestado<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> En el mismo sentido, J.M. GOERLICH PESET, *Los límites de la regulación de*

Un rasgo que se acentúa a medida en que las actividades externalizadas se encomiendan, por parte de las empresas a las que se ha contratado inicialmente, a otras empresas mediante la subcontratación, poniendo en marcha una cadena de subcontratas para la que no existe ninguna limitación numérica<sup>5</sup>.

*las contratas y subcontratas*, en M. LÓPEZ BALAGUER (coord.), *Descentralización productiva*, cit., Valencia 2018, p. 18 y C. VIQUEIRA PÉREZ, *Las responsabilidades laborales*, cit., pp. 36-38; también L.E. NORES TORRES, *El trabajo en contratas. La noción de contrata de propia actividad*, Valencia 2004, pp. 22 y ss. Llama, no obstante, la atención el hecho de que, en el caso de la descentralización por parte de entidades públicas, el art. 149.4 de la Ley 9/2017, antes mencionada, establezca que en estos casos el órgano encargado de la contratación pública deba rechazar las ofertas que sean bajas, un criterio que la norma obliga a utilizar para decidir con qué empresa contrata la Administración, cuando lo sean anormalmente y ello se deba al incumplimiento, entre otras razones, de las normas laborales, precisando, en cuanto al salario, que ello sucederá si no se cumplen los convenios colectivos vigentes, sobre todo en materia de salarios. Pero lo relevante de esta mención de la norma sobre contratación pública es que selecciona como referente de los niveles salariales a garantizar al convenio colectivo sectorial aplicable. Esta remisión, que aparentemente excluye como referencia el convenio de ámbito inferior, fundamentalmente de empresa, que es el que suele aplicarse generando la diferencia salarial que empobrece las condiciones de trabajo de los trabajadores de la contrata, es, sin embargo, discutible. No solo porque la existencia de un convenio propio de empresa de la contrata o la subcontrata desplaza, en respeto a la propia autonomía colectiva, al convenio sectorial, sino porque tampoco es evidente que las condiciones del convenio sectorial sean mejores que las establecidas en dicho convenio de empresa, sobre todo si se considera globalmente. En todo caso, hay que subrayar la intencionalidad de la norma de garantizar a los trabajadores de las contratas unas condiciones de trabajo que, al figurar en el convenio sectorial, suelen ser de mayor nivel y calidad que las que se recojan en el convenio de empresa. Pero no siempre es así, como se ha dicho. Se volverá sobre este tema al final del presente trabajo.

<sup>5</sup> Salvo en el caso del sector de la construcción, donde, por imperativo del art. 5 de la Ley 2/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y referido al «régimen de la subcontratación», la subcontratación se limita. Es cierto que la empresa principal o promotora podrá contratar (primer escalón) a cuantos contratistas considere necesario; que, a su vez, las empresas contratistas podrá contratar con empresas subcontratistas (segundo escalón), también sin límite, la ejecución de todo o parte de los trabajos que hubiera contratado con el promotor; y que las empresas subcontratistas podrán también subcontratar (tercer escalón) la ejecución de los trabajos encomendados. Pero aquí se detiene la cadena ya que el tercer subcontratista, como dice la norma, «no podrá subcontratar los trabajos que hubiera contratado con otro subcontratista», como tampoco podrá hacerlo el trabajador autónomo, si es que, dentro de los escalones permitidos, ha sido contratado, sea por la empresa principal, por la contrata o la subcontrata, constituyéndose en este caso en el fin de la cadena. A lo anterior se une la prohibición

En todo caso, hay que subrayar que la implantación de un proceso de descentralización por parte de las empresas constituye una decisión organizativa y productiva que, en el caso español, encuentra su amparo en el art. 38 de la Constitución (CE) cuando reconoce expresamente «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», añadiendo que los poderes públicos deben garantizar y proteger su ejercicio así como la defensa de la productividad<sup>6</sup>.

De manera que, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional, la libertad de empresa abarca el «derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y a hacerlo en libre competencia»; lo que implica «el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado»<sup>7</sup>. Por tanto, se trata de una libertad que, en principio, protege la decisión empresarial de fragmentar el proceso productivo en fases, tareas o actividades y de encomendarlas a empresas externas a través de contratos mercantiles, denominados genéricamente como contratos de arrendamiento de obras y/o servicios, contratos de empresa o, más usualmente, como contratas.

Naturalmente que, pese al reconocimiento constitucional de la

general de subcontratación, al margen del lugar que ocupen en la cadena, dirigida a los subcontratistas «cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas, contratistas o subcontratistas, de la obra». Una prohibición que persigue evitar que la externalización parta de una empresa, la subcontratista, cuya aportación al conjunto del proceso productivo se limite a una fuerza de trabajo con una infraestructura material propia irrelevante; circunstancia en la que dicha subcontratación no se justifica ni siquiera por razones productivas o técnicas sino solamente económica en cuanto al ahorro de costes salariales. Además de lindar peligrosamente con una hipótesis de cesión de trabajadores que, conforme al art. 43 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, ET), es una conducta prohibida, salvo que se trate de una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada para realizar esta tarea (Ley 14/1994, de 1 de junio, por el que se regulan las empresas de trabajo temporal).

<sup>6</sup> Un artículo equivalente al 41 de la Constitución italiana donde se establece que la iniciativa económica privada será libre.

<sup>7</sup> Entre otras muchas, STC 96/2013, de 23 de abril y Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 3026/2001).

libertad de empresa, se trata de un derecho que no es ilimitado, sino que puede estar condicionado por la tutela de otros valores o derechos igualmente reconocidos en la Constitución. Así lo han afirmado diferentes Sentencias del Tribunal Constitucional (STC), de entre las que cabe citar la Sentencia 89/2017, de 4 de julio, conforme a la cual, «el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos»; los cuales han de introducir tales limitaciones por ley, respetando el contenido esencial del derecho y debiendo ser «derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado»<sup>8</sup>. O, como señala la STC 35/2016, de 3 de marzo, el filtro de constitucionalidad de las medidas legales limitadoras de la libertad de empresa lo constituye la verificación de si las medidas de limitación adoptadas son «constitucionalmente adecuadas», es decir, si constituyen medidas «apropiadas para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo», sin que le quepa al Tribunal Constitucional «fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador de una legítima opción política»<sup>9</sup>.

Lo anterior quiere decir que el legislador puede establecer reglas y limitaciones que afecten a la libertad empresarial de organizar procesos o fórmulas de descentralización productiva y de participar en ellas siempre que el fin de dichas medidas legales sea legítimo. Lo que encuentra amparo no solamente en la función social general que el art. 33 de la Constitución española asigna a la propiedad privada sino en la protección de los derechos de los trabajadores reconocidos expresamente en la misma Constitución como lo hacen los arts. 35 (regulador del derecho al trabajo y, más específicamente, del derecho a una remuneración suficiente) y 40.2 (referido a la formación y readaptación profesionales, a la seguridad y salud laboral, a la jornada de trabajo y al descanso).

En consecuencia, y teniendo como finalidad la tutela de las condiciones de trabajo y la garantía de la retribución, la intervención normativa limitadora de las decisiones de externalización es absolutamente legítima y acorde con las exigencias constitucionales, siempre que sea adecuada, razonable y proporcionada al fin elegido<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> STC 127/1994, de 5 de mayo, 109/2003, de 5 de junio, 112/2006, de 5 de abril, 18/2011, de 3 de marzo, 135/2012, de 19 de junio, y 96/2013, de 23 de abril, entre otras.

<sup>9</sup> En el mismo sentido la STC 53/2014, de 10 de abril.

<sup>10</sup> Así se han planteado dudas de constitucionalidad en los casos en los que los

## 2. *La reacción normativa: los rasgos centrales de la regulación laboral de la descentralización productiva en España*<sup>11</sup>

La regulación aplicable actualmente en vigor convierte a la empresa principal (y también a la contratista respecto de la subcontratista, o a ésta respecto de la subcontrata situada en el escalón inferior, si se trata de una cadena de contratas) en garante de los derechos de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas<sup>12</sup>. Una garantía que se fundamenta en el argumento, frecuentemente

convenios colectivos han pretendido imponer a la empresa o empresas contenidas dentro del ámbito de aplicación del convenio una prohibición total de externalización; dudas que se disipan si lo que la norma convencional hace es fijar determinadas condiciones a dicha externalización o establecer la relación de actividades que pueden ser externalizadas (J.L. MONEREO PÉREZ, C. SERRANO FALCÓN, *La subcontratación empresarial: hacia un nuevo modelo de regulación*, Fundación Alternativas, documento de trabajo 160/2010, pp. 38/39.

<sup>11</sup> Es necesario acudir en esta materia a la legislación nacional en la medida en que no existe una regulación comunitaria general en materia de externalización productiva que establezca los estándares mínimos de protección y que regule la descentralización productiva desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los trabajadores afectados por estas prácticas empresariales. Sí existen, en cambio, directivas que recogen este fenómeno, y sus consecuencias laborales, de forma parcial o indirecta. Es el caso de las directivas 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; y, de forma más directa, las directivas 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, y 2014/67/UE, de 15 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, modificada la primera por la directiva 2018/957/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018.

<sup>12</sup> La norma española, a diferencia de la directiva 96/71/CE, establece la responsabilidad de todas las empresas de la cadena de contratas y subcontratas; así lo entendió, en su momento, la STS de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/10538). En efecto, la directiva, en su art. 12, regula una responsabilidad reducida al limitarla al «contratista del que el empleador sea el subcontratista directo», por lo que, en la medida en que la norma comunitaria no pone límites numéricos a la cadena de subcontrataciones, es claro que la directiva no es plenamente eficaz a la hora de evitar los abusos; aunque acepte que los Estados miembros puedan extender dicha responsabilidad a otros eslabones de la cadena (J.M. SERRANO GARCÍA, *La responsabilidad en las contratas y subcontratas en el ámbito comunitario y las necesidades de cambio de la normativa estatal*, en O. FOTINOPOULO BASURKO (coord.), *El*

recogido por las resoluciones judiciales, de que, obteniendo la empresa principal un provecho o beneficio derivado de la incorporación a su ciclo productivo del resultado de la actividad laboral de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas, es razonable que se extienda a ella la responsabilidad de las empresas (contratista o subcontratista) propias de los trabajadores afectados; aunque se trate de una deuda que la ley le impone en relación con trabajadores con los que la empresa principal no ha suscrito ningún vínculo laboral directo<sup>13</sup>.

Dejando al margen la problemática de la diferenciación entre cesión ilegal de trabajadores y contrataciones legítimas, que se afronta en el art. 43 ET, la cuestión de la implicación de la empresa principal en las obligaciones de las empresas directas de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas se regula en el art. 42 del mismo ET. Con una serie de rasgos que permiten calificar dichas garantías como no particularmente exigentes, mucho más teniendo en cuenta la interpretación restrictiva del alcance de la responsabilidad que ha venido realizando el TS.

Así, en primer lugar, lo que el art. 42 establece es la afirmación de una responsabilidad solidaria<sup>14</sup> de la empresa principal (y también de la empresa contratista o subcontratista en el caso de una cadena de contrataciones) respecto de dos cuestiones, las deudas y obligaciones referidas a la seguridad social (esencialmente cotizaciones pero también otras deudas por prestaciones en el caso de incumplimiento empresarial de sus obligaciones de afiliación y cotización) y, en lo que aquí interesa, las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores durante el periodo de vigencia de la contrata.

Es decir, que, en este segundo caso, la norma no establece un principio de garantía de un trato igual en materia salarial respecto

*desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Barcelona 2017, p. 159.

<sup>13</sup> STS de 3 de mayo de 2004 (RJ 2004/4964)

<sup>14</sup> Hay que recordar que la directiva 96/71/C, no establece con claridad el tipo de responsabilidad que afecta a las empresas implicadas, si solidaria o subsidiaria. Aunque la dicción del art. 12.2 de la directiva 2014/67/UE, parece indicar que permite a los Estados miembros elegir una de las dos alternativas al establecer que «los Estados miembros establecerán las medidas que garanticen que, en las cadenas de subcontratación, los trabajadores desplazados puedan hacer responsable de sus derechos [...] al contratista del que el empleador sea subcontratista directo», ya sea además de al empleador (responsabilidad solidaria) o «en su lugar» (responsabilidad subsidiaria); en este sentido, J.M. SERRANO GARCÍA, *La responsabilidad*, cit., p. 160.

de los trabajadores de la empresa principal sino que, respetando la habitual diferencia salarial y de condiciones de trabajo, se limita a introducir un mecanismo de garantía del cobro del salario adeudado colocando en el mismo plano como deudoras solidarias tanto a la empresa directa del trabajador como a la empresa principal (o, eventualmente, también a las empresas que ocupan los sucesivos escalones anteriores en una cadena de contratas). En definitiva, el art. 42 ET acepta y consolida las diferencias salariales entre trabajadores implicados en un mismo proceso productivo, aunque realicen tareas semejantes o de un valor igual, teniendo en realidad un doble objetivo. Ciertamente el de ampliar la garantía de los salarios devengados, pero, a la vez, el de funcionar, mediante la amenaza de esa exigencia de responsabilidad a la empresa principal, como un instrumento de depuración, en el mercado de las contratas, de las empresas incumplidoras o poco solventes. Empresas sobre las que el art. 42 ET fuerza a la empresa principal a ejercer un control, tanto previo como durante el tiempo de colaboración, para evitar quedar afectada por una responsabilidad salarial que no le es propia.

Lo que sucede es que dicha responsabilidad solidaria por deudas salariales queda fuertemente limitada por el tipo de empresas a las que puede afectar, así como por el propio concepto de retribución salarial que el precepto maneja. Solamente en lo que hace al tipo de vínculo contractual que une a las empresas implicadas, el TS ha hecho una interpretación extensiva, entendiendo que «ese negocio jurídico entre la empresa principal y la auxiliar no aparece tipificado o restringido desde la perspectiva de la norma laboral: podría ser de derecho público o privado; temporal o permanente; a título oneroso o gratuito; referido a un aspecto nuclear o a una cuestión colateral del proceso productivo; comunicado a la clientela o mantenido en reserva, etc.»<sup>15</sup>.

En cuanto a los elementos restrictivos, el primero se centra en el ámbito subjetivo de la responsabilidad solidaria, que se limita a las contratas y subcontratas de la “propia actividad” de la empresa principal respecto de las contratistas y de éstas en relación con las subcontratas. No es éste el lugar para detenerse en el análisis del concepto de propia actividad que constituye la base para la exis-

<sup>15</sup> STS de 8 de noviembre de 2016 (RJ 2016/5873) y de 14 de junio de 2017 (Sentencia 514/2017, RJ 2017/3297); sobre el tema, ampliamente, L.E. NORES TORRES, *El trabajo en contratas*, cit., y J.L. MONEREO PÉREZ, C. SERRANO FALCÓN, *La subcontratación empresarial*, cit., pp. 42-43.

tencia de dicha responsabilidad solidaria en cuanto a los salarios de los trabajadores de las empresas contratista y subcontratista. Baste indicar que se trata de un concepto con perfiles muy difusos para cuya delimitación se han manejado diferentes referencias, desde la más genérica en el sentido de se trate de una actividad indispensable<sup>16</sup> en cuanto necesaria para la organización del trabajo, hasta la más restrictiva en el sentido de que solamente son propia actividad las nucleares de la empresa principal, de modo que sólo lo son las tareas que corresponden al más estricto ciclo productivo de la empresa principal, lo que excluye a todo el conjunto de las actividades que pueden considerarse complementarias. Opción esta última que es la que ha adoptado el TS de forma consciente a partir del argumento de que utilizar una noción amplia de la propia actividad constituiría un obstáculo excesivo a la libertad de empresa<sup>17</sup>.

Alguna mención es preciso hacer a la motivación de fondo que apoya esta restricción que estuvo justificada en su momento por la finalidad de la norma, orientada esencialmente a controlar los supuestos de descentralización productiva en los que la posibilidad de fraude o de simulación es potencialmente mayor. Lo que, en principio, no sucede con las actividades alejadas del núcleo de la empresa y que, en el entendimiento del legislador, es razonable, y podría

<sup>16</sup> J.M. SERRANO GARCÍA, *La responsabilidad*, cit., pp. 166-169; y A. GINÈS FABRELLAS, *Externalización productiva y elusión de compromisos laborales. La necesidad de revisar la normativa europea en materia de subcontratación y sus consecuencias laborales*, en *Rev. Int. Comp. Rel. Lab. Der Empl.*, 2016, vol. 4, núm. 1, pp. 1-16.

<sup>17</sup> STS de 23 de enero de 2008 (RJ 2008/2775) y de 24 de junio de 2008 (RJ 2008/4233) las cuales afirman que la “propia actividad” es la «absolutamente indispensable para la actividad de la empresa principal»; lo que se concreta en las operaciones o labores que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal, en concreto las que son inherentes a la producción de bienes y servicios específicos que se propone prestar al público o colocar en el mercado excluyendo las tareas complementarias o no nucleares». Todo ello sobre la base de que «si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Concluyendo la STS de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10034) que se trata de una contrata de la propia actividad «cuando, de no haberse concertado, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial». Algo que, si bien se piensa, podría igualmente decirse en bastantes supuestos de actividades complementarias como es el caso de la seguridad en unas instalaciones bancarias o de la limpieza en los hospitales y establecimientos hoteleros.



decirse que casi inevitable, que la empresa principal, por tratarse de unas tareas a las que no se dedica esencialmente, acuda a la colaboración de otras empresas externas especializadas en tales servicios. De modo que aquí la opción organizativa tiene un claro fundamento productivo desterrando, o haciendo poco probable, la idea de que la empresa principal busque mediante la externalización un beneficio empresarial basado sobre todo en el ahorro de los costes salariales ya que son razones objetivas las que la empujan a ello.

Lo que no resulta tan evidente, ni mucho menos, en los casos en los que la empresa principal busca la colaboración de otras empresas para realizar trabajos que la misma ha de desarrollar en todo caso y para lo que, en vez de abordarlos con su propio personal, busca en la externalización una ventaja en términos de flexibilidad y ahorro de costes, aunque sea al precio de una degradación de las condiciones de trabajo, y del salario, de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas implicados en dicha colaboración. Además de que es precisamente en relación con labores que corresponden a la propia actividad de la empresa principal que se evidencia de forma más directa el beneficio que ésta obtiene de la descentralización, razón por la que es lógico que a este tipo de empresas que se les cargue con la responsabilidad solidaria en el terreno de la retribución<sup>18</sup>.

El segundo elemento restrictivo, definido igualmente por obra del TS, es lo relativo al ámbito objetivo de la responsabilidad solidaria. A partir de la dicción normativa del art. 42 ET, que se refiere de forma genérica a las «obligaciones de naturaleza salarial», el TS ha considerado que esta referencia, y la garantía que implica, abarca exclusivamente a las percepciones económicas que puedan calificarse como salario, entendido en sentido estricto como la contraprestación económica directa por el desempeño del trabajo.

Para lo que el TS recurre a la definición de salario establecida en el art. 26 ET incluyendo al salario base (o contraprestación eco-

<sup>18</sup> Lo asumible de esta argumentación contrasta con la proporcionada por el TS (STS de 18 de enero de 1995, RJ 1995/514), que es poco sólida y convincente; como cuando afirma que «el fundamento de esta interpretación estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata».

nómica básica por unidad de tiempo o de obra), los complementos salariales, tanto los vinculados a la persona (como la antigüedad), los de puesto de trabajo (como los complementos salariales por penosidad, nocturnidad, turnicidad, disponibilidad, aislamiento, dirección o responsabilidad, entre otros muchos) y los relacionados con la productividad, el rendimiento del trabajador o los resultados de la empresa (retribución por horas extraordinarias o complementarias, incentivos, primas a la producción o pagas de beneficios). Pero excluyendo de la responsabilidad solidaria otras percepciones económicas calificadas por el mismo art. 26 ET como extrasalariales y entre las que se comprenden las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, es decir los gastos ocasionados al trabajador por viajes y desplazamientos motivados por el trabajo, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social así como las mejoras sociales a cargo de la empresa (como, por ejemplo, la dotación a un fondo de pensiones) y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos<sup>19</sup>.

Como conclusión de esta apretada síntesis de los rasgos esenciales de la responsabilidad solidaria de la empresa principal (y, en su caso, de contratistas o subcontratistas) puede decirse que, tratándose de una responsabilidad al más alto grado, en la medida en que es solidaria, afectando además a todas las empresas implicadas en la cadena de contrataciones y subcontrataciones, se reserva por la ley española a las empresas que desarrollen la misma actividad que la empresa principal, restringiéndose, además, en cuanto a los conceptos garantizados a los componentes del salario, estrictamente considerado. Un resultado que ha permanecido incólume y sin apenas variaciones a lo largo de la vigencia tanto del ET (aprobado en su versión original en el año 1980) como, incluso de normas anteriores que ya recogían, con diferencias apenas reseñables, el régimen jurídico hoy contenido en el art. 42 ET<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sobre estas cuestiones, descendiendo al detalle de los conceptos salariales a los que abarca la responsabilidad solidaria analizando supuestos problemáticos o fronterizos, L.E. NORES TORRES, *El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 ET*, en *Lex Social*, 2020, vol. 10, núm. 1, pp. 343-363; también C. VIQUEIRA PÉREZ, *Las responsabilidades laborales*, cit., pp. 39-45.

<sup>20</sup> En este sentido, J.M. GOERLICH PESET, *Los límites*, cit., y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas*, en *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresa-*

### 3. *Las posibles reformas del régimen jurídico de la descentralización productiva, con especial referencia al salario*

La insatisfacción frente al régimen jurídico de la responsabilidad de la empresa principal en el caso de la externalización productiva, tanto por el hecho de que consolida las diferencias salariales en peor entre los trabajadores de las empresas contratista y subcontratista y los de la empresa principal como por la propia restricción del campo de aplicación, subjetiva y objetiva, del instrumento de la responsabilidad solidaria establecido en el art. 42 ET, ha motivado propuestas de reforma que, en su momento, se materializaron en la Proposición de Ley de modificación del art. 42 ET, presentada en el Congreso de los Diputados en el año 2016 por el Grupo Parlamentario Socialista<sup>21</sup>. Iniciativa recogida por el Gobierno de coalición del Partido Socialista y el de Unidas Podemos y que actualmente se encuentra en fase de negociación con los interlocutores sociales y que se recoge en el documento denominado como *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: reformas en el ámbito laboral y de pensiones*, enviado por el Gobierno español a Bruselas en enero de 2021 como paso previo para optar al fondo *Next Generation EU*, negociado en el Consejo Europeo de julio de 2020; más concretamente en el apartado 8, que hace referencia a la actualización de la contratación y subcontratación de servicios. Por otra parte, no puede desconocerse el impacto que sobre esta reforma han tenido las directivas ya citadas 96/71/CE y 2014/67/UE relativas al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, sobre todo a partir de la modificación de la primera por obra de la directiva 2018/957/UE.

La idea central que inspira tales propuestas de reforma constituye un paso cualitativo que, pasando de la aceptación de las diferencias salariales entre los trabajadores de las distintas empresas implicadas en los procesos de externalización, diferencias sobre las que la norma vigente no ha tenido nunca la intención de actuar, se orientan hacia la idea de la igualdad salarial, evitando que la descentralización productiva tenga como finalidad principal el ahorro de costes salariales para la empresa principal con la consiguiente degradación

*rial*, XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid 2018, pp. 105-120.

<sup>21</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B. de 9 de septiembre de 2016, núm. 25-1.

de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas<sup>22</sup>.

De aquí que la reforma que se pretende se materialice en una nueva redacción del art. 42 ET en el sentido siguiente: «las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal»; *considerando*, a estos efectos, condiciones de laborales y de empleo esenciales, en primer lugar, las referidas a la remuneración y la cuantía salarial, además de otras relativas a la contratación, el tiempo de trabajo y descanso, la igualdad, la protección de la maternidad, la lactancia y paternidad y la tutela frente a riesgos laborales.

Se trata de una idea de igualdad salarial que no es en absoluto ajena a la normativa comunitaria ya que existen directivas que la imponen<sup>23</sup>. Así sucede en el caso de la cesión de trabajadores mediante empresas de trabajo temporal, regulada por la directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, cuyo art. 5 según el cual: «Las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto». Y también en el supuesto de una externalización productiva derivada de una transmisión o traspaso de empresa, como lo establece la directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre

<sup>22</sup> Así se expresa la exposición de motivos de la Proposición de ley del año 2016, según la cual, su finalidad es «evitar la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, basada en la degradación de las condiciones laborales y en la rebaja de la calidad en la prestación de servicios», lo que sucede cuando «cuando las empresas contratan o subcontratan servicios propios, situándose en una mejor posición competitiva frente a las que mantienen dichos servicios, puesto que trasladan costes salariales a las empresas de servicios». Una competencia desleal que tiene una dimensión salarial al constatarse que cada vez más las empresas de servicios abonan a sus trabajadores un salario que mejora en poco la cuantía del salario mínimo interprofesional, a la par que se aprecia una general precarización de las condiciones de trabajo. Razón por la que se apuesta por asegurar a los trabajadores el mismo salario y las mismas condiciones de trabajo que las que disfrutaban los trabajadores de la empresa principal y que ésta habría de aplicar si los contratase directamente.

<sup>23</sup> A. GINÈS FABRELLAS, *Externalización productiva*, cit., pp. 12-14.

aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión, donde la igualdad salarial se expresa indirectamente en el mantenimiento de tales condiciones de trabajo, generándose de hecho una igualdad de trato entre los trabajadores procedentes de la empresa cedente y los que forman parte de la empresa cesionaria y, en todo caso, se evita el deterioro de tales condiciones cuando la sucesión se expresa a través del mecanismo de la externalización, al garantizarse el mantenimiento de las condiciones de trabajo originales.

Por último, también la directiva 96/71/CE, ya citada, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios prevé un listado de condiciones de trabajo que se determinarán en atención a la legislación del Estado miembro de acogida, siempre que estén reguladas en disposiciones legales o convencionales de aplicación general. Y, aunque no hay un reconocimiento expreso de la igualdad de trato, no obstante, revela la intención del legislador comunitario de garantizar cierta igualdad en las condiciones laborales entre los trabajadores desplazados y los trabajadores del Estado miembro de acogida. Mucho más directa en este sentido es la directiva 2018/957/UE, de modificación de la directiva 96/71, donde la reclamación del principio de igualdad de trato se encuentra tanto en su *considerando* 6, haciendo referencia a supuestos en los que dicha igualdad de trato se aplica como en el caso del trabajo de mujeres y hombres, de trabajadores temporales e indefinidos, de trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo y trabajadores de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias. Lo que se materializa en la nueva redacción dada al art. 3, según el cual, los Estados miembros deben velar porque, cualquiera que sea la legislación laboral aplicable, las empresas prestadoras de servicios garanticen a los trabajadores desplazados las mismas condiciones de trabajo que rijan en el Estado miembro de acogida, sobre la base del principio de igualdad de trato respecto de la remuneración, entre otras condiciones laborales que el mismo artículo lista<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Interesa subrayar un cambio trascendental en cuanto al salario garantizado, introducido por la directiva 2018/957/CE, al referirse no ya a las «cuantías del salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias» sino, de forma general, a la «remuneración»; lo que es, sin duda, un paso más en la línea de establecer la igualdad de trato entre las condiciones laborales, y concretamente salariales, de los trabajadores de la empresa receptora final de los servicios y los de la empresa que desplaza a sus trabajadores a otro Estado miembro para dicha prestación.

En este contexto, la reforma propuesta por el Gobierno en materia de contratación y subcontratación de obras y/o servicios se apoya en una serie de pilares:

En primer lugar, en la propuesta gubernamental está presente la idea de limitar en alguna medida el recurso a la externalización productiva como práctica empresarial habitual y no solo cuando puede tildarse de abusiva. Una limitación que puede tener lugar por varias vías, la más directa de las cuales es reproducir la regla limitativa de carácter cuantitativo, de la que se ha hablado antes, contenida en la Ley 32/2006, de subcontratación del sector de la construcción, en cuanto al número máximo permitido de eslabones en la cadena de contratas y subcontratas. Una posibilidad que no parece que sea un objetivo prioritario de la reforma.

Otra alternativa, mucho más presente, es la de requerir una causa objetiva que justifique la descentralización y que se centraría en la exigencia de que la decisión empresarial obedezca a una razón de especialización técnica o de mejora de la productividad y del rendimiento de la actividad y no, como sucede muy frecuentemente, a la finalidad de un ahorro de costes para la empresa principal, al reducir mediante la externalización los estándares laborales de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas por comparación con los trabajadores propios de la empresa principal. Esto es, permitir la externalización siempre que se base en la exigencia de un mayor grado de especialización y repercuta en una mejora de la cualificación de los trabajadores y una más frecuente y eficaz utilización de los medios técnicos necesarios, impulsando la inversión y la innovación tecnológica. Lo que, paradójicamente, puede suponer que se prohíba la descentralización de aquellas actividades que son propias, en el sentido de principales o nucleares, de la empresa principal; justamente aquéllas a las que se aplica hoy por hoy el art. 42 ET. De forma que el criterio de la “propia actividad” serviría para prohibir determinadas contratas y subcontratas y para, a la vez, proyectar el mandato del art. 42 ET sobre precisamente las que, con la norma vigente, quedan excluidas de la regla de la responsabilidad solidaria. Finalmente, también es posible la eliminación del requisito de que se trate de una descentralización referida a la “propia actividad” de la empresa principal, para determinar el ámbito de las nuevas reglas de las que se conserva la de la responsabilidad solidaria por deudas salariales y a la que se añade ahora la igualdad de trato, sea en general, sea, como parece decantarse la iniciativa debido a la presión empresarial, solamente en materia salarial. Con lo que es evidente que se amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la norma

al referirse sin distinción a cualquier tipo de contrata o subcontrata, siendo indiferente si se trata o no de la “propia actividad”.

Se trata de posibilidades que tienen una viabilidad real diversa. En cuanto a la primera, muy escasa, porque la limitación numérica de los eslabones de la cadena de contrata, que se ha justificado en el sector de la construcción debido a la alarmante y persistente tasa de siniestralidad en el mismo que motivó la aprobación de la Ley 32/2006, una norma orientada básicamente a la garantía de la seguridad y salud en el trabajo, no parece que pueda extenderse a cualquier sector sin que surjan dudas y críticas acerca de su potencialidad lesionadora de la libertad de empresa; mucho más cuando este criterio limitativo no tiene equivalente en las normas comunitarias.

Respecto de exigencia de una causa objetiva para la externalización, aunque su intencionalidad es positiva, presenta problemas aplicativos y de seguridad jurídica graves en cuanto a la necesidad de fijar los criterios conforme a los cuales pueda decidirse si efectivamente se trata de una externalización que no persiga exclusivamente la reducción de costes salariales con la consecuencia de la precarización y la degradación de las condiciones de trabajo de los trabajadores de las contrata y subcontratas; algo difícil y complejo de establecer, aunque se recurra, incluso dándole uso excluyente y no inclusivo, al criterio de la “propia actividad”, usado aquí para impedir la externalización en los casos en que esa “propia actividad” exista. La subrayada e irresoluble imprecisión del concepto y las objeciones que pueden hacerse en relación con el respeto de la libertad de empresa obstaculizan esta alternativa de cuya viabilidad puede dudarse. Se trata, además, de un resultado que puede obtenerse de forma indirecta mediante la equiparación de las condiciones de trabajo, y particularmente de las salariales, de los trabajadores de las contrata y subcontratas en relación con los de la empresa principal.

En cuanto a la eliminación del requisito de la “propia actividad”, se trataría de una alternativa no solo posible sino también razonable ya que su propia configuración restrictiva excluye a muchas contrata y subcontratas, las de las actividades llamadas complementarias, de la aplicación del art. 42 ET, contrata en las que el ahorro de costes salariales a costa de los trabajadores también tiene lugar<sup>25</sup>;

<sup>25</sup> En este sentido, J.M. SERRANO GARCÍA, *La responsabilidad*, cit., p. 159. Hay que subrayar, además, que la exigencia de una causa para la descentralización basada en la especialización conduce casi inevitablemente a que la mayoría de las contrata y subcontratas pertenezcan a otros sectores productivos, es decir, que no sean actividades propias de la empresa principal; con lo que se acabaría

una supresión viable mucho más cuando se trata de un criterio desconocido para las normas comunitarias, como se pone en evidencia analizando las directivas 96/71/CE y 2014/67/UE.

No obstante lo dicho, la más evidente pretensión de la reforma, y que constituye su segundo pilar, es, como se ha indicado ya, el establecimiento de la igualdad salarial entre los trabajadores de la empresa principal que externaliza su actividad y los trabajadores de las contratas y subcontratas que prestan tales servicios, siguiendo la pauta de las normas comunitarias que se han citado anteriormente. Lo que plantea la cuestión de qué tipo de igualdad se trata y cuál es la norma convencional de referencia para establecer esa equivalencia. Algo particularmente conflictivo en el caso español, sobre todo a partir del dato normativo, procedente de la reforma laboral introducida en el año 2012 a consecuencia de la crisis económica, de la llamada “prioridad aplicativa del convenio o acuerdo de empresa”.

Un principio que, sintéticamente descrito, permite que una empresa pueda en todo momento negociar un convenio colectivo propio, aunque exista un convenio sectorial (provincial, autonómico o nacional) en vigor y aplicable a la empresa en cuestión; si bien esta posibilidad negociada está limitada a una serie de materias, es cierto que se trata de las que caracterizan las condiciones de trabajo pues son las relativas al tiempo de trabajo, clasificación profesional y, obviamente, al sistema de remuneración y a la cuantía del salario. Si a

prohibiendo, como se ha indicado, precisamente las contratas de la “propia actividad”. Lo que, parece ser una opción que podría entrar en conflicto, dada su generalización, con el principio de libertad de empresa, remitiendo una vez más al instrumento de la igualdad de trato como forma más eficaz de garantía de los derechos de los trabajadores. No obstante, hay que indicar que, en la propuesta de reforma del año 2016, se contenía un intento de definición, por cierto bastante poco eficaz, del concepto de “propia actividad”, *considerando* tal la contratación o subcontratación de obras o servicios que se correspondan con todas o alguna de las actividades principales o nucleares de la empresa (algo ya dicho por la jurisprudencia y que la propuesta no hace sino incorporar) y añadiendo a la misma que, además, la función del contratista o subcontratista consista fundamentalmente en la aportación de una mano de obra que desarrolle funciones con relación directa con tales actividades principales o nucleares. Una definición que, sin eliminar el efecto limitativo del concepto de propia actividad, corre el riesgo de ser aún más restrictiva que la actualmente vigente, teniendo, en consecuencia, un campo de aplicación incluso más reducido. Todo lo cual conduce, como solución más efectiva y directa, a la eliminación del criterio de la “propia actividad” debido a su imprecisión y su falta de funcionalidad, además de estar inspirado, como se ha puesto de manifiesto páginas antes, en un enfoque de la externalización un tanto obsoleto.



este principio se une otro, propio del sistema español de negociación colectiva, como es el de “conservación de nivel” que permite a una empresa, dotada de convenio colectivo propio, escapar de la aplicación del convenio sectorial mientras dicho convenio de empresa esté vigente y siempre que se renueve al fin de su vigencia, el resultado es la existencia de muchos convenios colectivos de empresa, incluso de dimensión reducida, de tipo concesivo, negociados con la finalidad esencial de escapar de las condiciones de trabajo fijadas por el convenio sectorial introduciendo otras de menor calidad y cuantía.

La combinación de ambos principios implica que, con mucha frecuencia en los procesos de descentralización productiva concurren empresas, al margen de la principal que suele tenerlo, dotadas de convenios propios que establecen condiciones de trabajo diferenciadas. Así, normalmente, la empresa principal se regirá por un convenio de empresa con mejores condiciones de trabajo y altos estándares en materia de salario, mientras que las contratistas y subcontratistas que le prestan servicios también tienen convenios propios que, por el contrario, recogen condiciones de trabajo, y específicamente salariales, de peor calidad. Es precisamente en esta diferencia en la que reside el ahorro de costes salariales que la empresa principal busca en muchas ocasiones a la hora de la externalización<sup>26</sup>.

Teniendo en cuenta estas características de la negociación colec-

<sup>26</sup> Que esto es así lo manifiestan las críticas de las organizaciones empresariales a la reforma propuesta en el sentido de que su aprobación supondrá un encarecimiento relevante de los costes laborales que estas opiniones cifran entre un 40 y un 60 por 100. Alegando, además y con tono apocalíptico, que tal incremento de costes será insostenible para las empresas contratistas y subcontratistas, muchas de ellas de pequeña dimensión, lo que implicará la inviabilidad de muchas de ellas, su desaparición y la generación de un alto nivel de desempleo en los sectores afectados. Lo que la crítica empresarial oculta es que, como contrapartida a la igualación salarial, lo que sucederá es que las empresas contratistas y subcontratistas tenderán a desplazar, que es lo que realmente se pretende, hacia la empresa principal ese incremento de costes laborales, requiriendo en consecuencia un incremento paralelo del precio de las contrata y subcontratas de manera que tal incremento acabe asumiéndolo la empresa principal. La cual, de no querer afrontar tales costes, no tendrá otra alternativa que la de contratar directamente a los trabajadores que necesita: un efecto que no puede decirse que no sea querido por la reforma, sobre todo en los casos en los que las contrata y subcontratas versan sobre la actividad principal o nuclear (la “propia actividad”) de la empresa principal; relegando la descentralización solamente a las tareas a las que la empresa principal no se dedica centralmente, aunque sean indispensables para la misma, y a las que deba recurrir inevitablemente debido a su especialización y en las que el ahorro de costes no tiene un protagonismo tan destacado. Como puede apreciarse, un efecto similar a

tiva en España, la cuestión se centra, por tanto, en determinar cuál es el referente salarial que debe garantizarse a los trabajadores de las contratas y subcontratas. En la Proposición de ley del año 2016 se recurría a un criterio que, sin duda, garantizaba la igualdad ya que se establecía que las condiciones laborales y de empleo a aplicar a los trabajadores de las contratas y subcontratas eran las propias del convenio colectivo de aplicación a la empresa principal; abriendo la alternativa, que debía considerarse prioritaria si más favorable, de las condiciones de trabajo que se aplicarían a tales trabajadores si fuesen directamente contratados por la empresa principal. Se trata de un criterio general fácilmente utilizable ya que permite identificar con presteza y sin problemas cuáles deben ser las condiciones de trabajo, salariales incluidas, a las que tienen derecho los trabajadores implicados en los procesos de externalización. Y también de un criterio justificable ya que combate precisamente lo que constituye el flanco crítico de la externalización como es la degradación de las condiciones de trabajo en beneficio de la empresa principal al permitir a ésta pagar un precio más bajo a las contratas y subcontratas, obteniendo a costa de los trabajadores un beneficio mayor que si los contratara directamente.

La propuesta actual de reforma, aún por precisar en muchos de sus aspectos, parece orientarse, como ha hecho la Ley reguladora de la contratación pública para los casos de externalización por parte de los entes públicos, por la aplicación del convenio sectorial. De manera que el referente comparativo no sería ya el convenio colectivo de la empresa principal, si lo tuviere, o, en su defecto, las condiciones de trabajo que esa empresa aplique a sus trabajadores; abandonándose así un criterio de igualdad que, como se ha dicho, es claro, funcional, equilibrado y justificado objetivamente. Aunque tampoco serviría el que se ha venido aplicando hasta el momento y que ha permitido consolidar las diferencias de condiciones de trabajo y retributivas entre los trabajadores de las empresas principales y los de las contratas o subcontratas como es el de recurrir al convenio colectivo aplicable en la contratista o subcontratista, sea propio o sectorial; lo que lleva a que se fomente, como ha sucedido hasta ahora, convenios colectivos de empresa de dudosa aceptabilidad en la medida en que negociados exclusivamente para establecer condiciones de trabajo degradadas, o a aplicar convenios sectoriales que,

la posible manipulación del concepto y repercusión de la “propia actividad” que, en virtud de la igualación salarial, quedaría como un criterio verdaderamente inútil.

como sucede con las empresas multiservicios, incluyen condiciones laborales igualmente peores que las de la empresa principal que es la última receptora de las prestaciones de los trabajadores.

La propuesta actual de reforma se mueve en un terreno intermedio caracterizado por, en primer lugar, renunciar a igualar todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la descentralización, aceptando limitarse solamente a las salariales, excluyendo otras como, por ejemplo, las relacionadas con el tiempo de trabajo, su duración o la distribución de la jornada. Y, en segundo lugar y en cuanto al referente a utilizar para establecer la igualdad de trato, la reforma se decanta por permitir la aplicación de los convenios de empresa de las empresas contratistas y subcontratistas con una condición: que sus condiciones, ahora solo salariales, sean mejores que el convenio colectivo que acaba siendo el canon de medida de la igualdad cual es el convenio sectorial de la actividad prestada a través de la contrata o la subcontrata. Es decir, que la garantía de igualdad se queda a medio camino ya que desaparece como referente el convenio colectivo aplicable a la empresa principal para serlo los convenios sectoriales propios de las muy diversas actividades que pueden prestarse a través de contratas y subcontratas.

Lo que implica que, si se trata de la misma actividad que la de la empresa principal, puede ser el convenio que se aplique a ésta, si es que carece de convenio propio lo que favorece sin duda a las que se han venido calificando como contratas de la “propia actividad”; pero si no es de la misma actividad, los convenios sectoriales llamados a determinar el tratamiento salarial mínimo serán muchos y muy variados comprendiendo desde convenios sectoriales muy beneficiosos para los trabajadores de la contrata y la subcontrata, hasta el extremo que podría ser incluso mejores que el que se aplique a la empresa principal, a convenios sectoriales con unas condiciones salariales que, aun siendo más beneficiosas que las previstas en los convenios de empresa propios de contratas y subcontratas, no obstante pueden ser, y de hecho lo serán habitualmente, inferiores en calidad salarial al convenio aplicable en la empresa principal. Si a lo dicho se añade que en muchas ocasiones en la actualidad es precisamente el convenio sectorial de la actividad el que se aplica a los trabajadores de las contratas y subcontratas, el resultado final de la reforma será, como en el verso de Horacio *parturient montes, nascetur ridiculus mus*, es decir, una igualdad imperfecta referida exclusivamente al tema salarial, concebido además con el carácter restrictivo como se ha venido aplicando el art. 42 ET y que contrasta, por ejemplo, con la tendencia ampliatoria que es posible apreciar en la directiva 96/71/CE, sobre

todo a partir de la reforma introducida por la directiva 2018/857/UE. Y que, además, no siempre supondrá la igualación de las retribuciones de con las de los trabajadores de la empresa principal.

Aunque tal resultado quizás pueda valorarse como positivo en alguna medida, sumándose a un cambio trascendental, éste de origen jurisprudencial, que también ha afectado, y de forma directa y muy sensible, al mundo de las contratas y subcontratas. Se trata del cambio de criterio contenido en la STS 1105/2020, de 10 de diciembre de 2020 (JUR\2020\368272) que ha venido a eliminar la posibilidad de una contratación temporal vinculada a la duración de la contrata, posibilidad que fue creada hace más de veinte años por el propio TS y que ahora ha corregido su criterio *considerando* que ese tipo de contratación temporal constituye un uso inadecuado y abusivo, y en consecuencia nulo, de la posibilidad de contratar temporalmente a un trabajador para una obra o servicio determinado; alternativa estructural a la que se había acogido el TS ante la imposibilidad de crear una nueva figura de contratación temporal estructural al tratarse de una competencia del legislador que obviamente el TS no comparte. En consecuencia, las empresas contratistas y subcontratistas no podrán ya incidir en un elemento obvio de precarización de las condiciones de trabajo de sus trabajadores los cuales, debido a la duración siempre temporal de las contratas y a la facilidad de su terminación por denuncia unilateral de una de las empresas vinculadas, venían siendo contratados de forma temporal al vincular, como se ha dicho, la duración de sus contratos con los de la propia contrata, facilitando la extinción de tales contratos sin coste indemnizatorio alguno, o en todo caso inferior a cualquiera de las modalidades de despido. Pero, como suele decirse, esta es otra historia y debe ser contada en otro lugar.



DONATA GOTTARDI

## Giustizia retributiva e trasparenza

A Massimo e a Velia

SOMMARIO: 1. Il principio di parità retributiva per un lavoro pari o di pari valore. – 2. I precedenti. – 3. La proposta di direttiva basata sulla trasparenza. – 4. Il ruolo delle parti sociali. – 5. La nozione di retribuzione e la fase prodromica o iniziale del rapporto di lavoro. – 6. *Job evaluation* e criteri neutri rispetto al genere. – 7. Questioni di linguaggio. – 8. La comparabilità ipotetica. – 9. Considerazioni conclusive.

### 1. *Il principio di parità retributiva per un lavoro pari o di pari valore*

Come è ampiamente noto, la parità retributiva tra lavoratrici e lavoratori è principio fondante dell'Unione europea, il primo a essere inserito in Trattato, quello di Roma del 1957. La parità retributiva è nella nostra Costituzione. Eppure sappiamo altrettanto bene che è tuttora principio tradito nella realtà del mondo del lavoro interno ed europeo<sup>1</sup>.

Oggetto di queste note è la proposta di direttiva del 4 marzo 2021 volta a «rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza delle retribuzioni e meccanismi esecutivi»<sup>2</sup>.

Il testo è l'ultimo anello di una progressione di tentativi che si sono intensificati negli ultimi quindici anni, volti a indagare le cause e a ideare soluzioni. La visione proposta dà per acquisita la costan-

<sup>1</sup> Il tema è stato affrontato in dottrina da un risalente saggio di M. BARBERA, *L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva fra uomo e donna*, in *Lav. dir.*, 1989, p. 593. Per le analisi più recenti, cfr. S. BORELLI, A. GUARISO, L. LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in M. BARBERA, A. GUARISO, (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Torino 2019, p. 165 ss.

<sup>2</sup> COM(2021) 93 final.

te e diffusa violazione del principio e la necessità di adottare un cambiamento di approccio, non bastando ribadire l'obbligo del suo rispetto. Molti sono gli aspetti positivi, ma altrettanto numerose le perplessità: «due passi avanti, uno indietro» è l'icastico giudizio della CES<sup>3</sup>. Se da un lato è indubitabile lo sforzo innovativo profuso, dall'altro si può fin da ora osservare un eccesso di dettaglio, inusuale nelle direttive sulla parità e, soprattutto, una visione che possiamo anticipare come “datore di lavoro-centrica”.

In quanto testo che ha solo da poco iniziato il vero e proprio *iter* legislativo, ci si limiterà a ricordare le tappe che hanno portato a questa proposta di direttiva sui differenziali retributivi di genere e a segnalare alcuni dei contenuti più significativi, concentrandoci sulle parti innovative, presenti soprattutto nella sua prima parte, che ci daranno modo di individuare lo schema strategico seguito dalla Commissione, nella consapevolezza che la proposta potrebbe finire su un binario morto o risultare profondamente cambiata al momento dell'approvazione.

## 2. *I precedenti*

Prendendo in considerazione gli ultimi anni, la parità retributiva è stata incorporata nella direttiva rifusa 2006/54 che dedica un articolo in cui si ribadisce il divieto di discriminazioni dirette e indirette e si attribuisce il dovuto rilievo ai sistemi di classificazione professionale che devono «basarsi su principi comuni» per lavoratori e lavoratrici (art. 4).

Già due anni dopo, nel 2008, di propria iniziativa, il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione<sup>4</sup> una apposita direttiva suggerendo una serie di indicazioni che vanno dalla integrazione delle nozioni all'analisi della situazione e alla trasparenza dei risultati, agli organismi di parità, al dialogo sociale, alla prevenzione della discriminazione, alla integrazione della dimensione di genere, alle sanzioni, alla razionalizzazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> *Résolution* de la CES, 22 marzo 2021.

<sup>4</sup> La Commissione aveva lasciato aperto un varco nel punto 3.1 della Comunicazione *Combattere il divario di retribuzione tra donne e uomini* (COM(2007) 424 def.), laddove si impegnava a realizzare una analisi delle disposizioni vigenti sotto l'aspetto della pertinenza degli strumenti giuridici in rapporto alle cause dei differenziali retributivi e a proporre, «se necessario, un adattamento del quadro legislativo comunitario».

<sup>5</sup> Risoluzione del 18 novembre 2008, recante raccomandazioni alla Commis-

Il Parlamento ha reiterato la richiesta nel 2012<sup>6</sup>, inserendo contenuti largamente coincidenti. Entrambe le risoluzioni, quindi, chiedevano alla Commissione di attivarsi per una proposta di direttiva fornendole precise raccomandazioni. La trasparenza era una di queste, ma certamente non l'unica. Ottenere dati disaggregati coerenti, comparabili e completi era considerato uno degli strumenti utili a colmare l'asimmetria retributiva tra lavoratrici e lavoratori.

Come ho già avuto modo di segnalare<sup>7</sup>, la dimostrazione di quanto siamo lontani da rilevazioni soddisfacenti e veritiere sta nelle tabelle sul livello di disparità nei singoli Paesi membri, con l'Italia che risulta virtuosa<sup>8</sup>, mentre le elaborazioni svolte a livello nazionale indicano la presenza di differenziali ben maggiori e denunciano da lungo tempo la inaffidabilità delle fonti<sup>9</sup>. Tra queste spiccano le analisi basate sui rapporti biennali sulla situazione del personale nelle imprese con più di cento dipendenti, introdotti nel 1991, consapevolmente carenti proprio nella parte relativa alle retribuzioni.

Il terzo tentativo di intervento si è avuto nel 2014, con lo strumento debole della raccomandazione<sup>10</sup> e con un cambiamento metodologico, che porta a dedicare notevole rilievo alla trasparenza<sup>11</sup>, letta come strumento di potenziamento per realizzare la parità retributiva. Compiono così *in nuce* alcune misure che ritroveremo nella proposta del 2021: il diritto individuale di chiedere al datore di lavoro informazioni su aspetti della retribuzione; l'incoraggiamento alle imprese medio-grandi di riferire regolarmente sulla retribuzione media di genere; l'*audit* nelle grandi imprese. Il testo dedica ampio

sione. Sia consentito rinviare all'analisi svolta in D. GOTTARDI, "Vuoti" e "pieni": la retribuzione e la parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione europea, in *Law. dir.*, 2011, p. 615.

<sup>6</sup> Risoluzione del 24 maggio 2012, sempre di iniziativa del Parlamento europeo.

<sup>7</sup> Nello scritto sopra indicato, p. 624.

<sup>8</sup> La media europea è attestata sul 14,1% e l'Italia al terzo posto, dopo Lussemburgo e Romania, al 3,9%.

<sup>9</sup> Comitato nazionale parità e pari opportunità, *I differenziali salariali per sesso in Italia*, Roma 2001; E. RUSTICHELLI (a cura di), *Esiste un differenziale retributivo di genere in Italia? Il lavoro femminile tra discriminazioni e diritto alla parità di trattamento*, Soveria Mannelli 2007.

<sup>10</sup> Raccomandazione della Commissione del 7 marzo 2014 *sul potenziamento del principio della parità retributiva tra donne e uomini tramite la trasparenza*.

<sup>11</sup> U. TORBUS, H. CONLEY, *transparency and the GPG*, in H. CONLEY, D. GOTTARDI, G. HEALY, B. MIKOLAJCZYK, M. PERUZZI, *The Gender Pay Gap and Social Partnership in Europe. Finding from "Close the Deal, Fill the Gap"*, London 2019, p. 145 ss.



rilievo alla collaborazione con le parti sociali e riconosce il ruolo della contrattazione collettiva. Questa Raccomandazione è vero che ha avuto ed ha una efficacia debole<sup>12</sup>, ma non dimentichiamo che, oltre alla (singola) disposizione di base presente nella direttiva complessiva del 2006, a livello di normativa proveniente dalle istituzioni europee è l'unica fonte di dettaglio in tema di parità retributiva e sarebbe utile iniziare a prestarvi attenzione e a darvi attuazione.

Questo ci porta ad osservare che, se quello descritto è il canale diretto che punta a costruire una apposita e autonoma regolamentazione del c.d. *Gender Pay Gap* (GPG), non va dimenticato quello parallelo costituito dalle relazioni che si sono succedute nel tempo dedicate alla verifica circa l'applicazione della direttiva *omnibus* del 2006. I due filoni si saldano proprio nel biennio '13-'14 e, nella fase successiva, condividono la consapevolezza di dover investire in trasparenza nei sistemi retributivi<sup>13</sup>.

Nello stesso periodo aumenta il ruolo di orientamento svolto dalle relazioni tecniche<sup>14</sup>, che intervengono su più piani rendendo disponibili sintesi della giurisprudenza della CGUE in materia, comparazioni di sistemi nazionali, individuazione di buone prassi. È in questo turno temporale che troviamo gli embrioni della proposta di direttiva sia nei contenuti sia nella metodologia, con la trasparenza in funzione di perno e con i criteri di valutazione che transitano da "comuni" a "neutri".

Numerose sono state anche le ricerche<sup>15</sup>, spesso finanziate dalla Commissione europea sul *Gender pay gap*, alcune con il duplice obiettivo di occuparsi di *Pay* e di *Pension*<sup>16</sup>. La maggior parte di queste, compresa quella che ho coordinato assieme a Marco Peruzzi<sup>17</sup>,

<sup>12</sup> Relazione del 20 novembre 2017 della Commissione *sull'attuazione della raccomandazione sul potenziamento del principio della parità* [...] (COM/2017/671 final): «come indicato dalla mancanza di progressi concreti [...], dal persistente divario [...] e dalle azioni limitate intraprese [...], potrebbero essere necessarie nuove misure mirate a livello dell'UE» (p. 13).

<sup>13</sup> Relazione della Commissione (COM/2013/0861 final); Risoluzione del Parlamento europeo *sull'applicazione della direttiva 2006/54/CE* del 25 giugno 2015.

<sup>14</sup> La prima è il *Commission Staff working document* (SWD/2013, 512 final).

<sup>15</sup> Cfr., R. BORTONE, M.C. CIMAGLIA, *I criteri di determinazione della retribuzione di fatto*, in M. GIANNINI (a cura di), *Uguale salario per uguale lavoro? Ricerca sui differenziali retributivi tra donne e uomini in Toscana*, Milano 2009.

<sup>16</sup> La stessa prospettiva adottata dalla Comunicazione del 5/03/2020 della Commissione per un'Unione dell'uguaglianza: *la strategia per la parità di genere 2020-2025* (COM 152 final), nel paragrafo dedicato a come «affrontare il problema del divario retributivo e pensionistico di genere».

<sup>17</sup> *Close the Deal, Fill the gap*, riguardante il sistema italiano, inglese e polacco,

sono interdisciplinari. Non si può, infatti, affrontare questo tema senza le conoscenze e le competenze di economisti e sociologi e senza uscire dal circuito del sistema impresa per chiedere azioni e politiche complessive.

### 3. *La proposta di direttiva basata sulla trasparenza*

Con la proposta della Commissione, siamo finalmente in condizione di arrivare ad approvare una direttiva specifica, dai contenuti articolati e corredati da dovizia di indicazioni, grazie anche al supporto fornito da numerose analisi di base<sup>18</sup>. Sicuramente un passo avanti non improvvisato, come diventa evidente dall'ampiezza del testo, frutto della ricca documentazione a corredo.

Da condividere è la scelta di una direttiva che affianca anziché inserirsi nel *corpus* della direttiva del 2006/54 (rifusa), ma non si tragga la conclusione che quest'ultima sia ormai effettivamente attuata «negli Stati membri e in tutti i settori» con un rispetto che «varia da medio a elevato», come risulterebbe dalla Relazione di accompagnamento alla proposta in commento (p. 6). Quantomeno non lo si può affermare con riferimento al nostro Paese. Sono del resto proprio le istituzioni europee a prendere atto, di recente, di una inversione di tendenza che porta a parlare, dopo tanto tempo, del rischio di regresso nella parità. Purtroppo è questa una novità ingombrante<sup>19</sup>, che ci avverte che non solo non abbiamo raggiunto gli obiettivi nel succedersi delle politiche e delle strategie, ma che la rotta si sta invertendo.

Anche per questo, pare opportuno evitare di chiamare la proposta come la “direttiva trasparenza” per non ingenerare equivoci che

finanziato dalla Commissione europea in collaborazione con la CES e la Cgil nazionale e regionale, i cui esiti sono raccolti in D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva. Risultati del progetto europeo*, Torino 2017.

<sup>18</sup> *Commission Staff working document, Executive summary of the Impact Assessment Report* (SWD(2021) 42 final); *Commission Staff working document, Evaluation on the relevant provisions in the directive 2006/54/EC implementing the Treaty principle on “equal pay for equal work or work of equal value* (SWD(2020) 50 final); *Equal Pay, Overview of Landmark Case-law of the CGUE*”.

<sup>19</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 13 febbraio 2019 *sull'attuale regresso dei diritti delle donne e dell'uguaglianza di genere nell'UE*, e si tenga conto che siamo in epoca pre-Covid.

solo il termine generale consente di superare: garantire il principio della parità retributiva tramite la trasparenza non può far dimenticare l'individuazione esplicita delle cause e il rafforzamento dei meccanismi applicativi, come del resto recita espressamente il titolo.

Dovrebbe essere messo nella massima evidenza che la trasparenza va considerata condizione preliminare per ottenere la giustizia retributiva tra i generi. Potremmo definirlo un azzardo ragionato: se la trasparenza è potere<sup>20</sup> e il potere deriva dalla conoscenza dei dati, la conoscenza consente di arrivare alla rimozione degli ostacoli. La trasparenza, in altri termini, porta alla conoscenza della situazione nei luoghi di lavoro. Il rischio è che non avvenga il passaggio successivo, quello che porta alla rimozione delle cause e degli effetti, soprattutto se si considera che vi è una predominanza diffusa nel testo di discrezionalità e unilateralità datoriale, come vedremo di seguito.

Vero è che il processo più tradizionale che rileva un insieme ampio di criticità e propone le relative soluzioni, andando a incidere sul piano delle cause che sono alla base del divario retributivo, non ha finora raggiunto risultati sufficienti di effettività. È forse la saldatura delle due prospettive che può essere in grado di raggiungere l'obiettivo, in modo che la trasparenza retributiva nei (singoli) luoghi di lavoro spinga a comprendere dove si radicano le cause "specifiche" dei differenziali esistenti, grazie alla conoscenza del quadro sistematico della loro derivazione culturale, settoriale, professionale e tipologica.

In altri termini, è da apprezzare la scelta della Commissione di concentrarsi sulla trasparenza, considerandola uno strumento che consente di risalire alle cause e di trovare le modalità per superare il GPG. L'architettura complessa della proposta sembra andare in questa direzione. Ad una analisi più approfondita tuttavia, come vedremo, numerose sono le perplessità che desta un impianto essenzialmente basato sul rapporto individuale tra datore di lavoro e lavoratrice. Emblematica è la dichiarazione della Presidente della Commissione in un comunicato stampa: «the proposed measures would not only empower workers to claim their rights but help businesses attract and retain talent. This in turn would have a positive impact on business profitability and the functioning of the internal market»<sup>21</sup>. Questa dichiarazione spiega in parte la limita-

<sup>20</sup> Dalla dichiarazione della Commissione europea il 31 ottobre 2019 in occasione della Giornata per la parità retributiva (nel sito della Commissione).

<sup>21</sup> Dalla dichiarazione di Ursula Von der Leyen, 5 marzo 2021 (*factsheet*, nel sito della Commissione).

zione ai datori di lavoro con più di 250 dipendenti della maggior parte degli obblighi e degli oneri consistenti nel rendere pubbliche le informazioni sulla presenza di divari retributivi e, a richiesta di rappresentanze dei lavoratori o dell'ispettorato o di organismi di parità, fornire ulteriori dettagliati elementi.

La soglia non può che essere considerata eccessivamente elevata, se si considera che nella Raccomandazione del 2014 è collocata a 50 dipendenti. Nel nostro ordinamento, come è noto, il rapporto biennale sulla situazione del personale si applica al di sopra dei 100 dipendenti. La CES, nel commento alla proposta del marzo 2021 (già citato), propone opportunamente di ridurre la "taglia" dell'impresa scambiandola con una minore frequenza temporale della rendicontazione. In effetti l'annualità appare eccessiva e si potrebbe passare al biennio, periodicità adottata da lungo tempo nel nostro Paese per il rapporto sulla situazione del personale.

#### 4. *Il ruolo delle parti sociali*

Il ruolo delle parti sociali è formalmente riconosciuto. È tale nella possibilità concessa che la trasposizione della direttiva avvenga non per via legislativa ma contrattuale, a condizione che la richiesta sia congiunta e che lo Stato adotti «tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di assicurare i risultati prescritti» (art. 30). La disposizione non appare perspicua, non risultando chiaro comprendere la portata concreta della condizione apposta, dato che parlare di risultati significa vincolare a un esito risolutivo di una questione irrisolta da decenni.

Più in generale quello che risulta angusto è proprio il ruolo tipico dell'attività sindacale: il confronto e la negoziazione. Si consideri che in varie disposizioni si evocano i rappresentanti dei lavoratori, senza tuttavia definirli, né riconoscerne un ruolo diretto. In numerose parti della proposta gli interlocutori sono i lavoratori e sono questi che, in via subordinata, possono chiederne l'affiancamento o la cooperazione, come, ad esempio nell'articolo 13 sul ricorso giudiziario o amministrativo che individua nelle associazioni, organizzazioni, organismi di parità e nei rappresentanti dei lavoratori i soggetti abilitati ad agire «per conto o a sostegno del lavoratore», senza pertanto la possibilità di un ricorso collettivo. La gravità di questa inspiegabile esclusione è evidente, soprattutto se si considera che finirebbe per discostarsi dallo schema-tipo delle direttive sulla parità. C'è da augurarsi che si tratti di imprecisione nella formulazione, confer-

mata dalla lettura del *considerando* n. 34 in cui si parla di «ricorsi collettivi» che «possono far emergere la discriminazione sistemica e dare visibilità alla parità retributiva e alla parità di genere nell'intera società. La possibilità di ricorso collettivo incoraggerebbe il rispetto proattivo delle misure in materia di trasparenza retributiva, creando pressioni tra pari e sensibilizzando i datori di lavoro e rendendoli più propensi ad agire in modo preventivo». Preoccupa l'uso dei verbi al condizionale, per di più nell'illustrare una disposizione che di azione collettiva non si occupa. Non può essere certo considerato tale il ricorso «per conto o a sostegno di più lavoratori» assistito dal vincolo della «approvazione di questi ultimi» (comma 2).

La disposizione sul dialogo sociale si limita a porre a carico degli Stati membri il compito di provvedere «affinché i diritti e gli obblighi derivanti dalla direttiva siano discussi con le parti sociali» (art. 11).

Nel sintetico articolo dedicato alla «trasparenza della determinazione delle retribuzioni e dei criteri per "avanzamento di carriera"», prevale l'approccio individuale e unilaterale, che consiste nel porre a carico del datore di lavoro l'obbligo di concedere l'accesso ai propri lavoratori della descrizione dei criteri – neutri – «utilizzati per determinare i livelli retributivi e l'avanzamento di carriera dei lavoratori» (art. 6). I criteri più che essere presentati ai lavoratori nella loro caratteristica di neutralità (su questo torneremo di seguito), dovrebbero essere frutto del confronto e della contrattazione sindacale e non, come potrebbe essere, di un regolamento unilaterale del datore di lavoro.

L'articolo 9 aspira ad essere norma di innovazione del sistema per le imprese con più di 250 dipendenti: la «valutazione congiunta delle retribuzioni», «in cooperazione» tra datore di lavoro e rappresentanze dei lavoratori, scatta qualora si sia in presenza di un differenziale pari o superiore al 5% «in una qualsiasi categoria di lavoratori». Come abbiamo già avuto modo di rilevare il testo fa spesso riferimento ai rappresentanti dei lavoratori senza mai citare il sindacato o una rappresentanza sindacale. Si potrebbe pensare che questa seconda sia inclusa nella prima al fine di ampliare il novero dei soggetti coinvolti dal lato dei lavoratori. Timori di una diversa interpretazione potrebbero essere considerati infondati se non trovassimo nella Relazione di accompagnamento al testo una pericolosa affermazione, in base alla quale «se i rappresentanti formali dei lavoratori non sono presenti nell'organizzazione, il datore di lavoro dovrebbe designare uno o più lavoratori a tal fine» (p. 15). Non resta che stupirsi di fronte alla possibilità che la scelta dei rappresentanti

dei lavoratori sia consegnata al datore di lavoro, monopolizzando la valutazione ed espropriandone la bilateralità.

5. *La nozione di retribuzione e la fase prodromica o iniziale del rapporto di lavoro*

La proposta di direttiva individua la nozione di retribuzione cui fare riferimento, inserendola nella disposizione sulle definizioni: «salario o stipendio normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati, direttamente o indirettamente, in contanti o in natura» (art. 3, lett. *a*). Non potrebbe essere diversamente per una direttiva che di retribuzione paritaria si occupa. A ben vedere, il *considerando* n. 13 si rifà ancor più ampiamente alla giurisprudenza della CGUE con un elenco di inclusioni di varie prestazioni, tra cui i *bonus*, i servizi di trasporto, l'indennità di alloggio e quella di malattia, che rende però ancor più bizzarro il mancato riferimento ai congedi legati alla maternità, alla genitorialità, al lavoro di cura.

Interessante, in apertura del pacchetto centrale di disposizioni dedicate alla trasparenza retributiva, la sua anticipazione nella fase prodromica dell'assunzione, da fornire in un qualunque modo prima del colloquio di lavoro (art. 5). La disposizione va nella direzione giusta, aggirando la debolezza normalmente insita nel momento vero e proprio dell'assunzione, su cui invece scende il silenzio nel testo, se non per la precisazione del divieto al datore di lavoro di chiedere informazioni ai potenziali lavoratori «sulle retribuzioni percepite nei precedenti rapporti di lavoro» (comma 2).

In realtà il silenzio per quanto riguarda la fase costitutiva del rapporto di lavoro potrebbe spiegarsi con il rinvio implicito alla direttiva di poco precedente: la 2019/1152, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea (già citata), secondo la quale i datori di lavoro, con l'assunzione, devono comunicare al lavoratore una serie di elementi, tra cui «la retribuzione, compresi l'importo di base iniziale, ogni altro elemento costitutivo, se del caso, indicati separatamente» (art. 4, lett. *k*)<sup>22</sup>. Il coordinamento tra le due disposizioni sarebbe tuttavia quanto mai opportuno,

<sup>22</sup> Teniamo anche conto, per connessione, che il filone della “trasparenza retributiva” compare anche nella direttiva 2018/957 sul trattamento dei lavoratori in distacco transnazionale, che obbliga – in questo ambito – gli Stati membri a pubblicare via *Web* istituzionale tutti gli elementi della retribuzione, così come le altre condizioni di lavoro e occupazione applicabili al lavoratore distaccato.

*considerando* l'ampiezza della nozione di retribuzione prevista nella proposta di direttiva, che difficilmente si coniuga con dichiarazioni preventive, più consone da inserire nel contratto di lavoro. In altri termini per retroagire a un momento precedente il colloquio di lavoro la nozione di retribuzione non può che essere limitata al «livello retributivo iniziale» o alla «relativa fascia da attribuire alla posizione in questione» (come appunto recita il comma 1 della proposta di direttiva). Posta in questi termini la questione, ne deriva che il valore simbolico e concreto di dichiarare preventivamente l'importo retributivo viene depotenziato, dal momento che l'importo di base iniziale è troppo sintetico per poter essere un indicatore utile a determinare la retribuzione che non verrà percepita e non essendo dubitabile che non siamo più nella fase storica, da noi superata nel 1960, delle tabelle retributive doppie, differenziate per genere.

Inoltre è noto come nel nostro Paese non esista una nozione giuridica unitaria e generale di retribuzione, ma alcune singole disposizioni, come quella sul Trattamento di fine rapporto che, a ben vedere è la più vicina a quella della proposta di direttiva, e con rinvio della determinazione alla fonte contrattuale. Quella che rimane qui sotto traccia è proprio l'attività negoziale, compresa quella che dovrebbe accompagnare la transizione verso l'attuazione del principio di parità retributiva.

A scanso di equivoci, con questo non si intende affatto ritenere che basti affidarsi alla contrattazione collettiva, dato che è proprio questa che talora (troppo spesso) è fonte dei differenziali. È noto, purtroppo, come alcune discriminazioni siano alimentate dalla contrattazione collettiva, come accade, ad esempio, quando i premi di produttività sono calcolati basandosi sulla presenza.

Una conferma si può trovare nel *Commission Staff Working Document* del 2013<sup>23</sup> (già citato) in cui si presentano per il nostro Paese quattro casi giurisprudenziali, tutti derivanti da disposizioni del contratto nazionale e di quello aziendale. Nei primi due casi, nel CCNL era escluso il congedo di maternità ai fini dell'incentivazione economica mentre, nei due successivi, il contratto aziendale riconosceva solo alle lavoratrici il contributo per le spese di asilo nido. Tribunale di Venezia e di Padova, Pretura di Torino e di Parma<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Nell'allegato 3, destinato agli esempi nazionali (p. 29).

<sup>24</sup> Rispettivamente del 5 maggio 2005, del 26 ottobre 2007, del 4 dicembre 1991 e del 24 novembre 1981. Chissà chi ha segnalato casi così risalenti allo *staff* della Commissione!

hanno dichiarato illegittime le clausole del contratto collettivo. Una ulteriore conferma si trova in una pubblicazione della stessa CES del 2014<sup>25</sup> in cui si dà atto che le Organizzazioni sindacali stanno modificando «il contenuto delle piattaforme negoziali per tener maggiormente conto delle disuguaglianze di genere».

Per questo sarebbe importante affidare ruoli alle parti sindacali, affiancate da persone esperte e con presenza nei negoziati di persone competenti. Nel progetto *Close the Deal, Fill the gap* (cit. *supra*), la seconda delle undici Linee guida è dedicata a «rendere la parità retributiva un tema centrale nella contrattazione collettiva formando i negoziatori», con azioni di sensibilizzazione e formazione dei negoziatori, «fornendo loro il supporto con glossari, modelli, migliori pratiche», e facendo in modo che ai tavoli negoziali siedano un pari numero di donne e di uomini.

## 6. Job evaluation e criteri neutri rispetto al genere

Il primo tema di fondo affrontato nel testo riguarda gli strumenti e le metodologie volte a determinare il pari valore del lavoro (art. 4). Come era da attendersi viene dedicata particolare attenzione – e il pensiero corre alla *Job evaluation*<sup>26</sup> – ai sistemi di valutazione e qualificazione professionale<sup>27</sup>, con un ruolo affidato agli Stati membri, ma non anche alle parti sociali, «di stabilire strumenti o metodologie per valutare e raffrontare il valore del lavoro. Tali strumenti o metodologie possono includere sistemi di valutazione e classificazione professionale neutri sotto il profilo del genere» (comma 2). Al di là della tautologia sulla valutazione del valore, quello che a mio avviso va indagato è il vincolo della neutralità dei sistemi e dei criteri.

<sup>25</sup> J. PILLINGER, *Negoziare la parità*, CES, 2014. La ricerca ha tra gli obiettivi quello di «accrescere la sensibilità dei sindacati».

<sup>26</sup> M. PERUZZI, *Gender pay gap e decentralizzazione contrattuale. Una prospettiva di analisi comparata*, in H. CONLEY, D. GOTTARDI, G. HEALY, B. MIKOLAJCZYK, M. PERUZZI, *Close the Deal*, cit., p. 31, nonché, in una versione più ampia, ID., *La parità retributiva di genere nello specchio della decentralizzazione contrattuale. Problemi e soluzioni in una prospettiva di analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 241. Si veda anche dello stesso A., *Differenziali di genere e trasparenza retributiva, tra reporting aziendale e certificazione di parità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2021, p. 143.

<sup>27</sup> Sul tema si veda F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli 2000.



Iniziamo col rilevare che, di tutti gli aggettivi utilizzabili, si è scelto quello meno adatto in quanto troppo evocativo della base su cui sono rilevate le discriminazioni indirette: non è la neutralità, ma sono le ricadute differenziate a contare. La questione è cruciale e tocca il cuore del sistema antidiscriminatorio che punta alla parità, ma chiede che vengano valorizzate le differenze rivendicate.

La “neutralità sotto il profilo del genere” – traduzione insoddisfacente di *gender-neutral* – compare in numerose disposizioni della proposta di direttiva. Il rischio di fraintendimenti aumenta se consideriamo che nello stesso articolo si torna a utilizzare quella attualmente in vigore nella direttiva del 2006, prevedendo che «qualora si utilizzi un sistema di valutazione e classificazione professionale per determinare le retribuzioni questo deve basarsi su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e per quelli di sesso femminile», ed «escludere le discriminazioni fondate sul sesso» (art. 4, comma 5).

È tuttavia la neutralità ad essere utilizzata prevalentemente nel testo<sup>28</sup>. Oltre ai sistemi di valutazione e classificazione riguarda criteri (art. 5), fattori (art. 8), giustificazioni (art. 9). L'utilizzo multiforme segnala imprecisione, ma potrebbe anche essere attribuito ad una esplicita e razionale scelta di uniformità, che tuttavia lascia irrisolta la coesistenza con i “principi comuni”.

La proposta di direttiva sceglie l'uniformità anche nel non discostarsi dalle nozioni di discriminazione diretta e indiretta che hanno iniziato a comparire dal 2000 nella direttiva sulle discriminazioni di razza e origine etnica e che si sono successivamente diramate agli altri fattori di rischio, limitandosi a un inserimento nell'elenco delle «Definizioni» (art. 3). La Commissione abbandona, quindi, la strada indicata dal Parlamento europeo con la richiesta di rielaborare e costruire una specifica nozione di discriminazioni dirette e indirette nel campo dei differenziali retributivi.

Nel diritto antidiscriminatorio i criteri neutri non fungono di per sé da protezione. Anzi. Nella nozione di discriminazione indiretta<sup>29</sup> la neutralità viene considerata nel suo potenziale nascosto, produttivo di ricadute maggiormente svantaggiose per un genere rispetto all'altro. In altri termini, i criteri neutri spesso lo sono solo “apparentemente”, mascherando l'esistenza (oggettiva) di discriminazioni.

<sup>28</sup> Ovviamente si sta diffondendo nei disegni di legge in discussione nel nostro Parlamento: d.d.l. n. 1423, prima firmataria A.M. PARENTE, *Parità retributiva tra donne e uomini*.

<sup>29</sup> Tra i primi ad occuparsene M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997, p. 127.

Ora è evidente che la neutralità richiesta dalla proposta in commento non può che essere autentica. Ed è apprezzabile, ma a mio avviso insufficiente, la esemplificazione secondo la quale possono essere considerati «criteri oggettivi [...] i requisiti professionali e in materia di istruzione formazione, le competenze, l'impegno e le responsabilità, il lavoro svolto e la natura dei compiti assegnati», e sono invece esclusi i «criteri basati, direttamente o indirettamente, sul sesso dei lavoratori» (art. 4, comma 3)<sup>30</sup>. Attenzione. I criteri “neutri solo apparentemente” non sono basati indirettamente sul sesso.

Inoltre la neutralità “malata” è difficile da distinguere rispetto a quella “sana”. E ancora: la protezione dalle discriminazioni non esclude la salvaguardia delle differenze rivendicate, né un trattamento differenziato (le azioni positive) finalizzato a riequilibrare situazioni sbilanciate, frutto talora di storici e tuttora attuali pregiudizi o stereotipi.

Ed è qui che viene in gioco la necessità di chiarire in cosa consista la neutralità di genere, più conosciuta nel nostro Paese in collegamento al linguaggio, e se non esiga un diverso inquadramento.

Un criterio neutrale evoca imparzialità, astenersi dal parteggiare per l'uno o per l'altro. Si traduce in un “né né”, mentre dovrebbe portare a un “sia sia”: non operazione di sottrazione, ma di inclusione (in una logica assimilabile a “*win win*”). Non neutro/neutrale, ma appropriato o equo (*fair*). Se poi aggiungiamo che neutro, nel campo del nostro linguaggio, evoca il ricorso al genere maschile inteso come neutro, ci rendiamo conto che ci inerpichiamo su una china che porta alla richiesta sempre più pressante di un linguaggio “imparziale” e della ben diversa necessità di riferirsi esplicitamente sia alle donne sia agli uomini, anche a scapito di un appesantimento – non a una semplificazione – del testo.

## 7. Questioni di linguaggio

La scarsa attenzione a questi aspetti si trova ben rappresentata nella traduzione italiana di «*female e male workers*» (art. 3, lett. c) in «lavoratori di sesso femminile e lavoratori di sesso maschile», dimenticando che possiamo semplificare in “lavoratrici e lavoratori”,

<sup>30</sup> Aggiunge la disposizione che «né si basano su tali criteri», con una cacofonia evidente tra i criteri e le loro basi.

con una subalternità inaccettabile per chi dispone di una lingua tanto ricca di vocaboli.

A questo si affianca l'utilizzo esclusivamente di "lavoratori" in una proposta di direttiva che sta dalla parte delle lavoratrici e prende posizione nel trovare la modalità migliore (la trasparenza) per ridurre o annullare i divari di genere, che sono unidirezionali al fine di ottenere per le lavoratrici la parità retributiva rispetto ai lavoratori.

Perché dedicare tanta attenzione al linguaggio? La risposta è semplice: pregiudizi e stereotipi sono espressione della cultura e il linguaggio ne è una componente di straordinaria importanza.

In aggiunta, ovviamente, vi sono anche le questioni interpretative che sorgono dal linguaggio e si applicano a parti fondanti del testo come il campo di applicazione (art. 1). Qui è da registrare una distonia tra la formula tradotta in italiano («tutti i lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro») e quella in inglese («all workers who have an employment contract or employment relationship»)<sup>31</sup>, che sposta l'ambito in favore del (solo) lavoro subordinato.

In realtà nel *considerando* n. 11 si fa riferimento innanzitutto ai soli lavoratori a tempo parziale, a termine e interinali. Poiché la disposizione chiede la conformità alla normativa, ivi compresa la giurisprudenza della CGUE, si aggiunge di seguito un elenco nutrito di lavoratori che vanno dai domestici, ai lavoratori a chiamata, intermittenti, a *voucher*, fino ai lavoratori tramite piattaforma digitale, tirocinanti e apprendisti. A sua volta questa apertura viene condizionata al soddisfacimento di «tali criteri». Troppe sono le ambiguità e le incertezze da superare data la necessità di chiarire chi sono i destinatari.

## 8. *La comparabilità ipotetica*

Nella disposizione che porta il titolo di «stesso lavoro e lavoro di pari valore» il secondo elemento di rilievo è la comparabilità estesa: si amplia la nozione di "lavoratore comparabile" superando la necessità che i lavoratori siano alle dipendenze e che lo siano contemporaneamente del medesimo datore di lavoro. In altri termini,

<sup>31</sup> Si tenga anche conto che le formule sono le stesse della direttiva 2019/1152, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea (già citata).

il testo in commento supera la necessità di «un lavoratore di riferimento reale» arrivando a consentire «un lavoratore di riferimento ipotetico» (art. 4, comma 4).

Questo significa che «nel caso in cui non sia possibile individuare un lavoratore di riferimento reale, è consentito un confronto con un lavoratore di riferimento ipotetico o il ricorso ad altre prove che consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione». Il presupposto per questo duplice ampliamento è che «le differenze di retribuzione possano essere attribuite ad un'unica fonte che stabilisce le condizioni retributive» (comma 5).

La formula è tributaria della giurisprudenza della CGUE, ma questo collegamento diretto a singoli casi decisi dalla Corte richiederebbe maggiore attenzione, non risultando agevole comprendere cosa significhi «una unica fonte» regolamentare in materia di retribuzioni, né se questo porti alla inevitabilità del ricorso in giudizio per ottenere giustizia, nonché se e quale sia il ruolo del datore di lavoro nello scegliere il soggetto da comparare.

Rimarranno escluse dalla comparabilità le differenze retributive che attraversano i settori e le categorie, con un livello più basso dove la composizione del personale vede la prevalenza di lavoratrici, ma la comparabilità ipotetica merita di essere messa in evidenza, data la portata strategica e la proiezione verso soluzioni innovative, probabilmente destinate a provocare contrasti<sup>32</sup>.

Già dalle prime reazioni, questo potrà essere un punto di forte contrapposizione. Illuminante in tal senso è la Relazione del Governo, riportata nella Scheda predisposta dal Servizio studi del Senato<sup>33</sup>, che conferma la conformità all'interesse nazionale della proposta di direttiva, ma «esprime, tuttavia, perplessità» sul testo, «ritenendo che il concetto di lavoratore comparabile ipotetico possa determinare incertezze interpretative e applicative». Inoltre le associazioni imprenditoriali stanno già esprimendo nelle diverse sedi la preoccupazione delle possibili ricadute, soprattutto in termini di incremento dei costi<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Sul tema ampio è il dibattito nella dottrina italiana. Per tutti, M. PERUZZI, *La parità retributiva*, cit., p. 245 ss.

<sup>33</sup> Servizio studi del Senato, *Elementi per la valutazione del rispetto del principio di sussidiarietà e di proporzionalità*, n. 30/1.

<sup>34</sup> L'Agenzia Eurofound è stata incaricata di raccogliere informazioni sui «costi delle misure di trasparenza retributiva» nei Paesi europei in cui misure comparabili sono già state adottate, tra cui l'Italia con il rapporto biennale sulla situazione del personale, peraltro, come già segnalato, carente proprio nella parte retributiva, in [www.fondazionebrodolini.it](http://www.fondazionebrodolini.it).

## 9. Considerazioni conclusive

Complesso e articolato è l'impianto dei successivi obblighi del datore di lavoro al fine di rendere trasparenti e, quindi, conosciuti e conoscibili le informazioni sui criteri (art. 6) e, a richiesta del lavoratore, il livello retributivo individuale in rapporto a quelli medi (art. 7), superando la barriera normalmente opposta dalla *privacy*, purché venga garantita la conformità al regolamento GDPR<sup>35</sup>, come previsto nell'articolo 10.

Tutta la parte successiva riscrive, adeguandoli, i contenuti relativi alla Tutela dei diritti. Mi limito a segnalare: la disposizione sull'onere della prova (art. 16) e il suo trasferimento in capo al datore di lavoro, senza l'obbligo di dimostrare da parte della lavoratrice l'esistenza di una discriminazione anche solo ragionevolmente presunta, qualora il «datore di lavoro non abbia rispettato uno qualsiasi dei diritti e degli obblighi in materia di trasparenza retributiva di cui agli articoli da 5 a 9»; il riconoscimento della parità retributiva negli appalti pubblici e nelle concessioni (art. 21), consentendo anche motivi di esclusione degli operatori che violino il principio; l'opportuna richiesta agli Stati di organizzare, in aggiunta ai diversi soggetti coinvolti, un apposito organismo di monitoraggio (art. 26), dedicato anche ad affrontare le cause dei divari retributivi. Quest'ultimo è un importante punto di snodo, determinante per un sistema così complesso che altrimenti rischia di dedicare attenzione più alla trasparenza che alle cause dei divari e alle loro ricadute.

Individualizzazione della relazione tra datore di lavoro e lavoratrice e unilaterale datoriale sembrano prevalere. Non deve stupire. L'equilibrio paritario delle parti del rapporto di lavoro – prospettiva che permea in misura crescente la regolamentazione di fonte euro-unionale – porta ad affermare che «la presenza di criteri chiari a livello nazionale aiuterà i lavoratori a individuare un valido termine di paragone e a valutare se sono trattati in modo meno favorevole rispetto al loro omologo che svolge lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore»<sup>36</sup>.

Non si tratta di dubitare della capacità delle lavoratrici di cogliere la discriminazione subita, ma di immaginarle con difficoltà nell'ottenere giustizia, agendo in posti di lavoro sempre più instabili e affrontando da sole temi così complessi come i sistemi di valutazione e classificazione professionale.

Sul fronte datoriale, si può arrivare a sostenere che la proposta sottenda uno scambio, tra oneri di rendicontazione da un lato e crescente prevalenza di unilaterale e/o individualizzazione dall'altro.

<sup>35</sup> 2016/679/UE.

<sup>36</sup> Relazione di accompagnamento, p. 11.

PIERA LOI

## La direttiva sui salari minimi e adeguati nell'attualità del diritto sociale europeo

SOMMARIO: 1. La necessità di una direttiva sul salario minimo. – 2. Il “già detto” della Corte di giustizia dell’UE in materia di retribuzione. – 3. Gli ostacoli della direttiva: la base giuridica. – 4. L’obiettivo del rafforzamento della contrattazione collettiva a livello nazionale. – 5. La prospettiva di *hard law* e le alternative regolative. – 6 Considerazioni conclusive.

### 1. *La necessità di una direttiva sul salario minimo*

C’è da chiedersi in che modo Massimo Roccella avrebbe accolto la proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati<sup>1</sup>. La prima, istintiva, risposta che ci viene in mente è che l’avrebbe accolta con entusiasmo, come una manifestazione delle sue idee di fondo di garantire salari minimi<sup>2</sup>, di rafforzare la contrattazione collettiva<sup>3</sup> e di rafforzare l’Europa sociale tutelando i diritti fondamentali<sup>4</sup>. Tuttavia, avrebbe valutato con molta cautela la sua portata sia all’interno dell’ordinamento giuridico europeo che all’interno degli ordinamenti nazionali.

La proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati, sebbene intenda non porsi in contrasto con la scelta manifestata dagli Stati Membri nei Trattati di escludere la retribuzione dalla competenza

<sup>1</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell’Unione europea*, Bruxelles 28 ottobre 2020, COM(2020) 682 final.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *Contrattazione collettiva europea e cambiamenti del lavoro*, in AA.Vv., *La contrattazione collettiva in Europa*, Roma 1998, p. 47 ss.

<sup>4</sup> M. ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 1 ss.; ID., *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l’Unione politica*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 329 ss.

dell'Unione europea, è sicuramente uno spartiacque che rende ancora più evidente l'anomalia di quella scelta. Come ci ricorda la più autorevole dottrina<sup>5</sup> in tutti gli ordinamenti nazionali la "questione salariale" è il problema chiave del diritto del lavoro, pertanto le modalità di definizione del salario, tra legge e contrattazione collettiva, caratterizzano ciascun modello di diritto sociale e, per converso, potremmo aggiungere, un modello di diritto sociale che abbia escluso il tema della retribuzione dall'area delle sue competenze è un modello di diritto sociale destinato a rimanere immaturo. Da questo punto di vista, la proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati potrebbe rappresentare un cambio di passo fondamentale, indicativo di un modello di Europa sociale finalmente completo. E potrebbe, così, superare la lancinante contraddizione del diritto sociale europeo, segnalata da tempo dalla dottrina<sup>6</sup>, della carenza di competenze in materia di retribuzione.

La volontà di cambiare il passo dell'Unione europea è stato, senza dubbio, segnata da chiare scelte di fondo della Commissione Europea presieduta da Ursula Von der Layen, che nel suo discorso sullo Stato dell'Unione nel novembre del 2020, ha reso politicamente evidente un dato sul quale Eurostat da tempo forniva informazioni, cioè l'aumento dei *working poors*<sup>7</sup>: «[L]a verità è che per troppe persone il lavoro non è più remunerativo: il dumping salariale distrugge la dignità del lavoro, penalizza l'imprenditore che paga salari dignitosi e falsa la concorrenza leale nel mercato unico»<sup>8</sup>. Queste sono, dunque, le ragioni che hanno portato la Commissione a presentare una proposta legislativa per sostenere gli Stati membri nella creazione di un quadro per i salari minimi sia attraverso contratti collettivi che attraverso salari minimi legali. Da un lato, si delinea l'obiettivo di combattere la povertà di chi lavora, in vista del riconoscimento del diritto ad un salario dignitoso, ampiamente affermato nelle fonti

<sup>5</sup> T. TREU, *La questione salariale. Legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 3, p. 767 ss.; G. LYON-CAEN, *Droit du travail. Le salaire, Traité de droit du travail sous la direction de G.H. Camerlinck*, Paris 1981, p. 1 ss.

<sup>6</sup> S. SCIARRA, *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, in B. HEPPEL (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge 2003, p. 117; S. GIUBBONI, *Diritti e politiche sociali nella "crisi" europea*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 17/2004, p. 7.

<sup>7</sup> EUROSTAT, *In-work at-risk-of-poverty rate*, 2020, scaricabile in [www.ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/product?code=tespm070](http://www.ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/product?code=tespm070).

<sup>8</sup> Il discorso della Presidente della Commissione è riportato nella Relazione introduttiva della Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati, cit., p. 1.

internazionali<sup>9</sup>, a fronte di dati delle ricerche che dimostrano, soprattutto a causa della crisi pandemica, una massiccia riduzione del livello dei salari a livello globale<sup>10</sup>. Dall'altro lato vi è l'obiettivo di garantire la concorrenza leale nel mercato unico riconoscendo, in tal modo, al salario minimo un'innegabile funzione *antidumping*<sup>11</sup>.

Sebbene il passo compiuto dalla Commissione Europea con la proposta di direttiva sui salari adeguati abbia riscontrato non pochi oppositori, sia tra gli Stati membri che tra le parti sociali<sup>12</sup>, si deve, tuttavia, ammettere che esso non rappresenti una novità assoluta, giacché nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea nel corso del tempo si è assistito ad una costante, sebbene indiretta, affermazione di principi generali in materia di retribuzione, pur in assenza di competenze in questa materia.

Prima di tutto, appare rilevante il riferimento operato dall'art. 151 TFUE alla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 che, all'art. 5, stabilisce che «sia assicurata ai lavoratori una retribuzione equa, cioè una retribuzione sufficiente per consentire loro un decoroso tenore di vita».

Non meno importante è il rinvio contenuto nell'art. 151 TFUE alla Carta Sociale Europea firmata a Torino nel 1961, il cui art. 4, par. 1, riconosce il diritto ad una retribuzione equa, da intendersi come diritto ad una retribuzione sufficiente tale da consentire un livello di vita dignitoso e che assicuri un livello retributivo al di sopra della soglia di povertà<sup>13</sup>. La Carta Sociale Europea ha dimostrato,

<sup>9</sup> ILO, *Minimum Wage Fixing Convention*, 1970, n. 131; si veda inoltre la *ILO Centenary Declaration for the future of work*, Ginevra 21 giugno 2019, p. 3 in cui in linea con la Decent Work Agenda dell'OIL, gli Stati membri dell'OIL si impegnano a garantire ai lavoratori «*an adequate minimum wage, statutory or negotiated*» (III, B, (ii)).

<sup>10</sup> ILO, *Global Wage Report 2020-21. Wages and minimum wages in the time of Covid-19*, 2020, scaricabile in [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_762534.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_762534.pdf), nel quale si evidenzia che il 90% degli Stati membri dell'OIL ha un salario minimo stabilito dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Nonostante ciò 266 milioni di lavoratori ricevono retribuzioni inferiori al salario minimo sia perché non sono compresi nel campo di applicazione delle norme legali o contrattuali, sia a causa della violazione delle stesse norme legali o contrattuali (p. 90).

<sup>11</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Law. dir.*, 3, 2020, p. 547

<sup>12</sup> *Infra*, § 3.

<sup>13</sup> CEDS, *Digest of The Case Law of The European Committee of Social Rights*, 1 settembre 2008, scaricabile in [www.rm.coe.int/168049159f](http://www.rm.coe.int/168049159f), p. 43.



specialmente durante la crisi economica e finanziaria del 2008<sup>14</sup>, di svolgere una funzione di argine nei confronti delle riforme del diritto del lavoro di molti Stati europei, caratterizzate da una decisa flessibilizzazione e deregolamentazione del diritto del lavoro come strategia di uscita dalla crisi. Fondamentale è stata, in questo senso, la funzione quasi-giurisdizionale del Comitato Europeo dei diritti sociali (d'ora in poi CEDS), il quale proprio sul tema della retribuzione equa e sufficiente si è pronunciato su ricorso di sindacati greci in relazione alle riforme del mercato del lavoro adottate dalla Grecia dal 2010 al 2014, in esecuzione dei *Memoranda of Understanding* con la *Trojka*<sup>15</sup>. Tra queste riforme figurava l'introduzione di "contratti di apprendistato speciale" conclusi con lavoratori di età compresa tra i 15 e i 18 anni, con la riduzione delle tutele del lavoro e della sicurezza sociale, nonché la possibilità per i datori di lavoro che assumono giovani di età inferiore ai 25 anni al loro primo impiego, di retribuirli al di sotto del salario minimo. Tale salario minimo era originariamente fissato da un Contratto Collettivo nazionale, poi abolito dalla legge n. 4046/2012, che ne ridusse anche il livello, mentre la legge n. 4093/2012 assegnò definitivamente alla Legge la competenza a stabilire il salario minimo, sottraendola alla contrattazione collettiva. A seguito di un ricorso presentato al CEDS da alcuni sindacati greci – che ritenevano che questi contratti di apprendistato speciali comportassero una violazione dell'articolo 4, comma 1, della Carta Sociale Europea la quale prevede «il diritto dei lavoratori a una retribuzione sufficiente tale da garantire ad essi, e alle loro famiglie, un livello di vita dignitoso» – il CEDS, prima di tutto, ha concluso che l'introduzione di tali "contratti di apprendistato speciale" comporta una violazione dell'articolo 4, comma 1. Il CEDS, inoltre, fornisce un'interpretazione di salario equo ai sensi dell'art. 4, comma 1, della Carta Sociale Europea, nel senso che «a wage must be above the poverty line in a given country i.e. 50% of the national average wage [...]». In addition, in principle a wage must

<sup>14</sup> O. DE SCHUTTER, *La Carta sociale europea in tempi di crisi*, in CONSIGLIO D'EUROPA, *Conferenza interparlamentare sulla Carta sociale europea. Forum di Torino sui diritti sociali in Europa*, 2016, scaricabile in [www.rm.coe.int/16806c6b14](http://www.rm.coe.int/16806c6b14), p. 39 ss.

<sup>15</sup> N.A. PAPADOPOULOS, *Austerity Measures in Greece and Social Rights Protection under the European Social Charter*, in *European Labour Law Journal*, 2019, p. 85 ss.; E. ACHTSIOGLOU, M. DOHERTY, *There Must Be Some Way Out of Here: The Crisis, Labour Rights and Member States in the Eye of the Storm*, in *Eur. Lab. Law J.*, 2014, p. 219 ss.

not fall below 60% of the national average wage (including special bonuses and gratuities and after deduction of taxes and social security contributions; social transfers – e.g. social security allowances or benefits – are taken into account only when they have a direct link to the wage), unless a state is able to demonstrate that the wage is sufficient for a decent standard of living, e.g. by providing detailed information on the cost of living. However, a net wage which is less than half the net national average wage will be deemed to be unfair. When a national minimum wage exists, its net value is used as a basis for comparison with the net average wage. The yardstick for comparison is otherwise provided by the minimum wage determined by collective agreement»<sup>16</sup>. Per quanto permangono interpretazioni differenti sull'impatto della Carta Sociale Europea e delle pronunce del CEDS negli Stati membri<sup>17</sup>, appare importante sottolineare che in questa pronuncia del CEDS possiamo ritrovare tutti i principi cardine che la Commissione Europea ha ripreso nella proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati, ovvero il principio del salario minimo come strumento di lotta contro la povertà; il criterio di quantificazione del salario minimo al di sopra della linea di povertà (in principio è il 50% del salario medio e non deve scendere al di sotto del 60% del salario medio); il richiamo alla contrattazione collettiva come fonte regolativa del salario minimo. La Carta Sociale Europea si conferma, anche da questo punto di vista – nonostante il mancato richiamo all'art. 6 del TUE (che si riferisce solo alla CEDU) che, gli impedisce di assumere direttamente il carattere costitutivo dei principi generali dell'ordinamento dell'UE – come punto di riferimento imprescindibile per la definizione dei diritti fondamentali nell'UE. Tale funzione è riconosciuta alla Carta Sociale dalle parti sociali a livello europeo, come ispiratrice dei principi contenuti nel Pilastro Europeo dei Diritti Sociali<sup>18</sup>. Quest'ultimo

<sup>16</sup> CEDS, Decisione del 23 marzo 2012, ricorso n. 66/2012, *General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) v. Greece*, punto 57.

<sup>17</sup> C. LAZZARI, *La Carta sociale europea come parametro interposto: due note a Corte cost. 120 e 194 del 2018*, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2019, n. 4, in [www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38099](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38099).

<sup>18</sup> ETUC, *Resolution on the 60th Anniversary of the Council of Europe European Social Charter and the 25th Anniversary of the Revised European Social Charter*, 23/03/2021, scaricabile in [www.etuc.org/en/document/etuc-resolution-60th-anniversary-council-europe-european-social-charter-and-25th](http://www.etuc.org/en/document/etuc-resolution-60th-anniversary-council-europe-european-social-charter-and-25th), nella quale si afferma che «the ESC and RESC has served as a point of reference in EU primary law, for example in the recitals of the Treaty on the European Union and in the “Social

sembra effettivamente avere dato la spinta all'iniziativa della Commissione; infatti viene descritto dalla Commissione europea come «il faro che ci orienta verso un'Europa sociale forte» e definisce «la visione alla base del nostro nuovo “corpus di norme sociali”». Nel principio 6, lett. *a*, del Pilastro si trova non solo il riferimento al diritto dei lavoratori «a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso», ma anche il riferimento – fondamentale nella proposta di direttiva – al concetto di adeguatezza delle retribuzioni minime (principio 6, lett. *b*, «Sono garantite retribuzioni minime adeguate») in cui la misura dell'adeguatezza è data dai bisogni del lavoratore e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali. L'adeguatezza dei salari minimi appare nello stesso principio come funzionalmente collegata all'obiettivo della prevenzione della povertà lavorativa, nesso funzionale che la Commissione Europea riprende prima di tutto nel Piano d'azione sul Pilastro Europeo dei diritti sociali<sup>19</sup> in cui indica gli obiettivi e le misure da adottare per l'attuazione dei principi in esso contenuti. In particolare, per quanto riguarda il principio n. 6 sulla retribuzione, la Commissione ritiene che «i mercati del lavoro dell'UE si trovano di fronte a un numero crescente di occupazioni scarsamente retribuite e scarsamente qualificate». È dunque il tema del lavoro povero, che secondo la Commissione Europea, va affrontato. Si tratta di un fenomeno in crescita che può minare la tenuta della contrattazione collettiva e, pertanto, occorre assicurarsi che le retribuzioni siano adeguate, al fine di garantire condizioni di vita e di lavoro adeguate ai lavoratori e alle loro famiglie<sup>20</sup>. La proposta di direttiva relativa ai salari minimi adeguati rappresenta, dunque, lo strumento attraverso il quale si intende realizzare il principio n. 6 enunciato dal Pilastro europeo dei diritti sociali, al fine di garantire norme minime in tutta l'UE in materia di salari minimi adeguati, sostenendo nel contempo la contrattazione collettiva.

policy” Title of the Treaty (Article 151 TFEU). Most of the fundamental social rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) and the European Pillar of Social Rights are based on the relevant articles of the Charter».

<sup>19</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, Bruxelles 4 marzo 2021, COM(2021) 102 final.

<sup>20</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., p. 13.

Per dimostrare la necessità di una direttiva sui salari minimi adeguati la Commissione, nella Relazione introduttiva della proposta di direttiva, parte dall'esame della situazione dei mercati del lavoro negli Stati Europei che a causa di fenomeni come la globalizzazione, la digitalizzazione e l'aumento delle forme di lavoro atipiche, hanno subito forme di polarizzazione e un aumento della percentuale di posti di lavoro a bassa retribuzione e a bassa qualifica, causato dall'aumento della povertà lavorativa e delle disuguaglianze salariali. La crisi economica generata dalla pandemia ha ulteriormente accentuato tali fenomeni specialmente per alcune categorie di lavoratori<sup>21</sup>. Di qui la necessità di assicurare a tutti un salario minimo adeguato, che la Commissione definisce facendo riferimento agli indicatori di adeguatezza utilizzati abitualmente a livello internazionale (come l'indice di *Kaitz*) che confrontano il salario minimo e il salario mediano o il salario medio), secondo i quali i salari minimi legali nazionali sono inferiori al 60% del salario lordo mediano e/o al 50% del salario lordo medio in quasi tutti gli Stati membri.

## 2. Il “già detto” della Corte di giustizia dell'UE in materia di retribuzione

Massimo Roccella riconosceva che la Corte di giustizia, soprattutto attraverso i ricorsi in via pregiudiziale, ha potuto «affermare principi fortemente innovativi, dando pieno sviluppo alla propria attitudine creativa»<sup>22</sup> per quanto non siano mancate le «zone d'ombra»<sup>23</sup>. L'attività interpretativa della Corte di giustizia in materia di retribuzione ha preparato il terreno della direttiva sui salari minimi adeguati, attraverso l'identificazione della *ratio* e dei limiti dell'esclusione della retribuzione dalla competenza comunitaria. Chiamata a pronunciarsi sulla violazione del principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato dalla direttiva del 1999, nella sentenza *Del Cerro Alonso* la Corte di giustizia riconosce che la ragion d'essere dell'art. 137, n. 5 (ora art. 153, par. 5, TFUE), sta nel fatto che la determinazione del livello della retribuzione rientra nell'autonomia contrattuale delle parti sociali su scala

<sup>21</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, cit., p. 2.

<sup>22</sup> M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997, p. 14.

<sup>23</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 15.

nazionale, nonché nella competenza degli Stati membri in materia. È per tale ragione che è stato giudicato appropriato escludere la determinazione del livello delle retribuzioni da un'armonizzazione in base agli artt. 136 TCE (ora artt. 151 TFUE e seguenti)<sup>24</sup>. Questa esclusione di competenza non è, secondo la Corte, da intendersi in modo assoluto: infatti l'art. 137, n. 5 (ora art. 153, par. 5, TFUE) ha una natura derogatoria rispetto ai paragrafi da 1 a 4 dello stesso articolo. In ragione di ciò, le materie per le quali si introduce una riserva di competenza degli Stati membri (compresa quindi la retribuzione) devono formare oggetto di interpretazione restrittiva, in modo da non incidere indebitamente sull'esercizio della competenza comunitaria nelle materie ai paragrafi da 1 a 4 dello stesso articolo, né in modo tale da rimettere in causa gli obiettivi del progresso sociale perseguiti dall'art. 136 TCE (ora art. 151 TFUE)<sup>25</sup>. Pertanto non si può invocare l'esclusione delle competenza comunitaria per ogni questione che abbia un nesso qualsiasi con la retribuzione, altrimenti si svuoterebbero «i settori contemplati dall'art. 137, n. 1, CE, di gran parte dei loro contenuti». Questa è la ragion per cui ad un lavoratore a tempo determinato devono essere riconosciute, in base al divieto di discriminazione, le stesse condizioni di impiego riservate ai lavoratori a tempo indeterminato, compreso l'erogazione di un elemento della retribuzione.

Il nesso inscindibile tra retribuzione e contrattazione collettiva e la *ratio* dell'art. 137, n. 5 (ora art. 151 TFUE) è confermato nelle conclusioni dell'Avv. gen. Kokott nel caso *Impact*, nel quale una delle questioni pregiudiziali proposte alla Corte di giustizia è se tra le condizioni di impiego che non possono costituire oggetto di discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo determinato rientrino anche le retribuzioni. Secondo l'Avv. gen. la *ratio* dell'art. 137, n. 5, TCE consiste «primariamente nel tutelare l'autonomia contrattuale delle parti sociali da ingerenze. Ciò è evidenziato anche dallo stretto legame esistente fra la retribuzione dei lavoratori e gli altri settori sottratti alla competenza comunitaria: il diritto di associazione, il diritto di sciopero e il diritto di serrata rivestono un'importanza particolare nella determinazione della retribuzione; conseguentemente sono citati insieme alla retribuzione nell'art. 137, n. 5, CE»<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punto 40.

<sup>25</sup> Corte giust., 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, cit., punto 39.

<sup>26</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, presentate il 9 gennaio 2008, C-268/06, *Impact*, punto 172.

La tutela dell'autonomia contrattuale alla quale fa riferimento l'Avv. gen., è l'autonomia delle parti sociali a livello nazionale che, attraverso la contrattazione collettiva, come espressione tipica dell'attività di tutela degli interessi collettivi, stabilisce il livello della retribuzione. È altrettanto innegabile che la tutela dell'autonomia contrattuale nella regolazione della retribuzione spetti alle parti collettive europee, che nell'art. 155 TFUE) trovano il percorso istituzionale e la legittimazione normativa per regolare attraverso la via contrattuale la materia retributiva. Un'interpretazione restrittiva che impedisse alle parti sociali a livello europeo di stipulare accordi, in materia ad esempio di salario minimo, sulla base dell'art. 155 TFUE che consente l'attuazione di detti accordi solo nell'ambito dei settori contemplati dall'art. 153 TFUE ed escludesse la retribuzione, non potrebbe essere dunque condivisibile. Tale interpretazione può essere ripresa nella vicenda della proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati.

Un'altra funzione dell'art. 137, par. 5, TCE (ora art. 153, par. 5, TFUE) individuata dall'Avv. gen. Kokott è di tipo concorrenziale, il suo scopo, infatti, è di impedire che si adottino misure per uniformare a livello comunitario i livelli salariali esistenti nei singoli Stati membri. Infatti un – seppur parziale – livellamento delle differenze nazionali, regionali e aziendali dei livelli salariali ad opera del legislatore comunitario costituirebbe un'ingerenza profonda nella concorrenza fra imprese operanti nel mercato unico<sup>27</sup>. In sostanza secondo l'Avv. gen. i differenziali retributivi all'interno dell'UE costituiscono un vantaggio concorrenziale per le imprese, che un'improvvida attività armonizzatrice comunitaria annullerebbe. Tale posizione può naturalmente essere sostenuta in assenza di una vera dimensione sociale europea della retribuzione, ma aggiornando le conclusioni dell'Avv. gen. alla vicenda attuale della proposta di direttiva sul salario minimo, si ritiene che il diritto sociale europeo abbia bisogno di una disciplina europea in materia di salario minimo, che eviti non solo il lavoro povero, ma anche le spinte concorrenziali fondate sul *dumping* salariale. Inoltre, le pericolose derive giurisprudenziali della Corte di giustizia dal caso *Laval* in poi sarebbero arginate da una politica retributiva comunitaria, affidata – come sembra affermare anche l'Avv. gen. Kokott – alle parti sociali, che eviti questo processo di “*race to the bottom*”. Una delle ragioni che, pur nella diversità di posizioni dei sindacati nazionali, hanno spinto verso una

<sup>27</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, presentate il 9 gennaio 2008, *Impact*, cit., punto 173.

serie di iniziative di regolazione contrattuale transazionale della retribuzione da parte dei sindacati europei, è proprio la prevenzione della concorrenza retributiva<sup>28</sup>.

L'art. 153, par. 5, TFUE rappresenta dunque un'eccezione rispetto alla competenza comunitaria concorrente in materia di "condizioni di lavoro" riconosciuta dall'art. 153, par. 1, lett. *b*. Se la materia "condizioni di lavoro" comprenda o no la retribuzione è argomento che la Corte di giustizia ha dovuto affrontare in diverse cause relative alla declinazione del divieto di discriminazione, quando la fonte normativa non lo espliciti. Nel caso della direttiva 2000/78/CE all'art. 3, n. 1, lett. *c*, nonché nella direttiva 2000/43/CE all'art. 3, n. 1, lett. *c*, la retribuzione rientra sicuramente nelle condizioni di lavoro, esplicitamente riconosciute dal legislatore comunitario: infatti il divieto di discriminazione per i motivi vietati dalle direttive, attiene «all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione». Qualora non vi sia tale chiarezza, in quanto "deroga", l'esclusione della retribuzione deve essere interpretata in modo restrittivo, ma non in modo da svuotare di contenuto le altre norme che riconoscono una competenza comunitaria (come in materia di divieti di discriminazione). Secondo la Corte, l'art. 137, par. 5, TCE (ora art. 153, par. 5, TFUE) impedisce che il legislatore comunitario possa adottare atti di armonizzazione che comportino un'ingerenza diretta della Comunità nella determinazione delle retribuzioni negli Stati membri, come «un'uniformizzazione di tutti o parte degli elementi costitutivi dei salari e/o del loro livello negli Stati membri o ancora l'istituzione di un salario minimo comunitario»<sup>29</sup>, o ancora prevedere «una correzione annuale dell'inflazione, introdurre un tetto per gli aumenti salariali annuali o regolare l'importo della retribuzione per gli straordinari e dei supplementi per il lavoro su turni, festivo o notturno»<sup>30</sup>.

Se da una parte si ammette che il legislatore comunitario non può determinare il livello delle retribuzioni negli Stati membri, questo non preclude che il diritto comunitario possa regolare altre materie che abbiano un'incidenza indiretta sulla materia retributiva, tuttavia

<sup>28</sup> V. GLASSNER, P. POCHE, *Why trade unions seek to coordinate wages and collective bargaining in the Eurozone: past developments and future prospects*, in *ETUI WP 2011/03*, p. 13.

<sup>29</sup> Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, punto 123 e Corte giust., 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, cit., punto 40.

<sup>30</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, presentate il 9 gennaio 2008, *Impact*, cit., punto 174.

«solo le istituzioni nazionali rimangono competenti a provvedere alla determinazione dell'importo delle retribuzioni e trattamenti dovuti a tale titolo a ciascun lavoratore»<sup>31</sup> Nella sentenza *Impact*<sup>32</sup> la Corte fa un ulteriore passo avanti e ammette che possa spettare al diritto comunitario anche la fissazione del livello dei diversi elementi costitutivi della retribuzione quando ciò sia funzionale all'affermazione del principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato. Sul punto la Corte ha risposto all'opposizione del Regno Unito che ai lavoratori a tempo determinato dovrebbero essere garantite le stesse voci retributive dei lavoratori a tempo indeterminato, ma non necessariamente per un pari importo. Peraltro è proprio dalla fissazione di diversi importi che può derivare una discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato. Pertanto, sebbene la determinazione del livello dei diversi elementi costitutivi della retribuzione di un lavoratore sia incontestabilmente di competenza delle istituzioni degli Stati membri, tuttavia nell'esercizio di questa competenza, tali istituzioni sono tenute a rispettare il diritto dell'Unione europea e, in particolare, sono tenute a rispettare il divieto di non discriminazione. Nella sostanza attraverso la leva del divieto di non discriminazione la Corte arriva a forzare la competenza esclusiva degli Stati membri nella determinazione del livello degli elementi costitutivi della retribuzione.

Un'altra area nella quale l'Unione europea ha stabilito dei principi in materia di retribuzione è quella del distacco dei lavoratori nell'ambito della libera prestazione dei servizi, in cui emerge con forza il tema del *dumping* salariale. È sufficiente, a tal proposito, richiamare la sentenza *Laval* in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea è intervenuta di fatto su materie come la contrattazione collettiva e le modalità di fissazione della retribuzione in Svezia, in quanto pur in assenza di competenze su queste materie «nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario»<sup>33</sup>. Sempre in tema di distacco più di recente la Corte di giustizia nel respingere il ricorso per annullamento della direttiva 2018/957 sul

<sup>31</sup> Corte giust., 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, cit., punto 45.

<sup>32</sup> Corte giust., 15 aprile 2008, *Impact*, cit.

<sup>33</sup> Corte giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*, punto 87.



distacco transfrontaliero (presentati da Polonia e Ungheria) che ha introdotto il principio di parità delle retribuzioni tra lavoratori distaccati e lavoratori nazionali, ha accolto sul punto le conclusioni dell'Avv. gen. Manuel Campos Sánchez-Bordona il quale a proposito dell'eccezione relativa alle retribuzioni afferma che: «La ragion d'essere dell'eccezione relativa alle “retribuzioni” (nozione utilizzata dall'articolo 153 TFUE, par. 5) consiste nel fatto che la determinazione dei salari appartiene all'autonomia contrattuale delle parti sociali a livello nazionale e rientra nella competenza degli Stati membri in materia. Allo stato attuale del diritto dell'Unione, le retribuzioni sono state escluse dall'armonizzazione (in base agli articoli 151 TFUE e seguenti, relativi alla politica sociale dell'Unione). Tale eccezione riguarda misure che comporterebbero una diretta ingerenza del diritto dell'Unione nella determinazione delle retribuzioni del rapporto di lavoro. Così accadrebbe se si pretendesse di uniformare, in tutto o in parte, gli elementi costitutivi dei salari o del loro livello negli Stati membri»<sup>34</sup>.

### 3. *Gli ostacoli della direttiva: la base giuridica*

È, dunque, sulla base del “già detto” da parte della Corte di giustizia dell'UE in relazione all'eccezione relativa alle retribuzioni che la Commissione Europea ha cercato la strada verso l'adozione della direttiva sui salari minimi e adeguati, che, tuttavia, è irta di difficoltà proprio sul terreno della base giuridica.

Il primo ostacolo che la Commissione ha dovuto affrontare è la ricerca di una base giuridica diversa dall'art. 153, par. 5. Nei *considerando* della proposta di direttiva si indica, infatti, come base giuridica l'art. 153, par. 1, lett. *b*, del TFUE, il quale stabilisce che «per conseguire gli obiettivi dell'articolo 151, l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri» in diverse aree, tra le quali si indicano le «condizioni di lavoro». La Commissione difende la scelta della base giuridica per la proposta di direttiva, affermando che i salari, compresi quelli minimi, sono una componente fondamentale delle condizioni di lavoro e quindi «l'iniziativa potrebbe basarsi sull'articolo 153, par. 1, lett. *b*, TFUE sulle “condizioni di lavoro”».

<sup>34</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Manuel Campos Sánchez-Bordona, presentate il 28 maggio 2020, C-620/18, *Ungheria contro Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea*, punti 91-92.

Al fine di mitigare le posizioni più radicali nei confronti di un intervento regolativo europeo in materia di retribuzione, la Commissione chiarisce, inoltre, che «qualsiasi azione dell'UE in materia di salario minimo non mirerebbe né ad armonizzare il livello di tali salari in tutta l'UE, né a stabilire un meccanismo uniforme per la loro fissazione»<sup>35</sup>. L'intento è dunque di presentare una proposta di direttiva di natura procedurale, secondo i dettami della *reflexive law*, volta a stimolare la produzione di norme di natura sostanziale (ovvero la definizione dei minimi salariali) da parte di soggetti collettivi nazionali, attraverso procedure e tempi "suggeriti" dalla stessa direttiva.

Tuttavia è proprio sul terreno della base giuridica che gli oppositori della proposta di direttiva – identificabili in *BusinessEurope*, in alcuni Stati nordici, nonché in alcuni sindacati nazionali dei paesi nordici – hanno rivolto le loro critiche. La questione della contestazione della base giuridica della proposta di direttiva è stata oggetto di una richiesta di un parere al servizio legale del Consiglio dei Ministri da parte del governo danese<sup>36</sup>. Il servizio legale ha confermato la correttezza della base giuridica della proposta di direttiva, data dall'art. 153, par. 1, lett. *b*, TFUE in combinato disposto con l'art. 153, par. 2, TFUE, spingendosi fino a suggerire alcuni emendamenti della proposta di direttiva. Il parere legale è stato valutato positivamente da ETUC<sup>37</sup>, seppure con qualche rilievo critico sul ruolo abusivo nella proposta di emendamenti, ma non appare in grado di convincere i sindacati nordici<sup>38</sup> e *BusinessEurope*.

Non sono mancate proposte alternative, da parte della dottrina, di individuare un'altra base giuridica come l'art. 175 TFUE, che nel combinato disposto con l'art. 174 TFUE potrebbe legittimare un'azione in materia di salari minimi e adeguati come misura per rafforzare la coesione economica e sociale dell'Unione europea at-

<sup>35</sup> Considerando 16 della proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati, cit.

<sup>36</sup> CONSIGLIO DEI MINISTRI DELL'UNIONE EUROPEA, Servizio legale, parere del 9 marzo 2021, parzialmente scaricabile in [www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6817-2021-INIT/en/pdf](http://www.data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6817-2021-INIT/en/pdf).

<sup>37</sup> ETUC, *Statement of the ETUC Collective Bargaining and Wage Coordination Committee. Opinion of the Council legal service on the directive on adequate minimum wages in the EU - Better late than never!*, 18 marzo 2021, scaricabile in [www.etuc.org/en/document/opinion-council-legal-service-directive-adequate-minimum-wages-eu-better-late-never](http://www.etuc.org/en/document/opinion-council-legal-service-directive-adequate-minimum-wages-eu-better-late-never).

<sup>38</sup> K.L. SELD, *Challenges posed by the EU minimum wage initiative to the ETUC and European trade union cooperation*, in *Transfer*, 2020, 3, p. 336.

traverso la riduzione delle disparità retributive tra Stati<sup>39</sup>. Tuttavia, anche questa proposta fondata sull'art. 174 e 175 TFUE, non sarebbe priva di ostacoli eppure pensiamo che non sarebbe dispiaciuta a Massimo Roccella, il quale nella prima edizione del manuale *Diritto del lavoro della Comunità europea* affermava che «i differenziali salariali non costituiscono da soli un fattore decisivo per stimolare una convergenza “naturale” tra i vari sistemi e mercati del lavoro cioè per ridurre in modo positivo le distanze economiche e sociali tra Paesi deboli e Paesi forti»<sup>40</sup> e pertanto occorrono politiche di sviluppo che riducano gli squilibri.

#### 4. *L'obiettivo del rafforzamento della contrattazione collettiva a livello nazionale*

La proposta di direttiva intende perseguire l'obiettivo di garantire salari minimi adeguati con la finalità di combattere la povertà lavorativa attraverso il perseguimento dell'obiettivo di aumentare la copertura della contrattazione collettiva, secondo le leggi e le prassi nazionali, nel pieno rispetto della ripartizione delle competenze e dell'autonomia delle parti sociali. Il rafforzamento della contrattazione collettiva, presentato nella proposta di direttiva come strumentale rispetto all'obiettivo della garanzia di salari minimi adeguati è, secondo alcuni<sup>41</sup>, il secondo ma più importante obiettivo della direttiva. In via di principio la proposta di direttiva intende favorire a livello nazionale una regolazione attraverso la contrattazione collettiva dei salari minimi adeguati, anziché attraverso la legge come avviene nella maggior parte degli Stati membri (solo 6 Stati infatti stabiliscono il salario minimo attraverso la contrattazione collettiva: Austria, Cipro, Danimarca, Finlandia, Svezia e Italia).

A fronte di un quadro comparato estremamente diversificato<sup>42</sup> quanto al ruolo della contrattazione collettiva nella determinazione

<sup>39</sup> A. ARANGUIZ, S. GARBEN, *Confronting the Competence Conundrum of an EU directive on Minimum Wages: In Search of a Legal Basis*, in *College of Europe Policy Brief*, 2019, n. 9, p. 2 ss.

<sup>40</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova 1992, p. 29

<sup>41</sup> T. SCHULTEN, T. MÜLLER, *Minimum-wage directive: yes, but...*, in *Social Europe*, 2020, [www.socialeurope.eu/minimum-wage-directive-yes-but](http://www.socialeurope.eu/minimum-wage-directive-yes-but).

<sup>42</sup> S. KAMPELMANN, A. GARNERO, F. RYCX, *Minimum wages in Europe: does the diversity of systems lead to a diversity of outcomes?*, Bruxelles 2013.

del livello dei salari, sia a livello di categoria che a livello decentrato<sup>43</sup>, la Commissione Europea afferma, nella relazione introduttiva alla proposta di direttiva, che la contrattazione collettiva svolge un ruolo fondamentale per garantire la tutela del salario minimo adeguato, tuttavia si descrive un quadro nel quale è in atto «una diminuzione della copertura della contrattazione collettiva» che può metter in pericolo la garanzia di salari minimi adeguati. La leva da muovere è per la Commissione Europea la promozione da parte degli Stati membri della contrattazione collettiva al fine di aumentare il tasso di copertura della stessa. Infatti, gli Stati membri caratterizzati da un'elevata copertura della contrattazione collettiva tendono ad avere una bassa percentuale di lavoratori a basso salario e salari minimi elevati. Laddove il tasso di copertura della contrattazione collettiva sia superiore al 70% vi sono basse percentuali di lavoratori con salari bassi e la maggior parte degli Stati membri che presentano salari minimi di livello elevato rispetto al salario mediano, sono caratterizzati da una copertura della contrattazione collettiva superiore al 70%<sup>44</sup>. Anche negli ordinamenti giuridici in cui i salari minimi sono definiti da fonti legali, la contrattazione collettiva svolge la funzione di sostenere l'andamento generale dei salari e contribuisce a migliorare l'adeguatezza dei salari minimi<sup>45</sup>, visto che i dati dimostrano che in molti Stati Europei i salari minimi sono al di sotto della soglia di povertà<sup>46</sup>. L'art. 4 della proposta di direttiva traduce, attraverso un modello di tipo promozionale, l'obbligo per gli Stati membri di promuovere lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale. Per gli Stati che non raggiungono il livello di copertura della contrattazione collettiva del 70% l'art. 4 della proposta di direttiva impone agli Stati un obbligo generico di stabilire un quadro di condizioni favorevoli alla

<sup>43</sup> Sul decentramento della contrattazione collettiva nella regolazione dei salari si veda l'indagine comparata di S. LAULOM (a cura di), *Collective bargaining developments in times of crisis*, in *Bull. comp. lab. rel.*, 2018.

<sup>44</sup> M. LÜBKER, T. SCHULTEN, *Is Europe en route to adequate minimum wages?*, in *WSI-Minimum wage report*, 2021, n. 96, p. 7.

<sup>45</sup> *Considerando* 18 e 19 della proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati.

<sup>46</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Commission staff working document impact assessment, accompanying the document proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union*, Brussels, 28 ottobre 2020, SWD(2020) 245 final, p. 5; T. MÜLLER, T. SCHULTEN, *The European minimum wage on the doorstep*, in *ETUI Policy Brief*, 2020, n. 1, p. 4.

contrattazione collettiva, attraverso una legge dopo la consultazione delle parti sociali, oppure mediante un accordo tra le stesse, la definizione di un piano d'azione per promuovere la contrattazione collettiva. Qui emerge il modello, in verità generico, di *auxiliary legislation* che la Commissione Europea ha in mente. In relazione a ciò permangono tuttavia diversi i dubbi sia per quanto riguarda il modello di *auxiliary legislation*, sia per quanto riguarda il rapporto tra la fonte legale e la fonte contrattuale, sia per quanto riguarda l'individuazione degli attori sociali che in alcuni ordinamenti sono estremamente frammentati o indeboliti<sup>47</sup>. L'altro strumento individuato dalla proposta di direttiva per incentivare la contrattazione collettiva come fonte regolativa dei salari minimi e adeguati è definito dall'art. 9 che prevede, in caso di appalti pubblici, l'obbligo di rispettare «i salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti». Vale la pena di segnalare il cambio di passo rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia nella discussa sentenza *Rüffert*<sup>48</sup>, nella quale la Corte di giustizia aveva dato una interpretazione restrittiva dell'obbligo in capo agli appaltatori di rispettare i minimi retributivi, mentre nell'art. 9 si fa riferimento più ampio ai salari.

La preferenza netta verso il modello contrattuale di definizione dei salari minimi adeguati, pur riscontrando il favore dalle parti sociali per la priorità accordata alla fonte contrattuale, si scontra poi con la genericità del modello di *auxiliary legislation* proposto dalla Commissione Europea. Nella prima fase di consultazione delle parti sociali (dal 14 gennaio al 25 febbraio 2020) in merito alla necessità e al possibile orientamento dell'azione dell'UE per affrontare le sfide di un salario minimo equo, le organizzazioni sindacali europee (ETUC) hanno convenuto che il modo migliore per realizzare l'obiettivo di salari adeguati è la promozione della contrattazione collettiva negli Stati membri. Tuttavia, si precisa che la proposta «non spiega chiaramente come un'eventuale iniziativa dell'UE rispetterebbe pienamente e preserverebbe il corretto funzionamento dei sistemi di contrattazione collettiva». Non è ritenuto sufficiente,

<sup>47</sup> Esemplari a questo proposito i casi dell'Ungheria (su cui si rinvia a T. GYULAVÁRY, *Chasing the Holy Graal? Stumbling collective bargaining in Eastern Europe and the Hungarian experiment*, in S. LAULOM (a cura di), *Collective bargaining*, cit., p. 29 e ss., e della Polonia (su cui si rinvia a L. PISARCZYK, *The impact of economic crisis on collective agreement in Poland*, in S. LAULOM (a cura di), *Collective bargaining*, cit., p. 63 e ss.

<sup>48</sup> Corte giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*.

inoltre, il riferimento alla contrattazione collettiva se non si chiarisce il tema della proliferazione dei contratti collettivi, specie in alcuni ordinamenti come l'Italia, firmati spesso da soggetti la cui rappresentatività non è oggettivamente misurata<sup>49</sup>. Il tema dell'accertamento della rappresentatività sindacale e del conseguente rischio di proliferazione di accordi collettivi, emerge con chiarezza nelle dichiarazioni di ETUC, nelle quali si approvano gli emendamenti proposti dal Parlamento Europeo alla proposta di direttiva. Un particolare rilievo assume, in questo senso, la richiesta che la contrattazione collettiva sui salari minimi e adeguati debba essere avviata dalle organizzazioni sindacali e non da semplici rappresentanze dei lavoratori che potrebbero includere falsi sindacati, o peggio, rappresentanze dei lavoratori sostenute dai datori di lavoro<sup>50</sup>.

Al di là delle buone intenzioni della Commissione Europea, la proposta di direttiva inevitabilmente incide sui sistemi di relazioni industriali degli Stati membri, molto diversi tra di loro<sup>51</sup>, e mette a nudo le complessità e i delicati equilibri tra legge e contrattazione collettiva negli Stati che fino ad ora hanno preferito, per ragioni diverse, non adottare un modello di salario minimo legale<sup>52</sup>. I casi della Svezia e dell'Italia sono, a questo proposito, emblematici. Il sistema svedese, in particolare (similmente a quello danese e finlandese), è caratterizzato da una preferenza assoluta della regolazione collettiva del rapporto di lavoro e soprattutto della retribuzione<sup>53</sup>. Non stupisce, dunque, la netta opposizione del sindacato svedese alla proposta di direttiva che rende difficile la stessa posizione dell'ETUC<sup>54</sup>. Così

<sup>49</sup> Su questi temi si rinvia alla relazione di P. VARESI, *Pluralismo e rappresentatività sindacale 50 anni dopo lo Statuto dei lavoratori*, in *Giornate di Studio A.I.D.La.S.S.*, 2020, p. 59 ss., scaricabile in [www.aidlass.it/wp-content/uploads/2021/05/VERSIONE-PROVVISORIA-RELAZIONE-PROF-VARESI-2.pdf](http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2021/05/VERSIONE-PROVVISORIA-RELAZIONE-PROF-VARESI-2.pdf).

<sup>50</sup> ETUC, *Minimum Wage directive improvements: the least working people deserve*, scaricabile in [www.etuc.org/en/pressrelease/minimum-wage-directive-improvements-least-working-people-deserve](http://www.etuc.org/en/pressrelease/minimum-wage-directive-improvements-least-working-people-deserve).

<sup>51</sup> EUROFOUND, *Measuring Varieties of Industrial Relations in Europe: A Quantitative Analysis - Executive Summary*, Dublino 2018.

<sup>52</sup> Per un quadro comparato sul salario minimo legale si veda E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale*, Torino 2017; S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 185 ss.

<sup>53</sup> Per una comparazione tra i due sistemi di relazioni industriali si veda A. IOSSA, *Collective Autonomy in the European Union. Theoretical, Comparative and Cross-border Perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining*, Lund 2017, p. 149 ss.

<sup>54</sup> K.L. SELD, *Challenges posed by the EU minimum wage initiative to the*

come la proposta di direttiva lascia sullo sfondo il tema dell'efficacia generalizzata dei contratti collettivi e dei meccanismi di estensione legale o amministrativa degli stessi, che è uno dei più importanti fattori di differenziazione dei sistemi nazionali.

##### 5. *La prospettiva di hard law e le alternative regolative*

La Commissione UE ha chiarito alle parti sociali, nella prima fase della consultazione sulla base dell'art. 154 TFUE, che una proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati non costituisce una violazione delle norme dei Trattati (articolo 151 e articolo 153, par. 5, del TFUE) che impediscono all'UE di intervenire direttamente nel regolare la materia delle retribuzioni, che è affidata esplicitamente alla competenza degli Stati membri e, all'interno di questi, spesso è lasciata all'autonomia delle parti sociali. Per superare questo rilievo la Commissione europea ha chiarito che l'azione dell'UE in materia di salario minimo non mira né ad armonizzare il livello dei salari minimi in tutta l'UE (cioè a stabilire lo stesso salario minimo in tutti gli Stati), né a stabilire un meccanismo uniforme per la loro fissazione, né intende violare le tradizioni nazionali, l'autonomia delle parti sociali e la libertà di contrattazione collettiva. I salari minimi continueranno ad essere fissati dai contratti collettivi o dalla legislazione, secondo le tradizioni e le specificità nazionali, nel pieno rispetto delle competenze nazionali e dell'autonomia contrattuale delle parti sociali. La proposta di direttiva persegue uno scopo preciso che è quello di combattere la povertà dei lavoratori, molti dei quali non ricevono salari minimi adeguati e la situazione è peggiorata a seguito della crisi pandemica. Soprattutto in alcuni settori e per alcune categorie di lavoratori (donne) la proposta di direttiva si presenta come uno strumento per migliorare le loro condizioni di vita. L'indicatore individuato dalla Commissione nella sua proposta di direttiva per definire il salario minimo adeguato, secondo i più noti indicatori internazionali, è il 60% del salario lordo mediano e

*ETUC and European trade union cooperation*, in *Transfer*, 2020, 3, p. 336, che riporta la dura dichiarazione di S. Engblom, *Policy director* del sindacato svedese TCO, il quale oltre a rilevare la mancanza di competenze dell'UE in materia retributiva afferma che «is very doubtful whether there is any conceivable way to construct a European legal instrument regarding minimum wages that would fulfil the purpose of allowing European workers a decent living wherever they work».

il 50% del salario lordo medio<sup>55</sup>. Per quanto riguarda il livello dei salari minimi in modo da garantirne l'adeguatezza, le organizzazioni sindacali hanno proposto che il salario minimo debba essere almeno il 60% del salario mediano nazionale per i lavoratori a tempo pieno, e la maggior parte delle organizzazioni ha proposto di valutare l'adeguatezza sulla base del salario minimo lordo piuttosto che sulla base del salario netto.

Per quanto con convinzione ETUC appoggi la proposta di direttiva, qualche perplessità rimane relativamente al campo di applicazione. Le perplessità delle organizzazioni sindacali si riferiscono al fatto che la proposta di direttiva abbia trascurato di valutare le cause di fondo dei bassi salari e non tenga conto di alcune tipologie di lavoro come il lavoro a zero ore o il lavoro autonomo che resterebbero fuori dal campo di applicazione di un intervento dell'UE. L'art. 2 chiarisce che la direttiva si applica a chiunque abbia un contratto o un rapporto di lavoro definito come tale dal diritto interno, con riferimento alla nozione di "lavoratore" elaborata dalla Corte di giustizia, arrivando a comprendere i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a *voucher*, i falsi lavoratori autonomi, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti<sup>56</sup>. Restano dunque esclusi i lavoratori genuinamente autonomi, per evitare il cortocircuito sulla ancora irrisolta questione della legittimità, ai sensi della disciplina europea sulla concorrenza, della contrattazione collettiva sui minimi tariffari dei lavoratori autonomi.

Le organizzazioni datoriali, ad eccezione della CEEP, hanno manifestato la loro contrarietà ad una fonte vincolante come la direttiva in materia di salario minimo. Sollevano, prima di tutto, ostacoli di natura giuridica: *BusinessEurope* e *SMEunited* sostengono che il tema dei salari non sia di competenza dell'UE per espressa esclusione dell'art. 153, par. 5, TFUE. Quanto ai contenuti dell'iniziativa della Commissione l'associazione delle PME (*SMEunited*) vede nella proposta di salari minimi adeguati uno strumento utile per le piccole imprese per combattere la concorrenza sleale basata sulla riduzione dei salari. Mentre *BusinessEurope* si è dimostrata immediatamente contraria alla proposta di direttiva definita come un mostro giuridico e una ricetta verso il disastro<sup>57</sup>. Ci sono, innanzitutto, delle

<sup>55</sup> Per una revisione sui pro e contro del c.d. *Kaitz Index* si rinvia a T. MÜLLER, T. SCHULTEN, *The European minimum wage on the doorstep*, cit., p. 2 ss.

<sup>56</sup> *Considerando 17* della proposta di direttiva sui salari minimi e adeguati.

<sup>57</sup> BUSINESSEUROPE, *Proposed EU directive on minimum wages is a recipe for*



discordanze di fondo sulla funzione del salario minimo, infatti nel suo *Position paper* del 2020, *BusinessEurope* ricorda che il salario è la controprestazione del lavoro sulla base delle ore lavorate e non può avere una “funzione sociale” e che ci sono altri strumenti meglio adatti a svolgere tale funzione di protezione<sup>58</sup>.

Le parti sociali datoriali, in special modo *BusinessEurope*, inoltre, non sembrano affatto condividere l’approccio regolativo di *hard law* scelto dalla Commissione Europea attraverso la fonte della direttiva. *BusinessEurope* propende, invece, per un approccio regolativo di tipo *soft* (una Raccomandazione del Consiglio) che salvaguardi la competenza degli Stati membri e che rappresenti una guida per i sistemi nazionali di relazioni industriali senza comprometterne l’autonomia<sup>59</sup>. Ma ciò che spaventa di più nella regolazione *hard* rappresentata dalla direttiva, è la possibilità del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia, che sarebbe legittimata a pronunciarsi in materia di retribuzione sottraendola all’area di competenza della contrattazione collettiva degli Stati membri. La direttiva infatti necessita di essere attuata dagli Stati membri e questo apre al controllo della Corte di giustizia sulla conformità alla direttiva da parte della legislazione interna (o eventualmente del contratto collettivo di attuazione della direttiva) e così la Corte di giustizia dell’Unione europea «will acquire jurisdiction on purely national collective agreements and wage setting and on issues that are of national competence»<sup>60</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Nonostante i dubbi sullo strumento regolativo della direttiva, le parti sociali a livello Europeo, dopo le due fasi di consultazione, non hanno scelto, come avrebbero potuto fare, l’opzione riconosciuta dal Trattato (art. 155 TFUE) di regolare la materia dei salari minimi adeguati attraverso un contratto collettivo europeo. Questa mancata scelta potrebbe aprire lo scenario della regolazione *hard* con la ricerca «in seno al Consiglio della maggioranza necessaria e

*disaster*, 29 ottobre 2020, scaricabile in [www.business-europe.eu/publications/proposed-eu-directive-minimum-wages-recipe-disaster](http://www.business-europe.eu/publications/proposed-eu-directive-minimum-wages-recipe-disaster).

<sup>58</sup> BUSINESSEUROPE, *Position Paper on the Proposal for an EU directive on fair minimum wages*, 2020, punto 15, scaricabile in [www.business-europe.eu/sites/business-europe/files/media/position\\_papers/social/2020-12-04\\_pp\\_minimum\\_wages.pdf](http://www.business-europe.eu/sites/business-europe/files/media/position_papers/social/2020-12-04_pp_minimum_wages.pdf).

<sup>59</sup> BUSINESSEUROPE, *o.u.c.*, punti 17 e 19.

<sup>60</sup> BUSINESSEUROPE, *o.u.c.*, punto 21.

sufficiente per l'adozione di una direttiva "ordinaria" o non negoziata»<sup>61</sup>. Certamente la proposta di direttiva contiene un progetto molto ambizioso che oscilla tra la volontà di assicurare una svolta al diritto sociale europeo – con la lotta al lavoro povero e al *dumping* salariale – e la necessità di pagare un prezzo molto alto, rappresentato dall'intrusione nei sistemi nazionali di relazioni industriali, nelle dinamiche della contrattazione collettiva e del rapporto tra contratto collettivo e legge nei sistemi giuridici nazionali. In questo quadro la strada verso l'approvazione della direttiva appare ancora irta di ostacoli e, ammettendo il superamento del problema della base giuridica, vi è il pericolo che si inneschino fenomeni di conflitto tra diversi sistemi di relazioni industriali, finora protetti da interventi eteronomi a livello europeo. L'audacia regolativa della Commissione potrà essere premiata, tuttavia, solo con il sostegno delle parti sociali a livello europeo, un sostegno che non si sostanzia solo con l'ipotesi, ormai tramontata, dell'accordo collettivo europeo, ma può assumere le forme della legge/direttiva contrattata sperimentata in diversi Stati membri. La partita che si gioca non è, tuttavia, solo quella della direttiva. Si tratta di avere il coraggio di sperimentare una nuova fase del diritto sociale europeo che implica, forse, la rinuncia, almeno in parte, delle tradizioni nazionali delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva.

<sup>61</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione*, cit., p. 540.



MARIELLA MAGNANI

## Contrattazione collettiva e relazioni sindacali post Covid\*

SOMMARIO: 1. L'inefficienza del sostegno senza regolazione. – 2. Un'agenda per il futuro: la questione della rappresentatività sindacale e della sua misurazione. – 3. ...la questione salariale e il salario minimo legale. – 4. Rappresentatività sindacale e contrattazione aziendale. – 5. Conclusioni.

### 1. *L'inefficienza del sostegno senza regolazione*

Dal punto di vista della contrattazione collettiva e delle relazioni sindacali, la ripresa delle attività produttive dopo il *lockdown* ci lascia con gli stessi problemi di regolazione che avevamo prima di questo drammatico periodo. Ci lascia essenzialmente con quel problema di regolazione – la misurazione della rappresentatività sindacale – ben individuato dalle stesse parti sociali nel cosiddetto Patto per la fabbrica del 2018. Esso muove dal presupposto che è indispensabile, se si vuole veramente contrastare la proliferazione dei contratti collettivi «finalizzati esclusivamente a dare copertura a situazioni di *dumping* contrattuale», conoscere l'effettivo livello di rappresentanza di entrambe le parti stipulanti un contratto collettivo nazionale di lavoro: dunque, non solo i sindacati dei lavoratori, per la misurazione della cui rappresentatività già provvedeva il testo unico del 2014, ma anche le associazioni datoriali. E, nello stesso Patto per la fabbrica, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil esprimono la valutazione che «l'efficacia generalizzata dei contratti collettivi costituisce un elemento qualificante del sistema di relazioni industriali e che le intese in materia di rappresentanza possano costituire, attraverso il loro recepimento, il presupposto per l'eventuale definizione di un quadro normativo in materia»<sup>1</sup>.

\* Il presente scritto è stato già pubblicato nel n. 1 del 2021 di *Lav. dir. Europa* ([www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it)).

<sup>1</sup> Cfr. il punto 4 del Patto per la fabbrica, Accordo interconfederale del 9 marzo 2018.

Ed infatti le generose, e in taluni casi tormentate<sup>2</sup>, riforme degli anni '10 di questo nuovo millennio (c.d. Legge Fornero e, soprattutto, *Jobs Act*) hanno lasciato completamente fuori la materia dei rapporti collettivi, vale a dire della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva. Ci siamo fin qui cullati nel modello statutario, del sostegno senza regolazione, che poi ha contribuito allo sviluppo del sistema sindacale di fatto, una delle cifre del nostro diritto sindacale.

Ora, a parte il fatto che la norma cardine di questo modello – l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori – ha perso, dopo l'amputazione referendaria del 1995, il nucleo più significativo della sua anima promozionale e che vi sono evidenti problemi nell'attuale regolazione legislativa della RSA, solo occultati dalla tenuta della disciplina interconfederale delle RSU; a parte ciò, è ormai riconosciuto dai più – e lo si avverte anche nel Patto per la fabbrica – che il modello del sostegno senza regolazione non è più sufficiente. La frammentazione sindacale, anche datoriale, con la realizzazione di diversi ordini contrattuali, mette in crisi il sistema di relazioni industriali e, dunque, anche il virtuoso sistema del rinvio della legge ai contratti collettivi.

## 2. *Un'agenda per il futuro: la questione della rappresentatività sindacale e della sua misurazione*

Sappiamo che, da un certo punto in poi, e specie nella fase del passaggio dal garantismo individuale a quello collettivo intorno agli anni '80 del secolo scorso, il legislatore attua un'intensa compenetrazione tra fonte legale e fonte contrattuale, demandando ai contratti collettivi un vero e proprio compito co-regolativo. Il compito co-regolativo, tuttavia, come pure sappiamo, è affidato solo a sindacati qualificati, prima ai sindacati maggiormente rappresentativi, ora ai sindacati comparativamente più rappresentativi, formula giustamente definita da Giugni «escogitazione linguistica intelligente [...] ma che apre il problema più che risolverlo»<sup>3</sup>. Fra l'altro, il motivo del

<sup>2</sup> Si pensi alla disciplina dei licenziamenti, su cui ancora ferve il dibattito, al punto da prospettarsi nuovi interventi legislativi di razionalizzazione. La cautela, tuttavia, si impone nell'ideare una nuova azione riformatrice: tra l'altro, dopo Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194, Corte cost., 16 luglio 2020, n. 150, ha introdotto elementi di maggiore certezza.

<sup>3</sup> Cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.Vv., *Autonomia collettiva e occupazione*,

passaggio dalla primitiva formula (sindacato maggiormente rappresentativo) a quella odierna (sindacato comparativamente più rappresentativo) non è affatto limpido e non è mai stato conclusivamente individuato. Tant'è che il legislatore la usa sia come criterio di selezione *ex post* tra più contratti collettivi tutti astrattamente applicabili (al fine di individuare quello da applicare nel caso concreto) sia come criterio di legittimazione soggettiva delle diverse associazioni sindacali, e, dunque, per così dire *ex ante*. Ed in questo caso la formula non mi pare diversa da quella di sindacato maggiormente rappresentativo.

In ogni caso, l'accentuata frammentazione della contrattazione collettiva nazionale, essenzialmente a causa della frammentazione della rappresentanza non solo sindacale ma anche datoriale – sebbene non soltanto: si pensi al recente, discusso, contratto collettivo dei *riders* autonomi stipulato da *Assodelivery* e *Ugl-Riders* – ha reso in molti casi controversa, se non addirittura inapplicabile, la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo. Chi conosce, ad esempio, il contenzioso sui minimi retributivi nel settore delle cooperative l'ha potuto toccare con mano: se non ci si vuole appoggiare alla traballante costruzione del «fatto notorio»<sup>4</sup> – per cui sarebbe fatto appunto notorio che i sindacati aderenti a Cgil, Cisl e Uil sono comparativamente più rappresentativi – i giudici, quand'anche vi fosse il consenso sui criteri della rappresentatività, non hanno gli strumenti in concreto per accertarne la ricorrenza ed effettuare la comparazione.

Ebbene, ritengo che la legge possa – e anzi debba – intervenire a stabilire le regole fondamentali sulla rappresentatività sindacale, compresa quella dei datori di lavoro, attribuendo ad una autorità amministrativa – naturalmente dopo averne fissato i criteri – il compito di certificare i dati sull'effettiva rappresentatività. E ciò è possibile perfino a prescindere dalla disciplina della contrattazione

*Atti del XII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Milano, 13-25 maggio 1997, Milano 1998, p. 241.*

<sup>4</sup> V., tra le altre, Trib. Milano, 5 maggio 2017, che ha escluso che costituisca «fatto notorio» la maggior rappresentatività, non tanto di Cgil, Cisl e Uil, quanto dei sindacati di categoria alle stesse aderenti; nello stesso senso v. Trib. Milano, 27 giugno 2017; Trib. Milano, 30 novembre 2016; Trib. Milano, 10 novembre 2014; v. però, in senso contrario, App. Genova, 19 gennaio 2017, che ha accolto la domanda sulla scorta della «notoria grande rappresentatività in ambito nazionale di Confindustria e Concooperative, da un lato, e di Cgil, Cisl e Uil, dall'altro» e, con argomentazioni simili, Trib. Milano, 15 giugno 2017; Trib. Torino, 2 aprile 2013.

collettiva e dalla sempiterna questione della legge sindacale. E senza sopravvalutare il problema della individuazione dei “perimetri” (ovvero degli ambiti) in cui misurare la rappresentatività sulla base di una lettura troppo enfatica e paralizzante del principio di libertà sindacale, *considerando*, tra l’altro, che il 1° comma della disposizione costituzionale va letto insieme all’ultimo<sup>5</sup>.

Può darsi che dal censimento che il Patto per la fabbrica affida al CNEL emerga che le coincidenze oggettive tra i campi di applicazione dei contratti collettivi esistenti siano già numerose. Laddove queste coincidenze non vi siano, l’adozione di qualche meccanismo, del tipo commissione paritetica sulla contrattazione collettiva, non sconosciuta ad altri ordinamenti<sup>6</sup>, potrebbe essere d’aiuto.

Corroborano la particolare attenzione che dobbiamo a questo profilo la montante supplenza dell’autorità amministrativa e, dunque, il rischio che il diritto sindacale si costruisca, pezzo dopo pezzo, con le circolari ministeriali. Basti pensare alla recentissima circolare del Ministero del lavoro, 17 novembre 2020, sul controverso problema della selezione del contratto collettivo legittimato a definire la disciplina, ed in particolare il compenso, dei *riders* autonomi, nella quale, tra l’altro, si prende l’impegnativa posizione per cui «si deve ritenere che il criterio della maggiore rappresentatività comparata necessariamente si determini avuto riguardo alle parti firmatarie del contratto collettivo del più ampio settore, al cui interno, in ragione di particolari esigenze produttive ed organizzative, si avverte la necessità di prevedere discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo dei lavoratori». Qui, come in altri casi meno clamorosi, l’intervento amministrativo non tocca solo i criteri per la determinazione della rappresentatività e, perfino, l’individuazione concreta dei sindacati “comparativamente più rappresentativi”<sup>7</sup>, ma

<sup>5</sup> Cfr., per più ampie argomentazioni e la ripresa del dibattito classico (con le note posizioni di G.F. Mancini, G. Giugni e G. Pera), M. MAGNANI, *I sindacati nella Costituzione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 581; M. MAGNANI, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell’ordinamento statale e intersindacale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 376/2018.

<sup>6</sup> Cfr. T. TREU, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 453 ss.; M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Padova 2020, *passim*.

<sup>7</sup> Come, ad esempio, è avvenuto nel settore delle cooperative con la lettera circolare dell’1 giugno 2012, in cui, oltre ad individuare i criteri per la misurazione della rappresentatività, si conclude che, sulla scorta della documentazione in possesso del Ministero del Lavoro, l’unico contratto da prendere in considerazione ai fini della base imponibile contributiva, ex art. 1, l. 7 dicembre 1989, n. 389, è

arriva ad incidere anche sull'ambito di riferimento per la misurazione della rappresentatività: in altre parole, sulla categoria, la cui autonomia definitoria è ritenuta uno dei corollari, se non il principale corollario, del principio di libertà sindacale.

Allo stato coesistono, infatti, due contratti collettivi: uno per la logistica, con relativo protocollo sui *riders* autonomi, stipulato dalle associazioni sindacali e datoriali operanti nel settore, l'altro stipulato dalla neonata associazione delle imprese di *delivery* (*Assodelivery*) e dal neonato sindacato dei *riders* (aderente però ad Ugl)<sup>8</sup>. A prescindere dalle valutazioni circa il loro contenuto<sup>9</sup>, si riproduce qui il classico conflitto giurisdizionale, la cui soluzione in via autoritativa, attraverso il criterio del contratto stipulato "nel più ampio settore", ha evidenti ripercussioni sulla libertà sindacale.

Piuttosto che lasciare simili scelte all'autorità amministrativa, non è forse meglio, e proprio per chi ha più a cuore la libertà sindacale, legiferare attraverso un dibattito franco e trasparente, volto a contemperare gli interessi in gioco<sup>10</sup>?

### 3. ...la questione salariale e il salario minimo legale

Legato a questo tema, vi è sullo sfondo quello del salario minimo. Bisogna prendere atto che l'interruzione dell'integrazione sistemica

il contratto collettivo nazionale sottoscritto da Cgil, Cisl e Uil/Agci, Legacoop, Confcooperative.

<sup>8</sup> Si tratta del "Protocollo attuativo" dell'art. 47-*bis*, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, sottoscritto il 2 novembre 2020 da diverse associazioni datoriali e Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uiltrasporti, nonché del CCNL sottoscritto il 15 settembre 2020 da *Assodelivery* e *Ugl-Riders*.

<sup>9</sup> Si dubita della conformità con la disciplina legislativa (art. 47-*quater*, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), che vieta la corresponsione di un compenso commisurato alle consegne, della clausola relativa al compenso contenuta nel CCNL *Assodelivery - Ugl-Riders*: v. in proposito, per una posizione diversa rispetto a quella contenuta nella circolare ministeriale del 17 novembre 2020, M. BIASI, *Nuove tecnologie e crisi della subordinazione: il caso Riders - Le inattese ricadute di un approccio rimediabile al lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1797.

<sup>10</sup> *De iure condito* non è facile individuare un criterio, che potrebbe anche essere opposto a quello individuato dalla circolare ministeriale, se si tenesse conto, ad es., della categoria oggettiva: discute questa possibilità R. DE LUCA TAMAJO, *Le criticità della rappresentatività sindacale "misurata": quale perimetro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 377 ss.; v., inoltre, C. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020, p. 187 ss.



dell'ordinamento statale e di quello intersindacale ha reso problematica la determinazione dell'equa retribuzione *ex* articolo 36 cost. Da tempo l'introduzione di un salario minimo fissato per legge è oggetto di un dibattito inspiegabilmente inconcludente che non ha consentito di varcare la soglia dell'*an* per passare a quella del *quomodo*, l'unico modo per pervenire a soluzioni razionali<sup>11</sup>. Peraltro, rispetto all'ipotesi del salario minimo si possono comprendere assai più le cautele delle associazioni datoriali che non quelle delle associazioni sindacali dei lavoratori. Vorrà pure dire qualcosa se, nella quasi totalità dei paesi europei, vi sono meccanismi di determinazione legale dei salari, oggi incoraggiati dalle istituzioni europee<sup>12</sup>.

La questione del rapporto tra determinazione legale del salario e contrattazione collettiva è vecchia quanto il diritto sindacale. Anche gli Webb l'hanno affrontata nel loro *Industrial Democracy*<sup>13</sup>, giungendo alla conclusione che, lungi dall'ostacolare la contrattazione collettiva, il salario minimo risponde alle esigenze sia di garantire una tutela minimale a settori che il sindacato non è in grado di raggiungere, sia di fornire un sostegno generalizzato di base all'azione sindacale, sempre suscettibile di miglioramento.

Vi sono disegni di legge presentati in Parlamento che realizzano, tra l'altro, un'integrazione interessante tra fissazione legale del salario minimo, demandata in prima battuta ai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, e, appunto, misurazione e certificazione della rappresentatività sindacale<sup>14</sup>; con la previsione, comunque, di un limite quantitativo – che, non lo nascondo, è difficile fissare, tenendo conto di tutte le variabili, in *primis*

<sup>11</sup> Ho cercato di analizzare i problemi di tecnica e politica legislativa che porrebbe nell'ordinamento italiano una legislazione sui minimi, alla luce della giurisprudenza applicativa dell'art. 36 e dell'art. 39 cost., nella voce *Salario minimo*, ne *Il Libro dell'anno*, Roma 2015, p. 375 ss. e in *Problemi giuridici del salario minimo legale*, in *Giur. it.*, 2015, I, p. 750 ss.; più recentemente, cfr. M. MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo*, Roma 2019. Tra i primi autori a lanciare il dibattito, cfr., oltre a T. TREU, *Sub. art. 36*, in *Comm. cost.* Branca, Bologna-Roma 1979, p. 72 ss., M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 231 ss.

<sup>12</sup> V. ora la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea del 28 ottobre 2020, COM (2020) 682 final. Sulla discussa base giuridica della proposta e sui suoi contenuti cfr. A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 539 ss.

<sup>13</sup> Cfr. S. e B. WEBB, *Industrial Democracy*, London 1897.

<sup>14</sup> Li esamina analiticamente M. MARTONE, *A che prezzo*, cit., spec. p. 79 ss.

economiche – operante come pavimento per la contrattazione collettiva e come parametro per i settori non coperti dalla stessa. Tutto ciò darebbe una risposta, perfino tardiva, ai possibili inceppamenti del sistema di contrattazione collettiva.

#### 4. Rappresentatività sindacale e contrattazione aziendale

Relativamente alla contrattazione collettiva aziendale, non vi è per definizione il problema della selezione tra due o più contratti collettivi astrattamente applicabili. Tuttavia, sappiamo che il legislatore, tutte le volte in cui attribuisce ai contratti aziendali il potere di derogare/integrare le norme di legge ovvero li assume come presupposto per la concessione di benefici a carico dello Stato, seleziona i soggetti sindacali legittimati alla stipulazione attraverso il riferimento al sindacato – o, meglio, ai sindacati – comparativamente più rappresentativi a livello nazionale. Con una disposizione contenuta nel decreto legislativo 10 giugno 2015, n. 81, (l'art. 51), e poi diventata ricorrente nella legislazione successiva, si attribuisce il potere di stipulare i contratti collettivi aziendali, naturalmente non quelli “liberi” ma quelli con funzione integrativa/derogatoria del precetto legale ovvero autorizzatoria, non solo a «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» ma anche alle «loro» RSA a ovvero alla RSU<sup>15</sup>. Stupisce, dunque, che l'art. 14 del cosiddetto decreto “Agosto” (d.l. 14 agosto 2020, n. 104, conv. nella l. 13 ottobre 2020, n. 126), poi ripreso dall'art. 12 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, nell'attribuire alla contrattazione aziendale il potere di disattivare il divieto di licenziamento attraverso accordi di incentivazione alla risoluzione consensuale del rapporto, si limiti a fare riferimento agli accordi stipulati «dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale»<sup>16</sup>. Da qui si è tratto l'interrogativo, se non addirittura la

<sup>15</sup> Sulla portata della norma, definita «di sistema», e sulla sua esegesi, cfr. T. TREU, *I rinvii della contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino 2016, p. 243 ss.

<sup>16</sup> Anche l'art. 8 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, sul “Fondo nuove competenze”, fa riferimento ai «contratti collettivi sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa e degli accordi interconfederali vigenti»; e pure l'art. 41 del d.lgs. 14 settembre

conclusione<sup>17</sup>, che RSA ed anche RSU sarebbero escluse dalla possibilità di stipulare autonomamente detto contratto. Per inciso, si può dubitare della correttezza della conclusione, potendosi ben ritenere che tocca all'autonomia sindacale individuare in concreto l'agente negoziale (le RSU sono riconosciute dalle maggiori confederazioni come il comune agente negoziale). Tanto più che l'organismo della RSU, operando a maggioranza dei componenti, consente di superare il problema dell'eventuale dissenso tra i sindacati. Analoga questione era sorta per la stipulazione dei contratti di solidarietà *ex artt.* 1 e 2, l. 19 dicembre 1984, n. 863, che ne demandava la stipulazione ai sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale: anche in quel caso, si dibatteva sulla struttura sindacale legittimata alla stipulazione del contratto di solidarietà proprio per la non menzione delle RSA. Ma pure in quel caso si era fatto correttamente notare come il legislatore ben avrebbe potuto aver utilizzato l'espressione «sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative» solo al fine di selezionare i soggetti astrattamente legittimati alla stipulazione, lasciando poi, del tutto opportunamente, all'autonomia sindacale di individuare in concreto l'agente negoziale<sup>18</sup>.

Ma poi altri problemi sono stati sollevati: come sono identificati i sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale? E, appunto, è esercitabile e da chi un potere di veto<sup>19</sup>? Si tratta

2015, n. 148, come modificato dall'art. 26-*quater*, comma 1, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, conv. nella l. 28 giugno 2019, n. 58, sul "Contratto di espansione", fa riferimento ad accordi stipulati «con le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o con le loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero con la rappresentanza sindacale unitaria».

<sup>17</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *I licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: la proroga del blocco nel d.l. n. 104/2020*, in *Labor*, 2021, p. 7 ss. A. MARESCA, *Gli accordi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'art. 14, co. 3, d.l. n. 104/2020: l'alternativa realistica al divieto di licenziamento per Covid*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 3.

<sup>18</sup> Cfr., anche per maggiori riferimenti al dibattito di allora, M. MAGNANI, *I contratti di solidarietà*, in *Nuove leggi civili*, 1985, p. 818 ss.

<sup>19</sup> Secondo A. MARESCA, *Gli accordi aziendali*, cit., la scelta del legislatore di utilizzare la preposizione "dalle" anziché "da" evidenzia la volontà di una maggiore selettività nell'individuazione dei sindacati legittimati a sottoscrivere l'accordo aziendale «che, quindi, sembra possibile identificare nelle associazioni di categoria [...] firmatarie del CCNL applicato dal datore di lavoro e, più precisamente, se non tutte, almeno quelle che vantano la maggiore rappresentatività rispetto alle altre»; secondo F. SCARPELLI, *I licenziamenti economici*, cit., dove vi è una significativa presenza sindacale limitata ad una singola associazione di settore, firmataria del contratto collettivo applicato nell'impresa, è probabile che la sottoscrizione av-

esattamente dello stesso tipo di problema sollevato a proposito dei richiamati artt. 1 e 2 della l. 19 dicembre 1984, n. 863: e, a proposito di quelle norme, si era evidenziato come dalla formulazione letterale non si ricavasse la necessità di una stipulazione unitaria, che avrebbe portato ad attribuire a ciascuna delle associazioni sindacali legittimate, magari scarsamente rappresentativa in azienda, un inammissibile potere di veto, con effetti potenzialmente paralizzanti la stessa contrattazione<sup>20</sup>.

## 5. Conclusioni

Mi rendo conto di avere concluso più segnalando problemi e prospettive che individuando precise soluzioni, ma proprio questo era l'intendimento del presente scritto. Dei problemi indicati dobbiamo avere contezza per attrezzarci a risolverli se vogliamo affrontare con gli strumenti adeguati la fase post Covid. A meno che, provvidamente, si riproducano le condizioni dell'unità di azione sindacale e datoriale, che hanno fatto ritenere superflua qualsiasi prospettiva regolativa. Ma, francamente, per una serie di fattori legati al mutamento, certo non temporaneo, del contesto economico e sociale non mi pare questa un'ipotesi realistica.

verrà ad opera di questo sindacato. Ma, si domanda l'A., il problema può essere sollevato dall'INPS in sede di riconoscimento della NASPI o dal singolo lavoratore che abbia un ripensamento su opportunità e validità della sua adesione al percorso risolutivo?

<sup>20</sup> Mi permetto di rinviare ancora a M. MAGNANI, *I contratti di solidarietà*, cit., p. 818 ss.



MARCO NOVELLA

## I salari negli appalti pubblici

SOMMARIO: 1. L'applicazione del contratto collettivo *leader* ai lavoratori degli appalti pubblici: contrasto al *dumping* salariale e garanzia di una *fair competition* "qualificata". – 2. L'art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici: problemi interpretativi. – 3. Argomenti a favore delle legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, del Codice. – 4. Argomenti a favore della conformità al diritto dell'UE dell'art. 30, comma 4, del Codice.

### 1. *L'applicazione del contratto collettivo leader ai lavoratori degli appalti pubblici: contrasto al dumping salariale e garanzia di una fair competition "qualificata"*

La questione della garanzia dei trattamenti salariali, attraverso l'applicazione di contratti collettivi ad efficacia soggettiva limitata, trova nell'ambito degli appalti pubblici soluzioni normative apparentemente semplici. Forse troppo semplici per non suscitare qualche perplessità. Indipendentemente dal giudizio sull'opportunità "politica" dell'operazione compiuta dal legislatore, non v'è dubbio che le previsioni del Codice dei contratti pubblici in materia di trattamenti retributivi possano suscitare dubbi di compatibilità con ineludibili vincoli "di sistema"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La questione è affrontata in molti contributi che si sono occupati delle clausole sociali nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici: S. CAFFIO, *Appalto, costo del lavoro e contratto collettivo di riferimento*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro, Disciplina pubblicistica*, vol. I, Torino 2017, p. 849 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino 2018; A. LO FARO, *Le clausole sociali nel nuovo Codice degli appalti pubblici: rinnovamento o continuità?*, in L. CALCATERRA (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Napoli 2018, p. 1475 ss.; M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 273 ss.

In effetti, come meglio si potrà constatare nel prosieguo, è quantomeno tortuosa, per quanto percorribile, la strada che conduce a riconoscere la conformità al dettato costituzionale (art. 39 cost.) della disciplina del Codice dei contratti pubblici in materia di trattamento economico e normativo dovuto ai lavoratori impiegati in appalti pubblici (spec. art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50/2016).

Altrettanto impegnativo è sostenere la compatibilità delle norme del Codice dei contratti pubblici in materia di trattamento economico dei lavoratori con il principio eurounitario della libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE). E ciò soprattutto ove il *test* di conformità sia condotto con lo sguardo rivolto agli orientamenti, di stampo liberista, affermatasi in seno alla Corte di giustizia UE all'epoca delle pronunce del c.d. *Laval Quartet* (ma sul punto *infra*, § 4)<sup>2</sup>.

Per cogliere gli elementi di perplessità cui si è fatto cenno, e i sottostanti problemi di compatibilità appena evocati, è sufficiente una rapida lettura dell'art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016. La disposizione, non senza un certo candore, e in linea di continuità con il suo immediato precedente (art. 118, comma 6, del Codice degli appalti, d.lgs. n. 163/2006), stabilisce che «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro 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»<sup>3</sup>.

La previsione dell'obbligo di applicazione del contratto collettivo (selezionato secondo i criteri della rappresentatività dei soggetti stipulanti, del settore, della zona, e della connessione con l'attività oggetto dell'appalto) è così esplicita e inequivocabile da lasciare un poco sorpresi. Sembra quasi che il legislatore deliberatamente scelga di ignorare il problema della limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi di diritto comune. Non solo: superando di slancio ogni remora, il Codice prevede l'applicazione *in toto* del contratto collettivo nazionale, e non soltanto dei trattamenti retributivi minimi

<sup>2</sup> Si allude a Corte giust., 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*; Corte giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*; Corte giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*; Corte giust., 19 giugno 2008, C-319/06, *Lussemburgo*.

<sup>3</sup> Vale la pena segnalare che la disposizione non è tra quelle individuate dall'art. 36 del Codice, e pertanto non pare applicabile ai contratti sotto-soglia.

in esso contenuti; e inoltre stabilisce che a essere applicato non sia un contratto collettivo qualunque, ma il contratto collettivo *leader* del settore, a garanzia, evidentemente, degli adeguati livelli di trattamento economico e normativo che si intendono assicurare<sup>4</sup>.

Per contro, e a conferma della inusuale scarsa “prudenza” del legislatore, non si trova traccia, nella disposizione, di quelle formulazioni indirette, consistenti nel richiamo dei trattamenti economici dei contratti collettivi quali meri parametri esterni di commisurazione della proporzionalità e sufficienza del trattamento economico, che in varie occasioni hanno consentito di giungere alla tranquillizzante conclusione di essere rimasti nel perimetro dell’art. 36 cost., e di non avere infranto il tabù dell’*erga omnes*.

Neppure il legislatore si preoccupa di ricorrere, come è avvenuto invece in passato – si pensi all’art. 36 St. lav. –, all’*escamotage* di porre a carico dell’appaltante l’obbligo di inserire nel contratto la clausola che vincola ad applicare il contratto collettivo, in modo da configurare l’applicazione dello stesso come obbligo derivante non dalla legge, ma dal contratto, a cui l’appaltatore si sottopone al momento dell’accettazione dell’appalto.

Qui il legislatore è più disinvolto: l’obbligo è posto direttamente a carico dell’appaltatore<sup>5</sup>.

A rafforzamento delle previsioni dell’art. 30, comma 4 (e del fatto che la disposizione fa parte di un disegno del legislatore volto a garantire adeguati livelli retributivi ai lavoratori degli appalti) militano altre disposizioni del Codice. L’obbligo di applicazione dei contratti collettivi è indirettamente ribadito dall’art. 97, comma 5, lett. *b*, che prevede l’esclusione dell’offerta nel caso di violazione di una serie di obblighi (elencati all’art. 105) tra i quali quello, gravante sull’affidatario, di osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per

<sup>4</sup> Con l’espressione “contratti *leader*” si intendono i contratti, relativi ai diversi settori, sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

<sup>5</sup> S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino 2014, p. 193; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 196/2014, p. 35; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 78 ss.; L. PAOLITTO, *Le clausole sociali tra il bando di gara e la disciplina del contratto collettivo*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., p. 908; B. DE MOZZI, *Terzo settore e contrattazione collettiva*, in *Var. temi dir. lav.*, 2019, p. 1039; G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020, p. 156.



il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni<sup>6</sup>. Trova conferma, dunque, che ad essere garantiti non sono soltanto i minimi retributivi, ma il complessivo trattamento retributivo contrattuale. E del resto, anche l'art. 97, comma 5, lett. *d*, contribuisce a rafforzare l'applicazione dei contratti collettivi, stabilendo, a pena di esclusione dalla gara, che il costo del personale sia calcolato sulla base di importi della retribuzione non inferiori a quelli ricavabili dalle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16. Tabelle, queste, costruite dal Ministero del lavoro a partire dai valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

La *ratio* complessiva dell'intervento legislativo più chiara non può essere: fornire adeguata garanzia economica e normativa ai lavoratori che operano in segmenti deboli del mercato del lavoro, cercando di evitare la trappola del sotto-salario e il fenomeno dell'*in-work poverty*.

In effetti, chi lavora nell'ambito degli appalti pubblici è sovente un *low-wage worker*. E ciò per l'agire congiunto di almeno tre fattori.

In primo luogo perché i servizi tipicamente svolti attraverso appalti pubblici sono quelli dei settori a basso valore aggiunto e ad alta intensità di lavoro, in cui la competitività delle imprese si misura in termini di minore costo e non in termini di innovazione dei processi o di diversificazione del servizio offerto: il che pone l'imperativo del contenimento del costo del fattore primario della produzione, il lavoro, trattandosi, come si diceva, in molte circostanze, di appalti "*labour intensive*".

In secondo luogo, perché i meccanismi competitivi di aggiudicazione degli appalti pubblici possono innescare il gioco della concor-

<sup>6</sup> L'affidatario è altresì responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. Il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, art. 49 (d.l. *Governance PNRR e Semplificazioni*) sostituisce il primo periodo del comma 14 dell'art. 105 introducendo, per quanto più interessa in questa sede, l'obbligo per il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, di garantire gli stessi *standard* qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, 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.

renza al ribasso sul costo del lavoro. È vero che la regola in materia di valutazione dell'offerta è oggi (v. art. 95, comma 2, del Codice dei contratti pubblici) quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con conseguente emarginazione ad eccezione dell'assai più pericoloso criterio del prezzo più basso: ma non si deve sottovalutare il fatto che ove le gare abbiano ad oggetto, così come spesso accade, servizi molto standardizzati e assai poco differenziabili sotto il profilo degli *standard* qualitativi assicurati, il fattore decisivo per l'aggiudicazione della gara potrebbe tornare ad essere, molto banalmente, la riduzione del costo.

In terzo luogo, perché si tratta di settori in cui, tradizionalmente, lo sviluppo dell'azione sindacale trova maggiori difficoltà e la contrattazione collettiva soffre di debolezze. Debolezze che trovano riflesso non solo sotto il profilo delle condizioni di lavoro previste nei contratti collettivi, a volte a causa dell'innescarsi di fenomeni di concorrenza tra sigle sindacali e soprattutto datoriali, ma anche sotto il profilo del tasso di "copertura" della contrattazione collettiva. A loro volta, questi fenomeni dipendono dall'agire congiunto della scarsa forza contrattuale dei lavoratori (in molte circostanze disposti a svolgere lavoro alle condizioni disponibili in vista dell'obiettivo del mantenimento dell'occupazione e della garanzia di un reddito), e delle obiettive condizioni di scarso valore aggiunto prodotto dalle attività economiche. Laddove i margini di utile sono molto ridotti, assai difficile diventa praticare redistribuzione.

Altri fattori potrebbero essere probabilmente citati, ma paiono questi i più significativi. Comunque sono sufficienti a dare conto delle ragioni alla base dell'intento protettivo del legislatore.

È un intento che in fondo non stupisce. Il settore degli appalti pubblici ha una lunga tradizione, risalente alla legislazione sociale, di regolazione volta alla tutela dei livelli salariali dei lavoratori. Si può anzi sostenere che la determinazione di regole volte a garantire il salario (oggi diremmo "decente o dignitoso") agli operai degli appalti pubblici ha storicamente rappresentato uno dei punti di attacco contro lo *sweating system*<sup>7</sup>. Le condizioni degli operai che lavoravano, nella seconda metà dell'800, al servizio di appaltatori pubblici erano notevolmente peggiori rispetto a quelle degli altri operai<sup>8</sup>. Da qui l'iniziativa volta a riallineare le condizioni di lavoro

<sup>7</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986, p. 31.

<sup>8</sup> La circostanza è testimoniata da studi dell'epoca: cfr. F. INVREA, *Il Comune e la tutela dei lavoratori*, in *Riv. it. sc. soc. disc. aus.*, 1899, p. 497; H. BAZIRE, *Des*

attraverso l'inserimento nei capitolati d'appalto di clausole a tutela delle retribuzioni. Inserimento che talvolta aveva origine per l'azione delle *Trade Unions*<sup>9</sup>; talvolta era previsto a seguito di iniziative normative (cfr. in Francia i decreti *Millerand* del 10 agosto 1899); talvolta era promosso dagli stessi soggetti pubblici appaltanti (v. in Italia a fine Ottocento, le prime clausole "sociali" a tutela dei lavoratori impiegati nelle concessioni del servizio tranviario previste dai Comuni di Torino e di Milano).

Ad ogni modo, l'obbligo non scaturiva da una previsione imperativa della legge, ma formalmente dipendeva dalla sottoscrizione volontaria di un contratto di appalto da parte del datore di lavoro<sup>10</sup>. Ciò consentiva di assicurare equo trattamento senza revocare in dubbio il sacro principio del non intervento legale in materia contrattuale<sup>11</sup>. Il che, strategicamente, consentì di fatto l'avvio della diffusione delle clausole sociali a partire da un settore bisognoso di garanzie di condizioni di lavoro dignitose.

Sicuramente secondaria, nella prospettiva di fine secolo XIX, era la realizzazione, attraverso le clausole sociali di equo trattamento, di corrette condizioni di competizione tra imprese. Non v'è dubbio tuttavia che la garanzia di "giusti" trattamenti economici e normativi per i lavoratori possa favorire la *fair competition*.

E ciò vale a maggior ragione ai giorni attuali, e nell'ambito dell'assegnazione dei servizi tramite gara pubblica. In effetti, ancorché l'aspetto ora evocato attenga probabilmente più agli effetti che alla *ratio* dell'intervento normativo, certamente la definizione di "regole del gioco" comuni in materia di trattamento economico e normativo dei lavoratori ha l'effetto di collocare tutti i *competitors* sullo stesso terreno di gara.

Nel caso dell'art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, tuttavia, va compiuta qualche precisazione aggiuntiva.

L'obiettivo della corretta concorrenza potrebbe in effetti essere raggiunto anche attraverso la fissazione di minimi salariali obbliga-

*conditions du travail imposées aux entrepreneurs dans les adjudications des travaux publics*, Paris 1898.

<sup>9</sup> In Inghilterra il primo ente pubblico che inserì una clausola di "equo trattamento" per lavori dati in appalto fu lo *School-board* di Londra nel 1889.

<sup>10</sup> M. RUINI, *Il valore della clausola del salario minimo nei pubblici appalti*, in *Contr. lav.*, 1906, p. 307. V. inoltre G.G. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 698 ss.

<sup>11</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 31.

tori. Il Codice tuttavia non si accontenta di definire un “qualsivoglia” *playing field* comune: l’art. 30, comma 4, va oltre, imponendo l’applicazione dei trattamenti economici e normativi dei contratti collettivi, e non solo dei minimi contrattuali, e per di più selezionando tra i contratti collettivi quelli identificabili come *leader* nel settore. Il Codice esprime dunque una *ratio* più ambiziosa.

Coglie nel segno chi ha rilevato come esso possa contribuire allo sviluppo di una concorrenza virtuosa, svolta sul versante dell’efficienza organizzativa, dell’innovazione, della produttività<sup>12</sup>. E ciò perché la disciplina ha l’effetto di promuovere una competizione particolarmente qualificata: giocata non sul piano del costo del lavoro, ma sul piano della qualità dei servizi prestati. Indirettamente, la selezione degli appaltatori fondata sugli aspetti qualitativi dell’offerta dovrebbe essere una garanzia per il soggetto pubblico sotto il profilo dell’affidabilità nell’esecuzione del servizio (conducendo a minore conflittualità dei lavoratori e a migliore qualità delle prestazioni offerte) e quindi rispondere a un obiettivo di buon andamento dell’amministrazione pubblica.

Questo aspetto, che si aggiunge al profilo dell’equo trattamento dei lavoratori nella costruzione del significato della disciplina del Codice, oltretutto si rivela prezioso, come meglio si vedrà oltre (*infra*, § 3), nel momento il cui si cerchino di mettere a fuoco gli argomenti spendibili a favore della legittimità costituzionale dell’art. 30, comma 4.

## 2. L’art. 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici: problemi interpretativi

Come si è detto, l’art. 30, comma 4, garantisce ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici le condizioni di lavoro contenute nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi del settore.

Più precisamente, il contratto da applicarsi è quello stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamen-

<sup>12</sup> F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino 2011, p. 311; P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 213; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 8, p. 11.

te più rappresentative sul piano nazionale «per il settore e per la zona». La disposizione, pur riferendosi al “contratto collettivo”, al singolare, in realtà impone l’applicazione non solo delle condizioni economiche e normative previste dal contratto collettivo *leader* nella categoria, ma anche di quelle contenute nell’eventuale contratto relativo alla “zona” geografica, ovviamente ove esistente. Il “settore” si riferisce non alla generica attività dell’impresa, ma all’attività da svolgersi nell’esecuzione dell’appalto<sup>13</sup>; la “zona” non rimanda alla sede in cui è ubicata l’azienda, ma al luogo in cui si svolge l’attività oggetto di appalto. Lo si deduce dal tenore della prima parte della disposizione, in cui si specifica che destinatario dell’applicazione delle fonti collettive è il personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni.

L’art. 30, comma 4, tuttavia, non si limita a disporre l’applicazione dei contratti *leader* e degli eventuali contratti a livello territoriale. Esso prevede altresì l’applicazione dei contratti «il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente». L’uso della congiunzione “e” che fa da cerniera tra la prima parte della disposizione e la seconda può generare qualche imbarazzo interpretativo.

Alla lettera, potrebbe sembrare che sussista un obbligo di applicare ai lavoratori degli appalti pubblici non solo i contratti collettivi nazionali e decentrati (tipicamente provinciali) per il settore e per la zona, ma anche, cumulativamente, un’altra categoria di contratti: quelli connessi strettamente con l’attività oggetto di appalto. Tuttavia l’ipotesi di un cumulo tra le fonti non avrebbe alcun significato, non essendo queste ultime in rapporto di integrazione le une con le altre. Pare quindi necessario procedere oltre l’interpretazione letterale. In questa prospettiva, due alternative si prospettano. La prima consiste nel ritenere che la congiunzione “e” debba essere letta come una disgiuntiva “o”, e che dunque l’obbligo sia alternativo. L’appaltatore potrebbe scegliere di adempiere all’obbligo applicando i contratti collettivi di settore e di zona stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative, oppure ricorrendo a quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto, indipendentemente dai

<sup>13</sup> Dubbioso M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Milano-Padova 2020, p. 67, che tuttavia segnala come nell’applicazione giurisprudenziale pare confermato il riferimento all’attività oggetto di appalto.

oggetti sindacali stipulanti detti contratti. La soluzione tuttavia non convince: al di là della forzatura del tenore letterale della legge che imporrebbe, l'interpretazione determinerebbe l'effetto di introdurre una contraddizione interna alla disposizione, attraverso la vanificazione dell'intento selettivo della prima parte dell'articolo.

Una seconda soluzione interpretativa pare più convincente. Il criterio della "stretta connessione" con l'oggetto dell'appalto può essere letto in combinazione con la previsione della prima parte dell'art. 30, comma 4, quale criterio di identificazione del contratto collettivo (stipulato da soggetti sindacali comparativamente più rappresentativi) applicabile nell'ipotesi in cui vi fossero dubbi derivanti dalla presenza di più contratti in cui astrattamente potrebbe rientrare l'attività esercitata nell'esecuzione dell'appalto. Tale ipotesi non è così peregrina, potendosi osservare contratti collettivi aventi ambiti di applicazione parzialmente sovrapposti anche nell'ambito della contrattazione svolta tra le organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative<sup>14</sup>. Laddove si determini tale situazione, va privilegiato il contratto con un ambito di applicazione "strettamente connesso" con la natura delle prestazioni oggetto del contratto<sup>15</sup>.

E ciò anche nel caso in cui l'attività dell'impresa non coincida in *toto* con l'attività oggetto di appalto<sup>16</sup>.

Resta salva, in questa prospettiva interpretativa, la logica selettiva cui è improntato l'art. 30, comma 4: anche il contratto "strettamente connesso" con l'oggetto dell'appalto deve essere sottoscritto da organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

A margine, merita di essere osservato che la regola enunciata non

<sup>14</sup> G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020, p. 191.

<sup>15</sup> La previsione legale pare costituire l'evoluzione di quell'orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 11 luglio 2014, n. 3571; Cons. St., sez. V, 25 luglio 2014, n. 3962) che richiedeva la coerenza tra contratto collettivo e natura delle prestazioni oggetto di appalto. In dottrina, sull'interpretazione che privilegia l'applicazione del contratto collettivo più vicino e più omogeneo rispetto all'attività svolta nell'appalto, v. G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 168 ss., p. 192; M. FERRARESI, *La categoria contrattuale*, cit., p. 85 ss.

<sup>16</sup> In giurisprudenza, il criterio della scelta del contratto collettivo in ragione della maggiore connessione con l'oggetto del contratto di appalto si ritrova applicato in più occasioni. V., ad esempio: Cons. St., sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; Cons. St., sez. V, 6 agosto 2019, n. 5574 e n. 5575; Tar Piemonte, sez. I, 25 maggio 2020, n. 316.

va confusa con quella posta dall'art. 2070, primo comma, c.c. A "guidare" l'applicazione del contratto collettivo non è l'attività esercitata dall'impresa, ma, come si è detto, l'attività oggetto dell'appalto. Una ulteriore conferma di ciò si ritrova nella prima parte dell'art. 30, comma 4, ove è specificato che l'obbligo di applicazione del contratto collettivo ivi indicato riguarda il solo il personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni e non l'intero personale dell'azienda. In linea di principio, un datore di lavoro potrebbe applicare un contratto collettivo in relazione ai lavoratori impiegati nell'appalto pubblico e un altro contratto collettivo in relazione a lavoratori non impiegati in appalti pubblici o impiegati in altri appalti pubblici aventi oggetto eterogeneo<sup>17</sup>. La norma pare dunque autorizzare la coesistenza di più contratti collettivi applicati dallo stesso datore di lavoro, ove giustificata dalla necessità di adibire i lavoratori alle attività specificamente dedotte nel contratto di appalto.

Complessivamente, il criterio adottato dal legislatore per individuare il contratto collettivo applicabile contribuisce a risolvere gran parte dei problemi derivanti, in ultima analisi, dalla mancanza di una definizione legale delle categorie contrattuali. Non è escluso che permangano incertezze applicative, a fronte di fenomeni, sicuramente presenti, di frammentazione e di parziale sovrapposizione degli ambiti applicativi dei contratti collettivi<sup>18</sup>. Certo è che, nell'ambito degli appalti pubblici, gli aspetti disfunzionali paiono essere ridotti al minimo: a ciò partecipa il già citato art. 97, comma 5, lett. *d*, del Codice. Come si è detto, tale disposizione stabilisce, a pena di esclusione dalla gara, che il costo del personale sia calcolato a partire da importi della retribuzione non inferiori a quelli ricavabili dalle apposite tabelle ministeriali di cui all'articolo 23, comma 16. Queste tabelle sono elaborate dal Ministero del lavoro tenendo in considerazione i contratti collettivi nazionali tra le organizzazioni

<sup>17</sup> Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066.

<sup>18</sup> Disamine sugli aspetti disfunzionali derivanti dalla mancata regolazione eteronoma dei campi di applicazione dei contratti collettivi si trovano in I. ALVINO, L. IMBERTI, *Contratto collettivo leader e rappresentanza datoriale*, in *Lab. Law Iss.*, 2018, n. 2, p. 3 ss.; T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 386/2019; S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 185; G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *Mass. Giur. lav.*, 2020, p. 945 ss.; G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 168 ss.

sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile ad un certo settore, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

In tal modo, indirettamente, e in via di fatto, si determina una forte convergenza verso l'applicazione dei contratti collettivi relativi ai "settori" individuati dal Ministero del lavoro per la determinazione delle tabelle stesse. E in questo modo si semplifica in concreto, anche se non si risolve in astratto, il problema della categoria contrattuale "a geometria variabile".

### 3. *Argomenti a favore delle legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, del Codice*

Non si può negare che nel momento in cui il legislatore ha "rotto gli argini" e, superando le remore, ha previsto l'applicazione dei contratti collettivi al personale impiegato negli appalti pubblici, immediatamente si sia venuto a creare un dubbio di compatibilità con l'art. 39 cost.<sup>19</sup>

Il modello dell'art. 36 St. lav.<sup>20</sup>, che impone alla stazione appaltante l'obbligo di inserire nel contratto posto a gara la clausola che vincola l'appaltatore ad applicare nei confronti dei lavoratori condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona non ha mai posto seri dubbi di legittimità costituzionale<sup>21</sup>. L'appaltatore non è destinatario di un obbligo di sottoporsi alla clausola sociale. L'applicazione delle condizioni di

<sup>19</sup> Sulla questione, F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 772; I. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub-appaltatori*, in M.T. CARINCI, U. CARABELLI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari 2010, p. 56; S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, cit., p. 214 s.; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., p. 35.

<sup>20</sup> I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 2.

<sup>21</sup> Quando la norma è stata sottoposta a vaglio costituzionale (Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226) ne è stata estesa l'applicazione alle concessioni di pubblico servizio, nel presupposto della sua legittimità costituzionale.



lavoro è onere per potere essere affidatario dell'appalto<sup>22</sup>. E inoltre non si realizza alcuna indebita estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, posto che questi ultimi assumono «la funzione di termine di raffronto, nel senso di fornire una semplice indicazione di minimo livello normativo e retributivo da rispettare»<sup>23</sup>.

La circostanza che tale modello non sia riprodotto nell'art. 30, comma 4, non esclude che vi siano argomenti da spendere per sostenere la legittimità costituzionale della norma.

Anche nel caso che ci interessa è l'aspirante appaltatore a decidere se sottoscrivere o meno il contratto di appalto. È la sottoscrizione del contratto il presupposto applicativo della clausola di equo trattamento. L'obbligo di applicazione delle condizioni normative ed economiche contenute nelle fonti collettive deriva, in fondo, da un atto a cui il datore di lavoro non è obbligato<sup>24</sup>.

Certo, si potrebbe obiettare che il ragionamento proposto corra sul filo di un estremo formalismo. Ma è pur vero che all'argomento illustrato possono affiancarsi, nell'ottica di salvare la disposizione in esame da censura di incostituzionalità, ulteriori argomenti ricavabili dalla pronuncia del 1998 con cui la Corte costituzionale<sup>25</sup> ha esteso l'applicazione dell'art. 36 St. lav. alle imprese concessionarie di pubblici servizi.

È in quella pronuncia che si trova il riferimento al duplice significato delle clausole di equo trattamento, cui si è fatto riferimento in

<sup>22</sup> Per una valorizzazione del significato delle clausole sociali quali presupposto per la concessione di benefici pubblici v. G.F. MANCINI, *Commento*, sub Art. 36, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma 1972, p. 543; G.G. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori»*, cit., p. 698 ss.; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 133 ss. V. inoltre Corte cost., 16 luglio 1987, n. 270.

<sup>23</sup> E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., p. 135; M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Bari 2013, p. 125 ss. In giurisprudenza, Cass., 21 dicembre 1991, n. 13834, in *Giur. it.*, 1993, I, p. 640; Cass., 25 luglio 1998, n. 7333, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 459.

<sup>24</sup> S. CAFFIO, *Appalto, costo del lavoro*, cit., p. 86; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 78 s.; M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 275/2015, p. 21; G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 156; ma già in precedenza S. VARVA, *Le clausole sociali*, in M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino 2011, p. 342.

<sup>25</sup> Corte cost., 19 giugno 1998, n. 226, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2423.

precedenza: la clausola di equo trattamento non solo, come è ovvio, risponde ad esigenze di tutela del lavoro subordinato, ma ad essa è ascrivibile altresì una finalità di perseguimento dell'interesse pubblico, «secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti della gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o trattative)».

Emerge dunque la rilevanza, ai fini che interessano, sia dell'interesse pubblico di cui all'art. 97 cost., sia dell'interesse a garantire condizioni di corretta concorrenza all'accesso al "mercato" degli appalti pubblici. Con la conseguenza che la limitazione della libertà sindacale del datore di lavoro può essere bilanciata dall'esigenza di garantire una corretta concorrenza: strumento, quest'ultimo, per il perseguimento dell'interesse della amministrazione pubblica e, nello stesso tempo, garanzia di tutele eque per i lavoratori impiegati negli appalti pubblici<sup>26</sup>.

Per altro verso, si potrebbe portare a sostegno della conformità dell'art. 30, comma 4, rispetto all'art. 39 cost., seconda parte, anche la circostanza che mentre la norma costituzionale si occupa di dettare i principi cui deve attenersi il legislatore per disporre l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi di categoria, nel caso dell'art. 30, comma 4, il legislatore non dispone tale estensione, prevedendo invece l'applicazione di certi contratti collettivi, identificati sulla base di criteri di rappresentatività dei soggetti stipulanti, ai soli rapporti di lavoro impiegati per l'esecuzione di appalti pubblici. Non realizzandosi alcun meccanismo di estensione dei contratti collettivi a tutta la categoria di riferimento, l'obbligo di applicazione del contratto collettivo previsto dal Codice dei contratti pubblici sfugge dal campo di applicazione dei principi contenuti nella seconda parte dell'art. 39 cost., e con esso dalla censura di illegittimità costituzionale.

Ad ogni modo, ad ulteriore puntello della legittimità costituzionale della norma, può osservarsi come storicamente non abbiano provocato soverchi dubbi di costituzionalità le previsioni, come quelle contenute ad esempio nell'art. 8, comma 1, l. n. 877/1973 relative al trattamento economico dei lavoratori a domicilio, che pure prevedono, in modo diretto, che questi ultimi «debbono essere retribuiti sulla base di tariffe di cottimo pieno risultanti dai contratti collettivi della categoria». La previsione può essere, molto sempli-

<sup>26</sup> P. TULLINI, *Concorrenza ed equità*, cit., p. 213.

cemente, considerata attuazione dell'art. 35 cost.<sup>27</sup>, in ragione della condizione di rischio di esclusione dalla protezione del lavoro tipica di lavoratori "marginali" quali i lavoratori a domicilio<sup>28</sup>. Condizione di rischio che, per le ragioni già indicate, connota anche i *low-wage workers* impiegati negli appalti pubblici<sup>29</sup>.

Meno utile, al fine di mettere al riparo da dubbi di costituzionalità la norma del Codice dei contratti pubblici, pare invece la pronuncia della Corte cost. n. 51 del 2015, in materia di trattamento economico di soci lavoratori di cooperativa<sup>30</sup>.

Per salvare l'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007, conv. in l. n. 31/2008<sup>31</sup>, la Corte costituzionale in quell'occasione ha ritenuto di doverlo reinterpretrare quale norma che individua, attraverso il richiamo dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria, i trattamenti economici minimi da utilizzarsi quali "parametri" esterni di commisurazione, da parte del giudice, della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 cost.<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 49.

<sup>28</sup> L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato: discipline legislative e contrattuali*, Milano 1979, p. 132. Ulteriori esempi e una ricognizione completa del modello di rinvio dalla legge al contratto collettivo quale parametro per la determinazione dei trattamenti economici e normativi si trovano in G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 149 ss.

<sup>29</sup> Ritengono che la compressione (inevitabile) della libertà sindacale sia giustificata, nell'ambito degli appalti pubblici, dalla necessità di fronteggiare il *dumping* salariale P. TULLINI, *Concorrenza ed equità*, cit., p. 209 s.; G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 156 s.

<sup>30</sup> M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 499. Per considerazioni sulla possibilità di estendere le acquisizioni della pronuncia anche in ambiti diversi, compreso l'ambito degli appalti pubblici, v. F. BORGOGELLI, *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 987; S. CAFFIO, *Appalto, costo del lavoro*, cit., p. 861 ss.; G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 78/2015*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 14 s.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 109.

<sup>31</sup> Ai sensi del quale, «in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria».

<sup>32</sup> P. PASCUCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 77.

Come si vede, ancorché la disposizione sospettata di incostituzionalità si riferisca testualmente ai «trattamenti economici complessivi»<sup>33</sup> e non a quelli minimi, la Corte, riconducendo la disposizione nell'ambito, confortevole, dell'art. 36 cost., risolve (o forse elude) la più spinosa questione della (presunta) indebita estensione dell'efficacia dei contratti collettivi di diritto comune.

Il resto dell'argomentazione, a questo punto, è in discesa: se la disposizione è una disposizione sui "minimi", i criteri di individuazione della fonte collettiva che funge da "parametro" non si discostano da quelli che emergono dalla tradizione applicativa giurisprudenziale sull'art. 36 cost. Il criterio di selezione del contratto collettivo è duplice: da un lato vale il criterio dell'attività effettivamente esercitata che ricalca quella, di derivazione corporativa, dell'art. 2070 c.c.; dall'altro il criterio selettivo, in caso di pluralità di contratti collettivi per la medesima categoria, è quello della rappresentatività (non misurata, ma accertata sulla base di indici) dei sindacati stipulanti. Criteri, questi, che si pongono nello stesso solco di quelli elaborati nella giurisprudenza sull'art. 36 cost., primo comma.

Semmai, se una parte della motivazione della sentenza può essere valorizzata ai fini che qui interessano, è quella in cui la Corte individua nel criterio selettivo dei contratti collettivi *leader* uno strumento finalizzato ad evitare il fenomeno della competizione salariale al ribasso<sup>34</sup>. L'argomento conferma e rafforza le considerazioni già riportate *supra*, in ordine alla rilevanza della garanzia della corretta concorrenza, che può indurre a ritenere tollerabili alcune limitazioni alla libertà del datore di lavoro di non applicare contratti collettivi.

#### 4. Argomenti a favore della conformità al diritto dell'UE dell'art. 30, comma 4, del Codice

I dubbi riguardanti l'art. 30, comma 4, del Codice coinvolgono anche il profilo della compatibilità della norma con il diritto dell'Unione europea. L'aspetto di interesse concerne il possibile effetto limitativo della libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE). Ovviamente ci si riferisce all'ipotesi in cui nell'esecuzione dell'appalto siano utilizzati lavoratori nell'ambito di un distacco transnazionale: il che comporta la necessità di valutare se le condizioni imposte dal legislatore interno

<sup>33</sup> M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione e concorrenza*, Napoli 2019, p. 67 s.

<sup>34</sup> G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva*, cit., p. 9 ss.

non producano ostacoli alla partecipazione alla gara d'appalto da parte di soggetti stranieri appartenenti all'Unione tali da violare l'art. 56 TFUE e/o porsi in rotta di collisione con il diritto derivato.

I punti di emersione del (presunto) contrasto potrebbero riguardare, anzitutto, la circostanza che la tutela dei livelli retributivi prevista dal Codice riguarda l'intero trattamento assicurato dai contratti collettivi *leader* e non soltanto i minimi retributivi o il c.d. "nocciolo duro" della disciplina europea, cioè l'insieme dei trattamenti garantito dall'art. 3 della direttiva 96/71, così come riscritto a seguito della direttiva 2018/957<sup>35</sup>. In secondo luogo, il fatto che i trattamenti retributivi di cui si discute sono contenuti in contratti collettivi privi di effetti generalizzati.

Il primo profilo critico emerge laddove le condizioni di lavoro che devono essere assicurate ai lavoratori distaccati negli Stati membri (art. 3, par. 1) siano considerate non come misure minime uniformi di protezione, ma come livelli massimi di riconoscimento dei diritti dei lavoratori compatibili con l'obiettivo di promozione della libera prestazione di servizi<sup>36</sup>. L'art. 3, nell'indicare le condizioni di lavoro che debbono essere assicurate al lavoratore distaccato nello Stato membro, e in particolare, nell'individuare le condizioni economiche, si riferiva originariamente alle «tariffe minime salariali»; oggi, in modo più ampio, alla «retribuzione», comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario (par. 1, lett c). Tale novità può certamente essere salutata come un cambiamento positivo, che però non risolve il problema di fondo. Se si continuano a leggere le misure lavoristiche della direttiva come "misure massime tollerabili" sarà sempre possibile mettere in questione le misure nazionali di protezione sotto il profilo della loro eventuale "eccedenza di tutela". Il che consente ampia discrezionalità nella scelta del punto di bilanciamento, posto che il *test* di proporzionalità<sup>37</sup> è intrinsecamente elastico<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Sulle novità introdotte dalla direttiva del 2018, v. da ultimo i contributi di F. BANO, S.M. CORSO, M. CORTI, E. GRAGNOLI, M. PALLINI ne *Il tema, Il distacco transnazionale dei lavoratori: prospettiva nazionale e comunitaria*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 9 ss.

<sup>36</sup> V. sul punto M. PALLINI, *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 100, ed ivi ulteriori riferimenti anche al dibattito dottrinale.

<sup>37</sup> Il quale esige che gli strumenti istituiti da una disposizione di diritto dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerli.

<sup>38</sup> G. ORLANDINI, *Il dumping salariale nell'Unione europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Labour mobi-*

Inoltre, se si accoglie fino in fondo l'impostazione contenuta nella pronuncia *Rüffert*<sup>39</sup>, il *test* di conformità della disciplina nazionale potrà essere compiuto non solo con riferimento al diritto derivato, ma anche con diretto riferimento al principio di libera prestazione dei servizi<sup>40</sup>.

L'elasticità del *test*, e la sua inevitabile esposizione ai "venti" della politica, ha consentito, peraltro, il progressivo, ma faticoso, allontanamento da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia, dagli approdi più drasticamente liberisti della dottrina *Rüffert*<sup>41</sup>.

L'attuale punto di arrivo è rappresentato dalle due pronunce con le quali la Corte di giustizia<sup>42</sup> ha respinto i ricorsi di Polonia e Ungheria volti ad ottenere l'annullamento della direttiva 2018/957.

I due Paesi lamentavano l'indebita limitazione della libertà di prestazione dei servizi sancita dall'art. 56 TFUE ad opera delle misure di carattere sociale contenute nella direttiva 2018/957. La risposta della Corte testimonia l'attuale orientamento favorevole alla considerazione delle esigenze di carattere sociale, almeno nell'ambito che qui interessa.

Secondo la Corte di giustizia, il legislatore europeo mantiene margini di discrezionalità nel regolare il mercato interno, anche al fine del raggiungimento di obiettivi sociali. Per sostenere questa affermazione la Corte richiama l'art. 9 del TFUE, quale norma del Trattato che può giustificare un intervento legislativo che si ponga l'obiettivo di perseguire la libera prestazioni di servizi "su base equa". Ed è proprio l'obiettivo del rafforzamento della libera prestazione di servizi a legittimare interventi volti ad imporre alle imprese una concorrenza

*lity and transnational solidarity in the European Union*, Napoli 2019, p. 109; ID., *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 285 ss.

<sup>39</sup> Corte giust., 3 aprile 2008, *Rüffert*, cit.

<sup>40</sup> M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 505.

<sup>41</sup> Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 67 ss.; G. ORLANDINI, *Il dumping salariale*, cit., p. 116 ss.; M. CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'UE: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 47 ss. L'azione di riequilibrio è sovente descritta anche come il risultato di uno scontro di interessi tra le esigenze degli Stati esportatori e quelle degli Stati importatori di manodopera (M. CORTI, *o.u.c.*, p. 63; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Modalità di lavoro e "dumping" sociale in Europa oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 92).

<sup>42</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria*; Corte giust., 8 dicembre 2020, C-626/18, *Polonia*, su cui M. CORTI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 67 ss.

basata sulla produttività e sull'efficienza, e non sulla base dei differenziali salariali. La tutela dei lavoratori distaccati può essere considerata infatti strumentale allo scopo di garantire l'esercizio equo di una libera prestazione dei servizi nello Stato membro ospitante<sup>43</sup>. Il ragionamento accolto dalla Corte di giustizia è convergente rispetto a quelli, già riportati, che ritengono funzionale allo svolgimento di una *fair competition* la previsione di regole del gioco comuni. È stato così respinto il ragionamento proposto dagli Stati ricorrenti, secondo il quale la direttiva 2018/957, annullando il vantaggio concorrenziale delle imprese di taluni Stati membri in termini di costi, finirebbe per avere l'effetto di falsare la concorrenza: al contrario, la Corte ritiene che la direttiva non determini distorsione della concorrenza, potendosi giocare, quest'ultima, su elementi quali la produttività o l'efficienza dei lavoratori distaccati<sup>44</sup>. Diversamente, la concorrenza sarebbe fondata sull'applicazione, in uno stesso Stato membro, di condizioni di lavoro e di occupazione di livello sostanzialmente diverso a seconda che il datore di lavoro sia o no stabilito in tale Stato membro<sup>45</sup>.

In questo solco, favorevole a riconoscere la legittimità di clausole sociali di equo trattamento che procedano oltre la tutela dei minimi retributivi, pare del resto muoversi anche la proposta di direttiva sul salario minimo europeo del 28 ottobre 2020, nella specifica parte in cui si occupa dei salari negli appalti pubblici<sup>46</sup>. L'art. 9 della Proposta prevede che gli Stati membri debbano adottare misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino ai salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti e ai salari minimi legali, laddove esistenti. Come si vede, l'indicazione contenuta nella proposta pare aprire alla legittimità di previsioni di diritto interno che assicurino i trattamenti salariali dei contratti collettivi per il settore e per la zona ai lavoratori impiegati negli appalti e non solo i trattamenti salariali minimi.

<sup>43</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, *Ungheria*, cit., punti 53 e 107; Corte giust., 8 dicembre 2020, *Polonia*, cit., punti 62 e 90.

<sup>44</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, *Ungheria*, cit., punto 128.

<sup>45</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, *Polonia*, cit., punto 90.

<sup>46</sup> E. MENEGATTI, *La difficile strada verso uno strumento europeo sui salari minimi*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 2; O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 2; V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 111 ss.

Una volta rimosso lo spauracchio del *test* di proporzionalità effettuato secondo i canoni di *Rüffert*, la strada della compatibilità con il diritto UE delle regole nazionali che impongano l'applicazione dell'intero trattamento retributivo previsto dai contratti collettivi pare più facilmente percorribile, a patto di rispettare il *test* di non discriminazione, ai sensi del quale all'impresa straniera non può essere imposto un vincolo o un onere a cui non è assoggettata un'impresa nazionale.

La questione ora evocata si riaggancia con il secondo profilo critico precedentemente richiamato: quello relativo all'efficacia generalizzata (nei confronti sia delle imprese nazionali, sia delle imprese distaccanti) delle fonti che stabiliscono i trattamenti normativi (e per quanto più interessa) retributivi dovuti ai lavoratori impiegati in un appalto (pubblico, in particolare).

Per affrontare questo profilo, è opportuno ricordare che la nozione di retribuzione è determinata, secondo la direttiva, dalla normativa o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato. Fanno parte della retribuzione tutti gli elementi resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale (art. 3, par. 1, terzo capoverso). Inoltre, l'art. 3, par. 8, della direttiva precisa che in mancanza, o a complemento, di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi: — dei contratti collettivi o degli arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o — dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

Alla luce del richiamato quadro normativo, si può sostenere che le previsioni del Codice dei contratti pubblici relative ai trattamenti economici e normativi dovuti ai lavoratori siano conformi ai vincoli posti dalla direttiva. Per convincersene, è sufficiente considerare che la disciplina che pone l'obbligo di applicazione dei contratti collettivi *leader* può essere fatta rientrare tra le «disposizioni legislative» che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, della direttiva, sono legittimate a definire gli elementi obbligatori della retribuzione (nel caso, dovuta ai lavoratori impiegati in appalti pubblici). È vero che l'art. 30, comma 4, non definisce direttamente gli elementi della retribuzione, ma tale definizione avviene *per relationem*, attraverso la previsione di applicazione dei contratti collettivi *leader* del settore, della zona o



connessi con l'oggetto dell'appalto. In forza di tale richiamo, come si è già sostenuto *retro* (§ 3) il contratto collettivo diviene di applicazione obbligatoria per i soli lavoratori impiegati nell'esecuzione di un appalto pubblico. Non acquisisce per contro alcuna efficacia generalizzata nel settore o categoria di riferimento. Il contratto collettivo individuato dall'art. 30, comma 4 non può dunque essere considerato tra quelli per i quali sia stata dichiarata l'efficacia generalizzata ai sensi della direttiva. Rimane il dubbio che lo stesso possa comunque farsi rientrare tra quelli stipulati dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale di cui all'art. 8, comma 2, della direttiva sul distacco. Ma non si ritiene dirimente risolvere il quesito, essendo la soluzione interpretativa adottata assorbente rispetto alla questione.

Se si accetta tale ricostruzione, si risolve il presunto problema della compatibilità con la direttiva<sup>47</sup>.

Le "rassicurazioni" che si possono trarre dalle novità normative e dai più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia peraltro non sarebbero stati a ben vedere necessari per sostenere la compatibilità del diritto interno con il principio di libera prestazione di servizi, se solo si fosse provato da subito a fare un passo in più spingendosi fino a mettere in dubbio l'assunto logico che sta alla base del *test* di proporzionalità applicato al caso che qui interessa. Quel che ci si può chiedere è per quale ragione la necessità di rispettare elevati *standard* protettivi dei lavoratori dovrebbe automaticamente tradursi in un ostacolo alla libera prestazione di servizi da parte di imprese estere, e in particolare perché mai dovrebbe rappresentare un ostacolo alla effettiva possibilità per le imprese straniere di partecipare a bandi di gara e assicurarsi appalti pubblici.

Se la misura di carattere sociale è destinata ad applicarsi indistintamente a qualsiasi impresa, italiana o estera che sia, non rileva se la clausola implica un costo più o meno elevato da sopportare. La sopportazione di un maggiore costo del personale rispetto a quello che avrebbero sopportato nel Paese di provenienza non induce le imprese straniere a rinunciare alla gara. Il maggiore costo sopportato sarà compensato, al pari di quanto avviene per le imprese nazionali, dal corrispettivo previsto dal bando.

La previsione di *standard* di trattamento elevati, semmai, proteg-

<sup>47</sup> Più radicale l'impostazione adottata da E. GRAGNOLI, *Cross-border posting, the spirit and the scope of the EU legislation*, in *Var. temi. dir. lav.*, 2021, p. 82 ss.

ge le imprese dei paesi “importatori” di manodopera da una concorrenza giocata sui differenziali salariali derivante dall’eterogeneità dei sistemi economici dei diversi Paesi europei.

Il “prezzo” da pagare per l’introduzione di misure *antidumping* salariale non viene sostenuto quindi dalle imprese straniere; semmai viene sostenuto dai soggetti pubblici appaltanti che si assoggettano alle scelte di politica sociale dei legislatori degli Stati membri di appartenenza.

Senza contare che, nonostante i miglioramenti introdotti con la revisione della direttiva 96/71, alcuni spazi per una concorrenza giocata sul costo del lavoro si verificano ancora. Nell’ambito che qui interessa, essi concernono i costi legati ai regimi di sicurezza sociale, posto che il regolamento n. 883/2004 (art. 12, par. 1) autorizza il mantenimento per 24 mesi dei lavoratori distaccati sotto il regime di sicurezza sociale degli Stati di provenienza<sup>48</sup>. Meno preoccupante, per le ragioni anzidette, pare invece, con riferimento all’ambito degli appalti pubblici, la perdurante mancanza, nel nostro Paese, di procedimenti di generalizzazione dell’efficacia soggettiva dei contratti collettivi.

<sup>48</sup> A. SGROI, *Profili previdenziali del distacco nell’Unione europea*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 67 ss.; G. ORLANDINI, *Il distacco transnazionale dopo il d. lgs. 122/2020*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 751 s., p. 763; M. PALLINI, *La nuova disciplina*, cit., p. 106.



PAOLO PASCUCCI

## Il salario minimo tra la proposta di direttiva e i disegni di legge italiani\*

SOMMARIO: 1. La povertà lavorativa. – 2. Retribuzione e Unione europea. – 3. Le finalità e le motivazioni della proposta di direttiva. – 4. Le problematiche tecnico-giuridiche della proposta. – 5. Le due direttrici. - 5.1. Le previsioni per gli Stati con salario minimo *ex lege*. - 5.2. Le previsioni per gli Stati con salario minimo determinato dai contratti collettivi. - 5.3. Il monitoraggio e gli appalti pubblici. – 6. Le possibili ricadute della direttiva nell’ordinamento italiano. – 7. La possibile influenza della direttiva sulla regolazione del sistema contrattuale italiano.

### 1. *La povertà lavorativa*

Parlando oggi di un tema caro a Massimo Roccella come quello dei salari<sup>1</sup>, non si può non osservare come in un contesto nel quale significative fasce di lavoro dipendente già percepivano salari insufficienti a garantire l’esistenza libera e dignitosa predicata dall’art. 36 cost.<sup>2</sup> sia purtroppo piombata la crisi pandemica, colpendo soprattutto settori con un’alta percentuale di lavoratori a basso salario – specialmente commercio e turismo – e producendo un impatto maggiore sui gruppi più svantaggiati.

Sempre più si va diffondendo una povertà lavorativa che, ovviamente, non dipende solo dalla non corresponsione dei trattamenti previsti dai contratti collettivi, ma anche dalla discontinuità e dalla scarsa in-

\* Questo scritto riproduce, con l’aggiunta delle note, il testo della relazione presentata al convegno-*webinar* su «Il salario del prestatore di lavoro alla luce dei più recenti interventi e orientamenti», organizzato il 9 aprile 2021 dalla Sezione Toscana del Centro Studi di Diritto del Lavoro Domenico Napoletano in collaborazione con il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università di Firenze.

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986.

<sup>2</sup> P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Milano 2018, p. 11 ss.

tensità del lavoro: basti pensare al *part-time* involontario<sup>3</sup>. Una povertà lavorativa che peraltro interessa anche larghe fasce di lavoro autonomo e libero-professionale, anch'esse fortemente penalizzate dalla pandemia.

Una crescente questione salariale che impone risposte non più differibili, come dimostrano le proposte di legge volte a garantire a tutti minimi salariali<sup>4</sup> tendenti in vario modo a superare i limiti degli strumenti di attuazione dell'art. 36 cost.: da un lato, la limitata efficacia soggettiva dei contratti collettivi e la loro proliferazione eccessiva e aselettiva; dall'altro, l'inevitabile soggettivismo della straordinaria operazione con cui la giurisprudenza ha attualizzato l'art. 36 cost.

## 2. Retribuzione e Unione europea

La retribuzione interseca tutte le tre partizioni del diritto del lavoro.

Innanzitutto il diritto sindacale perché essa rappresenta l'oggetto primigenio di quel contratto collettivo che, ai suoi albori, si chiamava non a caso "concordato di tariffa" (*Arbeitsstarifvertrag*), vale a dire negoziazione sul salario<sup>5</sup>. E, tuttora, è sempre nel contratto collettivo che la retribuzione trova la propria fonte principale di determinazione, sia direttamente quando esso vincola le parti del contratto individuale di lavoro, sia indirettamente quando, pur se non applicabile al caso di specie a causa dell'inattuazione della seconda parte dell'art. 39 cost., il contratto collettivo è utilizzato dal giudice come parametro di adeguatezza sociale della giusta retribuzione *ex art.* 36 cost.

<sup>3</sup> L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 71.

<sup>4</sup> Nell'attuale legislatura (la 18<sup>a</sup>) sono stati presentati i seguenti disegni di legge: A.S. 310-Istituzione del salario minimo orario (presentato il 3 maggio 2018, p.f. sen. Laus); A.S. 658-Disposizioni per l'istituzione del salario minimo orario (presentato il 12 luglio 2018, p.f. sen. Catalfo); A.S. 1259-Salario minimo e validità *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali di lavoro (presentato il 30 aprile 2019, p.f. sen. Laforgia); A.S. 1132-Norme in materia di giusta retribuzione, salario minimo e rappresentanza sindacale (presentato l'11 marzo 2019, p.f. sen. Nannicini); A.C. 862-Modifiche all'articolo 2 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, in materia di collaborazioni organizzate dal committente, nonché disposizioni concernenti il lavoro digitale, il salario minimo orario e l'equo compenso per i lavoratori autonomi (presentato il 3 luglio 2018, p.f. on. Pastorino); A.C. 947-Istituzione del salario orario minimo legale (presentato il 18 luglio 2018, p.f. on. Delrio); A.C. 1542-Istituzione del salario minimo orario nazionale (presentato il 28 gennaio 2019, p.f. on. Rizzetto).

<sup>5</sup> P. LOTMAR, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 1900, p. 1 ss.

In secondo luogo il diritto del contratto e del rapporto individuale di lavoro, perché la retribuzione entra a pieno diritto nella stessa causa di tale contratto nella relazione di scambio con la prestazione di lavoro. Un contratto individuale che, se tende ad essere inquadrato nello schema dei contratti sinallagmatici, tuttavia presenta alcune specificità o deroghe rispetto agli altri negozi a prestazioni corrispettive<sup>6</sup> poiché, in certe ipotesi, una delle due prestazioni dedotte in obbligazione è dovuta sebbene l'altra non lo sia: così è nei casi di sospensione del rapporto di lavoro, come la malattia, l'infortunio o le ferie, in cui la retribuzione spetta sebbene il lavoratore non presti la propria consueta attività, divenuta impossibile o inesigibile<sup>7</sup>.

Infine il diritto della previdenza sociale, perché la retribuzione costituisce la base imponibile sulla quale viene determinato l'ammontare della contribuzione previdenziale. E peraltro qui, in un ideale cerchio che si chiude e che si riapre, riemerge il collegamento con il diritto sindacale, giacché la determinazione dell'imponibile previdenziale non è lasciato alla libera volontà delle parti del singolo contratto individuale, ma è collegato dalla legge ai parametri retributivi dettati dalla contrattazione collettiva qualificata dalla maggiore rappresentatività comparata dei suoi attori<sup>8</sup>.

Senonché, anche una quarta dimensione del diritto del lavoro viene in gioco a proposito della retribuzione. Una dimensione apparentemente più marginale se si considera che il diritto dell'Unione europea non è direttamente competente in materia retributiva<sup>9</sup>. E, tuttavia, ancorché indirettamente, l'Europa si occupa di retribuzioni sia sotto la veste del diritto antidiscriminatorio, con riguardo alla parità di trattamento tra uomini e donne<sup>10</sup> ed ai contratti di lavoro flessibili<sup>11</sup>, sia nell'ambito delle politiche di stabilità economico-finanziaria e delle scelte macroeconomiche finalizzate alla crescita,

<sup>6</sup> T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel contratto di lavoro*, Milano 1968; L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli 1991.

<sup>7</sup> R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano 1992, *passim*.

<sup>8</sup> Art. 1, comma 1, d.l. n. 338/1989, conv. con mod. dalla l. n. 389/1989, e art. 2, comma 25, l. n. 549/1995.

<sup>9</sup> Art. 153, par. 5, TFUE.

<sup>10</sup> Art. 157 TFUE.

<sup>11</sup> Direttiva n. 99/70/CE sul contratto a termine; clausola 4, c. 1, dell'accordo-quadro recepito dalla dir. n. 97/81/CE per il *part-time*; art. 5, dir. 2008/104/CE sul lavoro interinale.

allo sviluppo e all'incremento di produttività delle imprese incentrate sul decentramento della contrattazione collettiva.

D'altronde, se è vero che alla radice della recente proposta di direttiva n. 682/2020 sui salari minimi adeguati nell'Unione<sup>12</sup> c'è la preoccupazione per l'impoverimento causato dalla crisi economico-finanziaria, dalle logiche di delocalizzazione e di *dumping* e dalla pandemia, è vero pure che la proposta tradisce un ripensamento sull'efficacia di quelle politiche là dove annovera, tra i problemi da risolvere, la «diminuzione strutturale della contrattazione collettiva»<sup>13</sup>.

Si è detto<sup>14</sup> che se l'UE «voleva dimostrare di essersi risvegliata dopo il lungo sonno degli ultimi decenni, non avrebbe potuto scegliere nulla di meglio che un'iniziativa sul salario minimo». Un'iniziativa coraggiosa e fors'anche temeraria per i non pochi problemi che emergono dalla proposta, confermati anche dal mancato accordo a livello dell'Unione come previsto dall'art. 155 TFUE, con i sindacati dei lavoratori favorevoli ad una direttiva con prescrizioni minime vincolanti e quelli datoriali contrari a una direttiva vincolante in materia di salari minimi.

### 3. *Le finalità e le motivazioni della proposta di direttiva*

La proposta di direttiva non intende né armonizzare i livelli di salario minimo in Europa, né stabilire un meccanismo uniforme per fissare i minimi, né disciplinare direttamente modi e contenuti del salario minimo. Mira invece a garantire che i lavoratori nell'Unione<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, 28 ottobre 2020, COM(2020) 682 final, su cui v., tra gli altri, T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 1 ss.; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, *ivi*, p. 26 ss.; E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, *ivi*, p. 41 ss.

<sup>13</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 112, che ripropone, ampliandola, la memoria presentata alla 11<sup>a</sup> Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 13 gennaio 2021, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/253/801/Memorie\\_Bavaro\\_Borelli\\_Orlandini.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/253/801/Memorie_Bavaro_Borelli_Orlandini.pdf).

<sup>14</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 553.

<sup>15</sup> La proposta ricomprende tutti i lavoratori dell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti col-

siano tutelati da salari minimi adeguati<sup>16</sup> che consentano una vita dignitosa ovunque essi lavorino, delineando una cornice di regole tesa ad attribuire effettività ai diversi sistemi con cui gli Stati disciplinano i salari minimi.

Si tratta di obiettivi da perseguire salvaguardando però la scelta degli Stati membri di fissare salari minimi legali o di promuovere l'accesso alla tutela garantita dal salario minimo fornita da contratti collettivi<sup>17</sup>, nonché l'autonomia e la libertà contrattuale delle parti sociali. Tanto più che nessuna disposizione della direttiva può essere interpretata in modo tale da imporre agli Stati in cui la determinazione dei salari sia garantita esclusivamente mediante contratti collettivi l'obbligo di introdurre un salario minimo legale o di rendere i contratti collettivi universalmente applicabili (art. 1, par. 3).

Come emerge dalla relazione, l'iniziativa della Commissione prende le mosse dalla constatazione che il ruolo dei salari minimi è ancor più importante nei periodi di recessione economica e che per favorire una ripresa economica sostenibile e inclusiva è essenziale garantire che i lavoratori dell'Unione abbiano accesso a opportunità di impiego e a salari minimi adeguati di cui oggi molti non beneficiano.

lettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto dei criteri stabiliti dalla Corte di giustizia per determinare lo *status* di lavoratore (art. 2). Tale previsione va coordinata con il *considerando* 17 ove si afferma che i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a *voucher*, i falsi lavoratori autonomi, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva a condizione che soddisfino tali criteri, mentre i lavoratori effettivamente autonomi, che non soddisfano tali criteri, non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva.

<sup>16</sup> Presumibilmente per non invadere le competenze nazionali, la direttiva non si pronuncia sugli elementi da considerare in relazione alla nozione di salario minimo, che infatti l'art. 3, n. 1, definisce come la retribuzione minima che un datore di lavoro è tenuto a versare ai lavoratori per il lavoro svolto in un dato periodo, calcolato sulla base del tempo o dei risultati prodotti. È evidente come tale nozione sia distante da quella desumibile nei Paesi in cui i contratti collettivi determinano il salario minimo, la quale non si limita ai minimi tabellari in senso stretto ma ricomprende altre voci economiche. Il che dovrebbe indurre a riflettere sui rischi che una definizione per legge della retribuzione oraria trascini verso il basso gli attuali trattamenti economici in favore dei lavoratori: V. ALLEANZA DELLE COOPERATIVE ITALIANE, *Memoria sulla proposta di direttiva*, presentata alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 16 dicembre 2020, p. 4, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/245/601/ALLEANZA\\_COOPERATIVE\\_ITALIANE.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/245/601/ALLEANZA_COOPERATIVE_ITALIANE.pdf).

<sup>17</sup> Per un'ampia ricognizione delle varie discipline del salario minimo in Europa v. E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino 2017.



Infatti, nonostante un aumento negli ultimi anni, i salari minimi restano tuttora troppo bassi. Gruppi specifici di lavoratori sono esclusi dalla tutela garantita dai salari minimi legali nazionali e anche negli Stati che si avvalgono esclusivamente della contrattazione collettiva alcuni lavoratori non hanno accesso alla tutela garantita dal salario minimo. La percentuale di lavoratori non coperti è compresa tra il 10 e il 20% in quattro paesi e in un quinto paese raggiunge il 55%.

*Considerando* che i paesi caratterizzati da un'elevata copertura della contrattazione collettiva tendono ad avere una percentuale inferiore di lavoratori a basso salario, salari minimi più elevati rispetto al salario mediano, minori disuguaglianze salariali e salari più elevati, la direttiva mira a promuovere in tutti gli Stati membri la contrattazione collettiva dato che, anche in quelli in cui sono previsti salari minimi legali, essa incide in maniera significativa sull'adeguatezza del salario minimo, garantendo salari superiori al livello minimo legale e inducendo miglioramenti di tale livello, stimolando inoltre l'incremento della produttività.

La direttiva proposta è pertanto intesa a promuovere la conformità e a rafforzare l'applicazione e il monitoraggio in tutti gli Stati membri in maniera proporzionata, in modo da non creare un onere amministrativo eccessivo e sproporzionato per le imprese dell'Unione, comprese le micro, piccole e medie imprese.

Proprio dal mondo delle piccole imprese<sup>18</sup> si è però rilevato come, a fronte delle ripercussioni della pandemia, un aumento del costo del lavoro sarebbe impensabile, così come è azzardato ipotizzare che l'impatto sulle imprese possa essere mitigato dall'aumento dei consumi di lavoratori a basso salario, che sosterebbe la domanda interna, non essendo al momento prevedibili i comportamenti dei consumatori. Nella relazione, la Commissione ha tuttavia precisato che la proposta è concepita in modo da salvaguardare l'accesso al lavoro e da tenere conto delle conseguenze sulla creazione di posti di lavoro e sulla competitività, anche per quanto riguarda le piccole e medie imprese e che la direttiva prevede flessibilità sufficiente per tenere conto degli sviluppi economici e sociali, comprese le tendenze in termini di produttività e occupazione.

<sup>18</sup> V. CONFCOMMERCIO-IMPRESSE PER L'ITALIA, *Memoria sulla proposta di direttiva*, presentata alla 11<sup>a</sup> Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 16 dicembre 2020, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/245/901/CONFCOMMERCIO\\_IMPRESSE\\_PER\\_L\\_ITALIA.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/245/901/CONFCOMMERCIO_IMPRESSE_PER_L_ITALIA.pdf).

#### 4. Le problematiche tecnico-giuridiche della proposta

La relazione sottolinea anche che la proposta, oltre ad essere coerente con varie norme dell'Unione, contribuisce in particolare all'attuazione del principio 6 del Pilastro europeo dei diritti sociali, mirando a garantire che i lavoratori godano del diritto a salari equi, fissati in maniera trasparente e prevedibile, che assicurino un tenore di vita dignitoso, nel pieno rispetto delle tradizioni nazionali e dell'autonomia delle parti sociali.

Senonché, la base giuridica della proposta deve pur sempre misurarsi con l'art. 153, par. 5, TFUE<sup>19</sup>, che prevede l'inapplicabilità alle retribuzioni delle disposizioni di tale articolo volte a conseguire gli obiettivi di politica sociale previsti dall'art. 151.

Un ostacolo che potrebbe essere superabile *considerando* che la Corte di giustizia, sottolineando la natura eccezionale dell'art. 153, par. 5, ha ritenuto che esso deve essere interpretato restrittivamente per non incidere indebitamente sulla portata delle sue altre previsioni, né rimettere in causa gli obiettivi di politica sociale dell'art. 151 TFUE<sup>20</sup>.

In sostanza, ciò che l'art. 153, par. 5, non consente è una diretta ingerenza del diritto dell'Unione nella determinazione delle retribuzioni (riservata ai singoli Stati), come l'adozione di una direttiva che imponga direttamente agli Stati la fissazione di un salario minimo legale uniforme in tutta l'Unione. L'eccezione dell'art. 153, par. 5, non può invece essere estesa ad ogni questione avente un qualunque nesso con le retribuzioni giacché così si priverebbe di senso gli altri settori contemplati dall'art. 153, par. 1<sup>21</sup>.

Sta di fatto che la Commissione ha individuato la base giuridica

<sup>19</sup> G. DI FEDERICO, *The Minimum Wages directive Proposal and the External Limits of Art. 153 TFEU*, in *It. Lab. Law e-journal*, 2020, 2, vol. 13, p. 107 ss.

<sup>20</sup> Corte giust., 19 giugno 2014, da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, *Specht e a.*; Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*; Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso c.*, su cui v. M. BARBIERI, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, memoria presentata alla 11<sup>a</sup> Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 13 gennaio 2021, p. 3, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/253/701/Memorie\\_Barbieri.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/253/701/Memorie_Barbieri.pdf).

<sup>21</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Manuel Campos Sánchez-Bordona presentate il 28.5.2020, [www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226873&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1935310#Footnote36\\_punti\\_90-93.CGUE](http://www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=226873&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1935310#Footnote36_punti_90-93.CGUE).

per la propria proposta nell'art. 153, par. 1, lett. *b*, TFUE, il quale stabilisce che l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nel settore delle «condizioni di lavoro», nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (art. 5, parr. 3 e 4, TUE). Non contenendo misure che incidono direttamente sul livello delle retribuzioni, la direttiva proposta rispetterebbe dunque i limiti imposti dall'art. 153, par. 5, TFUE.

Peraltro, *considerando* l'orientamento “teleologico” della Corte di giustizia secondo cui la base giuridica di un atto normativo deve tenere conto, oltre che del suo contenuto, anche del suo scopo, si è rilevato come si sarebbe forse potuto giustificare la competenza comunitaria in questo caso richiamandosi alle norme del Trattato sulla libera circolazione dei servizi, già utilizzate per fondare la normativa sul distacco rivolta a tutelare la situazione retributiva dei lavoratori distaccati<sup>22</sup>. Una diversa base giuridica che sarebbe stata coerente con la duplice finalità della proposta: il contrasto ai bassi salari e al *dumping*.

Per la verità, le perplessità sulla base giuridica non sono le uniche sollevate in merito agli aspetti tecnico-giuridici della proposta.

Da un lato, specialmente da parte datoriale<sup>23</sup>, si è rilevato che, dovendosi rispettare la competenza esclusiva statale in materia di retribuzioni, in luogo della direttiva – la cui adozione è stata giustificata dalla Commissione sulla base di quelle norme<sup>24</sup> secondo cui le direttive possono essere utilizzate per fissare prescrizioni minime in materia di condizioni di lavoro applicabili progressivamente dagli Stati membri – sarebbe stato preferibile uno strumento giuridicamente non vincolante come la raccomandazione, laddove la direttiva potrebbe aprire la porta all'interpretazione della Corte di giustizia in

<sup>22</sup> A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione*, cit., p. 548. V. anche il documento di osservazioni e proposte del CNEL sulla proposta di direttiva presentato alla 14ª Commissione Politiche della UE del Senato della Repubblica il 14 dicembre 2020, p. 4, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/244/801/CNEL.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/244/801/CNEL.pdf), nonché, seppur problematicamente, V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE*, cit., p. 119.

<sup>23</sup> V. CONFINDUSTRIA, *Memoria sulla proposta di direttiva*, presentata alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 16 dicembre 2020, p. 7, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/244/901/CONFINDUSTRIA.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/244/901/CONFINDUSTRIA.pdf).

<sup>24</sup> L'art. 153, par. 2, lett. *b*, TFUE, in combinato disposto con l'art. 153, par. 1, lett. *b*, TFUE.

tema di autonomia delle parti sociali, della loro libertà contrattuale e della loro libertà di associazione.

Da un altro lato, si è dubitato dell'efficacia del principio di sussidiarietà potendo l'azione dell'Unione incidere solo indirettamente sulla determinazione delle retribuzioni degli Stati<sup>25</sup>. Senonché, scopo della direttiva non è definire una nozione di salario minimo condivisa tra gli Stati, bensì contribuire a garantire maggiore effettività ai vari sistemi nazionali mediante un'azione di coordinamento forse più debole di quella attuata in altre occasioni, ma non per questo irrilevante. D'altro canto, secondo la Commissione, l'esigenza di un'azione politica a livello dell'UE ispirata al principio di sussidiarietà si giustifica in quanto le grandi differenze delle norme statali sui salari minimi, riguardando il campo delle condizioni di lavoro, creano serie discrepanze nel mercato unico.

Quanto alla proporzionalità, la proposta stabilisce *standard* minimi, garantendo che il livello di intervento sia mantenuto al minimo necessario per conseguire i suoi obiettivi. Gli Stati che dispongano di disposizioni più favorevoli di quelle elaborate nella proposta non saranno tenuti a modificare i propri sistemi di determinazione dei salari minimi, ferma restando la possibilità di deroghe *in melius*.

## 5. Le due direttrici

Coerentemente con la dichiarata intenzione di rispettare le tradizioni degli ordinamenti nazionali, la proposta di direttiva si muove lungo due direttrici:

- da un lato, le norme destinate ai Paesi in cui il salario minimo è stabilito direttamente per legge;
- dall'altro, le norme di portata generale, riguardanti anche i Paesi in cui il salario minimo è stabilito dalla contrattazione collettiva.

In ogni caso, l'art. 1 della proposta di direttiva, salvaguardando le attuali situazioni nazionali, non obbliga alcun Paese a scegliere una fra le due procedure con cui si determina il salario minimo, potendo ogni Stato conservare il proprio modello regolativo purché, in entrambi i casi, si migliori l'adeguatezza e la copertura.

<sup>25</sup> G. QUADRI, *Memoria sulla proposta di direttiva*, presentata alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 13 gennaio 2021, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/254/101/Memoria\\_Quadri.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/254/101/Memoria_Quadri.pdf), p. 4.

### 5.1. *Le previsioni per gli Stati con salario minimo ex lege*

La Commissione mostra particolare preoccupazione per gli Stati con salario minimo *ex lege*, in non pochi dei quali il salario minimo legale non garantisce ai lavoratori un reddito sufficiente a raggiungere la soglia della povertà, con il 10% dei lavoratori europei al di sotto di tale soglia. Per di più un lavoratore europeo su sei è qualificabile come *low wage earner* (salario inferiore ai 2/3 del salario mediano).

A tal fine la proposta indica alcune condizioni necessarie per garantire che i salari minimi legali siano fissati a livelli adeguati secondo criteri che garantiscano un effettivo coinvolgimento delle parti sociali e aggiornamenti periodici e puntuali dei minimi.

La Commissione pare consapevole che, se il salario è il prezzo di mercato della forza-lavoro, la sua adeguatezza non si risolve stabilendo una certa somma di denaro bensì prevedendo modi e procedure per determinarla in rapporto al contesto in cui si sviluppa un certo mercato del lavoro<sup>26</sup>.

Pertanto, gli Stati in cui sono previsti salari minimi legali dovranno adottare le misure necessarie a garantire che la determinazione e l'aggiornamento dei salari minimi legali siano basati su criteri stabiliti per promuoverne l'adeguatezza al fine di conseguire condizioni di vita e di lavoro dignitose, coesione sociale e una convergenza verso l'alto, definendo tali criteri in modo stabile e chiaro conformemente alle rispettive prassi nazionali, nella pertinente legislazione nazionale, nelle decisioni degli organi competenti o in accordi tripartiti (art. 5, par. 1).

I criteri che gli Stati debbono individuare debbono comunque tenere conto: del potere d'acquisto dei salari minimi legali, *considerando* il costo della vita e l'incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali; del livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione; del tasso di crescita dei salari lordi; dell'andamento della produttività del lavoro (art. 5, par. 2).

Per orientare la loro valutazione dell'adeguatezza dei salari minimi legali rispetto al livello generale dei salari lordi, gli Stati dovranno utilizzare valori di riferimento indicativi, come quelli comunemente utilizzati a livello internazionale (art. 5, par. 3). Così nel *considerando* 4 e nella relazione si invitano gli Stati ad utilizzare l'indice *Kaitz* (60% del salario lordo mediano nazionale) o, in alternativa,

<sup>26</sup> V. in tal senso V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE*, cit., p. 122.

l'indice utilizzato dal Consiglio d'Europa (50% del salario medio netto) affinché si possa dire garantito il rispetto del diritto all'equa retribuzione, già sancito nell'art. 4 della Carta sociale europea.

Si è tuttavia rilevato come, non essendo i due criteri equivalenti, la scelta di riferirsi all'uno o all'altro potrebbe determinare sperequazioni e incongruenze nei meccanismi di monitoraggio sulle dinamiche salariali previsti dalla proposta<sup>27</sup>.

### 5.2. *Le previsioni per gli Stati con salario minimo determinato dai contratti collettivi*

Nei paesi in cui il minimo salariale è individuato dalla contrattazione collettiva la proposta di direttiva non individua criteri specifici di adeguatezza (riservati dall'art. 5 solo agli Stati che disciplinano per legge i salari minimi). D'altronde, la proposta di direttiva distingue in modo talmente netto l'ambito materiale di applicazione degli artt. 4 e 5 da rendere le retribuzioni determinate dai contratti collettivi virtualmente immuni da un giudizio di adeguatezza ai sensi dell'art. 5.

Nei paesi con salario minimo contrattuale vale il criterio della copertura della contrattazione collettiva fissato al 70% dei dipendenti interessati, della quale dovrebbero godere direttamente o indirettamente tutti i lavoratori, comprese le varie forme di lavoro atipico. E, peraltro, nel *considerando* 19, la Commissione pare istituire una sorta di equipollenza tra l'adeguatezza dei salari e l'alta copertura contrattuale dalla quale può desumersi che la copertura della contrattazione collettiva superiore al 70% garantisca un salario minimo adeguato<sup>28</sup>.

La proposta considera imprescindibile la promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari così come l'aumento della copertura della contrattazione collettiva, ovvero la quota di lavoratori cui si applica un salario determinato da un accordo collettivo.

A tal fine gli Stati, in consultazione con le parti sociali, dovranno in ogni caso promuovere lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari a livello settoriale o intersettoriale

<sup>27</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, cit., pp. 123-124.

<sup>28</sup> L. RATTI, *La proposta di direttiva*, cit., p. 66.

ed incoraggiare negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali (art. 4, par. 1).

Oltre a ciò, gli Stati in cui la copertura della contrattazione collettiva sia inferiore al 70% dei lavoratori dovranno altresì prevedere un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva – per legge a seguito della consultazione delle parti sociali, o mediante un accordo con queste ultime – e definire un piano d’azione per promuovere la contrattazione collettiva, reso pubblico e notificato alla Commissione (art. 4, par. 2).

Senonché, la generica definizione di contrattazione collettiva accolta dalla proposta fa sì che vi si possano comprendere anche contratti stipulati da organizzazioni non rappresentative, laddove sarebbe ragionevole, nel valutare la copertura contrattuale, considerare i soli contratti collettivi nazionali conclusi dalle organizzazioni maggiormente rappresentative, come definite dalle leggi nazionali<sup>29</sup>.

A ciò si connette la questione della nozione assai indefinita di copertura contrattuale – la “percentuale di lavoratori a livello nazionale cui si applica un contratto collettivo” – non essendo chiaro come debba calcolarsi la soglia del 70%<sup>30</sup> e dovendosi verificare se il tasso di copertura riguardi solo i contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni più rappresentative o anche a quelli sottoscritti da altre organizzazioni. Così come occorrerebbe anche individuare l’esatto ambito da considerare per il calcolo del 70%, emergendo in Italia i noti limiti relativi alla definizione della categoria.

<sup>29</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE*, cit., p. 127. V. anche M. DEL CONTE, *Memoria sulla proposta di direttiva*, presentata alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 13 gennaio 2021, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/253/901/Memorie\\_Del\\_Conte.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/253/901/Memorie_Del_Conte.pdf). Analoghe considerazioni emergono nelle risoluzioni sulla proposta di direttiva approvate rispettivamente dalla 14ª Commissione permanente (Politiche dell’Unione europea) del Senato della Repubblica il 20 gennaio 2021 e dalla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica comunicata alla Presidenza il 23 marzo 2021.

<sup>30</sup> M. FAIOLI, *Salario minimo e Europa. Monitoraggio dei dati, distacco e appalti pubblici*, memoria sulla proposta di direttiva presentata alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 16 dicembre 2020, [www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/245/301/Prof.\\_Michele\\_FAIOLI.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/245/301/Prof._Michele_FAIOLI.pdf).

Se si guarda ancora all'Italia, accreditata dagli studi europei di una copertura contrattuale dell'80% della forza-lavoro<sup>31</sup>, potrebbero non sembrare necessari "piani d'azione" correttivi. Vero è che, data la mancata efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, si potrebbe dubitare dell'effettività di tale copertura, anche se il *deficit* di diretta copertura contrattuale potrebbe ritenersi compensato dall'operazione giurisprudenziale volta a garantire l'applicazione dei minimi salariali contrattuali.

Il fatto è che, senza la considerazione della rappresentatività degli agenti negoziali, il concetto di copertura contrattuale rischia di rivelarsi incoerente con l'obiettivo principale della direttiva, consistente nell'adeguatezza dei salari minimi e nel contrasto a pratiche di *dumping*.

Forse, un indiretto sostegno alla considerazione di una contrattazione collettiva sorretta da un'effettiva rappresentatività potrebbe scaturire sia dal *considerando* 18 là dove evoca una «contrattazione collettiva solida e ben funzionante», sia dall'art. 4 quando incoraggia «negoziazioni costruttive, significative e informate sui salari tra le parti sociali».

E a tale proposito ci si è chiesti se non possano contrastare con la direttiva le omissioni degli Stati che rendono possibile il *dumping* salariale operato da sindacati di dubbia rappresentatività. Così come sarebbe interessante verificare se il riferimento dell'art. 4 alla promozione dello sviluppo e del rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari "a livello settoriale o intersettoriale" possa rendere illegittimi interventi che limitino o indeboliscano tali livelli di contrattazione<sup>32</sup>.

Ove la copertura della contrattazione collettiva fosse inferiore al 70% dei lavoratori in un certo settore, il legislatore statale non sarebbe comunque tenuto ad introdurre un salario minimo per legge in alternativa a quello derivante dall'applicazione dei contratti collettivi, giacché nessuna disposizione della direttiva può imporre agli Stati l'adozione di un sistema di minimi retributivi per legge, dovendosi in tal caso procedere secondo la prospettiva del piano d'azione volto a promuovere la contrattazione collettiva.

<sup>31</sup> Sulla mancanza di meccanismi certificatori pienamente affidabili v. M. DEL CONTE, *Memoria sulla proposta*, cit., p. 7.

<sup>32</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE*, cit., p. 127.



### 5.3. *Il monitoraggio e gli appalti pubblici*

Due norme della proposta meritano particolare attenzione.

Innanzitutto, l'art. 10<sup>33</sup>, il quale, distinguendo i sistemi con salario legale da quelli con salario contrattuale, disciplina il modo mediante cui si deve svolgere il monitoraggio e la raccolta dei dati relativi alla copertura contrattuale dei lavoratori, prevedendo che gli Stati membri incarichino le rispettive autorità competenti di sviluppare strumenti efficaci di raccolta dei dati per monitorare la copertura e l'adeguatezza dei salari minimi. Infatti gli Stati debbono trasmettere annualmente alla Commissione una serie di informazioni – disaggregate per genere, fascia di età, disabilità, dimensioni dell'impresa e settore – che potrebbero risultare problematiche nei paesi privi di certezza sui contratti collettivi applicabili nei diversi settori e nelle singole aziende.

Negli Stati come l'Italia non dovrebbe trascurarsi l'esigenza di definire la composizione del salario minimo contrattuale, tenendo conto sia del diritto che la dir. 2019/1152 riconosce ad ogni lavoratore di essere informato sulla retribuzione, il suo importo di base iniziale e ogni altro elemento costitutivo, la sua periodicità e le sue modalità di pagamento, sia del fatto che l'art. 10, par. 3, della proposta di direttiva impone agli Stati di assicurare che «le informazioni relative alla tutela garantita dal salario minimo, compresi i contratti collettivi e le disposizioni relative ai salari ivi contenute, siano trasparenti e accessibili al pubblico»<sup>34</sup>.

In secondo luogo, l'art. 9, il quale prevede che gli Stati membri adottino misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino ai salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti e ai salari minimi legali, laddove esistenti.

Viene qui in gioco la delicata questione della legittimità delle clausole di equo trattamento, per i loro effetti sulla concorrenza. Questione su cui la Corte di giustizia ha dapprima dichiarato non compatibile con il diritto dell'Unione l'obbligo imposto ad una impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di rispettare integralmente la parte economica di un contratto collettivo privo di efficacia *erga omnes*<sup>35</sup>, mentre, in un secondo momento, ha riconosciuto la

<sup>33</sup> M. FAIOLI, *Salario minimo e Europa*, cit.

<sup>34</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE*, cit., p. 128.

<sup>35</sup> Corte giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*.

legittimità delle clausole sociali purché sia la legge a determinare direttamente gli *standard* salariali al cui rispetto vincolare le imprese aggiudicatrici<sup>36</sup>.

Sebbene la direttiva 2014/24 sugli appalti pubblici abbia obbligato gli Stati ad adottare misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi [anche] derivanti da contratti collettivi, non è chiaro se ciò sia sufficiente a superare i limiti individuati dalla Corte di giustizia ove le clausole sociali impongano il rispetto dell'intera parte economica di contratti collettivi privi di efficacia generale<sup>37</sup>.

Riferendosi sia ai «salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinente» sia ai «salari minimi legali», l'art. 9 della proposta sembrerebbe volto a legittimare finalmente tali clausole. È, sebbene in tale norma non si affermi esplicitamente che i contratti collettivi da essa richiamati sono anche quelli privi di efficacia generale, appare ragionevole e coerente con la *ratio* di un provvedimento teso a promuovere la contrattazione collettiva che la stessa norma si riferisca anche a contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*<sup>38</sup>. Il che renderebbe pienamente compatibili con il diritto europeo previsioni, come quella del codice italiano degli appalti pubblici, che impongono all'aggiudicatario il rispetto del contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni datoriali e sindacali più rappresentative sul piano nazionale.

## 6. Le possibili ricadute della direttiva nell'ordinamento italiano

Cercando di verificare le possibili ricadute della direttiva nell'ordinamento italiano, occorre preliminarmente ricordare che, attualmente, al di là dell'ipotesi del compenso orario minimo per legge nel lavoro occasionale<sup>39</sup>, i salari minimi sono normalmente determinati dalla contrattazione collettiva. Peraltro, anche là dove il legislatore è intervenuto per individuare un salario minimo lo ha sempre fatto

<sup>36</sup> Corte giust., 17 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost*.

<sup>37</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE*, cit., p. 129.

<sup>38</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, cit., pp. 129-130.

<sup>39</sup> Art. 54-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. con mod. dalla l. 21 giugno 2017, n. 96. Di «salario minimo» in tale ipotesi parla giustamente P. TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 28.

mediante un rinvio al parametro costituito dai contratti collettivi: indennità di disponibilità nella somministrazione<sup>40</sup> e nel lavoro intermittente<sup>41</sup>, lavoro agile<sup>42</sup>, lavoratori soci di cooperativa<sup>43</sup>, lavoratori del terzo settore<sup>44</sup>; lavoratori distaccati<sup>45</sup>.

Il riferimento ai contratti collettivi come parametro della retribuzione costituisce un *leit motiv* dell'ordinamento, come dimostrano anche la norma penale sul caporalato<sup>46</sup>, le clausole sociali che condizionano l'erogazione di determinati vantaggi o benefici<sup>47</sup> e la disciplina degli appalti pubblici<sup>48</sup>.

D'altronde, pur nella variabilità degli orientamenti, l'operazione giurisprudenziale sull'art. 36 ha nei fatti confermato il ruolo centrale dei contratti collettivi come fonti di determinazione della retribuzione<sup>49</sup>.

A meno di non ipotizzare l'attuazione dell'art. 39 cost., è difficile credere che un intervento legislativo sul salario minimo possa prescindere dal ruolo dell'autonomia collettiva "qualificata" dalla maggiore rappresentatività comparata, qui ponendosi ovviamente il grave problema della sua misurazione e della definizione degli ambiti di riferimento. Un problema acuito dai deprecabili effetti di *dumping* connessi agli accordi pirata e di cui si è fatto carico il Patto della fabbrica del 9 marzo 2018 auspicando un intervento di sostegno del legislatore<sup>50</sup>.

Del resto, è noto come nei sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro aleggi una significativa diffidenza nei confronti di un compenso orario minimo per legge, temendosi una possibile ricaduta negativa sulla capacità delle "autorità salariali" sindacali di governare la questione retributiva e, soprattutto che i minori compensi legali, oltre a penalizzare i lavoratori, possano determinare una fuga

<sup>40</sup> Art. 34, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

<sup>41</sup> Art. 13, comma 4, e art. 16, d.lgs. n. 81/2015.

<sup>42</sup> Art. 20, comma 1, l. n. 81/2017.

<sup>43</sup> Art. 3, comma 1, l. n. 142/2001.

<sup>44</sup> Art. 16, comma 1, d.lgs. n. 117/2017.

<sup>45</sup> Art. 3, d.lgs. n. 72/2000, abrogato con l'art. 26, d.lgs. n. 136/2016, il cui art. 4, comma 2, tuttavia riconferma indirettamente l'applicazione delle disposizioni normative e di contratto collettivo in materia fra l'altro di trattamento retributivo minimo.

<sup>46</sup> Art. 603-bis c.p.

<sup>47</sup> Art. 36, l. n. 300/1970; art. 1, comma 1175, l. n. 296/2006.

<sup>48</sup> Art. 50, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>49</sup> P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione*, cit., p. 45 ss.

<sup>50</sup> F. LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, in *Boll. Adapt*, 23 aprile 2018, n. 16.

dalle associazioni datoriali, riducendo anche quell'effetto di trascinarsi che oggi induce molti datori non iscritti ad applicare l'intero contratto collettivo<sup>51</sup>.

Al di là di quanto reali possano essere questi rischi di fuga, non si deve trascurare che il recesso dall'associazione datoriale per svincolarsi dalle tariffe contrattuali in relazione ai lavoratori già assunti potrebbe non rivelarsi del tutto risolutivo, visto che, anche dopo il declino delle tesi ultrattivistiche, l'art. 36 cost. opera comunque nell'ambito del rapporto di lavoro, indipendentemente dal contratto collettivo<sup>52</sup>; altro discorso varrebbe per i lavoratori assunti dopo il recesso.

Senza poter qui analizzare in dettaglio i vari disegni di legge presentati in Parlamento sul salario minimo<sup>53</sup>, va osservato come alcuni di essi tendano a privilegiare un modello in cui il parametro per individuare i minimi salariali scaturisce dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati comparativamente più rappresentativi<sup>54</sup>. Ove tale modello venisse legiferato, l'Italia resterebbe tra i paesi in cui il salario minimo è fissato dalla contrattazione collettiva, non applicandosi, ove la proposta di direttiva venisse approvata definitivamente, il suo capo II relativo all'adeguatezza dei salari minimi legali.

Tuttavia, alcune proposte di legge prevedono «per i casi non coperti da contrattazione collettiva» un salario minimo inderogabile per legge<sup>55</sup>, mentre in altre si prevede un limite minimo per legge (9 euro) anche per il «trattamento economico minimo» definito dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi<sup>56</sup>. Ove tali proposte fossero approvate, ci si potrebbe chiedere se l'Italia possa rimanere fra i Paesi che affidano alla contrattazione collettiva la determinazione del salario, oppure se possa

<sup>51</sup> V. SPEZIALE, *Il salario minimo legale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 244/2015, p. 6; V. BAVARO, *Il salario minimo legale e le relazioni industriali*, [www.ildiariodellavoro.it/adon.pl?act=doc&doc=53073](http://www.ildiariodellavoro.it/adon.pl?act=doc&doc=53073).

<sup>52</sup> Cass., Sez. un., 30 maggio 2005, n. 11325.

<sup>53</sup> V. la nota 4.

<sup>54</sup> V. i d.d.l. A.S. 658 (Catalfo) e A.S. 1132 (Nannicini).

<sup>55</sup> V. i d.d.l. A.S. 1132 (Nannicini) e A.C. 947 (Delrio). Sulla opportunità di un intervento normativo che fissi un salario di garanzia per i settori non coperti da contrattazione collettiva v. la M. DEL CONTE, *Memoria sulla proposta*, cit., p. 7.

<sup>56</sup> V. il d.d.l. A.S. 658 (Catalfo), a proposito del quale si è detto che, se approvato in legge, potrebbe fungere da «recezione anticipata» della proposta di direttiva: così P. ALLEVA, *Intervento su progetto di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai salari minimi adeguati nell'Unione europea*, memoria sulla proposta di direttiva presentata alla 11ª Commissione permanente (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica il 13 gennaio 2021.

ricadere fra gli Stati in cui è previsto per legge un salario minimo, dovendosi adeguare al capo II della proposta di direttiva e dovendo raccordare l'importo previsto per legge agli indici previsti da tale capo (che risulterebbero peraltro sufficientemente rispettati)<sup>57</sup>.

Questa seconda evenienza potrebbe materializzarsi nel caso in cui la legge determinasse un salario minimo per i settori privi di copertura contrattuale. Per quanto concerne invece l'ipotesi dell'apposizione *ex lege* di un limite minimo inderogabile ai contratti collettivi, la fonte principale di determinazione del salario sarebbe comunque la contrattazione collettiva qualificata dalla rappresentatività dei suoi attori<sup>58</sup>, legittimata dalla stessa legge quale parametro di adeguatezza sociale e costituzionale della retribuzione. Potrebbe perciò risultare forzato e improprio applicare ad un sistema comunque incentrato sulla determinazione contrattuale del salario le previsioni della direttiva pensate invece per sistemi fondati sul salario minimo *ex lege*.

In ogni caso, la valutazione circa l'opportunità o meno di apporre un minimo inderogabile *ex lege* alle tariffe contrattuali non dovrebbe dipendere tanto dagli oneri più o meno pesanti che potrebbero derivare dalla direttiva, anche perché una parte di questi – quelli relativi alla promozione dello sviluppo e del rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione collettiva – verrebbero comunque in luce anche ove non si introducesse alcun minimo inderogabile *ex lege*.

L'opportunità di apporre una soglia minima legale alle tariffe contrattuali dovrebbe essere considerata soprattutto in relazione alle sue eventuali ricadute sul sistema di relazioni industriali, verificando se essa non finisca per costituire un limite eccessivo alla valutazione di sintesi degli interessi in gioco spettante alle autorità salariali negoziali.

## 7. *La possibile influenza della direttiva sulla regolazione del sistema contrattuale italiano*

In attesa di vedere se e come la proposta di direttiva giungerà in porto<sup>59</sup>, la sua approvazione potrebbe indurre un'accelerazione del processo parlamentare volto ad introdurre in Italia una legge a

<sup>57</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE*, cit., p. 125.

<sup>58</sup> V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *o.u.c.*, p. 126.

<sup>59</sup> V. le proposte correttive formulate nell'opinione del Servizio legale del Consiglio dell'UE del 9 marzo 2021, 6817/21.

sostegno dell'applicazione dei minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva<sup>60</sup>.

Infatti, a fronte della necessità di dar seguito alle previsioni della direttiva sulla promozione dello sviluppo e del rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione e sull'ampliamento della copertura contrattuale, sarebbe illogico non cogliere finalmente l'occasione per introdurre regole volte a rendere più razionale e meno anomico il nostro sistema contrattuale. D'altro canto, come si è già detto, ad onta della reticenza della direttiva, sarebbe altrettanto illogico ritenere che la promozione della contrattazione possa prescindere dalla valorizzazione dei contratti collettivi sottoscritti dai sindacati dotati di adeguata rappresentatività.

Al di là delle difficoltà di disciplinare la rappresentatività e quanto vi è correlato, appare sempre meno differibile un intervento legislativo che, sulla falsariga di altre norme vigenti già avallate dalla Corte costituzionale<sup>61</sup>, preveda che il parametro della retribuzione spettante ai lavoratori non possa essere inferiore al trattamento – minimo o complessivo – stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>62</sup>.

Un intervento corredato da un adeguato apparato sanzionatorio che non costituirebbe un *escamotage* per attribuire efficacia genera-

<sup>60</sup> Sul tema v., tra i tanti, M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 243 ss.; G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. dir.*, 2011, p. 635 ss.; S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo tra legge e contrattazione*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 185 ss.; V. BAVARO, *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, in *Quad. rass. sind.*, 2014, n. 4, p. 61 ss.; M. MAGNANI, *Problemi giuridici del salario minimo legale nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 2015, p. 743 ss.; M. DELFINO, *Prove generali di regolazione legale del salario minimo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2015, p. 694 ss.; C. LUCIFORA, *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale?*, in C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Bologna 2017, p. 719 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 235 ss.; T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 386/2019.

<sup>61</sup> Art. 3, comma 1, l. n. 142/2001 e Corte cost., n. 51/2015, su cui M. BARBIERI, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al CCNL delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 493 ss.; G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 7 ss.

<sup>62</sup> P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione*, cit., p. 105.

le ai contratti collettivi, bensì una strada per attualizzare i principi dell'art. 36, senza violare l'art. 39, comma 1, perché la libertà sindacale del singolo datore di lavoro non può tiranneggiare il diritto dell'art. 36, ma deve bilanciarsi con esso tenendo necessariamente conto del suo contenuto essenziale.

Per altro verso, a differenza della previsione secca di un compenso orario minimo legale che fornirebbe una risposta solo dal punto di vista della sufficienza, il summenzionato intervento terrebbe conto anche della proporzionalità giacché nelle tabelle dei contratti collettivi la valutazione di sufficienza risulta implicita o presunta in quella di proporzionalità, in linea con la dimensione simbiotica che i due criteri assumono nell'art. 36 cost.

In questa prospettiva lo spazio per la determinazione per legge di un compenso orario minimo potrebbe eventualmente riguardare solo le ipotesi marginali non coperte dalla contrattazione collettiva.

Si delineerebbe così uno scenario in cui tutte le "autorità salariali" opererebbero contestualmente, senza sovrapporsi l'una all'altra: da un lato, la *contrattazione collettiva* "qualificata" dalla rappresentatività là dove direttamente efficace o come parametro indicato dalla legge, suscettibile di essere valorizzato dalla *giurisprudenza*; dall'altro lato direttamente la legge per le ipotesi marginali.

È evidente che la questione dei "minimi" non esaurisce tutti i problemi della retribuzione, la cui struttura deve misurarsi sempre più con l'ampliamento in termini qualitativi e quantitativi del contenuto della prestazione indotto dai nuovi sistemi organizzativi del lavoro. Tuttavia, tale questione pone un interrogativo ineludibile per quanto attiene alla dignità del lavoro e alla civiltà giuridica a cui non è detto che si debba rispondere solo in termini di *minimum costituzionale* dato che la regola dell'art. 36 cost. è quella della "giusta retribuzione", attenta tanto alla sufficienza quanto alla proporzionalità.

ORSOLA RAZZOLINI

## Brevi note su salario minimo, *dumping* contrattuale e parità di trattamento: in ricordo di Massimo Roccella

SOMMARIO: 1. La crisi della contrattazione collettiva come «autorità salariale»: dai “contratti pirata” ai “contratti *monstre*”. – 2. Quale spazio per un salario minimo legale? Le proposte parlamentari e il problema della crescita del lavoro autonomo povero. – 3. La proposta di direttiva europea sul salario minimo adeguato. – 4. Il *dumping* contrattuale negli appalti (pubblici e privati): verso la riscoperta della parità di trattamento?

### 1. *La crisi della contrattazione collettiva come «autorità salariale»: dai “contratti pirata” ai “contratti monstre”*

È ormai un dato acquisito, ampiamente studiato dalla dottrina e oggetto anche di alcune importanti proposte legislative<sup>1</sup>, che l'elevata frammentazione delle sigle sindacali e delle associazioni datoriali unitamente alla moltiplicazione incontrollata del numero di contratti collettivi nazionali, passati nel giro di pochi anni da 580 (2013) a 935 (giugno 2020)<sup>2</sup>, non garantiscano più in tutti i casi retribuzioni minime proporzionate e sufficienti a consentire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, come previsto dall'art. 36 cost.<sup>3</sup> Per usare un'efficace espressione di Tiziano Treu, la contratta-

<sup>1</sup> V., tra gli altri, d.d.l. 12 luglio 2018 sul salario minimo orario, proposto dalla On. Sen. Catalfo *et al.*; d.d.l. 11 marzo 2019 su giusta retribuzione, salario minimo e rappresentanza sindacale proposto dall'On. Sen. Nannicini *et al.*

<sup>2</sup> R. AMBROSO, G. CEDRONE (CNEL), *Aumenta ancora il numero dei CCNL vigenti depositati al CNEL*, testo disponibile al sito [www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/08/Notiziario-Mercato-del-lavoro-e-Archivio-Nazionale-dei-Contratti-collettivi.pdf](http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/08/Notiziario-Mercato-del-lavoro-e-Archivio-Nazionale-dei-Contratti-collettivi.pdf).

<sup>3</sup> La letteratura giuslavoristica su questo tema è pressoché sterminata. Con riferimento ai lavori monografici più recenti, v. G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020; M. MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Roma 2019;



zione collettiva non sembra più in grado di svolgere la sua funzione di «autorità salariale»<sup>4</sup>.

Questo senza nemmeno considerare il problema dei lavoratori esclusi da qualsiasi copertura contrattuale: emblematico il caso dei *riders* ma anche di molti lavoratori autonomi *freelance* che, ad esempio nel settore dell'editoria, dichiarano in media 15.000 Euro all'anno<sup>5</sup>. Il fenomeno del lavoro povero, va tenuto a mente, tocca oggi il lavoro autonomo tanto se non più del lavoro subordinato.

Ancora, alcuni CCNL, pur firmati da organizzazioni sindacali di indubbia rappresentatività, garantiscono salari minimi troppo bassi e troppo vicini alla soglia della povertà. Emblematici i casi, assai discussi anche in giurisprudenza, del CCNL multiservizi e del CCNL vigilanza e servizi fiduciari che fissano la retribuzione minima oraria lorda rispettivamente a circa 6,52 e 6,16 Euro (con un salario orario netto inferiore a 4 Euro). Con riferimento al CCNL vigilanza e servizi fiduciari, firmato da Filcams-Cgil e Fisascat-Cisl, il Tribunale di Torino ha affermato: «benché sia tratta dai minimi tabellari di un CCNL firmato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, una retribuzione sensibilmente inferiore al tasso-soglia di povertà assoluta individuato dall'Istat ed ai livelli retributivi previsti per posizioni professionali analoghe da altri CCNL non può considerarsi conforme ai principi di proporzionalità e di sufficienza ricavabili dall'art. 36 Cost.»<sup>6</sup>. Più di recente, anche il Tribunale di Milano ha ritenuto tale CCNL apertamente in contrasto con l'art. 36 cost.<sup>7</sup>.

Viene a mente subito il monito di Massimo Roccella che, in uno dei suoi più celebri scritti, ricorda il dibattito sviluppatosi in seno all'Assemblea Costituente, nel corso del quale gli onorevoli Bibolotti e Bitossi avevano suggerito di affidare alla legge la determinazione dell'entità minima del salario (oltre che della durata della giornata lavorativa) al fine di garantire i lavoratori contro lo sfruttamento<sup>8</sup>.

P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro: verso un salario minimo legale?*, Milano 2018; M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli 2019; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale: aspettative e prospettive*, Torino 2017.

<sup>4</sup> T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 767 ss.

<sup>5</sup> V., ad esempio, con riguardo ai lavoratori del settore editoriale, l'analisi svolta dall'associazione Redacta, consultabile al sito [www.actainrete.it/2020/06/16/uniti-contiamo-ci-siamo-contati](http://www.actainrete.it/2020/06/16/uniti-contiamo-ci-siamo-contati).

<sup>6</sup> V. Trib. Torino, 9 agosto 2019.

<sup>7</sup> V. Trib. Milano, 25 febbraio 2020, n. 225.

<sup>8</sup> V. M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 231 qui p. 254 s. Il saggio costituisce il primo capitolo della monografia *I salari*, Bologna 1986.

In continuità con l'esperienza corporativa<sup>9</sup>, era allora prevalsa l'opzione contraria che lasciava alla contrattazione collettiva il ruolo di autorità salariale sottovalutando tuttavia il venir meno di due fondamentali capisaldi del diritto sindacale corporativo che, pur con molti difetti, avevano contribuito a conferire solidità al sistema contrattuale: l'inquadramento sindacale obbligatorio e la stipulazione obbligatoria del contratto collettivo.

I dubbi avanzati da Massimo Roccella negli anni Ottanta hanno trovato proprio in epoca recente una definitiva concretizzazione. Le ragioni per cui la contrattazione collettiva nazionale fallisce il proprio principale obiettivo sono note e si possono così sintetizzare: 1) l'elevato cuneo fiscale; 2) la frammentazione delle sigle sindacali e datoriali che, nel rispetto della libertà e del pluralismo, consente a sigle poco rappresentative di negoziare il prezzo del lavoro al ribasso, alimentando la concorrenza sleale e il *dumping* salariale (c.d. "contratti pirata"); 3) l'incontrollata moltiplicazione dei CCNL, firmati anche da sigle rappresentative, dovuta all'incontrollata moltiplicazione e sovrapposizione delle categorie contrattuali o degli ambiti di applicazione. Per tali ragioni, la maggior parte della dottrina concorda che sia urgente affrontare le questioni (1) della misurazione della rappresentatività sindacale e (2) della definizione dei perimetri delle categorie sulla base di elementi più oggettivi e meno discrezionali.

L'individuazione dei criteri di rappresentatività sindacale è un tema ormai arato nella dottrina, nella legislazione e nella giurisprudenza. Basti pensare all'esperienza dei "contratti pirata" nel settore delle cooperative a cui ha offerto un'efficace soluzione l'art. 7, comma 4, d.l. n. 248 del 2007<sup>10</sup>. D'altra parte, anche nell'individuazione dei contributi

<sup>9</sup> Su cui, in generale, R. TETI, *Codice civile e regime fascista: sull'unificazione del diritto privato*, Milano 1990.

<sup>10</sup> In base a tale disposizione normativa, in presenza di una pluralità di contratti collettivi applicabili alla medesima categoria, deve essere corrisposto un trattamento economico e normativo non inferiore a quello dettato dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale della categoria. Un meccanismo, questo, che la Corte costituzionale ha giudicato compatibile con l'art. 39 cost. (v. sent. n. 51/2015) e che ha funzionato abbastanza bene come dimostra la fuga di molte cooperative "spurie" che oggi, nei delicati settori della logistica o dell'igiene ambientale, hanno scelto di adottare la forma giuridica di S.r.l. semplificata proprio per evitare l'applicazione di tale disposizione. V. A. BELLAVISTA, *Cooperative e sfruttamento del lavoro nella logistica*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 453. Da ultimo, v. anche la relazione A.I.D.La.S.S. di P.A. VARESI, *Pluralismo e rappresentatività sindacale 50 anni dopo lo Statuto dei lavoratori*, 2021, testo disponibile al sito [www.aidlass.it/wp-con-](http://www.aidlass.it/wp-con-)

minimi previdenziali, l'INPS già utilizza quale retribuzione da assumere come base di calcolo quella non inferiore «all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti e contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale» (v. art. 1, comma 1, l. n. 389/1989)<sup>11</sup>. A dimostrazione del fatto che non vi sono, in tale ambito, reali problemi di compatibilità tra intervento legislativo e art. 39, comma 1, cost. e che il problema è semmai quello della misurazione della effettiva rappresentatività nell'ambito della categoria.

La questione di più difficile soluzione attiene alla perimetrazione delle categorie a fronte, come detto, della crescita incontrollata e costante del numero di CCNL e del peso crescente assunto da alcuni CCNL di carattere trasversale e onnicomprensivo, i c.d. «contratti *monstre*» dal «campo di applicazione *omnibus*»<sup>12</sup> (emblematico il CCNL multiservizi e il CCNL servizi fiduciari e vigilanza). Tali contratti, anche quando sono stipulati da sigle indubbiamente rappresentative, sono in grado di fare concorrenza al ribasso, in senso trasversale, ad altri CCNL vigenti in settori nevralgici come l'edilizia, l'industria alimentare, la logistica, l'igiene ambientale. Qui la selezione dei soggetti contrattuali sulla base del criterio della rappresentatività può non essere sufficiente; occorre effettuare una ricognizione dei perimetri delle categorie, come sottolineato nel Patto della Fabbrica e nel d.d.l. a prima firma Nannicini, combinando il principio tradizionale per cui l'individuazione delle categorie

*tent/uploads/2021/05/VERSIONE-PROVVISORIA-RELAZIONE-PROF-VARE-SI-2.pdf* che, anche al fine di dare attuazione alla proposta di direttiva sul salario minimo adeguato, propone l'approvazione «di una legge che deleghi il Governo ad adottare decreti legislativi diretti a “replicare” (nello spirito) le norme attualmente in vigore per i soci lavoratori di cooperative, “estendendole” ai settori del sistema produttivo del Paese che, a seguito delle progressive verifiche poste in essere, risultassero al di sotto della soglia effettiva del 70% di copertura della contrattazione collettiva».

<sup>11</sup> L'art. 2, comma 25, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, ha poi introdotto una norma interpretativa precisando che la sopra citata disposizione: «si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali e assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria».

<sup>12</sup> Così S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 185 ss.; nonché M. PERUZZI, *Viaggio nella “terra di mezzo”, tra contratti leader e pirata*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 211 ss. In questo senso è stata inoltre giustamente definita un'«occasione mancata» quella del rinnovo del CCNL multiservizi che le parti sociali non hanno colto per tentare di definire più puntualmente l'ambito di applicazione (v. G. PIGLIALARMÌ, *Il rinnovo del CCNL multiservizi e l'occasione mancata per gestire il dumping interno*, in *www.bollettinoadapt.it*, 2021).

è rimessa esclusivamente alla volontà dei soggetti contrattuali (criterio volontaristico soggettivo)<sup>13</sup> con criteri dotati di maggiore oggettività<sup>14</sup>.

Occorre in sostanza recuperare l'art. 2070 c.c., che ricollegava la determinazione della categoria alla «attività effettivamente esercitata dall'imprenditore»: norma considerata implicitamente abrogata in seguito alla soppressione del regime corporativo e di recente in parte recuperata sia dal Codice dei contratti pubblici (art. 30, comma 4) sia dal d.d.l. a prima firma Catalfo. Ma sullo «strano» destino di molte norme corporative si potrebbe a lungo discutere. Perché, ad esempio, la giurisprudenza considera abrogato l'art. 2070 c.c. ma continua a fondare il principio della prevalenza del contratto collettivo sul contratto individuale sull'art. 2077 c.c., di matrice chiaramente corporativa? Perché l'art. 2601 c.c. – in base al quale «l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dalle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano la categoria» – è ritenuto a tutt'oggi vigente tanto dalla giurisprudenza, quanto dalla dottrina pur richiamando esplicitamente sia il concetto di categoria corporativa sia quello della rappresentanza legale delle associazioni professionali?

## 2. *Quale spazio per un salario minimo legale? Le proposte parlamentari e il problema della crescita del lavoro autonomo povero*

La crisi della contrattazione collettiva quale autorità salariale contribuisce inevitabilmente alla rivitalizzazione del dibattito sul

<sup>13</sup> Un criterio maggiormente oggettivo è previsto dall'art. 2070 c.c. per il quale «L'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore», norma che, tuttavia, non è mai stata applicata poiché ritenuta espressione dell'ordinamento corporativo. In proposito, la giurisprudenza ha affermato in una celebre sentenza: «L'art. 2070 c.c. non opera nei confronti della contrattazione collettiva di diritto comune. Pertanto, nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto diverso, se il datore non vi è obbligato per appartenenza sindacale» (Cass., Sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665). Per la ricostruzione del dibattito e per il problema della perimetrazione delle categorie v. G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 168 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Fisiologia e patologia*, cit.; P.A. VARESI, *Pluralismo e rappresentatività sindacale*, cit., p. 83 ss.

<sup>14</sup> In quest'ambito particolare, il CNEL sta svolgendo un lavoro importante, operando una riclassificazione dei CCNL in grado di mettere in comunicazione (utilizzando anche i codici ATECO) categoria merceologica, categoria contrattuale e perimetri settoriali.

salario minimo legale. D'altra parte, Massimo Roccella aveva subito intuito l'esistenza di un legame indissolubile tra il dibattito sul salario minimo legale e quello sulla lotta alla povertà, aspetti entrambi centrali di una «politica sociale ispirata al cambiamento»<sup>15</sup>. Nelle numerose pagine che l'A. dedica a questo tema, emerge l'idea di fondo che l'introduzione di un salario minimo legale possa fungere da utile complemento della contrattazione collettiva e svolgere importanti funzioni sociali anche in una prospettiva di migliore concorrenza tra le imprese<sup>16</sup>. Le pagine dedicate ai coniugi Webb esprimono un pensiero che appare oggi di grande attualità e lucidità: «Ben lungi dall'ostacolare la contrattazione il salario minimo per gli Webb risponde per un verso all'esigenza di garantire una tutela minimale a settori di forza-lavoro che il sindacato non è (o almeno non è ancora) in grado di raggiungere, per altro verso offre un sostegno generalizzato di base all'azione sindacale, sempre suscettibile di miglioramento attraverso i risultati della contrattazione collettiva»<sup>17</sup>.

In proposito, vanno anzitutto ricordate le due principali proposte legislative in cantiere. Il d.d.l. a prima firma Catalfo propone un salario minimo legale uguale per tutti, che sembra doversi considerare parametrata sul trattamento economico complessivo, pari a 9 Euro all'ora al lordo degli oneri contributivi e previdenziali. La soglia non è di per sé altissima se considerata riferibile al trattamento economico complessivo (comprensivo di rateo di 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup>). Sulla base di una recente indagine, solo i settori della vigilanza, del multiservizi e del terziario risultano avere una retribuzione oraria minima inferiore (rispettivamente 7,07, 7,59 e 8,64)<sup>18</sup>.

Il punto debole della proposta sembra risiedere nel fatto che non sono previsti né dei criteri né dei parametri sulla base dei quali arrivare a determinare tale cifra, né viene istituito un sistema di *governance* in grado di garantire a tale intervento normativo concrete prospettive di stabilità nel futuro. Per contro, come si vedrà, la recente proposta di direttiva sul salario minimo adeguato impone agli Stati membri in cui esiste un salario minimo legale, in primo luogo, di *introdurre dei criteri nazionali* sulla base dei quali arrivare a de-

<sup>15</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, cit., p. 272.

<sup>16</sup> M. ROCCELLA, o.l.u.c.; M. MAGNANI, *Salario minimo*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, testo disponibile al sito [www.treccani.it/enciclopedia/salario-minimo\\_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/salario-minimo_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)).

<sup>17</sup> M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale*, cit., p. 235.

<sup>18</sup> V. ancora L. BRINDELLI, *Il punto sul salario minimo orario*, testo disponibile al sito [www.bollettinoadapt.it/il-punto-sul-salario-minimo-orario](http://www.bollettinoadapt.it/il-punto-sul-salario-minimo-orario).

terminare il salario minimo adeguato che devono essere definiti «*in modo chiaro e stabile*» ed essere periodicamente aggiornati (art. 5); in secondo luogo, di creare e istituire un sistema di *governance* fondato sul coinvolgimento delle parti sociali, sulla falsa riga dei modelli tedesco e francese<sup>19</sup>. La finalità della proposta, sotto questo aspetto, è evidente: evitare che, come avviene in diversi paesi dell'Est<sup>20</sup>, il salario minimo sia fissato unilateralmente dai governi senza alcun coinvolgimento delle parti sociali, prestandosi così a divenire uno strumento per mantenere basso il costo del lavoro, attrarre investimenti dall'estero e fare concorrenza agli altri stati.

In questa prospettiva, il d.d.l. a prima firma Catalfo, che pure presenta disposizioni di grande interesse (riprendendo alcune tecniche sperimentate dal Codice dei contratti pubblici per risolvere i problemi della rappresentanza e della perimetrazione delle categorie), non risponde del tutto allo spirito della direttiva e potrebbe presentare profili di incompatibilità rispetto agli artt. 5 e 7.

La proposta contenuta nel d.d.l. a prima firma Nannicini è quella di introdurre invece un *salario minimo di garanzia* solo nei settori non coperti da CCNL<sup>21</sup>. Al di là della diversità della scelta politica di fondo, è di particolare interesse l'art. 2 che prevede l'istituzione di un sistema di *governance* che appare conforme agli articoli citati e utile per rafforzare la solidità e il buon funzionamento del sistema contrattuale.

Un salario minimo orario legale “di garanzia” potrebbe inoltre fungere da importante complemento della contrattazione collettiva spingendo verso l'alto i minimi contrattuali anche nei settori coperti

<sup>19</sup> V. M. MAGNANI, *Salario minimo*, cit., che cita anche il caso tedesco.

<sup>20</sup> Ad esempio, si veda l'*Impact Assessment* elaborato dalla Commissione europea, 28 ottobre 2020, p. 14 dove è detto: «In a number of Member States (Bulgaria, Spain, Croatia, Latvia, Hungary, Portugal, and Romania), although an institutionalised bilateral/tripartite consultation process is defined by law, this consultation is non-binding and governments can change the minimum wage levels unilaterally. The majority of these countries (Croatia, Latvia, Hungary and Romania) does not provide for adequate minimum wage levels». In diverse parti del documento, si intuisce che la Commissione europea collega i bassi livelli salariali esistenti in alcuni Stati membri in cui esiste il salario minimo legale alla scarsa capacità delle parti sociali di influire effettivamente sulla loro determinazione lasciata pressoché esclusivamente alla discrezionalità dello Stato.

<sup>21</sup> Secondo A. GARNERO, *Un salario minimo per legge in Italia? Una proposta per il dibattito*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 810 ss., circa il 10% dei lavoratori riceve il 20% del minimo settoriale specialmente nel Sud Italia e senza contare i lavoratori autonomi.

dal CCNL<sup>22</sup>. Se il minimo contrattuale risulta inferiore al minimo legale operante per prestazioni analoghe non coperte dal CCNL, difficilmente un giudice potrebbe ritenerlo conforme ai parametri della sufficienza e della proporzionalità stabiliti dall'art. 36 cost. Questo senza abbandonare tuttavia il sistema contrattuale di determinazione del salario minimo che, come visto, è dalla direttiva valorizzato e preferito rispetto al sistema legale.

In questa direzione appare spingersi il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che prospetta, in termini invero piuttosto vaghi, la necessaria introduzione del salario minimo legale «per i lavoratori non coperti dalla contrattazione collettiva nazionale, a garanzia di una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto e idonea ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa» (p. 90 del documento). Invero, sulla scarsa attenzione dedicata dal PNRR a questo tema andrebbe aperta più di una parentesi: la preoccupazione, non certo infondata, da alcuni avanzata è che il ritorno dei temi della semplificazione e della concorrenza al centro dell'agenda politica ed economica, auspicato e per certi versi imposto da Bruxelles, porti una volta ancora a sottovalutare il grave problema delle diseguaglianze e dei disagi sociali che affliggono il nostro paese, quando invece proprio la garanzia del “lavoro dignitoso” potrebbe divenire il fondamentale motore della sua ripartenza e di una «politica sociale ispirata al cambiamento». D'altra parte, non si deve dimenticare come nello stesso Trattato dell'Unione europea la concorrenza non sia considerata un fine in sé stesso della politica euromonetaria, ma semmai uno strumento per realizzare le finalità enunciate dall'art. 2 tra cui quelle della lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni e della promozione della giustizia e della protezione sociale<sup>23</sup>.

Vi è poi una questione che non risulta affrontata né dai d.d.l. citati né dalla direttiva che ha un ambito di applicazione circoscritto al solo lavoro subordinato ed etero-organizzato (v. *infra*, § 3). Oggi il problema del lavoro povero tocca in modo drammatico anche e specialmente il lavoro autonomo genuino. In quest'ambito occorre avviare una duplice riflessione.

In primo luogo, occorre chiedersi se non sia giunto il momento di riconoscere finalmente il diritto alla contrattazione collettiva anche ai

<sup>22</sup> Cfr. P. PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 59 qui p. 79 ss.

<sup>23</sup> Si veda il collegamento esistente tra l'art. 2 TUE e il *Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza* contenuto nello stesso TUE.

lavoratori autonomi genuini ma che operano in un settore o mercato all'interno del quale non godono di un effettivo potere negoziale, superando il problema della asserita incompatibilità tra contrattazione collettiva nel lavoro autonomo e concorrenza. D'altra parte, al pari del diritto di sciopero, il diritto di negoziare collettivamente le condizioni di lavoro, stabilendo una soglia minima al di sotto della quale non è possibile scendere, si ricollega non ad uno specifico contratto né alla condizione di subordinazione tecnico-funzionale ma ad una situazione di soggezione economica e vulnerabilità che può colpire una certa categoria di lavoratori nel mercato e in presenza della quale il ricorso alla coalizione risulta giustificato socialmente ed economicamente in base agli artt. 3 e 35 della Costituzione.

Non c'è ragione di negare al lavoratore autonomo, la cui attività, a differenza dell'impresa, conserva carattere prevalentemente personale e resta riferibile ad una "persona" (v. art. 2222 c.c.), il ricorso allo strumento del contratto collettivo quando ciò sia necessario per il perseguimento di «obiettivi di politica sociale»<sup>24</sup> che includono il miglioramento delle condizioni di lavoro e il ristabilimento di una condizione di uguaglianza sostanziale, messa a repentaglio dalla diseguale distribuzione dei poteri economici di mercato.

Si tratta di un punto che anche nell'Unione europea, dove sino ad oggi il lavoratore autonomo è stato ostinatamente equiparato all'impresa, si sta finalmente riconsiderando<sup>25</sup> e che è stato chiarito e sottolineato dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> V. Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, e Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*.

<sup>25</sup> V. la recente decisione della Commissione europea di lanciare una consultazione sul tema «*Collective bargaining for the self-employed*» terminata nel settembre 2020 e riaperta il 5 marzo 2021, in termini più ampi e con specifico riferimento alle disposizioni in materia di concorrenza (*Collective bargaining agreements for self-employed - scope of application EU competition rules*). In dottrina v. BERND WAAS, CHRISTINA HIESSL (a cura di), *Collective Bargaining for Self-Employed Workers in Europe*, Wolters Kluwer, 2021; I. LIANOS, N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *Re-Thinking the Competition Law/Labour Law Interaction: Promoting a Fairer Labour Market*, in *Eur. Lab. Law J.*, 2019, 10, p. 325 ss.; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino 2021; O. RAZZOLINI, *Organizzazione e azione collettiva nei lavori autonomi*, in *Pol. soc.*, 2021, p. 49 ss.; M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 443 ss.; P. LOI, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 843 ss.

<sup>26</sup> In una recente decisione, il CEDS ha affermato che il diritto alla contratta-



La questione di più difficile soluzione attiene alla “misurazione” della situazione di soggezione e disuguaglianza economica che giustifica il ricorso al contratto collettivo e la sua esenzione dal diritto della concorrenza (*labour exemption*). Si tratta di una verifica che potrebbe essere affidata all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e condotta con una metodologia *case by case*. Potrebbe qui risultare utile l’impiego congiunto di requisiti qualitativi e quantitativi: ad esempio, il livello di compensi mediamente molto bassi corrisposti in un determinato settore economico e l’esistenza di reali possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti (v. art. 9, l. n. 192 del 1998; art. 3, comma 4, l. n. 81 del 2017).

Deve però osservarsi che, nel lavoro autonomo, non è facile ricorrere alla contrattazione collettiva come dimostrano i rapporti di alcune delle principali associazioni di riferimento. ACTA, ad esempio, ha sottolineato la difficoltà di utilizzare tale strumento in molti settori pur caratterizzati da una drammatica crescita del fenomeno del *working poor*, poiché l’interlocutore negoziale è spesso frammentato ed evanescente e non è semplice convincerlo a sedersi al tavolo delle trattative. Per tali ragioni, l’introduzione di un salario minimo legale o, meglio, l’introduzione di parametri generali, che potrebbero essere espressi anche attraverso percentuali o prendendo spunto da esperienze straniere quali la *Low Pay Commission* britannica, per valutare l’adeguatezza del compenso del lavoro autonomo, appare in prospettiva auspicabile<sup>27</sup>.

### 3. La proposta di direttiva europea sul salario minimo adeguato

In base alle considerazioni svolte, è possibile osservare come la proposta di direttiva europea sul salario minimo adeguato, pur costituendo un indubbio passo avanti sul piano della politica sociale unionale, poco o nulla innovi il panorama italiano esistente.

L’assunto di fondo della direttiva, largamente ispirato dalla

zione collettiva spetta anche ai lavoratori autonomi genuini a condizione che si dimostri non che sono assoggettati ad eterodirezione o etero-organizzazione (e cioè che sono “falsi” lavoratori autonomi), ma più semplicemente che, a causa delle condizioni del mercato in cui operano, non hanno il potere economico di negoziare ad armi pari le condizioni di lavoro (CEDS, *Irish Congress of Trade Unions v. Ireland*, Complaint No. 123/2016, 12 dicembre 2018, § 111).

<sup>27</sup> A. SORU, M. CAVANI, *I freelance editoriali a Milano: una vita sempre più agra*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2021, p. 149 ss.

ETUC, è che nei paesi in cui il salario minimo è determinato dalla contrattazione collettiva (Austria, Cipro, Danimarca, Finlandia, Italia e Svezia) si ha «una percentuale inferiore di lavoratori a basso salario, salari minimi più elevati rispetto al salario mediano, minori diseguaglianze salariali e salari più elevati». «Il salario minimo contrattuale è bello», si potrebbe dire con uno *slogan*. Il meccanismo fondato sulla contrattazione collettiva va pertanto preservato, tutelato, incentivato e promosso, garantendone la stabilità, il buon funzionamento e l'estensione ai settori scoperti (v. *considerando* 18).

Il problema si pone, invece, nei paesi in cui vige il salario minimo legale (21 su 27 paesi), che non sempre risponde al requisito della adeguatezza specie laddove, come visto, esso viene determinato unilateralmente dai Governi, senza un effettivo coinvolgimento delle parti sociali.

La *ratio* sottesa sembra duplice: da un lato, intervenire sul corretto funzionamento del mercato del lavoro e sul problema del *dumping* salariale tra stati membri: il salario orario mediano in Danimarca è pari a 25 Euro, in Germania 15,70, in Francia 14, in Italia 12,50, in Polonia 4,30, in Romania 2,00 (media UE 13,20)<sup>28</sup>; dall'altro lato, affrontare con decisione il tema del lavoro povero (*working poor*) in drammatica crescita all'interno dell'Unione<sup>29</sup>.

La base giuridica viene individuata, con un'«audace interpretazione»<sup>30</sup>, nell'art. 153, par. 5 del TFUE che pure prevede che l'Unione non abbia competenze, tra l'altro, in materia di «retribuzioni»; né tali competenze possono essere ampliate, sul piano interpretativo, ricorrendo alla CDFUE o al Pilastro sociale (v. nt. 4). È risultata in proposito decisiva l'insistenza della ETUC di individuare nel Titolo X del TFUE, dedicato alla «Politica sociale», anziché nel Titolo dedicato al mercato interno<sup>31</sup>, il fondamento giuridico della direttiva.

Tra gli obiettivi della proposta vi è, in particolare, quello di: «mi-

<sup>28</sup> Fonte: EU Parliament, *Minimum Wage in the EU*, 2020.

<sup>29</sup> Per tutti, L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto alla in-work poverty*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 59 ss.

<sup>30</sup> V. A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 540; T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 1 ss.

<sup>31</sup> A più riprese la ETUC ha affermato che l'art. 153 è la «*only and appropriate base*». V.S. CLAUWAERT, *Legal arguments in favour of the ETUC proposal for a directive on Fair Minimum Wage and Collective Bargaining*, in [www.etuc.org/sites/default/files/page/file/2020-10/Legal%20arguments%20in%20favour%20of%20the%20ETUC%20proposal%20for%20a%20Directive%20on%20Fair%20Minimum%20Wages%20and%20Collective%20Bargaining%20%281%29.pdf](http://www.etuc.org/sites/default/files/page/file/2020-10/Legal%20arguments%20in%20favour%20of%20the%20ETUC%20proposal%20for%20a%20Directive%20on%20Fair%20Minimum%20Wages%20and%20Collective%20Bargaining%20%281%29.pdf).

gliorare le condizioni di vita e di lavoro, anche attraverso salari minimi adeguati» poiché è ormai sempre più evidente che “*work no longer pays*”, «migliorare l’equità del mercato del lavoro dell’UE», fare sì che la concorrenza nel mercato unico si basi «su innovazione e miglioramenti della produttività, come pure su standard sociali elevati», e non più solo sulle differenze nei costi del lavoro, lottare contro la povertà e le disuguaglianze crescenti spingendo verso l’alto i livelli retributivi.

Come realizzare tali obiettivi? La Commissione individua due principali strumenti. Anzitutto, la promozione ovunque della contrattazione collettiva che, nei paesi in cui ha un’elevata copertura (il riferimento è ai paesi nordici) e anche dove coesiste con il salario minimo legale (il riferimento è qui alla Germania e alla Francia)<sup>32</sup>, ha dimostrato di produrre salari minimi più elevati e adeguati a ridurre le disuguaglianze (p. 3). In secondo luogo, con riguardo soltanto ai paesi in cui sono in vigore salari minimi legali, tra i quali specialmente quelli dell’Est, l’obiettivo è garantire che si creino le condizioni affinché questi siano fissati a livelli «adeguati» (p. 3), così evitando che diventino uno strumento politico di concorrenza sleale e *dumping*. Il tutto nel rigoroso rispetto delle tradizioni e delle specificità degli Stati membri.

Sorge qui un interrogativo: l’assunto di fondo da cui prende le mosse la direttiva – il salario minimo contrattuale è bello, va promosso e tutelato – si adatta sino in fondo alla situazione italiana? In Italia, al pari dei paesi nordici, la retribuzione minima è fissata dalla contrattazione collettiva nazionale, con una copertura che si attesta intorno all’80% (un dato che tuttavia va accuratamente monitorato e verificato), e non dalla legge; nondimeno, il problema della crescita del lavoro povero, dei “sotto-minimi” e dei “contratti pirata” costituisce come visto una triste realtà<sup>33</sup>. Da questo punto di vista, sarà importante evitare che, per paradosso, la direttiva, che stabilisce una sorta di equazione tra meccanismo contrattuale e adeguatezza del salario minimo, possa costituire un freno rispetto al più avanzato dibattito parlamentare degli ultimi anni.

Venendo ad un esame molto sintetico delle disposizioni della direttiva, va citato l’art. 2 che ne circoscrive l’ambito di applicazione ai

<sup>32</sup> Sul caso francese e tedesco v. E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa ai salari minimi adeguati nell’Unione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 41 qui specialmente p. 50 ss.

<sup>33</sup> V. il *XX Rapporto sul mercato del lavoro e sulla contrattazione collettiva 2017-2018* elaborato dal CNEL in collaborazione con ANPAL e INAPP.

*workers*, espressione che, nel diritto dell'Unione, comprende sostanzialmente i lavoratori subordinati o i "falsi lavoratori autonomi", cioè i lavoratori che, a prescindere dal *nomen iuris* che le parti hanno dato al contratto, forniscono, «per un certo periodo di tempo, a favore di una di esse e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva[no] una retribuzione»<sup>34</sup> ovvero, secondo un diverso criterio, sono stabilmente integrati, per la durata del rapporto, nell'impresa nel cui interesse svolgono la propria attività<sup>35</sup>.

Nel nostro ordinamento tale concetto sembra dunque riferibile ai lavoratori subordinati (art. 2094 c.c.) ma anche ai collaboratori etero-organizzati (art. 2, d.lgs. n. 81/2015) ai quali non per caso la legge prevede si applichi la disciplina del lavoro subordinato (salve diverse previsioni ad opera di una contrattazione collettiva particolarmente "qualificata")<sup>36</sup>.

L'art. 4 costituisce il cuore della direttiva e, in linea con i *considerando* 18 e 19, prevede l'importanza della promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari all'interno degli Stati membri, specialmente a livello settoriale e intersettoriale. Al comma 2 è previsto uno sforzo supplementare per gli Stati membri «in cui la copertura della contrattazione collettiva è inferiore al 70%»: previsione che, come visto, non sembra attualmente riferibile alla situazione italiana dove il tasso di copertura si attesta intorno all'80%<sup>37</sup>. È significativo il fatto che, dopo anni in cui la Commissione europea aveva spinto verso il decentramento contrattuale (basti ricordare il testo della lettera a firma di Mario Draghi e Jean Claude Trichet inviata al Primo

<sup>34</sup> Corte giust., 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten*, cit., punto 34; Corte giust., 22 aprile 2020, C-692/19, *Yodel*, punti 30 ss.

<sup>35</sup> Corte giust., 16 settembre 1999, C-22/98, *Becu*, punto 26.

<sup>36</sup> In questo senso v. V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva sul salario minimo adeguato*, testo della memoria depositata alla Commissione lavoro del Senato nel 2021, p. 9.

<sup>37</sup> Secondo A. BELLAVISTA, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati. L'Europa sociale ad una svolta*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 411 qui p. 423 si tratta tuttavia di un dato discusso se si considera che per molti lavoratori che ricevono salari inferiori ai minimi, il CCNL è di fatto disapplicato. Da notare, inoltre, la formulazione ampiamente generica della disposizione che nulla prevede circa la necessaria selezione del contratto collettivo sulla base, ad esempio, dell'effettiva rappresentatività delle parti stipulanti (sindacati e associazioni imprenditoriali). È questa una forte critica che è stata sollevata anche dall'ETUC: la contrattazione collettiva garantisce effettivamente i salari solo allorquando sia condotta da soggetti collettivi effettivamente e genuinamente rappresentativi degli interessi riferibili ad un determinato gruppo di lavoratori.

ministro italiano il 5 agosto 2011)<sup>38</sup>, al livello «settoriale o intersettoriale» venga restituito il ruolo principale, quantomeno sotto il profilo che attiene alla determinazione della retribuzione minima adeguata.

Ulteriore interrogativo è quali CCNL debbano essere presi in considerazione al fine di calcolarne la soglia di copertura (superiore o inferiore a 70): solo quelli stipulati dalle organizzazioni maggiormente rappresentative? L'art. 4 deve essere collegato all'art. 10, disposizione comune orizzontale in materia di monitoraggio e raccolta dati, che impone agli Stati membri di incaricare le rispettive autorità competenti di monitorare sia la copertura sia l'adeguatezza dei salari minimi legali o contrattuali: norma che richiederà una specifica attuazione. Tra le autorità competenti viene naturale considerare il CNEL che sta svolgendo un importante lavoro in quest'ambito<sup>39</sup>.

In base all'art. 10 e ai *considerando* 15, 18 e 19 può inoltre ritenersi esistente un preciso invito rivolto a tutti gli Stati membri a monitorare e ad intervenire, con sforzi supplementari, qualora i salari minimi contrattuali risultino non adeguati ovvero la ricognizione faccia emergere settori *non* coperti dalla contrattazione collettiva, in cui i salari presumibilmente scendono ben al di sotto dei minimi e si aggrava il problema del lavoro povero. Nel caso dell'Italia, si stima che i settori non coperti riguardino una percentuale compresa tra il 10 e il 20% dei lavoratori<sup>40</sup>. L'intervento non dovrà consistere necessariamente nell'introduzione del salario minimo legale, ma dovrà tendere a correggere i "fallimenti" del sistema contrattuale, rafforzandone la solidità e il buon funzionamento (art. 4, *considerando* 18, 19)<sup>41</sup>.

Il Capo II della direttiva, rubricato «*Salari minimi legali*», contiene disposizioni riferibili ai soli Stati membri in cui esiste un salario minimo legale enunciando quali condizioni devono essere soddisfatte e quali criteri devono essere seguiti affinché tali salari possano dirsi adeguati «al fine di conseguire condizioni di vita e di lavoro

<sup>38</sup> Nel testo della lettera viene indicata, tra le altre, «l'esigenza di riformare ulteriormente il sistema di contrattazione salariale collettiva, permettendo accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione».

<sup>39</sup> V. M. FAIOLI, Memoria relativa all'audizione del 14 dicembre 2020, Senato della Repubblica - 14<sup>a</sup> Commissione permanente Politiche dell'Unione europea.

<sup>40</sup> V. l'*Impact Assessment*, 28 ottobre 2020, SWD(2020) 246 final, p. 1.

<sup>41</sup> Cfr., sul punto, A. BELLAVISTA, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati*, cit., p. 417 ss.

dignitose, coesione sociale e una convergenza verso l'alto» (art. 5). Va detto che, come si legge nell'*Impact Assessment* del 28 ottobre 2020, la Commissione parte dal presupposto che nella maggioranza degli Stati membri in cui è previsto un salario minimo legale, esso si collochi al di sotto di una soglia di adeguatezza e, cioè, sia inferiore al 60% del salario mediano e al 50% del salario medio<sup>42</sup>. I criteri enunciati per garantire l'adeguatezza dei salari sono diversi: il potere di acquisto dei salari minimi, tenuto conto del costo della vita, dell'incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali; il livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione; il tasso di crescita dei salari lordi; l'andamento della produttività del lavoro. L'art. 6 prevede la possibilità di introdurre deroghe particolari per «*specifici gruppi di lavoratori*», nel rispetto dei principi di non discriminazione proporzionalità, ragionevolezza, legittimità; è inoltre consentito operare «trattenute per legge che riducono la retribuzione versata ai lavoratori portandola ad un livello inferiore a quello del salario minimo legale», purché le trattenute risultino necessarie, obiettivamente giustificate e proporzionate: una disposizione questa particolarmente adatta ai paesi in cui sia presente un elevato cuneo fiscale e previdenziale. Infine, l'art. 7 istituisce un sistema minimo di *governance* fondato sulla partecipazione e il coinvolgimento delle parti sociali nella determinazione dei minimi, delle variazioni, nella raccolta e nel monitoraggio: sistema che, come visto, non è contemplato nel d.d.l. Catalfo. L'art. 8 rafforza una tutela effettiva del diritto alla retribuzione minima adeguata imponendo anche un rafforzamento dei controlli e delle ispezioni.

#### 4. *Il dumping contrattuale negli appalti (pubblici e privati): verso la riscoperta della parità di trattamento?*

Tra le disposizioni comuni “orizzontali” un'importanza centrale assume poi la norma sugli appalti pubblici (art. 9) nella quale è previsto l'obbligo degli Stati membri, in conformità alle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE, di adottare misure adeguate a garantire «che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici o contratti di concessione, si conformino ai salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti e ai salari minimi legali, laddove esistenti». In proposito, può

<sup>42</sup> Pag. 1 dell'*Impact Assessment*, cit.

subito osservarsi come la norma sia, da un lato, imprecisa poiché le direttive citate si riferiscono alla vecchia versione della direttiva distacco (dir. 96/71/CE) che fa formalmente riferimento solo ai minimi previsti dalla legge o da un contratto collettivo efficace *erga omnes*, che non esiste in Italia; dall'altro lato, poco o nulla innova rispetto al panorama legislativo italiano in cui il codice degli appalti già contiene alcune importanti norme anti-*dumping* finalizzate a fare sì che al personale impiegato in un appalto pubblico si applichi il contratto collettivo nazionale e territoriale «in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro 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» (art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016). In altri termini, la legge italiana già impone all'appaltatore l'obbligo di applicare il contratto *leader*, nell'ambito del settore e della zona geografica in cui si eseguono le prestazioni, quale condizione per l'affidamento dell'appalto. Certo, l'art. 9 ha il non trascurabile pregio di mettere definitivamente al riparo tale disposizione normativa da censure di incompatibilità con il diritto dell'Unione<sup>43</sup>.

La disposizione normativa costituisce un deciso passo avanti nella lotta al *dumping* contrattuale negli appalti pubblici e l'art. 9 della proposta di direttiva ha il pregio di fugare ogni dubbio circa la sua compatibilità con il diritto dell'Unione e, in particolare, con la dir. 2014/24/UE<sup>44</sup>. Ciò non significa che non permangano delicati problemi non affrontati né dalla proposta di direttiva né dai d.d.l. citati<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Lo sottolineano V. BAVARO, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva*, cit.

<sup>44</sup> Diverse disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici (CCP) hanno sollevato dubbi di compatibilità rispetto alla direttiva. Basti pensare al limite previsto dall'art. 105 per il ricorso al subappalto, che non può superare il 30% dell'importo complessivo del contratto, giudicato dalla Corte di giustizia non conforme alla direttiva sugli appalti pubblici: Corte giust., 26 settembre 2019, C-63/18, *Vitali*; Corte giust., 27 novembre 2019, C-402/18, *Tedeschi*.

<sup>45</sup> In generale sul tema v., tra i molti, P. CAMPANELLA, *Nuove sfide per le relazioni industriali in Europa: il caso della industria della carne in cinque contesti nazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 935 ss.; S. BATTISTELLI, *Legittimità e criticità delle esternalizzazioni in Italia: il caso dell'industria delle carni*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 974 ss.; A. ALLAMPRESE, O. BONARDI (a cura di), *Logistica e lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, p. 363 ss.; M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici*.

Ad esempio, larga parte della dottrina concorda sul fatto che le norme che impongono all'appaltatore o affidatario l'applicazione del contratto *leader* vigente nella zona e nel settore merceologico che presenta maggiori connessioni con l'oggetto dell'appalto (art. 30, comma 4 e art. 105, comma 9) non riescono del tutto nell'intento di sottrarre il costo del lavoro dal gioco della concorrenza<sup>46</sup>. Infatti, da un lato, restano sempre possibili scostamenti rispetto alle tabelle ministeriali che individuano il costo medio orario del lavoro negli appalti (il trattamento minimo) previsto dai cosiddetti contratti *leader* nei diversi settori; dall'altro lato, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato a più riprese l'esigenza di salvaguardare la libertà di impresa dell'appaltatore che si traduce nella libertà di scelta del contratto collettivo da applicare fermo restando il limite di legge della coerenza con l'oggetto dell'appalto<sup>47</sup>.

Ma una crescente preoccupazione solleva il fenomeno del *dumping* contrattuale nelle filiere di produzione e nelle catene degli appalti che riguarda tanto il settore pubblico quanto quello privato. Nel settore pubblico, i vincoli imposti al ricorso al subappalto dall'art. 105 del Codice dei contratti pubblici non sembrano sortire risultati significativi. In particolare, non impediscono all'appaltatore principale di spezzettare il servizio di cui è titolare affidandolo a subappaltatori che applicano un CCNL diverso, pur se sempre coerente con l'oggetto dell'appalto; ciò consente un significativo risparmio sulle retribuzioni ma crea disparità di trattamento difficilmente tollerabili dai lavoratori che si trovano a svolgere mansioni simili o analoghe nell'ambito dello stesso ciclo produttivo. Ancora una volta, sono specialmente i CCNL multiservizi e servizi fiduciari, anche stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, ad alimentare la

*Il quadro normativo e qualche numero*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 261 ss.; I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione della contrattazione collettiva nel 50° anniversario dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 2; M. FORLIVESI, *Sulla funzione anticoncorrenziale del CCNL*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 838 ss.; P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 199 ss.; nonché i volumi monografici di F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, Pisa 2020; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino 2018; L. RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Padova-Milano 2018.

<sup>46</sup> Lo sottolinea I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione*, cit., p. 9; M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., p. 273 ss.; F. PANTANO, *Le clausole sociali*, cit., p. 100 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 110 ss.

<sup>47</sup> V., tra le più recenti, Cons. St., 28 maggio 2019, n. 3487; Tar Liguria, 1° ottobre 2020, n. 676.



concorrenza al ribasso, offrendo alle imprese uno strumento perfetto per abbassare il costo del lavoro nella filiera. Un vero paradosso: il contratto collettivo nazionale perde la sua anima dichiaratamente anticoncorrenziale e diventa strumento di concorrenza e di *dumping*.

Per fare qualche esempio, nel caso dei musei e degli ospedali è prassi frequente quella di affidare i servizi di portierato in appalto e in subappalto con la conseguente applicazione del CCNL vigilanza e servizi fiduciari, che permette di risparmiare decine di migliaia di Euro ogni anno<sup>48</sup>. Si tratta di prassi probabilmente in via di superamento a fronte degli orientamenti giurisprudenziali più recenti che, come visto, giungono persino a disapplicare la retribuzione stabilita in tale CCNL, pur firmato dalle sigle maggiormente rappresentative, perché incompatibile con l'art. 36 cost.

Di grande interesse è poi il caso dell'igiene ambientale dove il CCNL multiservizi può risultare parzialmente sovrapponibile – basti pensare al fatto che molte imprese che operano nel settore si definiscono società “*Multiutility*”<sup>49</sup> – e meno costoso del CCNL igiene ambientale: il primo prevede una retribuzione oraria minima pari ad Euro 6,52 (lordi) *vs.* gli 11 Euro circa del secondo. Accade così che, ad esempio, nell'ambito della filiera dei rifiuti, il trasporto e lo smaltimento vengano subappaltati ad un soggetto diverso che applica ai propri dipendenti il CCNL multiservizi anziché il CCNL igiene ambientale (Fise-Assoambiente), con importanti differenze nel trattamento retributivo<sup>50</sup>. L'elevata (e intollerabile) disparità di trattamento tra lavoratori che operano nell'ambito di un medesimo ciclo produttivo e sono spesso a contatto tra loro crea inevitabilmente scontento e alza il livello del conflitto con grave nocimento per la collettività e per i cittadini che si vedranno erogato un servizio non conforme agli *standard* attesi. È un tema che chiama in causa anche la responsabilità degli enti pubblici committenti (i Comuni), su cui incombe quantomeno un dovere di vigilanza rispetto al cor-

<sup>48</sup> Alcuni casi particolarmente eclatanti sono descritti nell'articolo di M. VERUGGIO, *Dumping contrattuale: sanare i bilanci pagando 4 Euro l'ora*, testo disponibile al sito [www.glistatigenerali.com/appalti-pubblici/dumping-contrattuale-sanare-i-bilanci-pagando-4-euro-lora](http://www.glistatigenerali.com/appalti-pubblici/dumping-contrattuale-sanare-i-bilanci-pagando-4-euro-lora).

<sup>49</sup> Così, ad esempio, Herambente si definisce «una delle maggiori multiutility italiane»: v. [www.gruppohera.it/gruppo/chi-siamo/il-nostro-gruppo](http://www.gruppohera.it/gruppo/chi-siamo/il-nostro-gruppo).

<sup>50</sup> V. il *dossier Appalti e conflitto collettivo. Tendenze e prospettive*, pubblicato dalla Commissione di garanzia sciopero nel giugno 2021 e disponibile al sito [www.cgisse.it/appalti-e-conflitto-collettivo](http://www.cgisse.it/appalti-e-conflitto-collettivo). In generale, sul tema della sovrapposizione tra categorie nelle filiere v. G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva*, cit., p. 191 ss.

retto svolgimento del servizio pubblico affidato e alla sua conformità a *standard* qualitativi, quantitativi ma anche sociali così da ridurre il rischio dell'insorgere di conflitti che possono danneggiare la collettività.

L'uso del CCNL multiservizi come strumento di *dumping* contrattuale nelle filiere è fenomeno noto e diffuso anche nel settore privato. Emblematico è il caso della filiera delle carni e più, in generale, dell'industria alimentare del modenese (celebre il caso Italtpizza) il cui modello di produzione si fonda sul massiccio ricorso ad appalti e subappalti, a bassa intensità aziendale e ad alta intensità di lavoro, e sulla concorrenza al ribasso tra CCNL diversi ma parzialmente sovrapponibili, caratterizzati da elevati differenziali retributivi: nell'industria alimentare, la retribuzione lorda oraria minima prevista dal CCNL (non inclusiva del rateo di 13<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup>) è pari ad 8,80 Euro contro i 6,52 Euro del multiservizi<sup>51</sup>.

Specialmente nel settore alimentare e in quello della logistica, la contrattazione collettiva ha escogitato interessanti soluzioni per arginare il fenomeno delle esternalizzazioni "al ribasso": una delle più significative consiste nell'inserimento di clausole volte a vietare appalti aventi ad oggetto attività troppo a ridosso del *core business* dell'impresa *leader*<sup>52</sup> ovvero che prevedono, nel settore della logistica, l'obbligo di affidare le operazioni solo ad imprese che applichino il medesimo CCNL e un radicale divieto di subappalto con riferimento a determinate attività al fine di governare fenomeni di illegalità diffusi e garantire il pieno rispetto della normativa<sup>53</sup>. Di grande interesse è, infine, la proposta di lavorare ad un diver-

<sup>51</sup> V., oltre ai contributi di P. CAMPANELLA e S. BATTISTELLI citati alle note precedenti, L. DORIGATTI, *Ridotte all'osso. Disintegrazione verticale e condizioni di lavoro nella filiera della carne*, in *Meridiana*, 2018, p. 51 ss.; G. CENTAMORE, D. DAZZI, *Tendenze delle relazioni industriali nel settore suinicolo: il caso italiano in un quadro europeo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 57 ss. Nell'industria alimentare, stando ai calcoli di L. BRINDELLI, *Il punto sul salario minimo orario*, cit., p. 6, la retribuzione oraria lorda, complessiva di rateo di 13<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup>, è pari a 10,51 Euro contro i 7,59 Euro del multiservizi (dati del 2019).

<sup>52</sup> V. l'art. 4 del CCNL dell'industria alimentare in base al quale «sono esclusi dagli appalti i lavori svolti in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione e di imbottigliamento proprie dell'azienda stessa nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa». Sul punto v. P. CAMPANELLA, *Nuove sfide*, cit., spec. p. 952 ss.

<sup>53</sup> V. il nuovo art. 24 del CCNL logistica e trasporti firmato da Cgil, Cisl, Uil, Confetra, Anita, Confrtrasporto. V., S. BOLOGNA, S. CURI, *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 125 ss.;

so ambito di applicazione del contratto collettivo, muovendo dalla contrattazione di categoria ad una “contrattazione inclusiva” o “di filiera” incentrata sull’innovativo concetto di «comunità di sito» nel cui ambito ricomprendere «lavoratrici e lavoratori alle dirette dipendenze dell’azienda sia dipendenti di ditte terze appartenenti ad altri settori produttivi e ad altre aree contrattuali, che svolgono attività di supporto alla produzione»<sup>54</sup>.

Una soluzione alle problematiche descritte, qui esposta in modo sommario e incompleto, potrebbe essere rappresentata, da un lato, dall’introduzione del salario minimo legale che proprio nell’ambito degli appalti, pubblici e privati, potrebbe portare a risultati significativi consentendo di sottrarre con maggiore decisione il costo del lavoro dal gioco della libera concorrenza tra imprese<sup>55</sup>; dall’altro lato, si potrebbe recuperare la vecchia regola della parità di trattamento negli appalti da eseguirsi all’interno delle aziende che era prevista dall’art. 3, l. 1369/1960, successivamente abrogata (regola che, d’altra parte, già esiste nella somministrazione)<sup>56</sup>.

In questa direzione si è spinto, da ultimo, il d.l. 77/2021 che, all’art. 49, limita la possibilità di ricorrere al subappalto c.d. *labour intensive* e introduce il principio di parità di trattamento economico e normativo tra i dipendenti del subappaltatore e i dipendenti del contraente principale al ricorrere di determinate condizioni: in particolare, qualora l’oggetto del subappalto si sovrapponga largamente con quello dell’appalto principale e con l’oggetto sociale dell’appaltatore. In altri termini, si sostituisce il criterio della “contiguità

nonché i contributi raccolti in A. ALLAMPRESE, O. BONARDI (a cura di), *Logistica e lavoro*, cit.

<sup>54</sup> V. la Piattaforma per il rinnovo del CCNL industria alimentare disponibile al sito [www.files.rassegna.it/userdata/sites/rassegnait/attach/2019/09/piattaforma-industria-alimentare\\_11979.pdf](http://www.files.rassegna.it/userdata/sites/rassegnait/attach/2019/09/piattaforma-industria-alimentare_11979.pdf) nonché le considerazioni di P. CAMPANELLA, *Nuove sfide*, cit., p. 957.

<sup>55</sup> Lo propone I. ALVINO, *Clausole sociali, appalti e disgregazione*, cit. Sul tema salario minimo legale e appalti v. anche D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 54 ss.

<sup>56</sup> Per tutti v. L. CORAZZA, “Contractual Integration” e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela dei lavoratori*, Padova 2004, p. 179 ss.; F. SCARPELLI, “Esteralizzazioni” e diritto del lavoro. *Il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 351 ss. Questa proposta si ritrova, in termini più ampi di quelli qui riassunti, in P. ALLEVA, *Restituire diritti e dignità ai lavoratori. Proposta di legge*, Santarcangelo di Romagna 2018, p. 63 ss. V. anche S. BATTISTELLI, *Legittimità e criticità*, cit., p. 986 ss.; nonché A. BELLAVISTA, *Le prospettive del diritto del lavoro dopo la pandemia*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 433/2021, p. 14.

geografica”, che caratterizzava la vecchia nozione di appalto interno, con il criterio della contiguità tra l’oggetto dell’appalto e quello del subappalto, da valutarsi tenendo conto della concreta possibilità che avrebbe il contraente principale di fare fronte all’esecuzione di quest’ultimo con il proprio *know how* e con la propria organizzazione imprenditoriale. L’esternalizzazione di attività molto a ridosso del *core business* del contraente principale resta dunque possibile, ma a condizione che non sia effettuata per mere ragioni di abbattimento del costo del lavoro. La disposizione non è scevra da ambiguità interpretative ma di certo si imporrà una riflessione sull’opportunità di una sua estensione anche al settore privato.



MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER,  
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

## Massimo Roccella y la propuesta de directiva sobre salario mínimo\*

SUMARIO: 1. La dimensión mínima del salario en Massimo Roccella. – 2. ¿Una política social sin armonización de la regulación de los salarios? – 3. El salario y el mercado. – 4. El salario y los derechos de los que trabajan. – 5. El salario y la gobernanza económica europea. – 6. El salario mínimo en Europa. – 7. Una contribución importante para el derecho social eurounitario. – 8. Reflexión conclusiva.

### 1. *La dimensión mínima del salario en Massimo Roccella*

En su excelente y siempre actual monografía sobre *I salari*<sup>1</sup> Massimo Roccella afrontó un conjunto de temas relativos a la retribución con una óptica “al menos parcialmente divergente de la corriente”, en la medida que adoptaba un enfoque distinto al prevalente en la época sobre la exigencia de las estructuras retributivas que se venía haciendo en esa época de búsqueda de instrumentos de contención de las dinámicas salariales, mientras que para él era necesario abordar una configuración renovada del sistema salarial italiano en torno a la posible introducción en el ordenamiento de mecanismos legales de determinación del salario mínimo. El tema no era atendido ni en el debate de los laboristas, ni por el legislador y ni por los sindica-

\* Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322. Es un resultado científico del proyecto de investigación “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social”, de la convocatoria 2018 de “Proyectos de I+D Retos Investigación”, con referencia RTI2018-098794-B-C31. También lo es del proyecto FEDER18-1264479 “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social”.

<sup>1</sup> Publicado en “il Mulino”, en 1986, que recoge en su capítulo II ampliado en estudio publicado en 1983 sobre *Il salario minimo legale*, en *Pol. dir.*, 1983, núm. 2, pp. 231-291.

tos, con el resultado «de privar nuestro ordenamiento laboral de un instrumento ampliamente conocido en los más diversos contextos de relaciones industriales»<sup>2</sup>. Sin embargo para él era una cuestión relevante muy actual dada la insuficiencia de las soluciones adoptadas hasta el momento para desarrollar el principio constitucional de la retribución suficiente.

Frente a quienes entendieron entonces que no era el momento oportuno de afrontar la cuestión de la dimensión mínima del salario, y enfrentándose con la opinión de grandes maestros que entendían que el *Statuto dei Lavoratori*, al reforzar al sindicato y a la negociación colectiva, podía ser suficiente al respecto, Rocella recuerda la afirmación de su maestro Treu sobre que la contratación colectiva, pese al apoyo indirecto del Estatuto de los Trabajadores, encuentra límites para la realización de una tutela mínima homogénea de las retribuciones un mercado de trabajo cada vez más dividido<sup>3</sup>. Sobre ello insiste Rocella refiriéndose a los fenómenos en curso como la descentralización productiva, el aumento del empleo en el sector terciario y de la fuerza de trabajo femenina, sectores en los que el sindicato estaba menos implantado y en los que incidían tanto condiciones de trabajo bajas, incluidos los salarios, como áreas de pobreza generadas, entre otras cosas por los bajos salarios, incidiendo así la regulación del mínimo salarial en una estrategia de lucha contra la pobreza, que explica la normativa existente en diversas formas sobre el salario mínimo en todos los países industrializados, desde hace tiempo o también en épocas recientes a consecuencia de la crisis económica.

Regular una dimensión mínima del salario incide en el tema de las fuentes apropiadas de regulación éste, e implica afrontar si la negociación colectiva resulta suficiente para asegurar un sueldo mínimo a todos los trabajadores. Massimo Rocella da argumentos convincentes sobre la insuficiencia del instrumento para centrar el debate en la defensa de un salario mínimo legal rechazando el argumento histórico de que el salario mínimo legal pueda resultar un instrumento para bloquear la negociación colectiva o para reducir el poder sindical.

Para ello realiza un detenido análisis de la evolución de la temática del salario mínimo legal en Italia, en la época fascista y en la posguerra, donde la jurisprudencia trata de poner en práctica el mandato constitucional de retribución suficiente, fracasa la Ley Vigorelli, y el tema no se aborda en el *Statuto*, sin que sus instrumentos garanticen

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 8.

<sup>3</sup> T. TREU, *Problemi giuridici della retribuzione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1980, p. 6.

vía intervención sindical mínimos salariales generales; enfrentándose con la tesis de grandes maestros, como Mancini, especialmente por los fenómenos crecientes de segmentación del mercado de trabajo, de externalización de actividades y de regresión del convenio colectivo, que no se solucionarían mediante las propuestas de una eficacia general de los convenios colectivos. Para él los problemas de los salarios bajos requieren una intervención legal, una tutela legal de las rentas más reducidas. Roccella rechaza la objeción del eventual impacto negativo sobre el empleo que los análisis empíricos realizados en otros países han desmentido, y considera acertadamente no dignas de tutela organizaciones productivas basadas en salarios irrisorios cuya supresión es funcional a la promoción de un desarrollo equilibrado, al evitarse la normalización de actividades productivas basadas en unas retribuciones ínfimas que generan espacios de trabajadores pobres como los tiempos más recientes han demostrado.

De ahí la necesidad de establecer un salario mínimo legal, que defiende Roccella debe determinarse de forma uniforme a nivel nacional e intercategorial y no de forma diferenciada por sectores o por zonas como había defendido, entre otros, Gino Giugni.

El estudio de Massimo Roccella hace una propuesta de reforma salarial desde una perspectiva nacional, aunque en su estudio histórico y actual no deja de referirse tanto a normas internacionales de la OIT como a experiencias nacionales antiguas y actuales. Pese a ser un gran experto en temas de Derecho social “comunitario”, no hace referencia alguna a una posible intervención del Derecho de la Unión Europea en esta materia, partiendo posiblemente de la interpretación del precepto del TFUE que excluye la regulación del salario dentro del sistema previsto en el art. 153 TFUE. Sin embargo, la existencia de una iniciativa de la Comisión para una propuesta al respecto es una buena ocasión para reflexionar sobre cómo los argumentos que en su momento nos dio Massimo sobre la necesidad de una intervención legal en los mínimos salariales y sobre una especial atención hacia las zonas débiles del mercado de trabajo, deberían llevar a una coordinación de esas medidas internas a nivel de la Unión para evitar zonas amplias, como las actualmente existentes, de personas que trabajan sin poder salir de la pobreza.

## 2. *¿Una política social sin armonización de la regulación de los salarios?*

El Derecho del Trabajo unión europeo se ha construido sobre grandes contradicciones, ya conocidas: libertades económicas vs. de-



rechos sociales; integración de mercados vs. regulación de los mismos, libre competencia vs. ordenación colectiva, intervención vs. subsidiariedad...<sup>4</sup>. Una de las más llamativas es la que se produce en el ámbito de las retribuciones, la materia sobre la que tanto y tan bien construyó Massimo Roccella.

Nos explicamos: los salarios están presentes en el Derecho de la Unión desde sus mismos orígenes. Ya en el artículo 119 del Tratado de Roma original se obligaba a los Estados miembros a garantizar «la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». Y todos conocemos la enorme política que se ha desarrollado desde 1957 sobre este derecho fundamental. Entonces sólo se hablaba de retribuciones; después se amplió su espectro.

Si analizamos la producción normativa de la Unión en materia laboral también encontramos un amplio abanico de medidas que les afectan, como luego se verá. Y sin embargo en el núcleo constitucional del Derecho de la Unión se contiene una regla aparentemente muy radical y clara que parece impedirlo, cuando el artículo 153.5 TFUE establece que sus disposiciones «no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal». Esto se interpretó en su momento como una prohibición de armonización de las legislaciones laborales de los Estados miembros, como una reserva de competencias para éstos respecto una posible intervención del legislador europeo. Así lo siguen entendiendo algunos interlocutores sociales europeos, especialmente en los últimos debates sobre una posible directiva sobre salarios mínimos.

Este mandato, de los Tratados nada menos, no sólo resulta difícil de entender en el marco de un Derecho que en modo alguno ha ignorado esta cuestión, sino que ha obligado también a las instituciones europeas a un esfuerzo de justificación cada vez que una de sus iniciativas afectaba a esta cuestión. Ha sido, sobre todo, una amenaza que ha pesado sobre los avances de la Unión en materia laboral, con lo que ha condicionado el desarrollo de su Derecho Social.

Pero, deberíamos preguntarnos, ¿es posible sostener la existencia de tal prohibición? ¿Es viable una política social que deje al margen toda esta área del Derecho laboral? A reflexionar sobre esta cuestión dedicaremos el resto de nuestra contribución.

<sup>4</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del Lavoro dell'Unione europea*, Padova 2012, *passim*.

### 3. *El salario y el mercado*

El proceso de integración europea es, antes que nada, uno de creación de un mercado. El salario es, más que otra cosa, un coste para las empresas, por lo que en un mercado único supone un aspecto fundamental que afecta tanto a su funcionamiento como a la competencia de los operadores económicos en su seno. En el mismo momento constituyente de la Comunidad Europea se tuvo en cuenta esta idea, que estuvo en la base del diseño, tímido pero con las ideas claras, de su primera política social; fue esto lo que justificó la adopción de una política de armonización, que lo es por la vía del progreso y con numerosas particularidades respecto de las otras áreas armonizadas, pero respondiendo a la misma lógica económica. Sólo que en su desarrollo esta armonización ha sido más sensible a las demandas de protección de los trabajadores que las necesidades de regular una competencia ordenada entre las empresas de los distintos Estados miembros.

Regulación del mercado y regulación de la movilidad en su seno son dos aspectos de la ordenación del salario que no han podido ser ignorados durante el proceso de integración europeo. Por esto la regulación de los aspectos laborales del mercado eurounitario tuvo que ocuparse directamente de ellos. Y lo hizo desde varias perspectivas, en función de las distintas libertades que estaban implicadas.

En el ámbito de la libre circulación de trabajadores se reconoce un derecho fundamental a la no discriminación en su percepción por motivo de nacionalidad. Se prohíbe expresamente que se trate al trabajador migrante «de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución» (Reglamento 492/2011). Éste fue uno de los primeros derechos reconocidos como tales a los trabajadores a nivel europeo, en los mismos orígenes del proceso, habiendo sido esencial para la construcción de un verdadero mercado de trabajo en la Unión. Un derecho vinculado a la movilidad, que se convirtió en uno de los fundamentos de lo que luego se conoció como el Derecho del Empleo.

En el marco de las otras libertades económicas su carácter de mecanismo regulador de la competencia se contempla, entre otros aspectos, en su inclusión dentro del núcleo duro de derechos que debe garantizarse a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, de tal modo que sus empresas deberán garantizarles «las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias» (directiva 96/71/CE).

En materia de contratación pública la directiva 2014/24/UE exige a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que los agentes económicos cumplan las obligaciones del Derecho laboral aplicable en la ejecución de contratos públicos y de concesión, lo que incluye el respeto a los salarios establecidos en los convenios colectivos pertinentes o los salarios mínimos legales.

El salario forma parte también, finalmente, de las condiciones de trabajo cuya elección se permite, pero se limita con el fin de evitar abusos, en situaciones de trabajo transnacional, de acuerdo con el Reglamento 93/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, el conocido como Roma I.

En consecuencia, en una Unión entendida como espacio de circulación de sujetos económicos la afectación, en mayor o menor medida, de las regulaciones nacionales sobre la remuneración del trabajo resultaba imprescindible.

#### 4. *El salario y los derechos de los que trabajan*

No se le llama “asalariado” al trabajo por nada. Es esto lo que se busca al prestarle servicios a otro, y es lo que determina el bienestar de las personas y la calidad en el empleo. Es por ello que en una Unión que busca ser una economía social de mercado altamente competitiva, y cuya política social pretende fomentar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la ordenación del salario no podría quedar al margen.

Una ordenación del salario comparte la doble naturaleza de toda intervención armonizadora en materia social, como garantía de una competencia ordenada y como mecanismo de tutela de los trabajadores. Pero también, como ha ocurrido con las otras áreas de intervención de la Unión, con el tiempo esta doble naturaleza se ha superado, de alguna manera, para centrarse en la finalidad tuitiva, lo que se ha traducido en una normativa que contiene estándares elevados de protección. Tanto es así que su implementación no ha resultado fácil para los Estados miembros, como lo acredita la numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia. El papel de la Unión ha sido muy relevante como motor de progreso, tanto en la identificación de las discriminaciones salariales prohibidas, como en el diseño de técnicas jurídicas para garantizar la igualdad, desde el trabajador comparable a la discriminación indirecta.

El fundamento de toda esta intervención se encuentra en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en

la que se reconoce el derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas. La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, a partir del reconocimiento de que «todo empleo debe ser justamente remunerado» recogía un verdadero catálogo de actuaciones para garantizarlo, lo que incluía la garantía a los trabajadores de una remuneración equitativa, es decir, suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno; la garantía a los trabajadores sujetos a un régimen de trabajo distinto del contrato de trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido de un salario de referencia equitativo; y la protección de los salarios, de tal modo que éstos sólo puedan ser retenidos, embargados o cedidos con arreglo a las disposiciones nacionales, que deben prever medidas que garanticen al trabajador la conservación de los medios necesarios para su sustento y el de su familia.

Más recientemente el punto 6 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, señala que «los trabajadores tienen derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno», añadiendo que «todos los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales».

Sobre estos mandatos se ha construido un conjunto normativo que, a lo largo de prácticamente toda la historia de la propia Unión, ha logrado, para empezar, imponer un mandato de igualdad y no discriminación de aplicación general, de tal manera que no podrán diferenciarse por razón de género (directiva 2006/54/CE) u otras causas prohibidas (directiva 2000/78/CE), pero tampoco según el tipo de contrato, si típico o atípico (directivas 2008/104/CE y 97/81/CE). Esto se une a lo dispuesto por la legislación sobre libre circulación de trabajadores, completándola hasta asegurar que las remuneraciones se conviertan en un espacio de igualdad para todas las personas que trabajan.

Dónde se ha llegado más lejos en la aplicación del principio de igualdad salarial ha sido en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, en donde se ha superado una de las barreras jurídicas más sólidas existentes, la de la fijación de los salarios de los trabajadores según la normativa, legal y convencional, aplicable a la empresa que los contrata. En la directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, se aplica un principio de equiparación salarial a los trabajadores en misión, de tal modo que sus “condiciones esenciales de trabajo y de empleo”, remuneraciones incluidas, deben ser, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido con-

tratados directamente por ésta para ocupar el mismo puesto (artículo 5.1). Ciertamente es que se admiten excepciones; y que no se trata de una regla inventada por la norma unioneuropea; pero no puede ignorarse la relevancia de este principio desde múltiples puntos de vista: para garantizar un estatuto adecuado del personal en misión; para asegurar un uso adecuado de estas empresas, como fuente de flexibilidad pero no de devaluación salarial; y para superar las barreras que impone la articulación estrictamente bilateral del contrato de trabajo.

En el siglo XXI disponer instrumentos como éste resultan especialmente idóneos, en mercados caracterizados por la externalización, por la colaboración empresarial y por la aparición de nuevas formas de empleo y de producción en los que la bilateralidad tradicional se pone en cuestión continuamente. Ya hay voces que proponen hacer de la equiparación salarial la regla en todas las relaciones triangulares de trabajo, incluyendo la subcontratación. La ampliación del principio de igualdad de trato en materia salarial, mediante la ampliación de los términos de comparación para incluir a trabajadores de otras empresas, tiene un enorme potencial en este sentido.

La Unión ha llevado al salario a operar también como una condición a tutelar en los casos de cambio de empleador (directiva 2001/23/CE); a constituir un aspecto de la relación de trabajo sobre el que hay que informar al trabajador (directiva 2019/1152); y a ser un ingreso que hay que proteger mediante mecanismos especiales (directiva 2008/94/CE). También ha garantizado su percepción, como tal o como una prestación que lo sustituya, durante el disfrute de los permisos parentales y de paternidad (directiva 2019/1158).

Como conclusión, como componente fundamental de la relación laboral esta rama del Derecho de la Unión ha tenido que tratarlo en múltiples ocasiones, lo que ha resultado en una construcción bastante elaborada a estas alturas. El Derecho individual del trabajo eurounitario es, entre otras muchas cosas, una armonización parcial de las legislaciones estatales sobre remuneraciones. No sólo esto, sino que esta intervención ha sido un importante motor de evolución para éstas, que han tenido que adaptarse a los avances logrados por la Unión.

## 5. *El salario y la gobernanza económica europea*

Otra de las grandes paradojas que la Unión Europea debe afrontar en materia salarial se produce en el ámbito de lo que podemos calificar, en sentido amplio y poco técnico, como gobernanza económica europea. Por ésta nos referimos a los distintos procesos, insti-

tuciones y mecanismos a través de los cuales la Unión interviene en la economía de los Estados miembros, muchos de los cuales afectan directamente a las remuneraciones de los trabajadores.

Este impacto vio incrementado durante la crisis financiera mundial, durante la cual se siguió una política de austeridad que incluía medidas de política de rentas. Algunas de éstas operaban indirectamente, como lo era la promoción a toda costa de la descentralización de la negociación colectiva. La flexibilidad y capacidad de adaptación para las empresas que se pretendía conseguir lo fueron en la práctica, sobre todo, mediante el ajuste de los salarios, permitiendo una devaluación salarial. Otras lo hacían directamente, como ocurrió con los distintos MOU en los que los Estados miembros receptores de ayudas o rescates recibían instrucciones precisas sobre las retribuciones de algunos colectivos de empleados, como los del sector público o los de la banca.

La evolución de los salarios durante la última década muestra el profundo impacto que han tenido estas políticas. Tras esta experiencia, pretender una autoexclusión o neutralidad de la Unión en esta materia no resulta sostenible. Es tanto como admitir una intervención política y económica en los salarios como algo natural, pero excluyendo la jurídica, apoyándose en los propios Tratados que legitimarían las primeras pero impedirían la segunda.

## 6. *El salario mínimo en Europa*

La elaboración de este homenaje al gran maestro del Derecho Social Comunitario coincide con el proceso de aprobación de una directiva sobre salarios mínimos, que se encuentra muy avanzada. Sería la primera de la Unión sobre ello; no la primera monográfica sobre salarios, ya que este honor les corresponde a directivas anteriores sobre no discriminación; ni tampoco, como se ha visto, será la primera vez que se regulan los mínimos a este nivel.

La relevancia de esta figura, y más en los tiempos que corren, explicaría por sí misma esta iniciativa. Tanto más cuando se trata de una institución en la que se detectan importantes disparidades entre los Estados miembros, dándose así todos los elementos que justifican una intervención armonizadora: diferencias sustanciales entre las legislaciones laborales estatales; y déficit de tutela legal para los trabajadores. Cumple además con lo previsto en el punto 6 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que señala que «debe garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del

trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo», añadiendo que «debe evitarse la pobreza de los ocupados».

No es una directiva sobre el salario mínimo europeo, sino sobre los salarios mínimos en Europa. Tampoco incide sobre éstos en sí mismos, fijando sus niveles, sino que actúa sobre los mecanismos nacionales de fijación: según sus *considerandos*, «no establece la cuantía de la remuneración, que entra dentro de la libertad contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y es competencia de los Estados miembros». Aunque el objetivo final no se oculta: mejorar éstos, tanto en cuanto a su cuantía final (lo que se hace indirectamente), como en su cobertura y proceso de determinación. Según explica la Comisión en la memoria que acompaña el texto, «la finalidad general de la propuesta es garantizar que los trabajadores de la Unión dispongan de la protección de un salario mínimo adecuado». Las cláusulas de no regresión y de disposiciones más favorables apuntalan esta preferencia por lo social sobre lo económico.

Entre sus objetivos figuran el fomento de la negociación colectiva, el apoyo a la participación de los interlocutores sociales y el establecimiento de criterios claros y estables que promuevan la adecuación del salario mínimo legal.

Desde la perspectiva de la Unión en el salario mínimo confluyen las dos tendencias antes identificadas, porque afecta a la vez a la competencia en el mercado y a los derechos de los trabajadores.

Como norma sobre derechos, la medida se adopta «con el fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo», permitiendo «el acceso de los trabajadores a la protección del salario mínimo», según se dice en su articulado. En los *considerandos* se señala que éstos «se consideran adecuados si son justos en relación con la distribución salarial en el país y si proporcionan un nivel de vida digno»; y se añade que cuando éstos tienen una cuantía adecuada, «protegen la renta de los trabajadores desfavorecidos, contribuyen a garantizar una vida digna y limitan la caída de los ingresos en épocas difíciles».

No es el único derecho promovido, ya que la directiva propuesta se plantea también uno general de promoción de la negociación colectiva, focalizado en los aspectos salariales, pero que se logra mediante medidas que beneficiarán a toda la institución.

De la misma manera, se pretende asegurar la igualdad en el disfrute del salario mínimo, en dos direcciones: mediante medidas que aseguren el acceso a éste, evitando fraudes; y limitando las diferencias en la cuantía que los Estados puedan establecer, asegurando que

cualquier variación sea no discriminatoria, proporcionada, limitada en el tiempo si procede, y justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima.

La faceta de regulación del mercado queda también recogida. Así, en su propuesta la Comisión justifica las medidas en materia de negociación colectiva «para que las empresas estén protegidas ante la competencia desleal». También se impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos o de concesión, los operadores económicos cumplan los salarios establecidos en los convenios colectivos para el sector y la zona geográfica de que se trate y, en su caso, los salarios mínimos legales.

### *7. Una contribución importante para el derecho social europeo*

La propuesta de directiva diseña una norma union europea original, que realiza importantes contribuciones al desarrollo del Derecho Social de la Unión. Una primera es avanzar en el diseño de estrategias originales de armonización, superando las tradicionales, en materias en las que la diversidad entre los ordenamientos estatales se encuentra no en los contenidos materiales (lo que supone ya una gran dificultad), sino en la técnica regulatoria; en particular, si se opta por la ley o por la negociación colectiva. En el pasado la aprobación de una norma armonizadora suponía intensificar la regulación legal estatal, al surgir una obligación de implementación dirigida al Estado; la posibilidad de una implementación vía negociación colectiva existe desde hace décadas, pero desconectada del papel del Estado. Ahora se coordinan ambas vías de manera potencialmente eficaz. Esta técnica, si funciona, puede abrir la vía para nuevas actuaciones en ámbitos donde las diferencias regulatorias nacionales lo habían hecho imposible, superando la “paradoja de la armonización”, según la cual en las materias donde hay más diferencias ésta resulta más necesaria, pero a la vez resulta más difícil de conseguir.

Una segunda contribución es incidir sobre el papel promocional de la armonización en materia de negociación colectiva y de participación institucional. Esta directiva, una vez aprobada, formará parte del Derecho Colectivo de la Unión Europea, que comienza a tener una cierta dimensión, saliéndose de sus áreas tradicionales vinculadas a la participación de los trabajadores en las empresas. Impone a los Estados deberes de intervención en las relaciones laborales de manera más incisiva que hasta la fecha.



Innova también, en tercer lugar, en los mecanismos de control de la efectividad de sus mandatos, tanto respecto de sus propias reglas como de las medidas nacionales de implementación, incrementando las obligaciones de los Estados y ampliando el papel de los interlocutores sociales. Seguimiento y recogida de datos, aparato sancionador, derecho de reparación y protección contra el trato o las consecuencias desfavorables, y divulgación de información sobre sus mandatos, son, entre otras, técnicas utilizadas por el legislador comunitario con esta finalidad. Con esto continúa con la tendencia de las últimas directivas laborales de la Unión, en las que se pone mucho énfasis en las cuestiones de cumplimiento. Algo que, por cierto, está ocurriendo también a nivel interno, ya que en los Estados miembros se multiplican las reformas legales dirigidas a garantizar la eficacia de los derechos laborales reconocidos previamente.

Pero la contribución más importante es la de delimitar el alcance de la exclusión de armonización antes indicada. Así, se dice en la presentación de la propuesta que la norma a aprobar «no contiene medidas que afecten directamente al nivel de las remuneraciones», por lo que «respeta plenamente los límites impuestos a la acción de la Unión mediante el artículo 153, apartado 5, del TFUE». El mandato del Tratado se interpreta no como una prohibición de medidas que afecten a las retribuciones, sino que se restringe a las que afecten directamente a la determinación de su nivel. La Comisión se apoya en este punto en una construcción jurisprudencial anterior, iniciada por la sentencia de 1 de diciembre de 2005, C-14/04, *Dellas y otros*, en la que el Tribunal de Justicia sostuvo que la directiva 93/104, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, no se aplica a la remuneración de los trabajadores por la aplicación del artículo 137 CE, apartado 6, «de acuerdo con el cual no se aplicarán a las remuneraciones las disposiciones mínimas que el Consejo de la Unión Europea puede adoptar mediante directivas». Pero en la posterior sentencia de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, *Del Cerro Alonso*, el mismo Tribunal rechazó una interpretación, defendida entre otros por el gobierno español, según la cual el artículo 137.5 limitaba el alcance del principio de igualdad de trato reconocido a los trabajadores con contratos de duración determinada. Este principio del Derecho social comunitario, el de no discriminación, no puede ser interpretado de manera restrictiva; en tanto que el apartado 5 del artículo 137 CE, que establece una excepción a lo dispuesto en los apartados 1 a 4 del mismo artículo, debe ser objeto de interpretación estricta, para no afectar indebidamente su alcance ni desvirtuar los objetivos perseguidos por el artículo 136 CE.

Esta sentencia aporta tres elementos valiosos para la aplicación de este precepto del Tratado, siendo el primero su carácter excepcional y restrictivo. En sus palabras, «dicha excepción no puede extenderse a cualquier cuestión que tenga algún tipo de vínculo con la remuneración, so pena de vaciar de gran parte de su contenido a algunos de los ámbitos mencionados en el artículo 137 CE, apartado 1». El segundo es la justificación de este mandato, que encontraría su razón de ser «en el hecho de que la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales a nivel nacional y corresponde a la competencia de los Estados miembros en la materia»; algo, debemos decir, bastante discutible cuando son mayoría los que lo hacen mediante normas legales, al menos en lo que a salarios mínimos se refiere. El tercero, y seguramente más valioso, es el de definir el alcance de la exclusión, que «no puede extenderse a cualquier cuestión que tenga algún tipo de vínculo con la remuneración»; antes bien, lo que los Estados acordaron al negociar el Tratado fue «excluir la fijación del nivel de los salarios de una armonización con arreglo a los artículos 136 CE y siguientes». Y no es esto lo que hace la propuesta de directiva que acabamos de ver.

Esto tiene sentido, ya que una interpretación amplia hubiera puesto en dificultades todo el conjunto normativo antes visto, preexistente en muchos casos a la aprobación del TFUE. Afectando como afecta a derechos fundamentales, es también lógico que se interprete restrictivamente.

Lo cierto es que esta limitación ha tenido el mismo destino que en su momento tuvo el principio de subsidiariedad: un mecanismo de restricción impuesto por algunos Estados miembros en un momento constituyente, que con posterioridad es superado sin muchos problemas por la Comisión con el beneplácito del Tribunal de Justicia. Tendrá que ser éste, según parece por la posición de algunas asociaciones empresariales europeas, quien tenga que determinar el alcance real de esta exclusión en un futuro próximo.

## 8. *Reflexión conclusiva*

La llamativa contradicción estructural del ordenamiento comunitario en materia de salarios parece poder considerarse superada en la tercera década del siglo XXI. La existencia de importantes normativas unioneuropeas, que han establecido principios generales para los ordenamientos nacionales y, sobre todo, el diseño de una

intervención tan relevante como la directiva sobre salarios mínimos viene a confirmar la existencia de una importante armonización de las legislaciones sobre remuneraciones. Y esto se ha hecho sin que el artículo 137.5 haya supuesto un obstáculo real.

La Comisión justifica la adopción de una directiva sobre salarios mínimos en factores coyunturales: la pérdida de valor de éstos respecto del conjunto de salarios; tendencias estructurales en la economía, como la globalización, la digitalización y el aumento de las formas de trabajo no convencionales, que han incrementado la proporción de profesiones mal remuneradas y poco cualificadas; la erosión de las estructuras tradicionales de negociación colectiva; y la presencia de una recesión económica, provocada por la crisis de la Covid-19. Por ello se hace preciso «garantizar que los trabajadores de la Unión tengan acceso a oportunidades laborales y a salarios mínimos adecuados para respaldar una recuperación económica sostenible e integradora». Algunas de éstas coinciden, por cierto, con las alegadas con ocasión de la aprobación de la última gran directiva laboral por el momento, la 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, lo que indica la coherencia de la política social europea del siglo XXI. También son sustancialmente idénticas a las razones que Massimo Roccella argüía hace más de 35 años, lo que pone de manifiesto la calidad y la altura de su visión sobre esta realidad.

Pero esto no puede ocultar el hecho de que se trata de una intervención estructural, con vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico de la Unión. Y no sólo por su vinculación con los derechos de las personas y las reglas del mercado. Cuando la precarización del empleo está llevando a que el salario mínimo sea cada vez más el salario real de las personas que trabajan, una ordenación adecuada de aquél resulta fundamental tanto para garantizar un funcionamiento adecuado del mercado interior como para asegurar el bienestar de la ciudadanía europea. Sin estos dos componentes la transición a la nueva Europa que se pretenda nunca podrá lograrse.

TIZIANO TREU

## Il salario minimo adeguato: dagli argomenti di Massimo Roccella al dibattito attuale

SOMMARIO: 1. Gli argomenti di Massimo Roccella a favore di una legislazione sui minimi salariali. – 2. L'opposizione dei sindacati alla legislazione sui salari minimi e casi italiani di salari legali. – 3. La crescita dei *working poors*, le difficoltà della contrattazione collettiva e le esperienze di altri paesi. – 4. Le novità della proposta di direttiva europea sul salario minimo adeguato. – 5. Le due strade indicate dalla Commissione europea: legge e contratto. – 6. Le condizioni per l'adeguatezza dei salari contrattuali. – 7. Come garantire l'adeguatezza dei contratti collettivi, ipotesi di *erga omnes*.

### 1. *Gli argomenti di Massimo Roccella a favore di una legislazione sui minimi salariali*

Massimo Roccella, nel suo volume *I salari*<sup>1</sup>, è stato fra i primi autori, allora del tutto isolato in Italia, a sostenere la necessità di introdurre anche nel nostro paese una legislazione sui minimi salariali.

Il testo, oltre a fornire una ampia ricostruzione storica della origine e della evoluzione dei salari minimi nei principali paesi, approfondisce le condizioni di contesto in cui l'istituto è stato introdotto, i motivi economici e sociali che lo hanno sostenuto e le implicazioni per i sistemi di relazioni industriali in cui ha operato.

L'autore svolge anche un ampio esame critico dei diversi argomenti che sono stati addotti per dimostrarne la inopportunità e inapplicabilità nei sistemi dotati di una contrattazione collettiva consolidata (ritenuta) in grado di fornire una adeguata tutela dei salari dei dipendenti.

Dalla sua trattazione risultano motivi già allora avanzati per opporsi alla legislazione sui minimi che sono stati riprodotti largamente in seguito sia dagli attori sociali sia da larga parte della dottrina giuridica.

<sup>1</sup> Pubblicato da Il Mulino, 1986.

Gli argomenti principali sono di due tipi. Il primo si fondava sulla capacità comunemente riconosciuta al nostro sistema contrattuale di garantire adeguati livelli salariali alla generalità dei lavoratori, oltre che sul comune riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico che la competenza primaria, se non esclusiva, a regolare la materia salariale spetta alla contrattazione collettiva.

Il secondo argomento denunciava il pericolo che un intervento legislativo sui minimi salariali potesse interferire sull'autonomia contrattuale delle parti alterando le dinamiche interne della contrattazione e scoraggiando la diffusione del tasso di copertura contrattuale.

Nel motivare la sua critica a tali argomenti, Roccella indica i motivi per cui gli strumenti presenti nel nostro ordinamento per sostenere la contrattazione collettiva nazionale, dall'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, all'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 cost., alla normativa sugli appalti pubblici che richiede ai partecipanti la applicazione dei minimi contrattuali, sono insufficienti a contrastare i bassi salari e i fenomeni di evasione contrattuale.

L'autore non manca di notare come il decentramento produttivo e la frammentazione dei mercati del lavoro già allora presenti in Italia, stessero indebolendo il sistema contrattuale e diffondendo processi di «regressione del contratto collettivo» con conseguente aumento della pratica dei sottosalari<sup>2</sup>.

Le proposte da più parti avanzate di rafforzare la contrattazione collettiva nazionale prevedendo strumenti per dare efficacia *erga omnes* ai contratti nazionali, appaiono a Roccella di difficile attuazione, come in effetti sarà confermato dagli eventi successivi fino ai giorni nostri.

A sancire la efficacia generale dei contratti si oppone anzitutto l'ostacolo rappresentato dall'art. 39 cost., che anche Massimo ritiene insuperabile. In ogni caso l'autore osserva che la soluzione dell'*erga omnes* non sarebbe sufficiente a tutelare i salari nei settori privi di consistente presenza contrattuale o nei quali le organizzazioni sindacali sono così deboli da non poter negoziare livelli retributivi minimi accettabili<sup>3</sup>.

Per di più l'autore ritiene che un meccanismo come quello previsto dalla norma costituzionale non sarebbe facilmente conciliabile con l'assetto sindacale italiano basato di fatto sul principio della

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna 1986, p. 81.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 83.

«pari dignità fra le parti sindacali, al di là della composizione formale degli organismi sindacali unitari»<sup>4</sup>.

Al contrario, secondo Roccella, una legislazione sui minimi salariali non presenterebbe controindicazioni specifiche, perché non richiederebbe alterazioni nell'assetto sindacale e nei rapporti fra le parti negoziali. Ma questa sua valutazione doveva essere smentita nel tempo dalle stesse parti sociali, sia pure con argomenti diversi e sovente discutibili.

Ricordo ancora come nella concezione dell'autore il salario minimo legale, da costruirsi su base intercategoriale secondo le migliori esperienze comparate, non doveva servire solo al contrasto dei bassi salari, ma costituire un elemento della politica economica pubblica e in particolare essere parte di una ampia manovra di interventi sul mercato del lavoro<sup>5</sup> che in quel tempo si stava predisponendo.

## 2. *L'opposizione dei sindacati alla legislazione sui salari minimi e casi italiani di salari legali*

Dal tempo in cui Roccella scriveva *I salari*, il dibattito e le esperienze in tema di minimi salariali hanno avuto non pochi sviluppi, invero più nei vari paesi europei e a livello comparato che nel nostro paese. Infatti l'Italia è uno dei pochi (sei) paesi della Unione europea a essere ancora privo di una normativa legale in materia; e gli argomenti contrari alla sua introduzione non si sono molto differenziati da quelli svolti nel testo di Roccella.

In effetti i paesi con sistemi di relazioni industriali dotati di contrattazione centralizzata e buona copertura negoziale, fra cui l'Italia, hanno sentito meno di altri il bisogno di compensare la carenza della autotutela collettiva in materia di retribuzione minima; infatti sono quelli che hanno resistito di più alla introduzione di una legislazione sui minimi salariali.

Va peraltro ricordato che in Italia, come in altri paesi ad alto tasso di copertura contrattuale collettiva, un intervento legislativo sui salari si è comunque reso necessario in settori marginali o esterni al sistema di relazioni industriali: nel nostro ordinamento anzitutto per il lavoro a domicilio e poi con modalità diverse per il lavoro dei soci di cooperative, più di recente per le collaborazioni coordinate e

<sup>4</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>5</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 87.

continuative (in altri paesi per i lavori economicamente dipendenti), da ultimo per i lavoratori etero organizzati, anche su piattaforma. Lo ricordo per notare che tali disposizioni sono state giustificate, sia pure con varianti, per la necessità di contrastare i “salari estremamente bassi” (per usare la terminologia internazionale); e quindi si sono diretti in particolare a settori e tipi di lavoro difficilmente raggiungibili dalla contrattazione collettiva nella sua funzione di autorità salariale<sup>6</sup>.

La accettazione di tali normative da parte dei sindacati si spiega per il loro ambito specifico e inoltre per il fatto che esse non fissano direttamente un salario minimo valido per tale ambito, ma rinviano ai diversi livelli salariali fissati dai contratti collettivi nazionali, attribuendovi una efficacia generale<sup>7</sup>. Un intervento legislativo così configurato non presenta alcun rischio di interferire nelle dinamiche contrattuali, anzi le rafforza supplendo alle carenze dell'azione sindacale.

Senonché le trasformazioni intervenute nei mercati del lavoro richiamate nel testo di Roccella e quelle accelerate dalle innovazioni e dalle crisi degli anni successivi, hanno mostrato con tutta evidenza che i bassi salari, spesso nettamente inferiori ai minimi negoziati collettivamente, si sono diffusi al di là delle aree del lavoro atipico, e sono presenti anche nelle categorie storiche del lavoro dipendente, in particolare fra i lavoratori occupati nei settori più deboli del mercato del lavoro: piccole imprese, giovani, donne, lavoratori con bassa istruzione, immigrati. Per di più il fenomeno dei lavoratori poveri si è rivelato non transitorio né limitato al periodo della crisi economica, ma legato a caratteristiche strutturali della domanda e dell'offerta di lavoro.

I dati recenti confermano come un aspetto significativo della debolezza dell'attuale sistema di fissazione dei salari sia appunto la difficoltà della contrattazione collettiva di garantire retribuzioni sufficienti alla generalità dei lavoratori. Inoltre tali dati registrano

<sup>6</sup> M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 776 ss.; T. TREU, *La questione salariale. Legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 386/2019.

<sup>7</sup> L'unica eccezione che configura un vero salario minimo è quello fissato per il lavoro accessorio pagato tramite *voucher*. Cfr. A. PANDOLFO, *Il contratto di prestazione occasionale e il libretto familiare*, in M. LAI, A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, L. RICCIARDI (a cura di), *Il lavoro autonomo, il lavoro agile, il lavoro occasionale*, Roma 2017, p. 39 ss.; A. CONSOLINI, *Cosa sono e come funzionano le prestazioni di lavoro occasionale?*, 10 dicembre 2018, [www.lavorosi.it](http://www.lavorosi.it).

non solo una significativa dispersione dei minimi tabellari stabiliti nei principali contratti collettivi nazionali e la presenza di alcuni contratti con minimi particolarmente bassi, ma anche la esistenza di una quota non irrilevante di lavoratori la cui retribuzione è inferiore ai minimi tabellari del settore.

Le dimensioni del fenomeno dei sottosalari sono variamente stimate dalle diverse fonti, ma la maggior parte di queste mostrano che circa il 20% dei lavoratori con contratto di lavoro dipendente a orario pieno sono pagati meno dei minimi contrattuali, talora con consistenti distanze da questi minimi, specie in settori con elevato numero di occupati<sup>8</sup>.

Le distanze sono mediamente più elevate nei servizi (nel settore immobiliare sono stimate al 35,1%, nel commercio al 24%, nel settore alberghiero ristorazione turismo al 21,41%) e in agricoltura (ove la distanza è del 25,6%), mentre sono più contenute nella maggioranza dei settori manifatturieri<sup>9</sup>.

La incidenza dei fenomeni qui sintetizzati sulle debolezze della contrattazione e sulle condizioni salariali dei lavoratori si è andata acuendo nel periodo della crisi pandemica, anche se con dimensioni non ancora del tutto accertate per la perdurante incertezza sulla durata e sull'impatto della pandemia<sup>10</sup>.

Un aspetto particolarmente drammatico testimoniato da tutte le fonti nazionali e internazionali è l'aumento del rischio di *in-work poverty*<sup>11</sup>. Tale rischio in Italia si presentava già prima della pande-

<sup>8</sup> C. LUCIFORA, *Il salario minimo, contrattazione o minimo legale?*, in T. TREU, C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA (a cura), *Salari, produttività, disuguaglianze*, Bologna-Roma 2017, p. 425 ss.; A. GARNERO, *Quanti lavoratori senza salario minimo*, 13 maggio 2013, [www.lavoceinfo.it](http://www.lavoceinfo.it), e ID., *Minimi salariali all'italiana. Alti ma non rispettati*, 21 luglio 2017, [www.lavoceinfo.it](http://www.lavoceinfo.it); v. T. TREU, *Il salario minimo: limiti della supplenza giurisprudenziale e prospettive*, in *Giur. it.*, 2015, n. 3; e già C. LUCIFORA, *I working poors. Un'analisi dei lavoratori a basso reddito dopo la crisi*, in *Rapporto Cnel sul mercato del lavoro, 2013-2014*, [www.cnel.it](http://www.cnel.it); cfr. oltre gli autori cit., M. MARTONE, *A che prezzo. L'emergenza retributiva tra riforma della contrattazione collettiva e salario minimo legale*, Roma 2019, p. 31 ss., citando dati di Bankitalia.

<sup>9</sup> Vedi autori cit. a nota precedente.

<sup>10</sup> Per una (prima) valutazione generale dell'impatto della pandemia sulle condizioni di reddito e di occupazione vedi il *Working Paper Eurofound, Industrial relations and social dialogue. Italy working life in the Covid-19 pandemic*, 2020; e F. CARTA, M. DE PHILIPPIS, *The impact of Covid-19 shock on labour income inequality. Evidence from Italy*, *Quad. econ. fin.*, 2021.

<sup>11</sup> Le dimensioni e i motivi della crescita dei *working poors* sono ampiamente documentati da C. LUCIFORA, *Il salario minimo*, cit.



mia nella misura del 12,3%, più alto della media europea che è del 9,3%. Stando alle stime preliminari Istat per il 2020, tale livello è probabilmente cresciuto nel corso del 2020, perché in questi mesi la povertà assoluta è aumentata fino a un totale di 5,6 milioni di individui (più 1,7% sul 2019).

### 3. *La crescita dei working poors, le difficoltà della contrattazione collettiva e le esperienze di altri paesi*

Questi dati<sup>12</sup> dimostrano con drammatica evidenza che il lavoro non è più, come da sempre ritenuto, una garanzia contro la povertà. Non lo è il lavoro precario, anche questo cresciuto negli anni e aggravato dalla crisi; ma è sempre meno così anche per il lavoro a tempo indeterminato perché le condizioni critiche dell'economia hanno impoverito tutti i lavoratori (come conferma la riduzione generale del *Labour share* nei paesi OCSE)<sup>13</sup>.

I dati ora richiamati e la crescente incapacità della contrattazione collettiva di garantire livelli salariali adeguati ai lavoratori hanno convinto anche sindacati inseriti in un forte sistema di relazioni contrattuali come quelli del Regno Unito (nel 1998) e della Germania (nel 2015) ad accettare una legislazione sui salari minimi.

La prima esperienza applicativa del salario minimo legale nel sistema tedesco ha confermato la utilità di questo strumento per la protezione dei lavoratori a basso salario, nonché per limitare i danni del decentramento contrattuale e delle clausole *opting out* che avevano ridotto la copertura degli *standard* retributivi negoziati in sede nazionale, specie nei settori a bassa produttività e a debole presenza sindacale<sup>14</sup>.

D'altra parte tale esperienza sembra confermare le indicazioni più generali delle ricerche comparate e della letteratura economica secondo cui l'introduzione del salario minimo legale non intacca il ruolo della contrattazione nazionale. Questa mostra di poter sopravvivere accanto ai minimi legali e anzi può essere rafforzata dal

<sup>12</sup> ISTAT, *Stime preliminari povertà assoluta*, 4 marzo 2021.

<sup>13</sup> OECD-ILO, *The labor share in G20 economies*, Report prepared for the G20 Employment Working Group, Antalya 2015.

<sup>14</sup> T. SCHULTEN, R. BISPINCK, *Decentralisation of German Collective Bargaining. Experiences from Metal Industry and Retail Trade*, in M. LEONARDI, R. PEDERSINI (a cura di), *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralisation trends in five European Countries*, Brussels 2018.

fatto che le retribuzioni dei lavoratori più deboli e più difficili da organizzare sono già coperti dal minimo legale<sup>15</sup>.

È vero peraltro che secondo alcune ricerche nei paesi ove i salari minimi sono fissati dalla contrattazione (in Italia in particolare) questi minimi risultano mediamente più alti rispetto ai paesi in cui vige un salario minimo legale; tuttavia una quota significativa di lavoratori (poveri) non risulta coperta dagli effetti della contrattazione collettiva. Ciò significa che un livello elevato dei minimi salariali contrattati, più che un successo della contrattazione collettiva, sembra evidenziare una debolezza nei confronti dei lavoratori a basso salario<sup>16</sup>.

L'esperienza dei paesi che hanno introdotto da tempo un minimo salariale legale dimostra che anche gli effetti di spiazzamento dell'occupazione attribuiti a tale misura sono molto contenuti se non addirittura positivi nel medio periodo. E la stessa opinione degli economisti originariamente più critici in materia è molto cambiata negli ultimi decenni, anche a seguito di nuove ricerche che hanno confermato come gli effetti negativi dei salari minimi legali sull'occupazione siano limitati<sup>17</sup>.

Risultano così avvalorati gli argomenti ricordati di Massimo Roccella e la sua conclusione secondo cui la legislazione sui minimi salariali si può giustificare come una doverosa attuazione dell'art. 36 cost.; così è rafforzata la sua convinzione che la rivendicazione di un salario minimo legale dovrebbe essere fatta propria dal sindacato come strumento integrativo delle carenze della contrattazione e «come fonte di rinnovata legittimazione nei confronti dell'insieme della classe lavoratrice» specie delle sue componenti più deboli.

Ricordo pure che nel sostenere tale convinzione Massimo rivolge un forte richiamo al sindacato appoggiandolo sull'autorità di Gino Giugni: «vi è un punto limite al di là del quale l'esclusivismo sindacale si condanna da sé, quando l'abbandono degli strati marginali della classe lavoratrice incide sulla stessa capacità di pressione degli strati più avanzati»<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> A. HEISE, T. PUSCH, *Introducing minimum wage in Germany. Employment effects in a post Keynesian perspective*, in *J. evol. econ.*, 2020, 30, 5, p. 1515 ss.

<sup>16</sup> C. LUCIFORA, *Salario minimo*, cit., p. 432.

<sup>17</sup> A. GARNERO, *Uno strumento ancora controverso che va valutato sulla base dei dati concreti*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 febbraio 2021, p. 17. V. anche un riferimento all'esperienza del Regno Unito dove l'istituto è stato ormai accettato e promosso anche dal Governo conservatore del 2015.

<sup>18</sup> M. ROCCELLA, *I Salari*, cit., p. 95 s.

Certo le analisi nazionali e comparate mostrano che il contrasto ai bassi salari non può limitarsi al salario minimo legale né a interventi su singoli aspetti della dinamica contrattuale e salariale, ma richiede interventi sui vari snodi critici del sistema di relazioni industriali. È tuttavia significativo che la crescente erosione dei meccanismi contrattuali di tutela dei salari ha convinto la maggior parte degli esperti anche internazionali della necessità di rafforzare le tutele dei lavoratori, anche con una legislazione sui minimi salariali.

Va notato che le maggiori confederazioni sindacali italiane, mentre hanno confermato la loro contrarietà a un salario minimo legale, hanno avanzato di recente una proposta alternativa che la distingue anche dalle precedenti richieste di “*erga omnes*”. Essa non propone infatti di estendere per legge l’efficacia dell’intero contenuto dei contratti collettivi, ma di operare solo sulla parte salariale, o meglio sui livelli salariali di base fissati dai contratti di categoria, prendendoli a riferimento come garanzia salariale minima per le varie categorie e qualifiche di lavoratori. Tale operazione potrebbe giustificarsi come attuazione del principio di retribuzione proporzionale e sufficiente sancito dall’art. 36 cost. e così potrebbe evitare obiezioni *ex art. 39 cost*<sup>19</sup>.

È di tutta evidenza che tale proposta è diversa da una legislazione sui salari minimi come configurata nella maggior parte dei paesi europei. Il salario minimo legale è di norma fissato in una unica misura *standard*, cioè non differenziata per settore né tanto meno per qualifiche. Semmai può presentare variazioni per territorio o per gruppi di lavoratori: per esempio è fissato in misura ridotta per i giovani e per gli apprendisti. Viceversa l’estensione *erga omnes* della parte salariale dei contratti collettivi nazionali comporterebbe salari legali differenziati per i diversi settori e per le diverse qualifiche/categorie. La differenza fra i due approcci è rilevante non solo sul piano normativo, ma anche quanto agli effetti economici sulle dinamiche salariali e sugli equilibri della struttura contrattuale.

I due meccanismi di tutela peraltro non sono fra loro incompatibili. Anzi la loro coesistenza è confermata dall’esperienza di molti paesi, e si può giustificare anche alla stregua della nostra normativa costituzionale riconoscendo alla legislazione sui minimi la funzione di specificare il principio di sufficienza e alla contrattazione colletti-

<sup>19</sup> Vedi più ampiamente T. TREU, *Contrattazione e rappresentanza*, in C. DELL’ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze*, Bologna-Roma 2017, p. 350 ss.

va quella di attuare il principio della proporzionalità del salario alla qualità e quantità del lavoro.

Ho già avuto modo di sostenere<sup>20</sup> che la introduzione di un salario minimo legale non svuoterebbe il ruolo della giurisprudenza italiana ex art 36. cost., contrariamente a quanto ipotizzato in dottrina, perchè i giudici sarebbero indotti ad applicare come parametro della giusta retribuzione solo il minimo legale e non più i livelli retributivi contrattuali<sup>21</sup>.

Non credo che sia così perché la introduzione del minimo legale evidenzerebbe la distinzione fra la funzione di tale minimo come strumento di garanzia della sufficienza retributiva (nonché di contrasto alla povertà), e il ruolo dei contratti collettivi di governare la scala salariale secondo le varie professionalità. Tale modifica di quadro non potrebbe che essere accolta dalla giurisprudenza inducendola a rivedere le proprie posizioni tradizionali le quali hanno applicato in modo congiunto i principi costituzionali della sufficienza e della proporzionalità retributiva, con una politica del diritto ibrida fra tutela dei minimi salariali e rafforzamento della scala salariale definita dai contratti collettivi<sup>22</sup>.

#### 4. *Le novità della proposta di direttiva europea sul salario minimo adeguato*

Il dibattito italiano in materia di salario minimo, che è rimasto a lungo alquanto stagnante e bloccato da pregiudiziali contrarie delle parti sociali, in specie sindacali, è stato di recente rianimato dalla proposta di direttiva avanzata dalla presidenza Von der Leyen della Commissione europea.

Ho già osservato altrove<sup>23</sup> che tale proposta è politicamente tanto più significativa anzi dirompente, perché riguarda un tema centrale regolato con non poche dissonanze nei sistemi nazionali di relazioni industriali, e molto controverso negli Stati membri, a cominciare dall'Italia, anche perché circondato dalla diffidenza dalle parti sociali, nonché dalla aperta contrarietà delle confederazioni sindacali.

<sup>20</sup> T. TREU, *La questione salariale*, cit., p. 12.

<sup>21</sup> C. DELL'ARINGA, *Dai minimi tabellari ai salari di garanzia*, in C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività*, cit. p. 444.

<sup>22</sup> La stessa conclusione era raggiunta da M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 93.

<sup>23</sup> T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 1, p. 1 ss.

Nel merito l'iniziativa della Commissione segnala un radicale cambiamento di prospettiva rispetto agli orientamenti seguiti negli anni precedenti. Dalle reiterate raccomandazioni a contenere le dinamiche retributive per non ostacolare la competitività dei sistemi produttivi, si passa a sostenere la necessità di garantire salari minimi adeguati come strumento importante per promuovere un lavoro dignitoso per tutti i lavoratori europei e anche per una regolazione equilibrata del mercato del lavoro.

In realtà il diritto dei lavoratori dipendenti ad avere una retribuzione adeguata è sancito da tempo nelle principali fonti internazionali: dall'art. 4 della Carta sociale europea, dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea, e ancora prima dalla convenzione OIL 131 del 1970. Ma queste convergenti indicazioni internazionali hanno avuto seguito solo parziale in norme attuative anche negli Stati europei. Spesso sono rimaste disattese o ampiamente eluse nella pratica, specie per gruppi e aree deboli, come mostra fra l'altro il crescente numero di *working poors*.

La seconda versione della proposta di direttiva europea ha ricevuto una accoglienza più favorevole della prima, non solo per le modifiche apportate al testo, ma anche a seguito delle mutate condizioni di contesto e della nuova percezione da parte delle organizzazioni sociali della gravità del fenomeno dei *working poors*. Fonti sindacali riferiscono di un 85% di consensi da parte delle organizzazioni sindacali aderenti alla CES, con riserve limitate ai sindacati dei paesi nordici.

Le organizzazioni datoriali, *in primis Business Europe*, hanno mantenuto una contrarietà al ricorso allo strumento direttiva ritenendo accettabile solo la forma "raccomandazione". È peraltro significativo che le due maggiori organizzazioni industriali di Italia e Francia non hanno manifestato contrarietà pregiudiziale, ma avanzato riserve e obiezioni specifiche di merito. Su questa base la Commissione ha ritenuto di poter procedere; e al fine di raccogliere ulteriori elementi sui punti critici della proposta, ha avviato una ulteriore fase di consultazioni che presumibilmente occuperà buona parte o tutto il 2021.

Rinvio al mio scritto sopra ricordato per un'analisi dei contenuti specifici della proposta, che contiene una serie di precisazioni dirette sia a superare le principali riserve avanzate dalle organizzazioni sindacali al primo testo sia a precisare le basi giuridiche della direttiva, invero oggetto di non poche controversie<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. su questo punto, T. TREU, *La proposta sul salario minimo*, cit.; LO FARO, *Iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo fra coraggio e temerarietà*.

Mi soffermo su quella che mi sembra la novità principale per il contesto in cui il dibattito e le scelte sul salario minimo si presentano oggi nell'ordinamento italiano.

Il testo della Commissione europea, in coerenza con la dichiarata intenzione di rispettare le tradizioni degli ordinamenti nazionali, indica due percorsi diversi che riflettono le situazioni dei vari paesi, distinguendo il gruppo di stati membri (21) che ha già una legislazione sui minimi salariali, dai paesi (6) che invece affidano la fissazione di tali minimi alla contrattazione collettiva nazionale, pur con varianti legate alla storia dei singoli ordinamenti.

Per il primo gruppo di Stati la proposta indica alcune condizioni necessarie affinché i salari minimi legali siano fissati a livelli adeguati, specificando che questi devono essere determinati secondo criteri chiari e duraturi e che devono prevedere aggiornamenti periodici del loro ammontare, anche qui secondo criteri predeterminati.

Inoltre si sottolinea che le procedure per la definizione dei minimi dovranno garantire un effettivo coinvolgimento delle parti sociali, come risulta dalle prassi comuni fra i paesi membri.

Queste indicazioni sono tutt'altro che formali, ma costituiscono elementi essenziali per sostenere la adeguatezza anche nel tempo dei minimi salariali e una loro rispondenza al contesto economico sociale dei vari ordinamenti quale valutato dai principali *stakeholders*.

I criteri e le misure proposte dalla commissione per rendere adeguato il salario minimo legale, che sono alquanto stringenti, non riguardano per ora il nostro paese che rientra nel ristretto gruppo di stati membri privi di salario minimo legale. Ma sarebbero rilevanti e non privi di incidenza qualora venisse approvato uno dei vari progetti di legge presentati in Parlamento che stabiliscono un salario minimo legale, sia pure con varianti (fra cui la precisazione, invero impropria, che questo si applicherebbe solo per i casi non coperti da contrattazione collettiva).

In particolare una questione alquanto delicata da risolvere riguarderebbe il rapporto da stabilire fra la soglia del salario minimo legale e i livelli retributivi definiti nei contratti collettivi nazionali.

*rietà, Lav. dir.*, 2020, p. 547 ss.; e vedi in generale i commenti nelle audizioni informali dell'Ufficio di presidenza della Commissione Politiche dell'Unione europea nell'ambito dell'esame della proposta COM (2020) 682 sui salari minimi, M. BARBERA, *Osservazioni sulla proposta di direttiva della Commissione relativa ai salari minimi adeguati nell'UE -COM (2020) 682 final*, Memoria per la XI Commissione della Camera dei Deputati, 2020; V. BAVARO, S. BORRELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, 7 gennaio 2021, [www.camera.it](http://www.camera.it).

##### 5. *Le due strade indicate dalla Commissione europea: legge e contratto*

La proposta di direttiva lascia agli Stati membri di decidere quale strada fra le due indicate dalla Commissione sia la più adeguata secondo le tradizioni delle relazioni industriali del singolo paese.

Anche l'Italia è sollecitata a fare questa scelta, con la consapevolezza delle implicazioni e della posta in gioco.

Il giudizio sostanzialmente positivo dei sindacati europei, condiviso dalle maggiori confederazioni italiane e dalle rappresentanze delle associazioni presenti al CNEL<sup>25</sup>, è motivato anzitutto dalla prevalenza riconosciuta dalla proposta della Commissione alla via contrattuale rispetto a quella legislativa per la fissazione dei salari minimi adeguati.

È stato rilevato criticamente<sup>26</sup> che secondo la formulazione dell'art. 4 della proposta di direttiva, la adeguatezza del salario, quando questo è fissato dai contratti collettivi, viene data per acquisita. Lo conferma il fatto che nel testo della norma non si fa alcun cenno al criterio della adeguatezza e del modo di rispettarlo, neppure per tenere conto della indicizzazione; si dà rilievo solo al grado di copertura dei contratti collettivi (il 70%) ritenuto necessario e sufficiente a garantire ai lavoratori una tutela abbastanza ampia per contrastare la diffusione dei bassi salari.

Questo è un punto della proposta che solleva dubbi sulla sua congruenza rispetto all'obiettivo di sostenere livelli salariali adeguati. Tanto è vero che ha già sollevato obiezioni in dottrina e che potrebbe esporsi a richieste di integrazione nel corso delle future consultazioni.

In realtà la valorizzazione comune ai nostri ordinamenti, dell'autonomia collettiva come fonte privilegiata di regolazione delle condizioni di lavoro e della retribuzione, non equivale a una sottrazione da ogni giudizio sulla adeguatezza dei suoi prodotti. Essa si basa essenzialmente sul riconoscimento della rappresentatività degli agenti negoziali e quindi sulla loro idoneità a esprimere in modo efficace (e democratico) gli interessi dei lavoratori coinvolti nella contrattazione.

Infatti è su questo aspetto che gli ordinamenti nazionali hanno esercitato il loro controllo, sia pure con modalità e per aspetti diversi.

<sup>25</sup> Cfr. il documento CNEL presentato alla Camera il 13 marzo 2019, nell'ambito dell'esame dei disegni di legge A.S. 658 («Disposizioni per l'istituzione di un salario minimo orario») e A.S. 310 («Istituzione del salario minimo orario»).

<sup>26</sup> M. BARBERA, *Osservazioni sulla proposta di direttiva*, cit.

Su presupposti simili la nostra giurisprudenza *ex art. 36 cost.* ha di norma fatto riferimento agli *standard* contrattuali per giudicare della adeguatezza delle retribuzioni, salvo segnalare, in casi particolarmente gravi, eventuali deviazioni.

Così gli ordinamenti europei che stabiliscono meccanismi di estensione generale dei contratti collettivi prevedono una verifica pubblica variamente configurata dei loro requisiti di rappresentatività e di consistenza. E la normativa italiana, pure in assenza di regole specifiche sulla rappresentatività degli attori negoziali, ha elaborato alcuni criteri per selezionare i sindacati (non ancora le parti datoriali) sulla base della loro capacità rappresentativa.

Questo è un punto della proposta di direttiva sottoposto a critica dalle organizzazioni sindacali italiane, e dal CNEL, che hanno rilevato come il riferimento alla contrattazione collettiva nazionale sia formulato in modo troppo indifferenziato, tale da comprendere anche contratti stipulati da organizzazioni non rappresentative di ambedue le parti<sup>27</sup>.

La omissione risulta particolarmente grave a fronte della frammentazione verificatisi, non solo in Italia, nelle rappresentanze, oggi ancora più di parte datoriale che sul versante dei lavoratori. Ritengo anche io che questo aspetto della proposta meriti chiarimenti, anzitutto per condizionare il riferimento alla contrattazione collettiva al fatto che essa sia conclusa da organizzazioni di entrambe le parti negoziali dotate di rappresentatività accertata secondo le regole dei singoli ordinamenti.

## 6. *Le condizioni per l'adeguatezza dei salari contrattuali*

Il criterio decisivo stabilito dalla Commissione europea per valutare la congruenza della garanzia contrattuale dei minimi salariali è dunque che i contratti nazionali abbiano un tasso di copertura effettivo del 70% dei lavoratori interessati, della categoria o del settore. La Commissione non specifica con quali strumenti tale tasso di copertura dovrebbe essere garantito. Si limita a fornire indicazioni “aperte”, in realtà generiche, lasciando la dialettica fra governo e parti sociali dei singoli Stati di individuare le soluzioni più adatte.

Una indicazione appena più precisa è quella che impone agli Stati ove la contrattazione non raggiunga la soglia di copertura del 70%

<sup>27</sup> V. documento CNEL presentato alla Camera il 13 marzo 2019, cit.



di intraprendere azioni per definire «un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva». Anche questa è una indicazione vaga e infatti da parte sindacale si è richiesto che i piani di azione finalizzati a rafforzare la copertura della contrattazione siano obbligatori e abbiano contenuti definiti.

Una richiesta più specifica avanzata dalla CES in fase di consultazione è stata quella che ritiene necessario prevedere forme di estensione per via amministrativa o legale dei contratti collettivi in questione<sup>28</sup>.

La estensione *erga omnes* in effetti è la sola soluzione che garantisce la capacità del sistema contrattuale di fornire una garanzia dei minimi salariali equivalente a quella offerta dai minimi legali. La soglia del 70% di copertura contrattuale indicata dalla Commissione non realizza lo stesso risultato, ma è stata fissata, anche qui con evidente compromesso, in base alla ipotesi che una simile diffusione permetta comunque alla contrattazione di esercitare una influenza generale di innalzamento dei salari minimi.

Un punto di *policy* in ogni caso essenziale, come ricorda anche la relazione alla proposta di direttiva, è la necessità di prevedere strumenti atti a rafforzare la capacità negoziale delle parti sindacali. Un sostegno pubblico in tale direzione è oggi più che mai necessario, dato che questa capacità è da anni indebolita da un contesto economico e spesso politico non amico, se non ostile, all'azione collettiva.

Oltre a questo la proposta presenta un altro punto critico che va sottolineato. Mi riferisco al fatto che il riferimento al tasso di copertura media dei contratti nazionali per valutare la idoneità del sistema non è sufficiente e può essere fuorviante. Su questo punto è pertinente il riferimento della proposta al «livello settoriale o intersettoriale» dei contratti nazionali, perché la copertura dei contratti nei singoli settori può essere alquanto diseguale e non arrivare sempre alla soglia del 70%.

Sulla diffusione e sulla copertura dei contratti nazionali non esistono in Italia indicazioni complete, perché i nostri sistemi di rilevazione non sono ancora a regime. Ma già le informazioni disponibili confermano la esistenza di non poche disparità.

In particolare l'archivio dei contratti gestito dal CNEL, in collaborazione con l'INPS, contiene informazioni preziose che sono via via aggiornate. Da tali informazioni si rileva come il tasso di copertura dei contratti collettivi stipulati dalle parti sociali più rap-

<sup>28</sup> V. T. TREU, *La proposta sul salario minimo*, cit.; ETUC, *Reply of ETUC to 2nd Phase Consultation of Social Partners on fair minimum wages*, 3 settembre 2020; A. LO FARO, *L'iniziativa della Commissione*, cit., p. 547.

presentative nei principali settori è in effetti alto e superiore alla soglia indicata dalla proposta di direttiva. Ma non è così per tutti i contratti e per tutti i settori<sup>29</sup>.

I dati più recenti dell'archivio del CNEL riportati nel rapporto sul mercato del lavoro del 2020 segnalano che degli 856 contratti nazionali vigenti, un numero molto ridotto di questi regola la stragrande maggioranza dei rapporti di lavoro dipendenti. Più precisamente i 60 contratti prevalenti nei dodici settori per cui sono disponibili informazioni sui lavoratori coperti si applicano all'89% di tutti i lavoratori dipendenti; mentre i restanti 796 contratti risultano applicati solo all'11% della platea dei dipendenti.

Come si vede questo dato riduce in parte il grado di dispersione contrattuale; ma resta il fatto che esso conferma l'esistenza di una notevole frammentazione del sistema. Il dato è preoccupante perché nei 796 contratti minori presumibilmente rientrano quelli a più elevato rischio di *dumping* salariale.

Tale rischio è confermato dalle rilevazioni ricordate prima le quali segnalano che in molti settori specie dei servizi non solo il tasso di copertura dei contratti collettivi è spesso inferiore, ma è anche alto il livello di evasione ed erosione degli stessi contratti.

Non si può dunque ritenere che il nostro sistema contrattuale soddisfi del tutto i requisiti richiesti dalla ipotesi di direttiva, né che l'Italia possa essere esentata dalla necessità di intraprendere i piani di azione sollecitati dalla Commissione per rafforzare la contrattazione collettiva nei settori critici.

La debolezza della contrattazione in alcuni settori, se non corretta, potrebbe richiedere un intervento legislativo, sia pure sperimentale e limitato a tali settori. Questa del resto è una indicazione già presente nell'ultima legge delega italiana sul salario minimo (l. n. 183/2014), ispirata alla intenzione di ridurre i rischi di una ingerenza dell'intervento nel sistema contrattuale.

In realtà quella formulazione vanificherebbe del tutto il significato della legge, in quanto è difficile individuare settori totalmente privi di una qualsiasi presenza contrattuale. Come ho già sostenuto altrove, sarebbe più appropriato riservare l'intervento sui minimi salariali a quei settori in cui fosse accertata la carenza di copertura contrattuale o un tasso di evasione tale da pregiudicare la effettività di questa.

<sup>29</sup> Cfr. CNEL, *L'archivio dei contratti collettivi presso il Cnel*, in *Rapporto sul mercato del lavoro*, 2020, p. 317 ss.

Si tratta di un accertamento difficile ma non impossibile, che andrebbe condotto con un coinvolgimento delle parti interessate e con una certificazione ufficiale, del Ministero del lavoro o del CNEL.

Un intervento così limitato e verificato ridurrebbe grandemente il pericolo che la normativa introdotta incida negli equilibri della contrattazione e anzi ne accentuerebbe la capacità di sostegno all'azione sindacale in questi settori deboli<sup>30</sup>.

### 7. *Come garantire l'adeguatezza dei contratti collettivi, ipotesi di erga omnes*

La proposta di direttiva europea apre la possibilità di affrontare il problema secondo una nuova prospettiva "duale". Le parti sociali italiane che, al pari della maggioranza dei sindacati europei, hanno mostrato di apprezzarla, hanno la opportunità di superare l'*impasse* storica che ha bloccato finora ogni iniziativa per rafforzare le garanzie circa la adeguatezza dei salari.

Se le nostre organizzazioni sindacali mantengono la contrarietà all'introduzione di un salario minimo legale, nonostante le evidenze comparate non avvalorino i loro dubbi, dovrebbero attivarsi per dare seguito all'altro percorso indicato dalla Commissione europea.

Le iniziative da intraprendere sono duplici. Anzitutto dovrebbero sollecitare il governo a prendere azioni atte a creare, come richiama la Commissione, «un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva». Ciò significa ricercare gli strumenti per una nuova legislazione di sostegno, diversi da quelli dello Statuto dei lavoratori, perché devono sorreggere debolezze degli attori collettivi diverse da quelle del 1970. Si tratta di una ricerca appena avviata, e che deve orientarsi in più direzioni<sup>31</sup>.

Il rafforzamento e la estensione dei diritti dei lavoratori, con la sanzione di una base comune di tutele per ogni forma di lavoro, restano una parte essenziale della legislazione di sostegno anche del sindacato. Ma resta da riscrivere anche la parte sindacale della normativa, sia precisando le regole fondamentali del sistema sia promuovendo condizioni di contesto economiche e sociali favorevoli, e non ostanti-

<sup>30</sup> V. T. TREU, *La questione salariale*, cit., p. 14 ss.

<sup>31</sup> T. TREU, *Cinquant'anni di Statuto e oltre*, di prossima pubblicazione in numero speciale [www.ildiarodellavoro.it](http://www.ildiarodellavoro.it).

ve quali sono spesso oggi prevalenti, all'attività sindacale e alla piena espressione della voce di lavoratori nell'arena sociale e politica<sup>32</sup>.

Sottolineo il fatto che questi strumenti di promozione del sindacato, per essere adeguati alle sfide del momento presente, non possono limitarsi all'ambito delle imprese tanto meno delle grandi fabbriche, perché questo non è più l'unico terreno dove si confrontano oggi le forze sociali ed economiche e si determinano le condizioni da cui dipende l'esito.

Le politiche utili per promuovere l'azione collettiva e in generale la causa del lavoro devono misurarsi su obiettivi che tengano conto degli interessi di *constituencies* più ampie di quelli espressi dal lavoro dipendente e che sappiano interloquire con le istituzioni non solo negli ambiti lavoristici, ma in tutte le sfere pubbliche influenti sul lavoro e sulla occupazione.

Questo non è un terreno nuovo per il sindacato italiano, che ha tradizionalmente allargato la sua azione alle politiche economiche del paese e delle riforme sociali e ha esteso la propria partecipazione a molte istituzioni pubbliche nazionali e territoriali competenti in materia sociale. Ma le strategie e gli strumenti utilizzati in tali direzioni non hanno saputo rinnovarsi a sufficienza per fronteggiare le sfide che la evoluzione del contesto ha posto a queste istituzioni e per stimolare in senso riformatore le loro risposte alla crisi.

Per tornare al nostro tema specifico, se si vuole dare seguito alle ipotesi della Commissione di privilegiare la via contrattuale per la garanzia dei minimi salariali, è necessario rafforzare il sistema contrattuale prevedendo meccanismi per la estensione *erga omnes* dell'efficacia (almeno) della parte retributiva dei contratti collettivi nazionali. È significativo che questa prospettiva sia stata fatta propria dalle maggiori confederazioni sindacali.

Ma per procedere su questa strada occorre porre in atto i presupposti istituzionali, a cominciare dalla individuazione di criteri univoci e condivisi di rappresentatività di ambedue le parti negoziali.

La definizione di tali criteri è da tempo oggetto di discussione sia fra le stesse parti sia in Parlamento. Superare le esitazioni e le *impasses* per trovare consenso sociale e politico su questo punto è una condizione essenziale per affrontare il tema dell'*erga omnes*; non è l'unica perché altre questioni delicate restano da risolvere, a cominciare dalla definizione degli ambiti entro i quali attribuire la efficacia dei singoli contratti nazionali di categoria o di settore.

<sup>32</sup> T. TREU, *Regole e procedure nelle Relazioni Industriali: retaggi storici e criticità da affrontare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 396/2019.

Qui voglio richiamare l'attenzione su una questione specifica rilevante per il tema in esame. Se per seguire le indicazioni della Commissione europea si vuole intervenire (solo) nei settori dove la contrattazione non raggiunge la copertura effettiva del 70%, anche la efficacia *erga omnes* dovrebbe essere ritagliata su tali settori.

Una simile soluzione non trova ostacoli insormontabili (salvo appunto la individuazione degli ambiti contrattuali) e viene adottata in altri paesi.

Gli ordinamenti europei che prevedono meccanismi di estensione generale dei contratti collettivi procedono in modo selettivo; cioè tengono conto delle condizioni dei diversi settori e dei caratteri della contrattazione ad essi relativa, fra cui il grado di copertura che il contratto realizza per forza propria<sup>33</sup>.

Si tratta di una forma di intervento adattabile alle diverse realtà produttive e sindacali e che risponde alle diverse funzioni del sostegno legislativo, fra cui quella di garantire la adeguatezza dei salari minimi di cui si occupa la proposta europea. La strumentazione del nostro art. 39 cost. sembra invece prefigurare un meccanismo automatico di estensione; così è stata per lo più interpretata, ma non perché fossero impossibili letture diverse, piuttosto per la mancanza di approfondimenti specifici dato l'abbandono storico di questa normativa.

In conclusione mi sembra che ci siano buoni motivi per raccogliere lo stimolo della Commissione europea riprendendo la strada dell'*erga omnes* dei contratti collettivi nazionali; e si può farlo con una maggiore consapevolezza delle possibili soluzioni, come della nostra storia e dei suoi limiti.

Questa dell'*erga omnes* è la strada che altri ordinamenti hanno perseguito da tempo, spesso prima di legiferare sui minimi salariali. Si tratta di una scelta prioritaria coerente con la nostra tradizione di relazioni industriali e con le indicazioni della Commissione europea, perché entrambe danno priorità alla via contrattuale su quella legislativa, senza dimenticare di sostenere la prima.

Perseguendo una simile opzione la garanzia che il nostro ordinamento offrirebbe ai lavoratori di avere minimi salariali adeguati non presenterebbe nessun rischio di incidere impropriamente sulle dinamiche della autonomia collettiva, ma anzi avrebbe il valore di contribuire al rafforzamento del sistema contrattuale nel suo complesso.

<sup>33</sup> T. SCHULTEN, R. BISPINCK, *More stable collective agreements systems through stronger general binding*, in *Wirtschaftsdienst*, 2013, 93, 11, p. 758 ss.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

## La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión europea

«A riproporre la questione del salario in termini di dimensione minima si sarebbe corso il rischio, almeno sino a tempi assai recenti, di suscitare moti di insofferenza o, fra i più benevoli, sorrisi di compatimento».

Massimo Roccella  
I salari (1986)

SUMARIO: 1. La extensión y disparidad de los salarios mínimos legales en Europa. - 2. Los condicionantes a una intervención en el ámbito europeo. - 2.1. El límite de la armonización directa de los salarios. - 2.2. La centralidad de la negociación colectiva. - 3. Los antecedentes de la propuesta: la apertura de consultas a los interlocutores. - 4. La propuesta de directiva de la Unión Europea. - 4.1. Fundamento competencial. - 4.2. Ámbito de aplicación: el concepto de trabajador. - 4.3. La doble vía de fijación de los salarios mínimos adecuados. - 4.4. Fomento de la negociación colectiva. - 4.5. Salarios mínimos legales. - 4.6. La actuación específica sobre contrataciones públicas. - 4.7. Efectividad de los objetivos. - 4.8. La transposición de la directiva.

La propuesta de directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (Propuesta de 28 de octubre de 2020, COM 2020 682 final) se presenta como un paso decisivo en la construcción de la legislación laboral en el ámbito europeo. De llegar a aprobarse constituirá el resultado más importante en el desarrollo del denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales. Por tal motivo, resulta oportuno proceder al análisis del contexto y contenido de esta iniciativa legislativa en la Unión Europea, valorando el impacto que ello puede tener sobre los diversos sistemas nacionales de relaciones laborales.

### 1. *La extensión y disparidad de los salarios mínimos legales en Europa*

La política de rentas salariales en los diversos Estados miembros de la Unión Europea ha tenido tradicionalmente como uno de sus focos de atención preferente actuar sobre los niveles inferiores de los salarios.

Dicha política se ha desarrollado por dos vías esenciales: primera, a través de la fijación de un salario mínimo legal por parte de los gobiernos nacionales de los Estados miembros; segunda, por vía de remisión a los interlocutores sociales para que sean éstos a través de la negociación colectiva quienes fijen ese umbral de salarios mínimos en el conjunto del mercado de trabajo. En este momento existe una clara prevalencia de la primera de las vías, si bien también resulta muy influyente la vía de la negociación colectiva en destacados países donde concurre una larga tradición de gestión de los salarios mínimos por parte de los convenios colectivos y de cultura laboral favorable a un abstencionismo del poder público en esta materia. En concreto, en 21 de los Estados miembros el salario mínimo se fija a través de mecanismos de intervención legal por parte de los poderes públicos de los mismos, en tanto que 6 Estados remiten la materia a la intervención de la negociación colectiva. En concreto, los Estados en los que la fijación de los salarios mínimos viene asumida por a la negociación colectiva se corresponde básicamente con los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia y Suecia) aparte de Italia, Austria y Chipre, mientras que en el resto existe una determinación de los salarios mínimos por vía legal.

En todo caso, conviene tener presente que, más allá de esta disyuntiva de partida, concurren otros elementos diferenciales entre los diversos Estados miembros, que marcan un panorama ciertamente dispar entre ellos, que conviene tener presente.

Ante todo, entre los Estados donde los salarios mínimos se fijan legalmente, su cuantía resulta muy diversa, de modo que su influencia en la política de rentas es muy dispar. Así, a mero título de ejemplo, encontramos extremos como son los de Luxemburgo en el extremo más elevado con un salario mínimo mensual de 2.202 €, frente a Bulgaria en el límite inferior con un salario mínimo mensual de 332 €, en términos tales que el segundo viene a representar por su cuantía el 15 % respecto del primero. Ciertamente en ello influye decisivamente la notable diferencia del coste de la vida entre unos y otros Estados, pero con seguridad no es el único factor influyente, pues también ello viene condicionado por las orientaciones políticas nacionales respecto de la función e influencia que deben tener los salarios mínimos legales en la estructura de los salarios.

Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que, sea por la vía legal o la convencional, la intervención sobre salarios mínimos puede tener un alcance subjetivo bastante dispar, quedando fuera de su influencia ciertos sectores o grupos de trabajadores.

Respecto de la vía legal, en ocasiones se producen exclusiones expresas del ámbito del salario mínimo legal, mientras que en otras

ocasiones de manera implícita por la definición de la que se parte de “trabajador” pueden quedar fuera ciertos tipos de empleados.

Respecto de la vía convencional resulta desigual la tasa de cobertura de los convenios colectivos. Bien es cierto que en aquellos países donde la fijación de los salarios mínimos se corresponde con modelos de negociación colectiva que gozan de una elevada tasa de cobertura, ello no deja de provocar que no tenga una eficacia general para el conjunto del mercado de trabajo, de modo que cierto tipo de trabajadores quede excluido del ámbito aplicativo de los convenios colectivos. Incluso, en ciertos países el modelo no es puramente dual, sino que se establece una cierta complementariedad de protagonismo entre la fijación legal y la propia de los convenios colectivos, de modo que en algunos de ellos sí que puede presentarse un escenario en el que la tasa de cobertura de los convenios colectivos resulte bastante más reducida.

A tenor de ello, surge la preocupación de hasta qué punto pueden quedar fuera del ámbito de intervención, legal o convencional, en materia de salarios mínimos ciertos de grupos de trabajadores en situación de especial debilidad.

Incluso, a estos efectos, los datos estadísticos están mostrando una cierta tendencia a la polarización de los salarios, de modo que entre los salarios más bajos en muchos Estados miembros se advierten bolsas importantes de profesiones mal remuneradas, con efectos preocupantes de mayor pobreza y de desigualdad salarial. En ello están influyendo especialmente los procesos de globalización, de digitalización del trabajo, así como de emergencia de nuevas formas de trabajo no convencionales. En ello, por añadidura, se detecta un claro sesgo de género, de modo que la percepción de salarios más bajos se concentra entre las mujeres trabajadoras.

Todo lo anterior confluye en la decisión de las instituciones europeas dirigida a adoptar un marco legislativo de intervención en este ámbito europeo respecto de los procesos nacionales de fijación de los salarios mínimos, con la pretensión de llevarlo a cabo a través de la aprobación de una directiva.

## *2. Los condicionantes a una intervención en el ámbito europeo*

### *2.1. El límite de la armonización directa de salarios*

La iniciativa de las instituciones europeas parte de la aceptación de que el marco de referencia, tanto jurídico como económico y de modelos nacionales, presenta algunos obstáculos para la materializa-



ción de una actuación en este ámbito y, sin lugar a dudas, impide una intervención directa con pretensiones de armonización de los modelos de salarios mínimos existentes en los diversos Estados miembros.

El principal elemento de dificultad es de carácter estrictamente jurídico y reside en el ámbito competencial de la Unión Europea en el campo de la armonización legislativa laboral. En concreto, como punto de partida a estos efectos resulta decisivo el hecho de que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, excluye la materia relativa a “remuneraciones” entre las medidas de cooperación entre los diversos Estados miembros y, sobre todo, impide la aprobación de directivas que a través de disposiciones mínimas desarrollen una política de armonización de las legislaciones laborales de los Estados miembros en esta materia (art. 153.5 TFUE).

A pesar de ello, no deja de ser cierto también que diversas directivas han establecido cierto tipo de reglas en materia salarial, especialmente con vistas a desarrollar una política antidiscriminatoria respecto de ciertos grupos de trabajadores en situación de especial debilidad y con riesgos de segmentación en el mercado de trabajo particularmente por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, o bien de mecanismos de garantía de la percepción del crédito salarial ante situaciones de insolvencia empresarial, incluso de conservación de las condiciones laborales incluidas las retributivas en casos de transmisión de empresas. Se trata de intervenciones todas ellas indirectas, que más que sobre las remuneraciones están actuando en materia de igualdad entre mujeres y hombres, de lucha contra la exclusión social, o de actuaciones frente a reestructuraciones empresariales; es decir, en clave de otros títulos competenciales que sí habilitan para desarrollar una política de armonización vía directivas.

Por tanto, lo que se pretende afrontar respecto de los salarios mínimos desde luego no podría realizarse por medio de una regulación europea que de manera directa fuera a establecer el régimen jurídico de los salarios mínimos.

Sin embargo, a semejanza a lo que se ha hecho con las otras directivas referidas sobre tutela antidiscriminatoria, insolvencia empresarial o reestructuraciones empresariales, nada impediría el establecimiento de un marco legislativo en el ámbito europeo que se orientase hacia una actuación indirecta. Esa actuación indirecta se podría situar bien en el terreno del mero fomento de las políticas nacionales de rentas, o bien en el ámbito del establecimiento de una legislación de procedimiento de reforzamiento de la negociación colectiva que como efecto reflejo ofrezca una mejor atención a la fijación de salarios mínimos por vía convencional.

## 2.2. *La centralidad de la negociación colectiva*

Desde esta última perspectiva de la negociación colectiva, como complementario de lo anterior, aparece otro elemento condicionante de la iniciativa de las instituciones europeas. En concreto, se viene a considerar que el respeto a las tradiciones nacionales en esta materia debe estar presidido por el principio de que es a la negociación colectiva, en el marco de la autonomía reconocida a los interlocutores sociales, a quien le corresponde la fijación del régimen salarial de los trabajadores asalariados.

Diversas sentencias así lo han explicitado, entendiendo que la exclusión de las remuneraciones como materia objeto de armonización encuentra su razón de ser en el hecho de que la fijación del nivel de los sueldos entra dentro del ámbito de la autonomía contractual de los interlocutores sociales (SSTJUE, 13 de septiembre de 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, ap. 40; 15 de abril de 2008, C-268/06, *Impact*, aps. 123-124).

Precisamente en esos Estados miembros donde hasta el momento presente la fijación de los salarios mínimo se ha residenciado en la negociación colectiva, no es sólo que la ausencia de una intervención legislativa en esta materia se deba a una decisión estrictamente política por parte de los Gobiernos y los Parlamentos nacionales, sino que se debe a la propia voluntad de los interlocutores sociales. Se trata de modelos donde se parte de una idea de fuerte centralidad de la autonomía negocial de los interlocutores sociales, que no debe verse condicionada por la normativa estatal. En definitiva, en esos modelos de negociación colectiva de los salarios son precisamente las propias organizaciones sindicales y empresariales quienes, al reclamar para sí todo el protagonismo en la materia, se oponen a la existencia de una normativa estatal sobre salarios mínimos.

Por tanto, esos modelos nacionales de centralidad de la negociación colectiva serían refractarios a que, ahora desde las instituciones europeas, se les impusiese un modelo homogéneo para todos los Estados miembros, de fijación legal de los salarios mínimos. Se entendería como una injerencia en su identidad nacional respecto a su modelo de relaciones laborales y, por tanto, algo contrario a su cultura de funcionamiento de las relaciones laborales.

En estos términos, una actuación en el ámbito europeo en este campo no puede enfocarse hacia el establecimiento de un modelo unitario de fijación de salarios mínimos, especialmente si el mismo provoca un sesgo favorable a la intervención legislativa pública en demérito de la actuación de la negociación colectiva.

Eso sí, este nuevo condicionante a nuestro juicio no impide de principio una actuación desde la Unión Europea, pues sólo impide que ello se diseñe con un determinado contenido de exclusión de la intervención de la negociación colectiva.

A estos efectos, la flexibilidad propia de un instrumento jurídico como es la directiva permite atender a este requerimiento sin por ello renunciar al objetivo que se pretende de lograr el establecimiento en todos los Estados miembros de un sistema de salarios mínimos adecuados y actualizados para el conjunto de los trabajadores. Se trataría simplemente de tener muy presente el diseño ortodoxo de la directiva, como una norma que marca objetivos, que contempla procedimientos, que prevé diversas vías de implementación, siendo a la postre lo más importante la consecución de la finalidad perseguida con el marco de armonización fijado desde las instituciones europeas.

### *3. Los antecedentes de la propuesta: la apertura de consultas a los interlocutores*

La iniciativa europea que venimos comentando tiene antecedentes desde tiempo atrás. Más allá de diversos debates que se abren en distintos ámbitos, especialmente a partir de la efectiva implantación del euro y con el mismo la fijación de un espacio de política monetaria compartida en un número relevante de países europeos, el punto referencial institucional se encuentra en la aprobación del denominado Pilar Europeo de Derechos Sociales, proclamado por el Parlamento, el Consejo y la Comisión en noviembre de 2017. En dicho Pilar, como sexto principio se reclamaba el establecimiento de un salario mínimo adecuado, así como una fijación de salarios transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales: «Los trabajadores tienen derecho a un salario justo que les proporcione un nivel de vida digno. Se garantizará un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales nacionales, al tiempo que se garantiza el acceso al empleo y los incentivos para buscarlo. Se evitará la pobreza en el trabajo. Todos los salarios se fijarán de forma transparente y previsible, de acuerdo con las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales».

A resultas de ello, la Agenda Estratégica para 2019-2024, acordada en el Consejo Europeo en junio de 2019, propuso la implantación del pilar tanto a escala nacional como de la Unión Europea.

El proceso se acelera a partir de principios de 2020, momento en el que la Comisión se dirige a los interlocutores sociales en el ámbito europeo abriendo la primera fase de consultas sobre una posible acción dirigida a hacer frente a los retos relacionados con la fijación de salarios mínimos adecuados en base al procedimiento previo a la elaboración de una directiva de armonización contemplado en el art. 154 del Tratado de funcionamiento (Documento de consulta de 14 de enero de 2020, C 2020 83 final). En concreto, la consulta se centraba en conocer la posición de los interlocutores sociales en tres aspectos: 1) si se consideraba que la Comisión ha identificado correcta y suficientemente los problemas y las posibles áreas para la acción de la Unión Europea; 2) si se consideraba que era necesaria una acción de la Unión Europea para abordar los problemas identificados y, en su caso, cuál debería ser el alcance de esta acción; 3) si se sería favorable a iniciar un diálogo entre los propios interlocutores sociales sobre cualquiera de los asuntos identificados en esta consulta a tenor del artículo 155 del TFUE. Esta consulta se desarrolló a lo largo de los meses de enero y febrero de 2020, que fue seguida de la segunda fase de consultas entre junio y septiembre de 2020 sobre el contenido y el instrumento jurídico de la propuesta prevista (Documento de consulta de 3 de junio de 2020, C 2020 3570 final).

Con carácter general tanto las organizaciones sindicales como las empresariales manifestaron su conformidad con los objetivos y el posible contenido de la iniciativa, pero con matices importantes. En general, las organizaciones empresariales cuestionaron el valor añadido de la acción reguladora de la Unión Europea en relación con la fijación del salario mínimo, habida cuenta de la diversidad de marcos nacionales, y subrayaron que deben respetarse plenamente las competencias de los Estados miembros o de los interlocutores sociales. Aunque los sindicatos pidieron a la Comisión que propusiera una directiva con disposiciones mínimas vinculantes, ninguna de las organizaciones de empleadores se mostró a favor de una directiva vinculante en el ámbito de los salarios mínimos.

En todo caso, al final no hubo acuerdo entre los interlocutores sociales para entablar negociaciones a fin de celebrar un acuerdo en el ámbito de la Unión Europea, lo que dio paso a la puesta en marcha del procedimiento de presentación de la correspondiente directiva en materia de salarios mínimos adecuados a finales de octubre de este año (Propuesta de 28 de octubre de 2020, COM 2020 682 final).

Hasta el momento presente, el último hito ha sido el pronunciamiento por parte del Parlamento Europeo, manifestándose favorable a la presente iniciativa legislativa, con una resolución sobre reducción

de las desigualdades, con especial atención a la pobreza de los trabajadores (Resolución de 10 de febrero de 2021, P9\_TA(2021)0044).

#### 4. *La propuesta de directiva de la Unión Europea*

##### 4.1. *Fundamento competencial*

La propuesta de directiva se basa en la facultad de las instituciones europeas de armonizar la legislación laboral de los Estados miembros en materia de condiciones de trabajo (art. 153.1, *b*, TFUE), dentro de los límites del principio de subsidiariedad (art. 5.3 y 4 TUE).

Con ello se logra soslayar el condicionante antes aludido de que con tal propuesta no se pretende abordar una regulación directa de las remuneraciones, pues se aborda desde una perspectiva indirecta, bien de reglas de procedimiento para la fijación de salarios legales o bien de reglas orientadas al fomento de la negociación colectiva.

Aunque el objetivo final es que en el conjunto de los Estados miembros se establezca un umbral mínimo retributivo, sobre la idea de unos salarios mínimos de cuantía “adecuada”, ello se pretende llevar a cabo con pleno respeto a las circunstancias económicas nacionales y las especificidades de sus sistemas de fijación del salario mínimo, con respeto de las tradiciones nacionales.

De este modo, la propuesta no fija criterios objetivos ni concreta como se pondera el carácter “adecuado” de tales salarios mínimos. Es cierto que su exposición de motivos alude a los indicadores de adecuación utilizados habitualmente a escala internacional como, por ejemplo, el índice *Kaitz* de comparación del salario mínimo con la mediana salarial o con el salario medio, aludiendo al objetivo marcado por diversos foros de establecer unos salarios mínimos que cuando menos alcancen el 60 % de la mediana del salario bruto o el 50 % del salario medio bruto. Sin embargo, ello sólo se menciona incidentalmente y, en ningún caso, se proyecta como objetivo específico a lograr con la implementación de esta directiva sobre salarios mínimos.

Desde este punto de vista a nuestro juicio personal hubiera resultado muy interesante que la propuesta también hubiera hecho alusión, como fundamento competencial, a la facultad de las instituciones europeas de armonizar la legislación laboral en materia de «defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios» (art. 153.1, apartado, *f* TFUE). Podría haber efectuado una lectura de este apartado del Tratado en el sentido de que la negociación colectiva constituye una de las instituciones centrales a través de

las cuales se desarrolla esa «defensa colectiva» a la que se refiere el texto, de modo que se avanzaría significativamente en la clarificación de un asunto tradicionalmente eludido en la actuación de la Unión Europea y en el propio debate jurídico. En efecto, la negociación colectiva, como tal, no resulta mencionada por el Tratado de Funcionamiento, sin perjuicio de que haya sido expresamente reconocida como derecho por parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 28). Como tal, la negociación colectiva no se encuentra mencionada ni en el listado de materias excluidas de la competencia armonizadora (art. 153.5 TFUE) ni tampoco en el listado de materias susceptibles de armonización (art. 153.1 TFUE). Sin embargo, a partir de la aprobación de la Carta, con la redacción que contiene el precepto mencionado en relación con la negociación colectiva como derecho, resulta fácil realizar una interpretación de la referencia en el TFUE a la «defensa colectiva» como competencia armonizadora como integrante entre otras manifestaciones de la celebración de convenios colectivos. Si se tiene en cuenta que, como veremos a continuación, una de las vías de la garantía de los salarios mínimos adecuados por parte de la propuesta de directiva es la de canalizarla a través de la potenciación de la negociación colectiva, con reglas precisas respecto de las mismas, hubiera tenido todo su fundamento apoyarse en este otro apartado *f* del art. 153.1 como base jurídica de la aprobación de la presente propuesta de directiva.

Más aún, en relación con este fundamento competencial, debe tenerse presente, como describiremos más adelante, en el texto de la propuesta de la directiva aparecen aspectos que se sitúan en el ámbito general de la promoción de la negociación colectiva, hasta cierto punto relacionado con el salario globalmente considerado, pero no específicamente vinculado a los salarios mínimos. Por tal razón, en esos aspectos generales el fundamento competencial se vincula más directamente a la «defensa colectiva» de los intereses de los trabajadores a través de la negociación colectiva (apartado *f*) que a la armonización de las «condiciones de trabajo» propiamente dichas (apartado *b*). De ahí, que a nuestro juicio quedaría acentuada la oportunidad de presentar también como base jurídica de la propuesta de directiva este apartado *f* del art. 153 del Tratado de Funcionamiento relativo a la «defensa colectiva» de los intereses de los trabajadores.

Por lo demás, los condicionantes en los Tratados derivados del principio de subsidiariedad quedan igualmente suficientemente superados, a partir de la constatación de las grandes diferencias en las normas nacionales relativas al acceso a un salario mínimo adecuado, con el efecto negativo que ello provoca al crear importantes discre-

pancias en el mercado único, lo que exige una intervención en el ámbito de la Unión Europea.

Por lo que se refiere a la hipótesis descartada de que los interlocutores sociales se hubiesen decantado por entablar negociaciones directas entre ellos, con vistas a celebrar un Acuerdo Marco europeo, queda soslayado un importante límite que derivaría en su caso de dicho Acuerdo y que, en todo caso, debería llevar a reflexionar acerca de ciertos automatismos en la aplicación de los procedimientos europeos. Me refiero al hecho de que apenas se lea el contenido de la propuesta de directiva que comentaremos a continuación, inmediatamente se observa que la misma contiene importantes aspectos que tienen como destinatarios inexcusables a los poderes públicos de los Estados miembros; baste con mencionar las reglas relativas a la fijación de los salarios mínimos por vía legal, en cuanto a la garantía de los salarios mínimos de las empresas que desarrollan su actividad a través de contratos o concesiones públicas con las Administraciones, las reglas relativas a la garantía de indemnidad que se desenvuelve en el ámbito de la actuación del poder judicial, las previsiones de indemnizaciones y sanciones públicas efectivas y disuasorias. Todo este tipo de reglas, por su propia naturaleza, no resultan incorporables a un Acuerdo entre los interlocutores sociales que, por su naturaleza contractual privada, no pueden vincular a los poderes públicos. No estaría de más reflexionar sobre estas circunstancias, en términos tales que se valore hasta qué punto ciertas iniciativas legislativas en el ámbito europeo no es posible delegarlas en la negociación colectiva entre los interlocutores sociales en el ámbito europeo, de modo que la decisión de entablar negociaciones por parte de ellos no agotaría los objetivos perseguidos por la iniciativa de la Comisión y, con ello, la misma no estaría impedida de elaborar y aprobar su propia directiva con aquellos contenidos de vinculación a los poderes públicos que no podrían ser abordados en ningún caso por vía de un Acuerdo marco europeo.

#### *4.2. Ámbito de aplicación: el concepto de trabajador*

En la determinación del ámbito de aplicación de la directiva, la misma no se separa de lo que viene siendo tónica habitual en las últimas iniciativas legislativas en materia laboral. En efecto, las mismas juegan con un no fácil equilibrio entre dos vertientes: por un lado, que la Unión Europea no debe ofrecer desde la legislación armonizadora un concepto preciso de trabajador, por lo que a estos efectos se debe realizar una necesaria remisión al concepto de contrato de

trabajo conforme a lo definido por cada Estado miembro; por otro lado, la voluntad de que tal remisión a lo decidido por cada Estado miembro no eluda la voluntad de la directiva y con ella su efecto útil, consistente en que la misma resulte de aplicación a “todos los trabajadores”. A tal efecto, la técnica cada vez más recurrente por las directivas en la materia es la de precisar que la legislación al efecto por parte de los Estados miembros deberá tener en cuenta y, por tanto, respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando esta sucesivamente marca los límites de los Estados miembros a posibles exclusiones indirectas de grupos de trabajadores de la aplicación de dichas directivas. De este modo, en la medida en que esta jurisprudencia cada vez más se decanta por la utilización del criterio de la subordinación y, en particular, a tenor de un canon hermenéutico de carácter flexible y ampliatorio, ello por vía indirecta va creando un concepto europeo de “trabajador”, condicionante para los diversos Estados miembros.

Este asunto resulta especialmente importante, en la medida en que el diagnóstico de partida de la propuesta de directiva es que las nuevas formas de trabajo, especialmente a resultas de la digitalización y las formas de organización empresarial en forma flexible, conduce a que las mismas se desarrollen en clave de perceptible precariedad de condiciones de trabajo; precariedad de condiciones de trabajo que encuentra una de sus manifestaciones principales en los intentos de escapar de la normativa, sea legal o convencional, en materia de salarios mínimos. A tal efecto, tanto la Comisión como el Parlamento son conscientes de que la digitalización del trabajo, incluido respecto de trabajos altamente cualificados, corre el riesgo de que se extienda bajo formas que comporten salarios por debajo de los mínimos legales y convencionales.

Por ello, el principal reto a estos efectos es que las nuevas formas de trabajo, las formas que se pretenden fraudulentamente encubrir bajo la apariencia de trabajo autónomo, o bien la emergencia de nuevas actividades empresariales no escapen a esta normativa, sea legal o convencional, que viene a garantizar unos salarios mínimos adecuados para todos los trabajadores.

#### *4.3. La doble vía de fijación de los salarios mínimos adecuados*

Como ya hemos adelantado, la propuesta de directiva pretende ser estrictamente respetuosa con los modelos en estos momentos imperantes de fijación de los salarios mínimos en los diversos Es-



tados miembros de la Unión. Por ello, aunque se trate del modelo dominante, la propuesta de directiva no pretende imponer en modo alguno una necesaria fijación legal de los salarios mínimos. Desde esta perspectiva lo decisivo es el objetivo de que se establezcan salarios mínimos adecuados para todos, siendo indiferente la vía a través de la cual ello se materialice.

En concreto, ello supone que se deja a voluntad de los diferentes Estados miembros optar por un modelo de fijación legal o bien por un modelo de fijación de los salarios por vía de la negociación colectiva.

Aunque resulte una obviedad decirlo, la propuesta de directiva, consciente del desequilibrio propio del trabajo subordinado, excluye que este objetivo de salarios mínimos adecuados se pueda lograr por la vía de la negociación individual en contrato de trabajo. Por ello, de un lado, excluye como tercera vía la de carácter contractual individual; de otro lado, parte de la premisa de que tanto la vía legal como la propia de la negociación colectiva presupone el establecimiento por parte de ambas de salarios mínimos obligados, es decir, que se trataría de reglas legales o convencionales imperativas, de derecho necesario, como tales indisponibles por parte del contrato de trabajo.

#### *4.4. Fomento de la negociación colectiva*

Respecto de la vía de fijación a través de la negociación colectiva, la propuesta no se limita a una actitud de mera permisividad, sino que entiende que debe contemplarlo desde la perspectiva de que esta vía garantice el efecto útil de la directiva. A tal efecto resulta decisivo que se trata de una negociación colectiva con la suficiente fortaleza como para que la misma establezca unos salarios mínimos de cuantía “adecuada”, al tiempo que los mismos en su conjunto incluyan dentro de su ámbito de aplicación subjetiva a la generalidad de los trabajadores, con vistas a que se cumpla por esta vía el efecto útil de la directiva de abarcar a todos los trabajadores.

Desde esta perspectiva, la novedad más significativa de la directiva es la de garantizar el aumento de la cobertura de la negociación colectiva: debe tratarse de modelos nacionales donde, ante la ausencia de salarios legales, los convenios colectivos logren una alta tasa de cobertura negocial. Ello no se queda en declaraciones genéricas, sino que se concreta con bastante detalle, algo no habitual en los textos de la Unión Europea. En concreto, se establece una cifra exacta que se considera como objetivo a lograr para conseguir lo que se pretende en materia de salarios adecuados: en concreto, se establece el 70 %

de tasa de cobertura como el umbral a partir del cual se entiende que la negociación colectiva puede desarrollar la responsabilidad que asumen de fijación de salarios mínimos adecuados.

Como complemento a ello y, en un escenario de no superación de dicha tasa de cobertura, se prevé la necesidad de que se desarrolle un plan de acción para promover la negociación colectiva con vistas a lograr dicho porcentaje. Se trataría de un plan de acción, con protagonismo tanto del legislador de los Estados miembros como de los interlocutores sociales, que debe ser público y se debe notificar a la Comisión europea.

En un sentido más amplio y genérico, se establece la necesidad de que se promueva el desarrollo y refuerzo de capacidades de los interlocutores sociales para participar en la negociación colectiva sobre fijación de salarios a nivel sectorial e intersectorial. Desde esta perspectiva lo más llamativo es que la propuesta no dirige su mirada genéricamente a cualquier ámbito negocial, incluyendo por tanto también la negociación empresarial, sino que se orienta específicamente hacia la negociación sectorial e intersectorial. Con ello se pretende, de un lado, una mínima homogeneidad de los salarios mínimos por actividades empresariales, respetando la diversidad que pueda concurrir entre unos y otros ámbitos; e, igualmente, se pretende de otro lado, que la fijación de los salarios mínimos asuma una función complementaria de evitar escenarios de concurrencia desleal entre empresas por vía retributiva, materia tan consustancial al proyecto de construcción del mercado único en el seno de la Unión Europea.

Asimismo, con esa política de promoción de la negociación colectiva sobre fijación de salarios, se pretende garantizar la transparencia, por la vía de fomentar unas negociaciones constructivas, significativas e informadas sobre salarios entre los interlocutores sociales.

Como última valoración, la propuesta entiende que, garantizada una negociación colectiva con alta tasa de cobertura, con interlocutores representativos y transparencia de lo actuado, con ello por sí solo quedaría garantizado el objetivo final de establecimiento de unos salarios mínimos en cuantía "adecuada". Posiblemente es comprensible la actitud de la propuesta a partir del conocimiento de quienes son los seis concretos Estados miembros que en estos modelos optan por una fijación de los salarios mínimos a través de la negociación colectiva.

Por ejemplo, mientras que para la fijación legal de los salarios mínimos se contempla su necesaria actualización, nada de esto se prevé para la negociación colectiva, algo que se presume se producirá sin necesidad de exigirlo por vía de la armonización legislativa.

En concreto, se parte de la premisa de que se trata de Estados miembros donde tradicionalmente se desarrolla una potente negociación colectiva, con efectiva capacidad de fijación de salarios mínimos adecuados, sobre la presunción de que, aunque el marco legal no contemple formalmente un sistema de convenio colectivo erga omnes, por vías indirectas se logra alcanzar esta tasa de cobertura del 70 %. Eso sí, posiblemente la propuesta como tal está abocada a que en dichos países se abra un debate en torno a la eficacia general de los convenios colectivos, o cuando menos de instrumentos institucionales que garanticen esa cobertura del 70 % por lo que se refiere al contenido salarial de los convenios colectivos.

En todo caso, lo que no valora debidamente la propuesta es un posible cambio de circunstancias en los diversos Estados miembros, que provoque como resultado un deterioro del modelo de relaciones laborales que aboque a una pérdida del efecto útil de la directiva. Ese cambio de circunstancias podría producirse por dos vías.

De un lado, porque a resultas de diversas decisiones políticas, países que en estos momentos responden al modelo de fijación legal de los salarios, cambiaran de criterio, decantándose por la opción hoy en día minoritaria de fijación vía convenio colectivo. Y, a mayor abundamiento, que ello se produjese, por decirlo con nombre y apellidos, en países del este, donde la negociación colectiva se encuentra notablemente debilitada, con tasas de cobertura muy bajas o con práctica inexistencia de negociación sectorial. A estos efectos, sería necesario valorar hasta qué punto la cláusula de no regresión (art. 16), típica en este tipo de directivas, sería interpretable en clave de que no se podría efectuar una reforma legislativa en orden al cambio de modelo que pretendiera como objetivo oculto evitar el efecto útil de la directiva.

De otro lado, porque no es descartable que en los Estados miembros que actualmente optan por una fijación convencional de los salarios mínimos, se produjese un deterioro de sus sistemas de negociación colectiva, en clave de debilitamiento de la misma, que no permitiese garantizar que la fijación de salarios mínimos garantizase una cuantía adecuada. No es previsible que este escenario se produzca en este tipo de países, pero no siendo descartable, no está de más llamar la atención sobre la necesidad de corregir la orientación de esta directiva en orden a garantizar su eficacia útil.

Por último, conviene advertir que, si bien todas estas medidas de fomento de la negociación colectiva respecto de la fijación de los salarios tienen mayor impacto en aquellos Estados miembros que fijan los salarios exclusivamente a través de la negociación colectiva,

tal como se establece esta política de promoción de la negociación colectiva la misma se concibe como aplicable a todos los Estados miembros, por tanto, también aquellos 21 países en los en estos momentos rige un modelo de salario mínimo legal. En ningún momento la redacción permite restringir estas medidas de promoción a los Estados de exclusiva regulación convencional de los de salarios mínimos. No sólo es que el precepto en cuestión sea general para todos los Estados miembros, que obliga a aplicar el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, sino que incluso ello se deduce claramente cuando en términos de seguimiento de la aplicación de la directiva se prevé expresamente que tanto los Estados miembros con modelos de salarios mínimos legales como los convencionales, deberán comunicar anualmente a la Comisión Europea la tasa de cobertura de la negociación colectiva en sus respectivos sistemas nacionales de relaciones laborales.

#### 4.5. Salarios mínimos legales

Cuando se trata de Estados miembros que optan por un modelo de fijación legal de los salarios mínimos, el punto de atención se sitúa en garantizar su adecuación a los objetivos de lograr condiciones de vida y de trabajo dignas, la cohesión social y la convergencia al alza.

A tal efecto se exige que cada Estado miembro defina los criterios de fijación de los salarios mínimos, que en todo caso deben incluir los siguientes elementos: *a)* el poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, teniendo en cuenta el coste de la vida y la contribución de los impuestos y las prestaciones sociales; *b)* la cuantía general de los salarios brutos y su distribución; *c)* la tasa de crecimiento de los salarios brutos; *d)* la evolución de la productividad laboral.

Tal como ya hemos adelantado, cuando se trata de fijación legal de los salarios mínimos, se prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la actualización periódica y oportuna de los salarios mínimos legales a fin de preservar su adecuación. Se trata de una regla general, sin especial concreción. Si bien, esta actualización se produce en la generalidad de los Estados miembros con fijación legal, las reglas son dispares según las diferentes normativas nacionales, unas imponiéndolos desde la misma o tras resultados de las prácticas legales, unas con una periodicidad determinada y en otras sin concreción al efecto.

En cuanto al procedimiento de fijación legal, la directiva se orienta a establecer canales de participación de los interlocutores sociales, se dice

literalmente de manera oportuna y efectiva tanto en la fijación como en la actualización, de modo que rija un procedimiento de diálogo social entre el poder público que fija los salarios mínimos y la posición que al respecto manifiesten en cada caso los interlocutores sociales.

A estos efectos, la propuesta de directiva llega incluso a imponer a los Estados miembros la creación de órganos consultivos para asesorar a las autoridades competentes sobre cuestiones relacionadas con el salario mínimo legal. A estos efectos, conviene tener presente que, a pesar de que en algunos Estados miembros existe una larga tradición de desarrollo de este tipo de diálogo social a los efectos de la fijación y actualización de los salarios mínimos, en algunos casos no existe este tipo de órganos consultivos, lo que abocaría a su introducción. Eso sí, no dejan de plantearse problemas en orden a discutir hasta qué punto la propuesta llega a constituir una injerencia injustificada en los modelos políticos y de relaciones laborales propios de los Estados miembros, por cuanto que desde una perspectiva de lógica interpretación del principio de subsidiariedad, la clave se encontraría en exigir el desarrollo de canales de participación de los interlocutores sociales en esta materia, pero sin necesidad de imponerlo a través de una vía institucional formalizada de creación de órganos consultivos sobre la materia.

Conocedor el legislador europeo de la presencia de diversidades en los salarios legales desde la perspectiva subjetiva, admite que los Estados miembros puedan permitir diferentes tipos de salario mínimo legal para grupos específicos de trabajadores. Ello abre paso, por ejemplo, al mantenimiento en algunos países de salarios diferenciados bien por razón de la edad o bien por la realización de trabajos formativos donde la productividad del trabajador puede resultar inferior. Hubiera sido deseable a estos efectos una mayor precisión por parte de la directiva, por cuanto que su previsión de forma genérica y vaga abra paso a una interpretación amplia y, con ello, un efecto indirecto de precarización retributiva de determinados trabajadores, especialmente en los de más baja cualificación profesional. Si acaso ello lo hace por vía ambigua a través de una previsión en orden a manifestar que se reducirán al mínimo este tipo de variaciones, introduciendo con ello un típico concepto jurídico indeterminado de difícil aplicación en la práctica. Si acaso más concreto es la afirmación de que dichas variaciones deberán ser proporcionadas, limitadas en el tiempo, así como justificada y razonablemente fundada por una finalidad legítima. En todo caso, hay una importante regla de freno a los riesgos expansivos de la diversidad cuantitativa en lo subjetivo, como no podría ser de otro modo a través de la tradicional regla de la tutela antidiscriminatoria. Ni siquiera sería preciso que se estableciera

en esta directiva, desde el instante en que ello ya de por sí deriva de las vigentes directivas que establecen garantías precisas frente a conductas discriminatorias, sean directas o indirectas, expresas u ocultas.

Finalmente, se establece también que los Estados miembros podrán permitir deducciones legales que reduzcan la remuneración abonada a los trabajadores a un nivel inferior al del salario mínimo legal. Los Estados miembros velarán por que las deducciones del salario mínimo legal sean necesarias, proporcionadas y estén justificadas objetivamente. La verdad es que el alcance de lo que se quiere contemplar en este precepto puede tener una lectura muy dispar. De un lado, plantea el problema de las percepciones extrasalariales, especialmente por abono por el trabajador de costes de la actividad empresarial que posteriormente son compensados por el empleador; al respecto ya se ha advertido por parte de algunos el riesgo de que ello comporte minoración del salario efectivo a percibir por el trabajador. A nuestro juicio, este tipo de cantidades, por su carácter extrasalarial, no constituyen salario en el sentido de la propia definición ofrecida por la directiva: remuneración «por el trabajo realizado o por los servicios prestados», lo que conduce en una interpretación finalista a entender que no se pueden producir deducciones del salario por esta vía. De contrario, sí que sería posible por esta vía entender que la cuantía no tiene que ser en términos abono en dinero, pues podría entrar en el cómputo del salario mínimo cantidades percibidas por el trabajador en especie. En ciertas legislaciones nacionales ello se encuentra excluido en estos momentos, en términos tales que la cláusula de no regresión impediría su inclusión de futuro. Finalmente, dentro de estas deducciones sería posible incluir también las retenciones en los salarios por pago de impuestos. Eso sí, este tipo de deducciones debería tener presente cual es la cantidad que finalmente es abonada al trabajador en términos netos por sus servicios, de modo que ello se pondere desde la perspectiva del objetivo expresamente perseguido de que su cuantía neta logre unas condiciones de vida digna, con vistas a la consecución de la cohesión social y la convergencia al alza.

#### *4.6. La actuación específica sobre contrataciones públicas*

Singular importancia presenta el establecimiento de una regla particular de garantía de la percepción del salario mínimo respecto de empresas cuyos ingresos dependen directamente de su relación con las Administraciones Públicas. En concreto, en el marco de formas de descentralización productiva o de gestión privada de servicios

públicos, un significativo número de empresas ejecutan su actividad productiva o de servicios para las Administraciones Públicas, por vía de licitación de contrataciones públicas o de mecanismos de ejecución de concesiones administrativas. En estos casos, el riesgo es que la financiación obtenida por vía de tales contrataciones o subvenciones, a resultas de subastas a la baja, no permita cubrir unos salarios mínimos para los trabajadores empleados por este tipo de empresas que, aunque algunas de ellas se configuren sin ánimo de lucro, no tienen ingresos adicionales a los que provienen de la financiación pública referida.

A tal efecto, lo que se prevé en la propuesta de directiva es que los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos o de concesión, los operadores económicos cumplan los salarios establecidos en los convenios colectivos para el sector y la zona geográfica de que se trate y, en su caso, los salarios mínimos legales. Una vez más, la propuesta mantiene su escrupuloso respeto a la doble vía de fijación de los salarios mínimos, sea la legal o la convencional, siendo su objetivo que en todo caso para estos supuestos los procedimientos de concesión de las contrataciones públicas y subvenciones no permitan un sistema de concurrencia a la baja, de modo que se presione sobre los salarios hasta tal punto que no se respeten las retribuciones previstas en estos términos legal o convencionalmente.

Conviene llamar la atención que en este caso se acentúa la voluntad de reforzamiento de la eficacia vinculante de lo pactado en materia de salarios en los convenios colectivos sectoriales y territoriales. Dos aclaraciones al respecto.

Primera, mientras que cuando se establece esta regla de respeto obligado, al mencionar a la vía legal se refiere estrictamente a los «salarios mínimos», cuando menciona a la negociación colectiva se refiere genéricamente a los «salarios establecidos» en los convenios colectivos; es decir, lo que se pretende es que las contrataciones públicas respeten los convenios colectivos respecto de todos los salarios pactados, sean los mínimos para los trabajadores de baja cualificación profesional como el resto. Dicho de otro modo, para la propuesta los salarios de los convenios en sus diferentes niveles se conciben como los salarios mínimos respecto de lo que puede ser resultado del pacto en contrato individual.

Segunda, en esta ocasión la dualidad entre fijación legal y convencional de salario no se contempla como una fórmula alternativa, sino que puede jugar también de manera acumulativa. Por tanto, la regla

de respeto a los salarios establecidos en los convenios colectivos no se dirige exclusivamente a los que en estos momentos son los 6 Estados miembros que fijan sus salarios mínimos exclusivamente por vía convencional, sino que resulta igualmente de aplicación para los otros 21 Estados miembros en los que rigen sistemas de fijación de salarios legales. Ello se deduce no sólo de la interpretación gramatical del precepto, sino también del hecho de que este se ubique dentro de un capítulo denominado «disposiciones horizontales», por tanto, aplicables a cualquiera de los dos modelos de fijación de los salarios (legal o convencional); si la pretensión hubiera sido que ello resultase de aplicación exclusivamente a la vía convencional se hubiera introducido sistemáticamente en el momento en el que se atiende a esa concreta vía cuando se regula la promoción de la negociación colectiva sobre la fijación de los salarios.

Finalmente indicar que esta concreta regla se pone en directa conexión con las directivas sobre contratación pública (directiva 2014/24, de 26 de febrero), sobre adjudicación de contratos de concesión (directiva 2014/23, de 26 de febrero) y la relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía y los transportes y los servicios postales (directiva 2014/25, de 26 de febrero).

#### *4.7. Efectividad de los objetivos*

Como todas las directivas en la materia, donde priman las reglas de procedimiento, se establecen mecanismos complementarios de seguimiento y garantía del logro de los objetivos perseguidos con esta iniciativa legislativa. En términos esquemáticos, las medidas en este terreno se resumen del modo siguiente.

*Medidas de seguimiento y evaluación de resultados.* Los Estados miembros deben desarrollar herramientas eficaces de recogida de datos para hacer un seguimiento de la cobertura y de la adecuación de los salarios mínimos. A resultas de ello, deberán comunicar a la Comisión Europea todo un conjunto de datos relativos a los salarios mínimos legales y a los fijados por vía de la negociación colectiva. Respecto de los mínimos legales deberán comunicar: 1) la cuantía del salario mínimo legal y la proporción de trabajadores cubiertos por el mismo; 2) las variaciones existentes y la proporción de trabajadores cubiertos por ellas; 3) las deducciones existentes. Respecto de la negociación colectiva deberán comunicar: 1) la tasa de cobertura en todos los Estados miembros, tanto se refiera a países que utilizan únicamente la vía



de la negociación colectiva como los que establecen mínimos legales; 2) para los que utilizan exclusivamente la vía convencional, la distribución en deciles de dichos salarios ponderados por la proporción de trabajadores cubiertos, así como la cuantía de los salarios de los trabajadores que no dispongan de la protección del salario mínimo regulada en los convenios colectivos y su relación con la cuantía de los salarios de los trabajadores que gocen de dicha protección mínima.

Los Estados miembros facilitarán las estadísticas y la información a que se refiere el presente apartado desagregadas por sexo, edad, discapacidad, tamaño de la empresa y sector. Los Estados miembros velarán por que la información relativa a la protección del salario mínimo, incluidos los convenios colectivos y sus disposiciones salariales, sea transparente y accesible al público.

La Comisión evaluará los datos transmitidos por los Estados miembros en los informes a los que se refiere el apartado 2 e informará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo. Sobre la base del informe elaborado por la Comisión, el Comité de Empleo establecido de conformidad con el artículo 150 del TFUE llevará a cabo cada año un examen de la promoción de la negociación colectiva sobre la fijación de salarios y de la adecuación de los salarios mínimos en los Estados miembros.

*Derecho de reparación y garantía de indemnidad.* Los Estados miembros deben velar porque a los trabajadores, incluidos aquellos cuya relación laboral haya finalizado, se les garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y, más ampliamente, tengan acceso a una resolución de controversias efectiva e imparcial y tengan derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada, en caso de vulneración de sus derechos relativos al salario mínimo legal o a la protección del salario mínimo regulados en los convenios colectivos, sin perjuicio de las formas específicas de reparación y resolución de controversias reguladas, cuando proceda, en dichos convenios colectivos.

Específicamente se reconoce la garantía de indemnidad a todos los trabajadores que puedan reclamar por las vías anteriores. A tal efecto se deben adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los representantes de los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable por parte del empleador y contra cualquier consecuencia adversa derivada de una denuncia presentada ante el empleador o de cualquier procedimiento incoado con el fin de hacer cumplir los derechos relativos al salario mínimo legal o a la protección del salario mínimo regulados en los convenios colectivos. En estos términos, ha de entenderse que la garantía de indemnidad se desenvuelve en cualquier ámbito en el que se pre-

sente la denuncia, sea judicial, administrativo, sindical e, incluso, interno en la empresa.

*Sanciones.* Los Estados miembros deben establecer normas relativas a las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales. Tales sanciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

#### 4.8. *La transposición de la directiva*

La transposición de la presente directiva se podría materializar por las dos vías habituales contempladas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea respecto de las directivas de armonización en materia laboral. En concreto, dicha armonización puede producirse tanto a través de la aprobación de una norma nacional por parte de los correspondientes poderes legislativos de los Estados miembros, o bien confiar a los interlocutores sociales su aplicación, si éstos lo solicitan de manera conjunta. Como suele ser igualmente habitual, la propuesta precisa que caso de que se opte por la encomienda de la transposición a los interlocutores sociales los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar en todo momento los resultados pretendidos al amparo de la presente directiva.

Una vez más, se actúa con cierto automatismo en la aplicación de las reglas de procedimiento previstas en los Tratados, siendo necesario llamar la atención de nuevo sobre lo que se indicó cuando nos referimos a la fase de doble consulta a los interlocutores sociales previa a la aprobación de una directiva armonización. Insistir una vez más que se olvida que, por su contenido y alcance, esta directiva en algunos de sus aspectos centrales resulta por esencia imposible de transponer sólo por la directa y exclusiva intervención de las organizaciones sindicales y empresariales a través del desarrollo de procesos de negociación colectiva. En concreto, respecto de todos aquellos aspectos para los que se contempla una necesaria intervención del poder público, con reglas imperativas dirigidas a ellos (fijación de los salarios mínimos por vía legal, en cuanto a la garantía de los salarios mínimos de las empresas desarrollan su actividad a través de contratos o concesiones públicas con las Administraciones, las reglas relativas a la garantía de indemnidad que se desenvuelve en el ámbito de la actuación del poder judicial, las previsiones de indemnizaciones y sanciones públicas efectivas y disuasorias) es de todo punto imposible que la transposición la lleven a cabo por sí solos los interlocutores sociales. Para estos casos resulta ineludible la transposición por parte de los poderes legislativos de los diferentes Estados miembros.



LORENZO ZOPPOLI

## Basi giuridiche e rilevanza della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari e generali sulla proposta di direttiva. – 2. I limiti della base giuridica della proposta di direttiva. – 3. Rilevanza della direttiva nel contesto italiano di crisi endemica del sistema italiano di contrattazione collettiva. – 4. Conclusioni: una proposta da sostenere e migliorare.

### 1. *Considerazioni preliminari e generali sulla proposta di direttiva*

La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea dell'ottobre 2020 si inserisce in una nuova fase evolutiva del Diritto dell'Unione europea, avviata già prima della emergenza sanitaria del 2020<sup>1</sup>, rapidamente divenuta crisi socio-economica europea e mondiale e da questa crisi probabilmente accelerata. La nuova fase, caratterizzata da un rinnovato impegno degli Stati europei a raccordare i diversi sistemi nazionali non solo in una dimensione di mera integrazione delle dinamiche di mercato, riprende in modo significativo il percorso di costruzione della c.d. Europa sociale. In questo quadro la proposta in esame merita grande attenzione, sia perché tocca più profili cruciali dal punto di vista sociale, economico e politico degli ordinamenti giuridici nazionali, sia perché per la prima volta configura un intervento di vera e propria armonizzazione in una materia delicatissima come la determinazione delle condizioni di lavoro che si riflettono sui livelli retributivi. Tale intervento viene infatti realizzato attraverso una direttiva – alla fine di tipo “ordinario” (cioè non “negoziato”) – che in materia di politiche sociali è tra le fonti del diritto dell'Unione più dirette e incisive sugli ordinamenti giuridici nazionali.

<sup>1</sup> Ne accenno in *Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 400/2019.

Merita anche attenta considerazione il fatto che tale proposta di direttiva sia stata preceduta – come peraltro era doveroso in attuazione dell’art. 154 del TFUE – da un puntuale esperimento delle procedure del c.d. dialogo sociale avviate sin dal 2019<sup>2</sup>, e conclusesi, nel settembre del 2020, con la constatazione dell’impossibilità di percorrere la via del negoziato con le parti sociali, eventualmente da recepire in una direttiva suffragata da un pieno consenso dei soggetti rappresentativi dei diversi interessi.

Probabilmente anche a causa della sua sofferta genesi, la proposta di direttiva appare abbastanza ben motivata con riguardo a cinque aspetti tanto importanti quanto complessi: a) la base giuridica, rinvenuta nell’art. 153, par. 1, lett. *b* del TFUE, che consente la procedura legislativa ordinaria in materia di “condizioni di lavoro”<sup>3</sup>; b) la necessità di approvare la direttiva in considerazione della maggiore efficacia dell’azione dell’Unione rispetto a quella dei singoli Stati da cui si ricava il pieno rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, che sempre devono ispirare l’utilizzazione degli strumenti normativi di armonizzazione; c) la lungimiranza politico-sociale dell’intervento normativo, vista la crescente incidenza di *working poors* nelle varie realtà nazionali e l’espansione di attività economiche e settori nei quali ha difficoltà a giungere la tradizionale strumentazione sindacale a sostegno dell’adeguatezza dei salari; d) l’analisi degli impatti, escludendosi che questa normativa possa incidere negativamente sui livelli occupazionali e sul ruolo della contrattazione collettiva; d) il profilo dell’effettività, manifestandosi piena consapevolezza e sostegno all’azione ispettiva e sanzionatoria delle frequenti violazioni delle normative nazionali a tutela dei salari minimi, tanto di natura contrattuale quanto di natura legale.

Particolarmente apprezzabile è la proposta nei passaggi argomentativi in cui si sottolinea il collegamento valoriale e giuridico della tutela di salari adeguati al riconoscimento di diritti fondamentali alle lavoratrici e ai lavoratori europei (artt. 23 e 31 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea).

Al riguardo va anche posto in prioritario rilievo il fatto che l’ambito di applicazione della direttiva non sembra limitato ai lavoratori

<sup>2</sup> Formalmente dal 14 gennaio 2020. In merito v., puntualmente, A. LO FARO, *L’iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 539 ss.

<sup>3</sup> Sugli argomenti a favore di questa soluzione si rinvia a A. LO FARO, *L’iniziativa*, cit., p. 545. L’argomentazione relativa alla base legale potrebbe però essere irrobustita, come si dirà nel successivo paragrafo.

subordinati, dal momento che l'art. 2 (ma v. anche il *considerando* n. 17) usa una definizione sufficientemente ampia da ricomprendere anche quell'area grigia situata tra la subordinazione e il lavoro autonomo vero e proprio, che, con riferimento all'Italia, oggi potrebbe abbracciare gran parte del lavoro etero-organizzato, dei contratti di collaborazione e, persino, fattispecie come i c.d. *riders* autonomi per i quali la legge prevede fisiologicamente che i trattamenti retributivi debbano essere definiti tramite contratti collettivi.

L'apprezzabile impegno istruttorio e argomentativo come l'ampio raggio di applicazione non valgono però a mascherare alcune rilevanti criticità legate ad un rispetto molto profondo delle caratteristiche dei sistemi nazionali di determinazione dei salari<sup>4</sup>, probabilmente dovuto anche alle difficoltà che hanno ostacolato il percorso negoziato cui già si è accennato. Tra i più evidenti si segnalano tre aspetti: a) la direttiva ha solo l'obiettivo di definire un quadro di regole volto a determinare livelli adeguati di salari minimi e l'accesso dei lavoratori alla tutela garantita dal salario minimo, ma fa salva la scelta degli Stati membri di fissare salari minimi legali *oppure* affidarsi ai contratti collettivi, né «può essere interpretata in modo tale da imporre agli Stati membri nei quali la determinazione dei salari sia garantita mediante contratti collettivi l'obbligo di introdurre un salario minimo legale o di rendere i contratti collettivi universalmente applicabili» (art. 1); b) poiché l'unico o il più rilevante obiettivo generale della direttiva è quello di aumentare la copertura della contrattazione collettiva, assume un valore cruciale la sostanziale esclusione dall'ambito di operatività della proposta degli Stati membri in cui sia riscontrabile un tasso di copertura contrattuale pari al 70% (art. 4.5), tra i quali, secondo i dati finora noti, al momento rientrerebbe l'Italia (ma v. *infra*); c) manca qualsiasi indicazione vincolante quali/quantitativa sul livello adeguato dei salari sul quale debbono assestarsi le normative nazionali di trasposizione della direttiva. Nel testo della direttiva si rinviene infatti solo in premessa (*considerando* n. 21) un riferimento al 60% del salario nazionale lordo mediano o al 50% del salario lordo medio (anche se originariamente il riferimento era contenuto in una disposizione).

Le disposizioni piuttosto interessanti e innovative sono invece quelle riguardanti gli Stati in cui sono previsti salari minimi legali (Capo II), destinate evidentemente anche a quegli Stati che dovessero

<sup>4</sup> Colpisce qui l'influenza sui contenuti della proposta della contrarietà dei paesi scandinavi: v. l'intervista a Luca Visintini, in *Boll. Adapt*, 2020.

introdurli nei prossimi anni, tra i quali potrebbe rientrare l'Italia se si considera il dibattito scientifico e politico che in materia si è andato intensificando negli ultimi cinque anni (v. *infra*). Non si va comunque oltre la previsione di alcuni criteri abbastanza generali per fissare il livello adeguato dei salari minimi (artt. 5-6); una netta promozione del coinvolgimento delle parti sociali nella determinazione e nell'aggiornamento dei salari minimi legali (art. 7); l'obbligo di rafforzare controlli e ispezioni sui salari minimi legali, perseguendo in maniera proattiva le imprese non conformi e garantendo trasparenza e accessibilità dei dati sui salari minimi (art. 8). Degno di rilievo è l'art. 6.1 che consente «salari minimi legali diversi per specifici gruppi di lavoratori», sempreché obiettivamente e ragionevolmente giustificati da un obiettivo legittimo, mantenendo le variazioni al minimo e garantendo proporzionalità, temporaneità e carattere non discriminatorio.

Di rilievo sono anche le disposizioni orizzontali (capo III) specie laddove impongono agli Stati membri: a) di adottare misure adeguate perché le imprese nell'esecuzione di appalti pubblici e contratti di concessione si conformino – oltre ai salari minimi legali – «ai salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti» (art. 9); b) di sviluppare strumenti efficaci di raccolta dei dati per monitorare la copertura dei contratti collettivi e l'adeguatezza dei salari minimi (art. 10).

In effetti, pur apprezzandosi l'opportunità e il coraggio della proposta in esame, la stessa base giuridica su cui la direttiva viene fondata conduce ad un intervento che ha un significato limitato in molti contesti nazionali. Costituendo infatti le “condizioni di lavoro” una “strada assai scivolosa”, la proposta si limita a individuare e richiedere la predeterminazione nei diversi contesti nazionali di sistemi regolativi in grado di migliorare l'adeguatezza dei salari minimi, senza però neanche indicare uno *standard* comune da realizzare. In tal modo la direttiva non tende affatto a uniformare, nemmeno in parte, gli elementi costitutivi dei salari né a istituire un salario minimo comunitario, ma, rispettando in pieno gli orientamenti della Corte di giustizia europea risalenti a oltre dieci anni fa, si limita «a coordinare le forme di determinazione dei salari minimi già esistenti in ciascuno degli Stati membri»<sup>5</sup>. Per di più escludendone del tutto la necessità dove continuino a sussistere degli efficienti sistemi di contrattazione collettivi, dove per efficienza si intende essenzialmente il tasso di copertura contrattuale.

<sup>5</sup> V. Ancora A. LO FARO, *L'iniziativa*, cit., p. 545.

I difficili equilibri che hanno preceduto la proposta, pur risultando in parte superati, si riflettono così nei già segnalati limiti relativi ai contenuti della direttiva. E tali limiti appaiono tanto più rilevanti negli Stati in cui le questioni di garanzia dei salari minimi si pongono a un livello più sofisticato rispetto agli Stati in cui i bassi salari si coniugano con una totale assenza di contrattazione collettiva.

Venendo in particolare al nostro Paese, la situazione italiana è indubbiamente molto diversa rispetto a quei Paesi in cui, pur magari essendoci un salario minimo legale, il sistema di contrattazione collettiva è debole o pressoché inesistente. Nonostante tale diversità, si segnala però un problema sempre più acuto di riduzione dei livelli salariali medi che dà vita ad una nuova «questione salariale»<sup>6</sup>. Anche se l'emergenza sanitaria ha parzialmente messo la sordina al problema e la più recente contrattazione nazionale, dopo un avvio all'insegna di una grande conflittualità, si sta sviluppando in modo piuttosto interessante anche in ordine ai trattamenti economici minimi (oggi TEM, secondo il nuovo contenitore regolativo coniato da un importante accordo interconfederale del 2018 – il c.d. Patto della Fabbrica – in parte implementato dalla contrattazione nazionale), è difficile che si riesca a tornare senza alcun intervento legislativo ad un sistema di contrattazione collettivo in grado di garantire a tutti i lavoratori un salario minimo adeguato (come accadeva 15/20 anni fa). Perciò l'approvazione di una legge sulla contrattazione e/o sui salari minimi potrebbe essere molto importante. La proposta di direttiva, opportuna in una dimensione sovranazionale, invece non sembra atagliarsi alla situazione italiana. E rischia, anzi, di avere effetti controproducenti non richiedendo sostanzialmente nessuna misura specifica di trasposizione, salvo l'eventuale approvazione di una legge sul salario minimo legale che, per ovvie ragioni, dovrebbe essere conforme alla proposta di direttiva in esame.

<sup>6</sup> Da ultimo v. N. GIANGRANDE, *La questione salariale in Italia. Un confronto con le maggiori economie dell'Eurozona*, Fondazione Di Vittorio, 2020. Molto interessante ed utile è al riguardo constatare come il dibattito italiano sull'introduzione di un salario minimo legale – piuttosto risalente – si ponga oggi in termini profondamente diversi dagli anni '80 del secolo scorso, ai quali pure risalgono molte modifiche della disciplina legale dei salari dirette ad affrontare nodi ancora oggi irrisolti. Qui una bella monografia di M. ROCCELLA (*I salari*, Bologna 1986) ricostruisce in modo completo ed efficace il clima sindacale e il dibattito giuridico di quella stagione. Invece per un riepilogo critico delle principali proposte delle ultime due legislature v. L. ZOPPOLI, *L'intervento del legislatore sulla questione salariale: opportunità e modalità*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, quaderno 5, p. 73 ss.



Per massima chiarezza va però precisato che l'ultima osservazione non attiene al piano strettamente formale, dal momento che la proposta di direttiva, come di consueto, lascia comunque la possibilità di discipline nazionali di maggior favore (art. 16); e, come si è visto, non dovrebbe revocare in dubbio la possibilità di lasciare in vigore norme ritagliate sulle esigenze di specifici gruppi di lavoratori, anche al di là dell'area del lavoro subordinato in senso stretto (come i *riders autonomi*<sup>7</sup>).

In ogni caso, sul piano delle politiche del diritto e della tempistica dei risultati, la direttiva in esame sembra segnalare una minore urgenza della situazione italiana in quanto il tasso di copertura contrattuale normalmente indicato per l'Italia si pone ben oltre il 70%<sup>8</sup>. Al riguardo per le ragioni anzidette c'è a mio parere sia da approfondire attendibilità e significati di tali dati quantitativi sia da tener conto che una questione salariale si pone indipendentemente dal tasso di copertura contrattuale.

## 2. *I limiti della base giuridica della proposta di direttiva*

Il punto che può essere molto utile chiarire ora, persino a prescindere dalla sua definitiva approvazione, è se una direttiva sui salari minimi potrebbe basarsi su una base giuridica meno limitante.

Come ben noto la prima ragione per cui appare difficile dettare in materia regole vincolanti è la precisa scelta – risalente alla originaria “frigidità sociale” della CEE del 1957, ma rinverdata con le varie riforme dei trattati che hanno dato vita alla c.d. Europa sociale, a partire dall'art. 2 dell'Accordo sulle politiche sociali allegato al protocollo di Maastricht del 1991 – di escludere “la retribuzione” dalla competenza delle fonti tipicamente volte all'armonizzazione dei diritti nazionali (art. 136, par. 5, TCE, ora 153, par. 5, TFUE). Sia sul piano delle politiche sia su quello delle *soft law*, si sono poi registrati per lungo tempo indirizzi contrastanti: da un lato si espri-

<sup>7</sup> Sul punto v. anche M. DELFINO, *Proposta di direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 2.

<sup>8</sup> Comunque la Commissione lavoro del Senato italiano si è espressa in senso favorevole alla proposta di direttiva nel marzo 2021. Da interpretare è invece il fatto che nel Piano nazionale di ripresa e resilienza presentato dal Governo Mario Draghi alla fine di aprile 2021 è stato eliminato il riferimento alla legge sul salario minimo legale, che pure era nei programmi di questo Governo come di quello precedente presieduto da Giuseppe Conte.

meva un sostegno all'introduzione di un salario minimo nei vari Stati con risoluzioni del Parlamento europeo, che ne individuavano anche un livello ottimale intorno al 60% del salario medio nazionale<sup>9</sup>, e dichiarazioni altisonanti delle istituzioni con responsabilità anche sociali<sup>10</sup>; dall'altro si indicavano requisiti di risanamento ad opera delle istituzioni economiche<sup>11</sup> che legavano strettamente salari e produttività, con forte accentuazione sulla flessibilità salariale (ad esempio contrastando ogni forma di indicizzazione automatica) e scarsa attenzione alla problematica dell'uniformizzazione dei criteri di determinazione dei salari minimi. O addirittura con un uso della legislazione sui minimi salariali ai fini di contenimento generale del costo del lavoro, come per il rispetto dei parametri europei dopo la crisi finanziaria di circa dieci anni da parte della Grecia<sup>12</sup>.

Intanto, anche nei Paesi dove c'era un salario minimo legale, si rilevavano grandissime differenze: da Paesi con un minimo legale di 1,72 euro/ora (Bulgaria) a Paesi dove il minimo era 11,97 euro/ora (Lussemburgo); Paesi dove il salario minimo valeva il 40% circa del salario medio e Paesi dove superava il 60% (v. Repubblica Ceca e Francia, ad esempio<sup>13</sup>). Nonché Paesi senza salari minimi nei quali però si presumeva che la determinazione giurisprudenziale dei sa-

<sup>9</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 15 novembre 2007 sull'inventario della realtà sociale (2007/2104(INI)) e Risoluzione del Parlamento europeo del 9 ottobre 2008 sulla promozione dell'inclusione sociale e la lotta contro la povertà, inclusa la povertà infantile, nell'Unione europea (2008/2034(INI)). Per un quadro aggiornato v. A. GARNERO, *Un salario minimo per legge in Italia? Una proposta per il dibattito*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 812 ss.

<sup>10</sup> V. le dichiarazioni di Jean-Claude Juncker (allora presidente uscente dell'Eurogruppo del Parlamento europeo) del gennaio 2013.

<sup>11</sup> V. la Risoluzione del Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011 sull'*Euro plus pact*, la Raccomandazione del Consiglio del 7 giugno 2011 sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e che formula un parere del Consiglio sul programma di stabilità aggiornato dell'Italia, 2011-2014 e la lettera all'Italia della BCE del 5 agosto 2011.

<sup>12</sup> V. *Recommendations Expert Group for the Review of Greek Labour Market Institutions*, presentate il 27 settembre 2016 composto da: Gerhard Bosch - Università di Duisburg-Essen, Wolfgang Däubler - Università di Brema, Juan Jimeno - Banca centrale di Spagna, Ioannis Koukiadis - Università di Salonicco, António Monteiro Fernandes - Istituto Universitario di Lisbona, Pedro Silva Martins - Queen Mary University, Jan van Ours (presidente) - Università Erasmus da Rotterdam, Bruno Veneziani - Università di Bari.

<sup>13</sup> V. T. SCHULTEN, M. LUEBKER (a cura di), *WSI Minimum Wage Report*, Düsseldorf 2019. Il WSI (Institute of Economics and Social Research) è un istituto dell'Hans-Böckler-Stiftung di Düsseldorf.

lari garantisce un minimo deducibile dai contratti collettivi pari al 60/70% dei salari medi (Italia).

Dinanzi a questa situazione di crescenti diseguglianze<sup>14</sup>, si potevano registrare sia vari tentativi di origine dottrinale volti a forzare i limiti normativi dei Trattati europei<sup>15</sup>, sia la denuncia della sempre più evidente e stridente «anomalia del diritto sociale europeo che esclude dalle sue competenze il tema del salario»<sup>16</sup>.

Quanto alle proposte interpretative che segnalavano la non insuperabilità delle norme che escludono la competenza degli organi europei nella disciplina dei salari, in passato si è suggerito di non leggere l'art. 136, par. 5, TCE in modo avulso dal contesto del Trattato e di tener conto, da un lato, della *ratio* di quella limitazione e, dall'altro, della connessione di regolazioni dei minimi salariali con finalità di progresso sociale presenti nei Trattati vecchi e nuovi<sup>17</sup>. Entrambe sono buone argomentazioni e sono state in parte suffragate dalla successiva evoluzione normativa e giurisprudenziale, almeno nel senso che la regolazione delle competenze normative europee rinvenibile nei Trattati non ha arrestato né la progressiva costituzionalizzazione di diritti fondamentali che riguardano anche materie non «comunitarizzate» in precedenza (si pensi allo sciopero) né interpretazioni giurisprudenziali dalle quali sono derivati vincoli giuridici anche in materie non regolabili attraverso direttive<sup>18</sup>. Tuttavia occorre dare conto del fatto che, soprattutto la Corte di giustizia, non è andata oltre forzature minime alla disciplina letterale dei Trattati, in genere dirette a sostanziare la parità salariale di genere o il diritto alle ferie nei loro profili retributivi, senza però discostarsi da un'interpretazione dell'art. 153, par. 5, TFUE che vede in esso un

<sup>14</sup> Per la cui crescente pericolosità v. J. STIGLITZ, *The price of inequality*, London 2013, e il rapporto Oxfam del 18 gennaio 2017, *Un'economia per l'1%*, in *www.oxfam.org*.

<sup>15</sup> A. OCCHINO, *Minimi salariali e Comunità europea*, in *Dir. lav.*, 2001, p. 149 ss.

<sup>16</sup> P. LOI, *La retribuzione: competenza esclusiva degli Stati membri?*, in G. LOY (a cura di), *Lavoro, Europa, Diritti. In ricordo di Massimo Roccella*, Roma 2012, p. 223.

<sup>17</sup> A. OCCHINO, *Minimi salariali*, cit., p. 149 ss.

<sup>18</sup> Specificamente in materia retributiva: v. le sentenze Corte giust., 17 maggio 1990, C-262/88, *Barber*; Corte giust., 19 novembre 1998, C-66/96, *Høj Pedersen*; Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*; Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*; Corte giust., 15 settembre 2011, C-155/10, *Williams e a.*: in tema P. LOI, *La retribuzione*, cit., p. 218 ss. E, più di recente, M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli 2019, cap. IV.

ostacolo ad atti di «uniformizzazione di tutti o parte degli elementi costitutivi dei salari e/o del loro livello negli Stati membri o [...] istituzione di un salario minimo comunitario»<sup>19</sup>.

A me non pare però che la Corte di Lussemburgo abbia prodotto il massimo sforzo interpretativo per adeguare le competenze di organi e fonti comunitari, per un verso, al mutato quadro delle regole contenute nei Trattati e, per l'altro, alle diverse condizioni dei mercati interni ed internazionali. Oltre a quanto detto in precedenza, occorrerebbe anche tener conto del fatto che un'esclusione assoluta della materia retributiva dalle competenze di regolazione europea aveva un diverso significato quando l'integrazione riguardava pochi Stati con *standard* socio-economici sempre più vicini. Oggi parliamo di 27 Stati con caratteristiche socio-economiche diverse, ma con possibilità di delocalizzazioni produttive molto facilitate da regole commerciali, dall'innovazione tecnologica e dei sistemi di trasporto. Il rischio di provocare squilibri nella circolazione dei capitali a danno dei paesi più sviluppati è forte, senza che ciò si traduca necessariamente in una maggiore competitività dell'economia dell'Unione (art. 151, par. 2, TFUE).

A parte le considerazioni di scenario complessivo, occorre anche dare peso adeguato al fatto che, a partire dalla riforma di Amsterdam (1997-98), è mutato il sistema regolativo dei Trattati, nel senso che in essi ha un peso maggiore che in passato la politica sociale (e non solo grazie alla Carta dei diritti fondamentali, che pure è vigente ormai da oltre dieci anni) e che le medesime espressioni normative possono mutare significato dovendo essere interpretate alla luce della regolazione complessiva di una materia che può avere nuovi riflessi su finalità e istituti riguardanti i rapporti di lavoro. Proprio la materia retributiva risente a mio parere di queste innovazioni normative, in quanto la retribuzione, nel diritto europeo nazionale e sovranazionale, è inscindibilmente connessa a parametri di determinazione

<sup>19</sup> Così in Corte giust., 15 aprile 2008, *Impact*, cit., p.to 123, e Corte giust., 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, cit., p.to 40. Più di recente (Corte giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*) pure si ribadisce che «la questione della retribuzione dei lavoratori [...] esula, ai sensi dell'art. 153, paragrafo 5, TFUE, dalla competenza dell'Unione», ma, oltre ad essere un caso risalente al 2015, va anche considerato che si parla sempre di una direttiva, quella sull'orario di lavoro, approvata 17 anni fa e non riconducibile in alcun modo alla retribuzione intesa come obbligazione sociale. Più recente e ugualmente poco rassicurante Corte giust., 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo*, su cui pure v. M. DELFINO, *Proposta*, cit.

non puramente mercantili che la fanno gravitare, almeno in parte, verso la natura giuridica di diritto sociale fondamentale. Se questo è vero, non si vede perché la recente giurisprudenza della Corte di giustizia non debba più ampiamente attrarre la materia retributiva nella tendenza ad ampliare gli spazi della solidarietà europea, una tendenza che è più o meno direttamente connessa alla deterritorializzazione del diritto del lavoro ma anche del *Welfare State* (fenomeno osservato soprattutto in relazione a regole e interpretazioni in tema di libertà di circolazione e distacco dei lavoratori, dove le recenti direttive oltre tutto regolano abbastanza incisivamente la retribuzione da garantire ai lavoratori distaccati<sup>20</sup>; ma che si potrebbe anche rilevare nelle nuove linee di regolazione riguardanti le garanzie di trasparenza e prevedibilità dei diritti fondamentali nelle condizioni di lavoro<sup>21</sup> e l'economia sostenibile<sup>22</sup>).

Così stando le cose, la retribuzione può oggi essere considerata nella sua valenza di diritto sottratto ad una regolamentazione puramente mercantile, affidata interamente allo scambio commutativo e alla mera regola corrispettiva. Un preciso punto di emersione di tale natura giuridica è l'art. 4 della Carta sociale europea (1961/1996), di cui l'Unione e gli Stati membri devono tener conto nel determinare le politiche sociali comuni e nazionali (art. 151, par. 1, TFUE), che caratterizza il diritto ad un'equa retribuzione come «diritto dei lavoratori ad una retribuzione sufficiente tale da garantire ad essi e alle loro famiglie un livello di vita dignitoso». E la dignità viene non a caso richiamata anche dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sul diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque. Senza contare che se la retribuzione non consente un'esistenza dignitosa, la medesima Carta, con l'art. 34, par. 3, riconosce il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa «a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti»: con un evidente nesso tra livello di vita consentito da un lavoro retribuito e doveri di solidarietà collettiva che

<sup>20</sup> V. G. ORLANDINI, *Il dumping salariale nell'Unione europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in S. BORELLI, A. GUZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Napoli 2019, p. 105 ss.

<sup>21</sup> La direttiva 2019/1152 del 20 giugno 2019 considera in varie norme la retribuzione come una delle condizioni di lavoro di cui va assicurata la massima trasparenza e prevedibilità (art. 4.2, lett. *k*; art. 5.1; art. 7.2, lett. *a*)

<sup>22</sup> V. EUROPEAN COMMISSION, *Employment and Social Developments in Europe. Sustainable growth for all: choices for the future of Social Europe*, Annual Review 2019, spec. cap. 6. In tema, con riferimento all'Italia, v. B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, in [www.csdlle.lex.unict.it](http://www.csdlle.lex.unict.it)

si estendono fino alla previsione di un reddito minimo garantito. I legami tra regolazione dei salari e politiche sociali non potrebbero essere più evidenti, almeno sul piano normativo (con tutto quanto ne consegue in termini di ripartizione dei relativi oneri).

La necessità di imboccare percorsi più trasparenti e chiari per regolare la materia è per la verità evidente anche nei tentativi più recenti di ridare fiato alla c.d. Europa sociale. Particolarmente significativo è il c.d. Pilastro europeo dei diritti sociali approvato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione europea durante il vertice sociale per l'occupazione e la crescita (Goteborg, 17 novembre 2017). Il Pilastro europeo dei diritti sociali mira a «creare nuovi e più efficaci diritti dei cittadini», affermando 20 principi chiave, di cui il n. 6 è dedicato alle retribuzioni e recita: «i lavoratori hanno diritto a una retribuzione equa che offra un tenore di vita dignitoso. Sono garantite retribuzioni minime adeguate, che soddisfino i bisogni del lavoratore e della sua famiglia in funzione delle condizioni economiche e sociali nazionali, salvaguardando nel contempo l'accesso al lavoro e gli incentivi alla ricerca del lavoro. La povertà lavorativa va prevenuta. Le retribuzioni sono fissate in maniera trasparente e prevedibile, conformemente alle prassi nazionali e nel rispetto dell'autonomia delle parti sociali».

In considerazione degli sviluppi del diritto europeo degli ultimi dieci anni, si potrebbe perciò sostenere oggi che il riferimento alla retribuzione nell'art. 153, par. 5, TFUE va inteso in senso restrittivo, cioè con riferimento a quella componente dell'obbligazione retributiva interamente riconducibile alla corrispettività tra prestazioni che deve riflettere i valori di mercato, registrandone per intero le dinamiche concorrenziali. Resterebbe invece esclusa da questa materia ogni regolazione della retribuzione che riguardi la dimensione sociale dell'obbligazione salariale, cioè le regole che si ispirano a finalità di inclusione/coesione sociale e solidaristica<sup>23</sup>. Per questo secondo aspetto la retribuzione ben potrebbe essere ricondotta senza remora alcuna alle «condizioni di lavoro» di cui all'art. 153, par. 3, come appunto ritiene la Commissione nel formulare la proposta di direttiva in esame.

Se tutto ciò non fosse sufficiente a coonestare una interpretazione tale da incidere sulle competenze di cui all'art. 153 TFUE – perché

<sup>23</sup> Com'è noto sostengo questa doppia natura giuridica dell'obbligazione retributiva sin dal 1991 e l'ho riproposta nel mio recente studio *La retribuzione*, in P. CURZIO, L. DI PAOLA, R. ROMEI (a cura di), *Lavoro*, Milano 2018.

tale norma sembra congegnata in modo da resistere anche ad una rivisitazione storico-evolutiva del diritto alla retribuzione nel quadro della regolazione in materia di sicurezza e protezione sociale dei lavoratori – si può aggiungere che una più incisiva determinazione dei salari minimi – che almeno valga a fissare uno *standard* in proporzione ai salari mediani nazionali – potrebbe trovare fondamento anche nelle finalità di contrasto al *dumping* sociale<sup>24</sup>.

Ciò detto, è fin troppo evidente che sforzarsi di superare l'anomalia di un diritto sociale europeo che si disinteressa delle diseguaglianze salariali ha poco senso se si guarda al passato, ossia agli indirizzi di *Euro plus* contro le indicizzazioni e per il nesso salari produttività, entrambi diretti a comprimere i salari minimi e reali<sup>25</sup>. Ma è altrettanto evidente che la stagione che ora si sta vivendo in Europa è del tutto diversa. Certo occorre aver presente che in futuro si riproporranno problemi di contenimento e rientro da esposizioni debitorie comuni o dei singoli Stati. Però oggi si può riconoscere maggiore spazio alle esigenze di ridurre povertà e diseguaglianze sociali perseguendo gli interessi generali, anche delle future generazioni, con una lente meno polarizzata dalle dinamiche neo-liberiste e con una maggiore coerenza tra politiche e assetti normativi.

Anche per quanto appena detto è apprezzabile lo sforzo fatto con la proposta di direttiva oggetto di questa memoria. Con essa si manifesta la chiara volontà politica di non lasciare solo alla *soft law* una tematica così delicata per l'intera Unione come quella dei salari minimi adeguati. Volontà ancora più apprezzabile se si consi-

<sup>24</sup> In tal senso già M. DELFINO, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, cit.; più di recente A. LO FARO, *L'iniziativa*, cit., p. 547.

<sup>25</sup> V. G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012; M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *Politica salariale e contrattazione collettiva*, in G. LOY, *Lavoro*, cit., p. 253 ss.; J.C. GARCÍA QUIÑONES, *El régimen jurídico de la retribución en el rodenamiento español: herencias y tendencias*, in *Relac. laborales*, 2013, p. 33 ss.; E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, P. CHIECO, "Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della governance europea, e A. PIZZO FERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, tutti in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, rispettivamente, p. 455, p. 359 e p. 411; M. DELFINO, *Prove generali di regolazione legale del salario minimo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2015, p. 694 ss.; F. GUARRIELLO, *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, in AA.Vv., *Atti delle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli 2017; S. GIUBBONI, *Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*, in *Dir. lav. merc.*, 2019, n. 1.

dera anche che il percorso negoziale tra le parti sociali europee, pur perseguito con intenti non solo di ossequio formale alle norme sul dialogo sociale, non è apparso pienamente perseguibile nei tempi e con i contenuti preferibili<sup>26</sup>.

Non si può però ignorare che l'accelerazione impressa dalla proposta di direttiva in esame non tanto si giustifica alla luce dei suoi contenuti poco incisivi e si spiega solo alla luce dei difficili equilibri che ne sono all'origine. L'impressione è che in questo caso le parti sociali che hanno mostrato più paura e timidezza abbiano favorito una proposta alquanto blanda e di incerto impatto negli Stati con sistemi di relazioni industriali più arretrati e di remota attuazione negli Stati con sistemi di relazioni industriali più avanzati. In questo modo l'impraticabilità del percorso negoziale, pure valorizzato a valorizzabile in molti modi nella disciplina dei Trattati<sup>27</sup>, sembra allungare la sua ombra anche su una procedura legislativa ordinaria che risponde a valutazioni diverse da quelle espresse dalle parti sociali (o da alcune di esse) e diretta a garantire diritti fondamentali dei lavoratori ben oltre quanto previsto da mere logiche di prevenzione del *dumping* sociale. Sarebbe allora opportuno migliorarne i contenuti, uscendo da una certa ambigua ritrosia e rendendo la direttiva più significativa anche per Paesi come l'Italia, la Germania e i Paesi scandinavi. Se infatti iniziative del genere non sono improntate ad un sufficiente grado di coerenza tra premesse analitiche e scelte regolative, difficilmente si può realizzare l'obiettivo di *standard* più elevati di giustizia sociale negli Stati di più recente ingresso nell'Unione.

### 3. Rilevanza della direttiva nel contesto italiano di crisi endemica del sistema di contrattazione collettiva

Per cogliere a questo punto l'inadeguatezza della proposta in esame per il sistema italiano, occorre aver ben chiaro che esso presenta forti elementi di criticità risalenti a vari anni orsono e lontani dall'essere risolti. Anche dalle più recenti ricerche comparate<sup>28</sup>

<sup>26</sup> V. LO FARO, *L'iniziativa*, cit.; v. anche gli interventi di A. ALAIMO e F. GUARIELLO, in risp. p. 112 ss. e p. 123 ss.

<sup>27</sup> V. già L. ZOPPOLI, *Políticas europeas para la competitividad, salarios mínimos y tutela del poder adquisitivo de las retribuciones en Italia tras el acuerdo de noviembre de 2012*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT -99/2013, p. 5 s.

<sup>28</sup> V. ad esempio, J. CRUZ VILLALON (a cura di), *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Madrid 2018.



emerge infatti con chiarezza che il sistema italiano è tra quelli più profondamente intaccati dalle riforme, dirette o indirette, degli ultimi dieci anni. Ciò emerge con riguardo a vari aspetti e, soprattutto, con riguardo al rapporto tra le fonti e alla struttura della contrattazione, nei quali si rileva come sempre più incerta sia la collocazione del contratto rispetto alla legge e come si registri un decentramento della contrattazione collettiva avvenuta al di fuori di un efficace coordinamento e quindi in modo disordinato, dando probabilmente luogo a tendenze che altri hanno definito di riaccentramento occulto o impotente o, al contrario, di decentramento non governato<sup>29</sup>.

Colpisce anche come il sistema italiano sfugga spesso ad ogni sforzo classificatorio. Ad esempio in almeno un paio di classificazioni proposte dalla ricerca citata, l'Italia non compare, anche quando i dati "oggettivi" consentirebbero di inserirla in uno dei gruppi individuati. Questa notazione può dar luogo a più di una congettura problematica.

La prima congettura vorrei formularla rispetto a quello che per me è sempre stato un dato numerico importante e poco approfondito, cioè il tasso di copertura contrattuale. Questo tasso diventa molto importante proprio nella prospettiva indicata dalla proposta di direttiva che si analizza. L'Italia si attesterebbe intorno all'80% secondo dati ETUI e addirittura al 97% secondo il dato *Eurofound/ European Company Survey 2013*<sup>30</sup>. Si tratta di dati ben conosciuti, addirittura inerziali. Credo che siano costanti da decenni; ciononostante a me non sono mai apparsi convincenti<sup>31</sup>. A conferma di tale perplessità, la ricerca citata non classifica l'Italia tra i Paesi in cui tutto va per il meglio (cioè, nella ricerca appunto, quelli con oltre il 60% del tasso di copertura, che sono tutti i Paesi dell'Europa continentale; mentre i due Paesi di *Common law* sono sotto il 50%; e i paesi dell'Est tra il 20 e il 40%, ad eccezione della Slovenia che è ben oltre<sup>32</sup>). Ci possono essere varie spiegazioni per non ritenere

<sup>29</sup> Soprattutto M. CARRIERI, *Migliorare il decentramento contrattuale: come le parti affrontano questa sfida*, in C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Bologna-Roma 2017, p. 460 ss.

<sup>30</sup> V. la tabella a p. 134 del volume citato in nota 28.

<sup>31</sup> V. *funditus* L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro dalle ideologie alla numerologia? L'insostenibile pesantezza delle politiche, del diritto e dei tecnici del diritto*, in M. BROLLO, M. MARAZZA (a cura di), *Diritto del lavoro e mercato*, *Arg. dir. lav.*, 2015, quaderno n. 13, pp. 160-161.

<sup>32</sup> V. p. 34 e tabella a p. 134.

quel tasso così alto indicatore di buona salute della contrattazione collettiva italiana. La prima è che si tratti di un dato anacronistico, trasmesso tralaticciamente da organizzazioni sindacali e uffici pubblici. La seconda è che quel dato o è ambiguo nei significati (indica la copertura quanto ai minimi salariali? O la copertura rispetto a tutti gli istituti cui le imprese sono tenute *de iure* applicando i contratti?) oppure è reale, ma non è indicativo della qualità della copertura contrattuale perché fa di tuttata un'erba un fascio (sempre più contratti collettivi nazionali dai contenuti diversificati; contrattazione aziendale o territoriale numerosa, ma finalizzata spesso ad ottenere sgravi fiscali; dato della contrattazione aziendale fisiologica non superiore al 20/30% di aziende). Insomma vari sono i motivi per lasciare in sospenso l'attrazione dell'Italia tra i Paesi con la contrattazione collettiva in stato di salute eccellente sotto il profilo quantitativo: specie se questo argomento dovesse servire ad argomentare l'inutilità di interventi riformatori del legislatore.

La seconda congettura riguarda il decentramento contrattuale. Sicuramente nella legislazione e nella contrattazione collettiva italiana c'è uno spazio maggiore, normativo e culturale, per i livelli periferici della contrattazione e segnatamente per quello aziendale. Però le caratteristiche e il contesto di questo decentramento sono tali da renderlo estremamente ambiguo. Nei casi più eclatanti – come pure la ricerca sottolinea – il contratto aziendale sostituisce del tutto quello nazionale, assumendo le sembianze di un contratto di I livello di carattere però monoaziendale (FIAT/FCA/*Stellantis*). Per cui la contrattazione *multi-employer* in questo caso viene inglobata in un contratto con unico imprenditore e non può che cambiare del tutto regime giuridico, semplificando alcune problematiche (esempio: efficacia giuridica), ma complicandone altre (ad esempio applicabilità dell'art. 39 cost.). In altri casi il decentramento procede sull'abbrivio della legislazione che prevede un minor costo del lavoro per il salario connesso alla produttività e configura quindi comportamenti "opportunistic" convergenti delle parti, che però danno vita a contrattazioni aziendali laddove esistono imprese medio grandi – con conseguenti squilibri territoriali – e a contrattazioni territoriali alle quali non sempre corrispondono relazioni sindacali diffuse ed equilibrate. Tutto ciò avviene inoltre in uno scenario in cui i contratti nazionali si moltiplicano a dismisura, favorendo una competizione al ribasso dei trattamenti retributivi e normativi. Si può dunque fortemente dubitare della correttezza di una descrizione delle tendenze in termini di decentramento; potendosi invece intravedere una vera e propria fuga da un sistema di contrattazione articolato (in contrap-

posizione a quelli disarticolati) o comunque in grado di raggiungere un qualche visibile equilibrio. In questa situazione molto alto è il rischio di una destrutturazione del sistema contrattuale guidata solo da comportamenti opportunistici di corto respiro.

Al riguardo sembra emergere prepotente la necessità di una disciplina legale riguardante l'attore datoriale (magari sull'esempio francese<sup>33</sup>), di cui vanno contrastati orientamenti eccessivamente atomizzati.

L'anomalia del caso italiano continua ad essere la carenza di regole per il settore privato. Vista la proliferazione dei contratti nazionali<sup>34</sup> e la destrutturazione del sistema, ne esce esaltata la responsabilità delle imprese nel sistema nazionale di relazioni contrattuali.

Il patto della fabbrica del 2018 – che rappresenta un elemento di costruttiva e responsabile convergenza tra le principali parti sociali e che continua ad essere un importante riferimento a varie finalità, compresi i più recenti rinnovi contrattuali – avrebbe indicato una strada consensuale per tornare ad un sistema regolato e coordinato anche con un intervento legislativo rispettoso delle autonome scelte sociali<sup>35</sup>. Il nodo cruciale da risolvere, anche *considerando* i contenuti di questa importante proposta formulata dalle parti sociali italiane, è quello della perimetrazione delle c.d. categorie contrattuali – preliminare per il buon funzionamento di qualsiasi regolazione sui soggetti negoziali (anche datoriali) e sull'efficacia dei contratti nazionali – per le quali ancora non mi paiono emerse proposte sufficientemente precise. Eppure strade praticabili ce ne sarebbero<sup>36</sup>, pur avvertendosi che diventano sempre meno man mano che la si-

<sup>33</sup> V. T. TREU, *La contrattazione in Europa*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 395.

<sup>34</sup> Nel rapporto del CNEL del 2019 risultavano 885 CCNL vigenti, con un picco di 233 nel commercio. Al 30 giugno 2020 sono censiti 935 accordi di settore vigenti: v. M. BIAGIOTTI, S. TOMARO, L. VENTURI, *Un progetto per il nuovo archivio della contrattazione collettiva*, in CNEL, *XXII Rapporto su mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, Roma 2021.

<sup>35</sup> Per qualche dettaglio e riferimenti bibliografici rinvio al mio *Il lavoro tra vecchio e nuovo diritto: il diritto sindacale*, in *Labor*, 2018, n. 6, p. 637 ss.

<sup>36</sup> La "scuola napoletana" di Diritto del lavoro si è ampiamente e tempestivamente cimentata: v. *dir. lav. merc.*, 2014, n. 1, p. 155 ss. e, per il dibattito che ne è seguito, almeno, L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, M. DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Napoli 2014; *Riv. giur. lav.* (a cura di), *L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, Roma 2016; V. PAPA, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali. Rappresentanza, rappresentatività e contrattazione*, Torino 2017, spec. p. 146 ss. Da ultimo riepiloga e formula ulteriori proposte P.A. VARESI, *Pluralismo e rappresentatività*

tuazione si complica con la dilatazione del numero di veri o presunti contratti collettivi nazionali.

I principali partiti politici però hanno preferito prendere altre strade, scegliendo aspetti parziali e di maggior effetto, tra cui proprio la legislazione sul salario minimo, che però difficilmente può lasciare intatto un sistema contrattuale così caotico come quello esistente oggi in Italia.

Occorre infatti prendere atto che in Italia la contrattazione collettiva non è più quella emersa nella stagione in cui la giurisprudenza si era assegnata una fondamentale funzione regolatrice che suppliva all'assenza della legislazione sui minimi salariali. Né del resto il ruolo della giurisprudenza può essere travisato – almeno dai giuristi<sup>37</sup> – al punto da ritenerlo equiparabile a un quadro legale in cui viene assicurata efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi. Il riferimento ai minimi salariali stabiliti dalla odierna contrattazione collettiva non è più sufficiente a dare tutela al diritto di ciascun lavoratore ad un minimo retributivo degno di questo nome<sup>38</sup>.

Con questo non è affatto detto che una legge sui minimi sia la soluzione (o, come scrive Garnero, l'«uovo di Colombo»). Però è doveroso prendere atto, da un lato, che la soluzione a una garanzia di minimi salariali generalizzati e giusti non è più neanche la contrattazione che oggi abbiamo in Italia; e che anzi la contrattazione sembra sempre più piegata verso un governo dei salari dove per le fasce di lavoratori più deboli i salari si abbassano (al fine di conservare o aumentare l'occupazione, anche precaria) e negli altri casi i salari magari si alzano un po', soprattutto con l'intervento di incentivi pubblici. Il tutto con il sostegno di un legislatore che interviene in modo frammentario, in varie sedi e su vari istituti dei rapporti di lavoro, senza però mai affrontare la questione generale dell'equità salariale, in quanto l'autorità salariale è ancora formalmente attribuita alla contrattazione collettiva.

Il rischio di logoramento della contrattazione è così molto elevato. Perciò mi sembra opportuno pensare ad un nuovo ruolo della legge in materia salariale, che possa anche incidere in maniera positiva sul sistema della contrattazione collettiva.

*sindacale 50 anni dopo lo Statuto dei lavoratori*, relazione alle giornate di studio A.I.D.La.S.S. del 5/6 maggio 2021, Lucca.

<sup>37</sup> Più scusabile A. GARNERO, *Un salario minimo*, cit., p. 826.

<sup>38</sup> M.V. BALLESTRERO, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 238. Concordano tra l'altro gli economisti che rilevano la sempre maggiore diffusione di lavoro sottopagato e di economia sommersa (per tutti v. A. GARNERO, *Un salario minimo*, cit.).

#### 4. Conclusioni: una proposta da sostenere e migliorare

Al termine di questa sintetica analisi del quadro regolativo europeo e italiano, vigente o *in progress*, in materia di salari minimi, si possono formulare alcuni suggerimenti specifici in ordine alla proposta di direttiva in esame.

1. La direttiva è da sostenere, promuovendone una rapida approvazione, anche se sarebbe utile irrobustirne la base giuridica, fondandola su un'interpretazione più attuale delle norme dei Trattati (v. paragrafo 2).
2. I contenuti della direttiva potrebbero essere migliorati sia per gli Stati in cui c'è un salario minimo sia per gli Stati in cui non c'è (ancora).
3. Per gli Stati in cui c'è una legislazione sui salari minimi, occorrerebbe rafforzare l'obiettivo di giungere ad una certa soglia, da individuare in percentuale rispetto al salario medio nazionale, secondo indicazioni da tempo esistenti e che ora figurano solo nel preambolo della direttiva stessa.
4. Per gli Stati in cui non c'è un salario minimo – oltre a indicare egualmente una soglia quantitativa da garantire – occorrerebbe quanto meno rendere più incisive le disposizioni volte a rafforzare un sistema di contrattazione collettiva in grado di offrire garanzie retributive ai lavoratori certe e universalistiche. Sotto questo profilo ancorare la necessità di una trasposizione della direttiva al raggiungimento di un tasso di copertura contrattuale e non all'esistenza di un regime giuridico tale da attribuire efficacia *erga omnes* alle disposizioni di taluni contratti collettivi che presentino determinati requisiti di affidabilità appare un grave errore, perché condiziona il rafforzamento di tutele basilari dei lavoratori alle incertezze di un sistema di rilevazione disomogeneo e non verificabile del tasso di copertura contrattuale, quale quello in opera almeno in Italia. Vero è che in Italia c'è stata una recentissima riforma che, con un accorgimento nel sistema di comunicazione delle informazioni delle imprese agli apparati pubblici competenti in materia di lavoro (v. art. 16-*quater* del decreto “semplificazione” n. 76/2020, introdotto dalla legge di conversione n. 120 del settembre scorso), potrebbe migliorare l'attendibilità dei dati sull'applicazione della contrattazione collettiva. Ma tale dato normativo appare ancora embrionale. Inoltre tutti da interpretare saranno i riflessi delle informazioni che verranno raccolte sugli ambiti di applicazione dei diversi contratti che potrebbero anche non coincidere con l'ambito di applicazio-

ne previsto all'origine da un determinato contratto di categoria<sup>39</sup>. Pertanto sarebbe sbagliato approvare una proposta di direttiva come quella in esame senza ricomprendervi esplicitamente Paesi come l'Italia nei quali appare necessaria in tempi rapidi una profonda rivisitazione della disciplina legale che garantisca salari minimi adeguati, preferibilmente razionalizzando e rafforzando le regole in materia di contrattazione collettiva.

<sup>39</sup> Per qualche riflessione sul punto v. S. CIUCCIOVINO, *op. cit.* Per la dottrina italiana sulla proposta di direttiva v. M. BARBERA, *Osservazioni sulla proposta di direttiva della Commissione relativa a salari minimi adeguati nell'UE - COM(2020) 682 final*, Memoria per la XI Commissione (Lavoro pubblico e privato) della Camera dei deputati, 2020; V. BAVARO, S. BORRELLI, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, Memoria per la Commissione lavoro della Camera dei Deputati, 2020; F. BERGAMANTE, M. MOROCCO, M. CENTRA, *La direttiva sui salari minimi e la copertura della contrattazione collettiva in Italia. Una stima sulla base dei dati Inapp*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 144/2021; M. DELFINO, *Proposta*, cit.; G. DI FEDERICO, *The Minimum Wages directive Proposal and the External Limits of Art. 153 TFEU*, in *It. Lab. Law e-journal*, 2020, n. 13(2), p. 107 ss.; M. FAIOLI, *Salario minimo e Europa. Monitoraggio dei dati, distacco e appalti pubblici*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 142/2021; A. LO FARO, *L'iniziativa*, cit.; ID., *Al andar se hace camino: la Proposta di direttiva sul salario minimo tra ottimismo della volontà e...*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 142/2021; E. MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 1; ID., *L'ordinamento italiano di fronte alla proposta di direttiva su salari adeguati nell'Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2021, n. 1; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 1; L. RATTI, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 1; T. TREU, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, n. 1; L. ZOPPOLI, *Sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea del 28.10.2020 - COM(2020) 682 final*, Memoria per la Commissione lavoro della Camera dei Deputati (4 dicembre 2020).



SEZIONE SECONDA

Lavori flessibili e lavori precari  
fra subordinazione e autonomia





CRISTINA ALESSI

## Il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine: il dialogo recente tra Corte di giustizia e corti nazionali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza sul lavoro a termine come cartina di tornasole dell'evoluzione dei rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale. – 3. Il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici. *Different but equal*. – 4. Il caso dell'anzianità di servizio dei lavoratori a termine e i rapporti tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali.

### 1. Premessa

Il minimo che si possa dire di Massimo Roccella è che era uno studioso preparato e attento, tra i primi ad occuparsi dell'evoluzione del diritto (allora) comunitario e a comprendere le sue linee evolutive. Uno dei suoi contributi, peraltro in linea con gli studi di poco precedenti<sup>1</sup>, riguarda non a caso la disciplina dei lavori atipici nelle proposte di direttiva dei primi anni '90<sup>2</sup>, il cui contenuto verrà parzialmente ripreso negli accordi quadro allegati alle direttive 97/81/CE e 99/70/CE. L'attenzione alla giurisprudenza della Corte di giustizia e alle sue ricadute negli ordinamenti nazionali è un altro tratto significativo della sua produzione scientifica, che si è tradotto sia in numerosi contributi<sup>3</sup>, sia nell'impostazione complessiva del manuale scritto con Tiziano Treu<sup>4</sup>, affiancato non a caso da un volume dedicato a casi e materiali del nascente diritto europeo del

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Milano 1990.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 10, p. 27 ss.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997; M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Padova 2010.

<sup>4</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 1994.

lavoro<sup>5</sup>. Nella sua elaborazione, una particolare attenzione è sempre stata dedicata tanto all'influsso che il diritto del lavoro poteva avere nella costruzione del diritto europeo generale (a partire ad esempio dal caso *Franovich*), quanto all'apporto "di segno inverso", con particolare riguardo alle intersezioni tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza. Inutile ricordare quanto questi intrecci abbiano pesato, anche in tempi recenti, nel dibattito scientifico.

Nella disciplina dei rapporti di lavoro atipici, poi, questa interazione si è tradotta in un dialogo *multilevel*<sup>6</sup>, definito non a caso un vero e proprio laboratorio<sup>7</sup>, nel quale si sono sperimentate soluzioni innovative, anche per quanto attiene al diritto generale dell'UE. Il principio di parità di trattamento, in particolare, ha offerto alla Corte l'opportunità di esprimersi sulla diretta applicabilità delle previsioni delle direttive, il principio di non regresso quella di chiarire in quali limiti il legislatore nazionale può (o meno) discostarsi in senso peggiorativo dalle previsioni del diritto europeo. Su alcuni di questi profili ci si soffermerà nelle pagine che seguono, cercando di mettere in luce le più recenti implicazioni del dialogo tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali.

## 2. *La giurisprudenza sul lavoro a termine come cartina di tornasole dell'evoluzione dei rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale*

Uno dei profili di maggiore interesse della giurisprudenza della Corte riguarda senz'altro la questione dei limiti entro i quali opera il divieto, contenuto in tutte le direttive sui lavori atipici, di ridurre il livello di tutela esistente in un dato ordinamento al momento dell'entrata in vigore di una direttiva. La sentenza *Mangold*, com'è noto, era molto attesa proprio in ragione del fatto che per la prima volta la Corte avrebbe dovuto cimentarsi con la portata giuridica della clausola di non regresso<sup>8</sup> contenuta nella direttiva 99/70/CE, sulla quale la dottrina aveva riposto, fino a quel momento, una fidu-

<sup>5</sup> M. ROCCELLA, G. CIVALE, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino 1995.

<sup>6</sup> L. CALAFÀ, *Il dialogo "multilevel" tra corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 336 ss.; L. CALAFÀ, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 457 ss.

<sup>7</sup> M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017, p. 7 ss.

<sup>8</sup> M. ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 23/2004, p. 23.

cia piuttosto ampia<sup>9</sup>. Da questo punto di vista, la Corte sembra non disattendere le attese. Quanto alla portata della clausola, la Corte precisa che essa «copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo perseguito (dalla direttiva 1999/70/CE) possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate» (punto 51 della sentenza). Una simile apertura, tuttavia, viene controbilanciata dall'affermazione per cui «una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel contratto a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro *quando non è in alcun modo collegata all'applicazione dell'accordo stesso*» (punto 52). Insomma, tutt'altro che una forte limitazione della discrezionalità del legislatore nazionale, come sottolineato da subito in dottrina<sup>10</sup>. La successiva elaborazione della Corte di giustizia ha ulteriormente depotenziato la clausola in parola, collegandola al mantenimento del "livello generale" di tutela dei diritti riconosciuti in un dato ordinamento e riconoscendo al legislatore nazionale ampia discrezionalità nell'individuazione degli obiettivi che possono giustificare un abbassamento di detto livello<sup>11</sup>. Con ciò il dibattito sulle potenzialità della clausola di non regresso ha, invero, perso molto del suo *appeal*; nelle sentenze che hanno avuto ad oggetto la disciplina italiana del contratto a termine<sup>12</sup>, la Corte ne ha dato un'interpretazione «minimalista»<sup>13</sup>, che ha comportato il progres-

<sup>9</sup> Si vv. in proposito le osservazioni di M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 487 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE, G. DONDI, L. GAROFALO, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 537 ss.; L. CORAZZA, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 499 ss.

<sup>10</sup> L. CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 225 ss., sulla scorta delle osservazioni di M. ROCCELLA, *Diritto comunitario*, cit., p. 23 ss.; O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 266 ss.; L. CORAZZA, *Lavoro a termine*, cit., spec. 512 ss.; C. ALESSI, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in G. LOY (a cura di), *Lavoro, Europa, Diritti. In ricordo di Massimo Roccella*, Roma 2012, p. 65 ss.

<sup>11</sup> A partire da Corte giust., 23 aprile 2009, C-378/07, *Angelidaki*; si v. anche Corte giust., 8 luglio 2010, C-246/09, *Bulicke*.

<sup>12</sup> Si v. Corte giust., 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, punto 50 della motivazione; Corte giust., 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino I*, punto 63.

<sup>13</sup> M. AIAMO, *La Corte di giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 162.

sivo abbandono delle questioni di non conformità alla clausola 8 dell'accordo quadro sollevate sia davanti alla Corte che di fronte alla Commissione europea, sotto forma di denunce per inadempimento<sup>14</sup>. Del resto, analoghe contestazioni rispetto alla precedente riforma della disciplina del contratto a tempo determinato introdotta con il d.lgs. n. 368/2001 erano state respinte al mittente sia dalla Corte di giustizia<sup>15</sup> che dalla nostra Corte costituzionale<sup>16</sup>.

Se la via dell'applicazione della clausola di non regresso appare dunque irta di ostacoli, nella giurisprudenza della Corte europea si profila, fin dalle prime sentenze, la volontà di dare un rilievo di tutto rispetto al principio dell'effetto utile. La Corte, in particolare, ha nel corso del tempo precisato la portata della clausola 5 dell'accordo quadro, che impone agli Stati membri di individuare misure di contrasto agli abusi nella successione di contratti a tempo determinato. Escluso fin dalle prime sentenze pronunciate sulla direttiva 99/70/CE che la clausola 5 potesse essere considerata direttamente applicabile<sup>17</sup>, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte nella sua ormai consolidata giurisprudenza in materia<sup>18</sup>, l'attenzione della Corte si è spostata sulle misure adottate dagli Stati membri per sanzionare gli abusi nel ricorso al contratto a tempo determinato. Ed è proprio in questa materia che si è manifestata la forza creativa della sua giurisprudenza, particolarmente apprezzabile alla luce delle più recenti pronunce, molte delle quali hanno riguardato controversie sollevate da giudici italiani.

Ferma restando la discrezionalità degli Stati membri nell'individuare quali misure antiabusive introdurre nel proprio ordinamento,

<sup>14</sup> Com'è noto, la Cgil aveva denunciato alla Commissione europea il d.l. n. 34/2014, convertito nella l. 78/2014 per violazione della clausola di non regresso. Alla denuncia non risulta sia stato dato seguito da parte della Commissione. Sul punto si v. F. AIELLO, *Il contratto a termine acausale Renzi-Poletti è al riparo dalla clausola di non regresso prevista dalla direttiva 1999/70/CE?*, 2014, in *www.europeanright.eu*. Attualmente nei confronti dell'Italia risulta aperta una sola procedura di infrazione relativa ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico (INFR 2014/4231) per la quale è stata inviata una lettera di messa in mora complementare il 3 dicembre 2020.

<sup>15</sup> Corte giust., 24 giugno 2010, *Sorge*, cit.

<sup>16</sup> Il riferimento è a Corte cost., 14 luglio 2009, n. 214, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 737 ss. con nota di A. BOLLANI.

<sup>17</sup> A partire da Corte giust., 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*. Su questi aspetti si rinvia a M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 75 ss.; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino 2012, p. 144 ss.

<sup>18</sup> Alla quale ha dato un contributo rilevante proprio il contenzioso in materia di lavoro. Si v. sul punto M. ROCCELLA, *Diritto comunitario*, cit., p. 1 ss.

la Corte ha precisato più volte che cosa debba intendersi per contratti successivi, dal momento che, com'è noto, è ormai consolidata l'affermazione secondo cui la clausola 5 non si applica al primo (e unico) contratto a tempo determinato. Nelle pronunce più recenti, invero, la Corte ha sottolineato che devono considerarsi successivi anche contratti a tempo determinato prorogati più volte, benché dal punto di vista formale di tratti di un unico contratto<sup>19</sup>. Sebbene spetti agli Stati membri e/o alle parti sociali il compito di stabilire a quali condizioni i rapporti di lavoro a tempo determinato devono considerarsi successivi, secondo la Corte detta discrezionalità «non è illimitata, poiché non può in alcun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'efficacia pratica dell'accordo quadro», a nulla rilevando che il rinnovo dei contratti derivi da un atto legislativo, come nel caso di specie<sup>20</sup>. In altre parole, la necessità di assicurare all'accordo quadro un'applicazione effettiva, alla luce dell'affermazione secondo la quale la garanzia della stabilità dell'impiego deve considerarsi un principio portante del diritto sociale europeo<sup>21</sup>, ha condotto la Corte ad attenuare, in queste ipotesi, la rigidità di una posizione criticabile, dal punto di vista del contenuto e degli obiettivi dell'accordo quadro<sup>22</sup>.

La giurisprudenza sulla quale si registra il massimo sforzo della Corte nell'applicazione del principio di effettività è senz'altro quella relativa alle sanzioni per la violazione delle norme antiabusive, alla cui evoluzione l'Italia ha dato un contributo decisivo, grazie alle cause aventi ad oggetto i contratti a tempo determinato nel settore della scuola. Com'è noto, la Corte europea si è pronunciata in materia in seguito a un rinvio pregiudiziale sollevato dalla nostra Corte costituzionale<sup>23</sup>, investita della questione della conformità alla Costituzione della norma che prevede(va) la possibile reiterazione dei contratti dei precari della scuola fino allo svolgimento dei concorsi per l'immissione in ruolo. La vicenda è troppo nota per essere

<sup>19</sup> Corte giust., 11 febbraio 2021, C-760/18, *Organismos Topikis Aftodioikisis*; Corte giust., 19 marzo 2020, C-103/18, *Sánchez Ruiz*.

<sup>20</sup> Corte giust., 11 febbraio 2021, *Organismos Topikis Aftodioikisis*, cit., punti 41 e 49 della motivazione.

<sup>21</sup> M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 54.

<sup>22</sup> Sul punto si rinvia a C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., spec. p. 151 ss.

<sup>23</sup> Corte cost., 18 luglio 2013, n. 207. La sentenza si segnala perché per la prima volta la Corte costituzionale ha richiesto l'intervento della Corte di giustizia durante un processo in via incidentale, aprendo così un dialogo inedito tra le due giurisdizioni, nonché il dibattito sulla c.d. "doppia pregiudiziale". Si v. A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giust. cost.*, 2013, p. 2897 ss.

compiutamente analizzata in questa sede<sup>24</sup>; si può però segnalare come il rinvio pregiudiziale abbia fornito l'occasione alla Corte di giustizia per affermare che nell'ipotesi in cui lo Stato membro non abbia fissato un limite di durata ai contratti a termine successivi, oppure un numero massimo di rinnovi, allora è necessario che detti contratti siano stipulati a fronte di ragioni obiettive, che ben possono intravedersi nelle esigenze di garantire il corretto svolgimento delle attività del settore scolastico. La Corte, tuttavia, afferma subito dopo che il fatto non sia previsto un termine preciso per lo svolgimento dei concorsi necessari all'immissione in ruolo «non consente di garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme ai requisiti dell'accordo quadro», dal momento che si può pensare che detti contratti vengano stipulati «al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato»<sup>25</sup>. In questa affermazione si trova, in tutta la sua portata, la concezione della Corte circa il principio di effettività, dal momento che occorre valutare non solo che sussistano ragioni obiettive, ma anche che la loro applicazione non conduca, comunque, al verificarsi di abusi<sup>26</sup>, che la Corte intravede nella possibilità di ricorrere al contratto a termine in sostituzione di quello a tempo indeterminato<sup>27</sup>. Una simile precisazione si impone-

<sup>24</sup> Per la ricostruzione del quadro normativo e della vicenda giudiziaria si v. V. PINTO, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *Lav. p. a.*, 2014, p. 915 ss.

<sup>25</sup> Corte giust., 26 novembre 2014, C-22/13 et al., *Mascolo*. Sulla sentenza si v. le osservazioni di L. CALAFÀ, *Il dialogo "multilevel"*, cit.; M. AIMO, *Presupposti, confini ed effetti della sentenza Mascolo sul precariato scolastico*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 177 ss.; R. NUNIN, *Tanto tuonò che piovve: la sentenza Mascolo sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 146 ss.

<sup>26</sup> Si v. anche Corte giust., 3 giugno 2021, C-726/18, *Instituto Madrileño de Investigación*, in cui la Corte sottolinea che «occorre a tal fine esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, il numero dei contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene *palesamente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo*, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro» (punto 60 della motivazione, corsivo di chi scrive)

<sup>27</sup> Si v. C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 152 ss.; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 82 ss.

va, specie dopo il caso *Kücük*<sup>28</sup>, nel quale, pur affermando analogo principio, la Corte aveva lasciato intendere che la reiterazione, anche per molti anni, di contratti a tempo determinato avrebbe potuto essere considerata conforme alle previsioni della direttiva, una volta verificato che ciascuno dei contratti stipulati in successione fosse da considerarsi fondato su ragioni obiettive.

È poi sul fronte delle sanzioni previste dagli Stati membri per contrastare gli abusi che la Corte dimostra un atteggiamento particolarmente rigoroso, che pare essersi accentuato nel corso del tempo. Se resta ferma, infatti, la posizione per cui nel settore pubblico l'esclusione della conversione in contratto a tempo indeterminato, in ragione delle regole vigenti in ciascun ordinamento per l'accesso al pubblico impiego, non può di per sé considerarsi contraria all'accordo quadro, anche se prevista per analoghe fattispecie nel settore privato, la Corte nondimeno sottolinea come le sanzioni previste dagli Stati membri in queste ipotesi debbano essere, non solo efficaci e dissuasive, ma anche *equivalenti*, dal punto di vista dell'effetto deterrente per il datore di lavoro, rispetto a quelle previste per il settore privato<sup>29</sup>. Nei casi in cui le norme interne lo consentono, poi, la Corte arriva anche a suggerire al giudice nazionale di valutare l'applicabilità della trasformazione in contratto a tempo indeterminato<sup>30</sup> e, in un caso, di verificare se il divieto di conversione, previsto da una legge ellenica adottata in pendenza del termine di recepimento della direttiva, non possa essere disapplicato<sup>31</sup>, il tutto alla luce del principio dell'interpretazione conforme.

Ciò che emerge dalla lettura di questa giurisprudenza è senz'altro l'obiettivo della Corte di garantire l'effettiva applicazione della direttiva 99/70/CE e, in particolare, della clausola 5, sulle misure antiabusive, estendendo il più possibile la sua portata. Sia pure nel formale rispetto delle prerogative dei giudici nazionali, cui spetta verificare in concreto l'esistenza dei presupposti indicati dalla Corte, la "spinta gentile" verso una maggiore tutela dei lavoratori atipici sembra trasformarsi in un deciso cambio di marcia.

<sup>28</sup> Corte giust., 26 gennaio 2021, C-586/10, *Kücük*, spec. punti 34 ss.

<sup>29</sup> Corte giust., 11 febbraio 2021, *Organismos Topikis Aftodioikisis*, cit., punto 49 della motivazione; Corte giust., 19 marzo 2020, C-103/18 e C-429/18, *Sánchez Ruiz e a.*, punto 91 della motivazione.

<sup>30</sup> Corte giust., 3 giugno 2021, *Instituto Madrileño de Investigación*, cit., punto 73 della motivazione.

<sup>31</sup> Corte giust., 11 febbraio 2021, *Organismos Topikis Aftodioikisis*, cit., punti 68 ss. della motivazione.



### 3. *Il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici*. Different but equal

L'altro profilo di disciplina del lavoro a termine sul quale la Corte di giustizia ha, fin dall'inizio, spinto decisamente l'acceleratore è senza dubbio il principio di parità di trattamento dei lavoratori a termine nei confronti dei lavoratori a tempo indeterminato. Anche su questo aspetto, la rilettura delle pagine scritte da Massimo Roccella confermano, ancora una volta, la sua capacità di interpretare i mutamenti del diritto del lavoro europeo in anticipo sui tempi.

Non si intende, in questa sede, ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di non discriminazione dei lavoratori atipici, che ha già formato oggetto di riflessione in diversi lavori di chi scrive<sup>32</sup> e di altri autori e autrici<sup>33</sup>.

Sembra invece più opportuno provare a discutere di come detto principio abbia contribuito ad affiancare ai tradizionali fattori di discriminazione consacrati nel Trattato e nella Carta dei diritti fondamentali (sesso, età, orientamento sessuale, disabilità etc.) un fattore atipico, quello cioè fondato sulla titolarità di un rapporto di lavoro *non standard*. Che si tratti di un divieto di discriminazione diverso dagli altri, per il solo fatto che la sua enunciazione non è contenuta nelle fonti sopra citate, pare ormai insostenibile, alla luce delle osservazioni che si svolgeranno e della lettura della giurisprudenza, ormai alluvionale, della Corte di giustizia in materia.

In primo luogo, il fatto che si tratti di un fattore di discriminazione non solo (sperabilmente) transeunte, ma legato a un elemento oggettivo, che non rientra cioè nelle caratteristiche costitutive della personalità del soggetto tutelato, non pare da questo punto di vista rilevante. Nell'ambito delle fattispecie previste dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la cui elencazione è preceduta

<sup>32</sup> In particolare si rinvia a C. ALESSI, S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino 2019, p. 271 ss.; C. ALESSI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma 2017, p. 99 ss.; C. ALESSI, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza*, cit.

<sup>33</sup> M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., spec. p. 63; L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione europea*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano 2014; L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Torino 2012, spec. p. 118 ss.

dalla locuzione «in particolare», vi è un fattore come il «patrimonio» che condivide con la titolarità di un rapporto di lavoro atipico il carattere dell'oggettività<sup>34</sup>. Il fatto, poi, che si tratti di una caratteristica distintiva che può cambiare nel corso della vita è ancor meno rilevante, se si pensa a fattori come l'età<sup>35</sup> o le convinzioni personali<sup>36</sup>.

Piuttosto che cercare di individuare profili che differenzino il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici rispetto ai divieti «titolati»<sup>37</sup>, occorrerebbe invece prendere atto di come le previsioni delle direttive 99/70/CE, 97/81/CE e 2008/104/CE abbiano aperto una «nuova stagione della legislazione antidiscriminatoria»<sup>38</sup>, nella quale il divieto richiamato viene utilizzato come «contrappeso alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro e delle tipologie contrattuali», avviando la transizione «verso un “nuovo” diritto del lavoro: il diritto dell'occupazione, il diritto dei lavoratori occupati e disoccupati, tipici e atipici, stabili e precari, che offra a tutti eguali opportunità di accedere a un lavoro e di conservarlo»<sup>39</sup>. Tra l'altro, come si è sostenuto in altra sede<sup>40</sup>, le previsioni delle direttive arrivano anche dove i classici divieti di discriminazione non riescono ad operare, come è dimostrato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (soprattutto) di contratto a termine. In assenza di un divieto espresso, infatti, sarebbe stato difficile censurare le differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard* applicando i divieti di discriminazione sulla base del sesso, ad esempio, come

<sup>34</sup> Questo per restare alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE; l'art. 3 della nostra Costituzione include tra i fattori che non possono essere utilizzati per differenziare il trattamento dei cittadini le «condizioni personali o sociali».

<sup>35</sup> Si v. M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 140 ss.; O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano 2007.

<sup>36</sup> Si v. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit.; M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, cit., p. 128 ss.

<sup>37</sup> Come fa M. BELL, *The principle of equal treatment: widening and deepening*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford 2011, p. 624 ss.

<sup>38</sup> Così M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. XIX.

<sup>39</sup> Sono ancora parole di M. BARBERA, *o.u.c.*, p. XXIV. Si v. anche S. GIUBBONI, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, p. 270 ss., che sottolinea la funzione di realizzazione di obiettivi di inclusione sociale connessa ai divieti di discriminazione dei lavoratori atipici.

<sup>40</sup> C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 112 ss.

del resto segnalava già Massimo Roccella nel 1991, in relazione alle proposte di regolamentazione del lavoro atipico<sup>41</sup>.

Dalla giurisprudenza in materia, invero, si ricava l'impressione che la Corte di giustizia tratti il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici come un vero e proprio principio costituzionale dell'Unione europea<sup>42</sup>. In primo luogo, la Corte valorizza nelle sue sentenze più recenti il collegamento del divieto in parola con l'art. 31 della Carta di Nizza, che assicura a tutti i lavoratori, tra i quali senza dubbio rientrano gli atipici, il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose<sup>43</sup>. In secondo luogo, il principio di non discriminazione dei lavoratori atipici viene considerato un principio di diritto sociale particolarmente importante, che non può essere interpretato in modo restrittivo<sup>44</sup>, al punto che la Corte lo considera espressione specifica del principio generale di uguaglianza<sup>45</sup>, uno dei principi fondamentali dell'ordinamento eurounitario.

Alla luce di queste considerazioni, la giurisprudenza della Corte, ormai assestata, ha ampliato il più possibile la portata del principio<sup>46</sup>, fino a lambire (e in qualche caso a superare) perfino le competenze in materia previdenziale degli Stati membri<sup>47</sup>. L'unico punto sul quale ancora non si registra nessuna apertura, quanto meno dal punto di vista teorico, è la possibilità di estendere il divieto alle differenze tra gli stessi lavoratori atipici, sul quale la Corte ha da tempo una posizione restrittiva, fondata sul fatto che la direttiva 99/70/CE censura le differenze tra i lavoratori a termine e i la-

<sup>41</sup> M. ROCCELLA, *Comunità europea e rapporti*, cit., p. 48 ss.

<sup>42</sup> C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 115.

<sup>43</sup> Si v., in relazione al lavoro tramite agenzia interinale, Corte giust., 14 ottobre 2020, C-681/18, *JH*, punto 54 della motivazione.

<sup>44</sup> Si v., da ultimo, Corte giust., 17 marzo 2021, C-652/19, *Consulmarketing*, punto 50 della motivazione.

<sup>45</sup> M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 66. Nella giurisprudenza della Corte si v., tra le più recenti, Corte giust., 25 luglio 2018, C-96/17, *Vernaza Ayovi*, punto 32 della motivazione, che si riferisce alla «giurisprudenza costante della Corte».

<sup>46</sup> Anche questo aspetto è stato approfondito in molti lavori. Si vv., tra gli altri, C. ALESSI, S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro*, cit.; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 144 ss.; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 63 ss.; L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 5 ss.

<sup>47</sup> Si v. Corte giust., 10 giugno 2010, C-395/08 e 396/08, *Bruno e Pettini*, in *Riv. dir. lav.*, 2010, II, 536 con nota di A. PREMOLI; Corte giust., 22 novembre 2012, C-385/11, *Elbal Moreno*; Corte giust., 5 giugno 2018, C-677/16, *Montero Mateos*, punto 50 della motivazione.

voratori *standard*<sup>48</sup>. Alla rigorosità dell'enunciazione, tuttavia, non sempre segue un'applicazione perfettamente coerente della regola succitata: là dove riscontra una differenza di trattamento tra lavoratori atipici, la Corte arriva a censurarla attraverso l'individuazione di un lavoratore comparabile che integri le caratteristiche del lavoratore *standard*, anche a prezzo di qualche piccola forzatura. È quanto è avvenuto, per esempio, nel caso *Bruno e Pettini*, nel quale, trattandosi di una differenza di trattamento tra lavoratori a tempo parziale di tipo verticale e orizzontale, la Corte ha effettuato la comparazione dei primi con i lavoratori a tempo pieno e indeterminato, diversamente da quanto era stato suggerito, in quella ipotesi, dall'Avvocato generale<sup>49</sup>. Un simile "stratagemma" è stato più di recente utilizzato in una controversia nella quale si discuteva del regime applicabile, quanto alla durata massima, ai lavoratori a termine, che risultava differenziato a seconda del fatto che fossero a tempo pieno o a tempo parziale. In questo caso, la Corte ha valorizzato il diverso regime orario e ha di conseguenza applicato la clausola paritaria di cui alla dir. 97/81/CE, individuando il lavoratore *standard* nel titolare di un rapporto di lavoro sempre a termine, ma a tempo pieno<sup>50</sup>.

Di fronte a una giurisprudenza così evoluta e ormai consolidata nei suoi tratti portanti, dovrebbe venir meno anche la cautela con la quale la dottrina ha finora guardato all'applicabilità diretta del principio di non discriminazione dei lavoratori atipici anche nei rapporti interprivati<sup>51</sup>. Proprio l'aggancio del divieto di discriminazione ai lavoratori atipici al generale principio di uguaglianza e l'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia devono fornire il quadro di riferimento entro il quale muoversi. È precisamente alla luce di quella giurisprudenza che l'obiezione secondo la quale il divieto in parola sarebbe diverso dai classici divieti di discriminazione, alla fine, non regge. È vero che, pur avendo la struttura del divieto di discriminazione diretta, le deviazioni dalla regola consacrata nella

<sup>48</sup> Corte giust., 22 giugno 2011, C-161/11, *Vino II*, punto 28 della motivazione.

<sup>49</sup> Corte giust., 10 giugno 2010, *Bruno e Pettini*, cit., sulla quale si v. C. ALESSI, *La Corte di giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 65 ss.

<sup>50</sup> Corte giust., 3 ottobre 2019, C-274/18, *Minoo Schuch-Ghannadan*.

<sup>51</sup> In questo senso M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 66 ss., che sottolinea come il percorso svolto finora dalla Corte sia importante, ma debba essere seguito da un «più articolato percorso argomentativo, ancora tutto da scrivere». Sul punto si v. anche L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona*, cit., p. 165 ss.

clausola 4 della dir. 99/70/CE (così come alla clausola 4 della dir. 97/81/CE) possono essere giustificate, ma questa particolarità è condivisa con il divieto di discriminazioni sulla base dell'età. La Corte di giustizia, inoltre, ha dimostrato in moltissime occasioni di sindacare con particolare rigore le ragioni addotte dagli Stati membri per motivare le differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*<sup>52</sup>, come del resto ha fatto da sempre con le giustificazioni addotte rispetto alle discriminazioni indirette sulla base del sesso<sup>53</sup>.

#### 4. *Il caso dell'anzianità di servizio dei lavoratori a termine e i rapporti tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*

Un profilo sul quale l'applicazione del divieto di discriminazione dei lavoratori a termine continua a mettere alla prova la giurisprudenza europea e nazionale riguarda la questione dei criteri di computo dell'anzianità di servizio dei lavoratori a termine, tanto durante lo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo determinato, quanto nell'ipotesi di successiva stabilizzazione. Si tratta di un problema di rilievo, in particolare per il nostro ordinamento, dal momento che la rivendicazione del riconoscimento dell'anzianità pregressa del personale della scuola interessato dalle procedure di stabilizzazione ha sollevato un contenzioso di considerevoli proporzioni.

Per quanto riguarda il primo profilo, occorre ricordare che La Corte di giustizia, fin dalle prime sentenze in materia, ha ritenuto contrarie alle previsioni dell'art. 4 le disposizioni nazionali che escludessero i lavoratori assunti a tempo determinato dalle maggiorazioni retributive connesse agli scatti di anzianità periodici<sup>54</sup>, precisando che il differente trattamento non può essere giustificato sulla base del fatto che è previsto da una norma di legge o di contratto collettivo e neppure dall'interesse pubblico connesso alle modalità

<sup>52</sup> Si v., ad esempio, Corte giust., 3 ottobre 2019, *Minoo Schuch-Ghannadan*, cit., spec. punti 39 e 40 della motivazione; Corte giust., 16 luglio 2020, C-658/18, *UX*.

<sup>53</sup> D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli 2005; M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 59 ss.

<sup>54</sup> Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*; Corte giust., 9 luglio 2015, C-177/14, *Regojo Dans*; Corte giust., 18 marzo 2011, C-273/10, *Montoya Medina*; Corte giust., 20 settembre 2019, C-72/18, *Ustariz Aróstegui*.

di accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione<sup>55</sup>. Una posizione simile è stata ripresa anche dalla nostra giurisprudenza di legittimità, che ha riconosciuto gli effetti connessi all'anzianità di servizio previsti dal contratto collettivo applicabile per i lavoratori a tempo indeterminato ai lavoratori assunti a termine, anche in forza di una pluralità di contratti successivi<sup>56</sup>. In questi casi, peraltro, la Corte di Cassazione ha disapplicato, perché in contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla dir. 99/70/CE, le previsioni dei contratti collettivi che «commisurano la retribuzione degli assunti a tempo determinato al trattamento iniziale previsto per i dipendenti a tempo indeterminato»<sup>57</sup>. Una simile posizione, finora riferita esclusivamente agli impieghi alle dipendenze della pubblica amministrazione, potrebbe invero ritenersi applicabile anche al lavoro privato, dal momento che la direttiva 99/70/CE si applica, come la Corte di giustizia ha più volte sottolineato, ad entrambi i settori. Sul punto, tuttavia, non risulta che la Corte abbia avuto modo di pronunciarsi, dal momento che le controversie finora sottoposte riguardano tutte l'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, a conferma della debolezza, anche da questo punto di vista, della posizione dei lavoratori a tempo determinato assunti da datori di lavoro privati. Occorre anche dire, in verità, che la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015, prevedendo una durata massima di due anni per i contratti a termine successivi, lascia uno spazio piuttosto esiguo per rivendicazioni di questo tipo.

Per quanto riguarda il secondo profilo, cioè la considerazione dell'anzianità di servizio pregressa nel caso di successiva stabilizzazione, a seguito della sentenza *Mascolo* si è aperto un ampio contenzioso, sul quale la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi più volte e che ha aperto un dialogo non sempre lineare con la giurisprudenza nazionale. Al momento dell'entrata in ruolo dei docenti "stabilizzati", infatti, si è posta la questione della conformità al divieto di discriminazione dei lavoratori atipici di cui alla direttiva 99/70/CE dell'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994, che consente il riconoscimento del periodo di docenza pre-ruolo ai fini giuridici ed economici, ma non integralmente<sup>58</sup>. Si tratta di

<sup>55</sup> Corte giust., 20 settembre 2019, *Ustariz Aróstegui*, cit., punti 43 ss.

<sup>56</sup> Cass., 5 agosto 2019, n. 20918.

<sup>57</sup> Cass., 7 novembre 2016, n. 22558.

<sup>58</sup> L'art. 485 d.lgs. n. 297/1994 prevede che «al personale docente delle scuole di istruzione secondaria ed artistica, il servizio prestato presso le predette scuole statali e pareggiate, comprese quelle all'estero, in qualità di docente non di ruolo,

una delle situazioni in cui la tutela antidiscriminatoria opera anche nel corso di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, qualora la precedente condizione di atipico del lavoratore venga in considerazione ai fini della determinazione del trattamento economico e normativo dovuto<sup>59</sup>. La Corte di giustizia aveva avuto modo, in passato, di confrontarsi con la questione in parola nell'annoso caso dei lettori di lingua straniera<sup>60</sup>, risolto sulla base del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, nel senso dell'integrale riconoscimento non solo degli aumenti di retribuzione, ma anche dell'anzianità di servizio (integrale) e dei contributi previdenziali<sup>61</sup>. Nel caso dei docenti stabilizzati, invece, la soluzione è in parte diversa: secondo la sentenza *Motter*, infatti, la previsione che consente il riconoscimento parziale dell'anzianità maturata dal lavoratore a termine può considerarsi conforme alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato perché giustificata, da un lato, dal fatto che rispecchierebbe «le differenze nell'attività lavorativa tra le due categorie di lavoratori in questione» (i docenti «stabilizzati» e i docenti assunti tramite concorso) e, dall'altro, dall'esigenza di evitare «il prodursi di discriminazioni alla rovescia nei confronti dei dipendenti pubblici di ruolo assunti a seguito di un concorso generale»<sup>62</sup>. La Corte rinvia poi al giudice nazionale l'accertamento dell'effettiva rispondenza a dette esigenze dell'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994, non prima di aver precisato che appare del tutto priva di fondamento la tesi avanzata dal Governo italiano secondo la quale «le prestazioni dei docenti a tempo determinato sono inferiori rispetto a quelle dei docenti a tempo indeterminato assunti mediante concorso»<sup>63</sup>.

La Corte si è espressa nello stesso senso in una causa successiva, avente ad oggetto un caso parzialmente diverso, nel quale un docente di conservatorio, assunto a termine per 17 anni, in occasione

è riconosciuto come servizio di ruolo, ai fini giuridici ed economici, per intero per i primi quattro anni e per i due terzi del periodo eventualmente eccedente, nonché ai soli fini economici per il rimanente terzo».

<sup>59</sup> Corte giust., 8 novembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, punto 43; Corte giust., 18 dicembre 2012, da C-302/11 a C-305/11, *Valenza*, punto 36; sul punto si v. C. ALESSI, S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro*, cit., p. 278.

<sup>60</sup> Per un riepilogo della complessa questione si v. S. BOLOGNA, *Continua la "questione" giurisprudenziale sugli ex lettori di lingua*, in *Lav. p. a.*, 2019, n. 3, p. 183 ss.

<sup>61</sup> Corte giust., 18 luglio 2006, C-119/04, *Commissione c. Repubblica Italiana*

<sup>62</sup> Corte giust., 20 settembre 2018, C-466/17, *Motter*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 108 ss., con nota di E. RAIMONDI, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>63</sup> Corte giust., 20 settembre 2018, *Motter*, cit., punto 34 della motivazione.

dell'immissione in ruolo disposta ai sensi dell'art. 399 del d.lgs. n. 297/1994, si era visto riconoscere un'anzianità di servizio inferiore a due anni<sup>64</sup>. Anche in quel caso, la Corte ha poi rinviato al giudice nazionale l'accertamento dell'esistenza di ragioni oggettive che giustificano il trattamento differenziato, facendo espresso riferimento ai criteri enunciati nella sentenza *Motter*. La giurisprudenza nazionale, sia precedente che successiva a *Motter*, richiamando le pronunce della Corte di giustizia, giunge quasi unanimemente alla disapplicazione delle previsioni contenute nell'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994 e di tutte le altre norme, anche di contratto collettivo, contrastanti con il principio paritario, svolgendo alcune considerazioni che vale la pena di richiamare, perché indicative di un dialogo ormai approfondito tra le diverse giurisdizioni. In primo luogo, la Cassazione riafferma l'immediata applicabilità del divieto di discriminazione di cui alla direttiva 99/70/CE, così come interpretato dalla Corte di giustizia, «le cui pronunce hanno carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarle anche ai rapporti di giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa. A tali sentenze [...] va attribuito il valore di ulteriore fonte di diritto della Unione europea, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato e i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito dell'Unione»<sup>65</sup>. In secondo luogo, gli spazi aperti dalla Corte al sindacato del giudice vengono utilizzati per affermare che ai dipendenti stabilizzati deve essere riconosciuta integralmente, a tutti gli effetti, l'anzianità di servizio precedente «senza valorizzare le interruzioni fra un rapporto e l'altro»<sup>66</sup>. Anche la giurisprudenza di merito si è allineata alla posizione della Cassazione<sup>67</sup>, talvolta verificando se il computo così effettuato portasse a un riconoscimento economico superiore a quello che sarebbe spettato al lavoratore a tempo indeterminato e, in questo caso, riducendolo di conseguenza<sup>68</sup>. Quest'ultimo profilo pone qualche questione, per il futuro. Il fatto che la Corte di giustizia, prima, e la giurisprudenza nazionale, in seguito, abbiano riesumato la controversa nozione di *discriminazioni alla rovescia*<sup>69</sup> potrebbe ridurre

<sup>64</sup> Corte giust., 8 maggio 2019, C-494/17, *Rosato*.

<sup>65</sup> Cass., 7 novembre 2016, n. 22558; Cass., 23 novembre 2017, n. 27950.

<sup>66</sup> Cass., 19 agosto 2020, n. 17314; Cass., 28 novembre 2019, n. 31150.

<sup>67</sup> Trib. Tivoli, 29 settembre 2020.

<sup>68</sup> App. Milano, 28 ottobre 2020.

<sup>69</sup> Sulla quale si v. M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 127 ss.



la portata del principio paritario, che non impone di trattare allo stesso modo lavoratori a tempo determinato e indeterminato, ma impedisce che i primi siano trattati in modo *meno favorevole* dei secondi. In casi come quelli illustrati in queste pagine, ben si potrebbe ritenere che un trattamento migliorativo all'esito della stabilizzazione del rapporto sia volto a compensare la condizione di precarietà nella quale i lavoratori si sono trovati per anni, anche *considerando* che, comunque, la giurisprudenza nazionale applica il limite della prescrizione quinquennale alle differenze retributive derivanti dalla ricostruzione del rapporto di lavoro<sup>70</sup>.

Infine, alla luce delle considerazioni svolte in queste pagine, si può anche sostenere che i medesimi principi possano essere applicati anche alle ipotesi di conversione del rapporto di lavoro derivanti dalla violazione nelle previsioni limitative del ricorso al contratto a termine nel settore privato<sup>71</sup>. In effetti, le norme che prevedono che la conversione del rapporto operi dal superamento del termine massimo di durata, dal secondo contratto a termine nel caso di successione abusiva o dalla scadenza del c.d. periodo di tolleranza nell'ipotesi di prosecuzione del rapporto oltre il termine appaiono in contrasto con la previsione dell'art. 4 della direttiva 99/70/CE. Di una simile impostazione, tuttavia, non si trova traccia nella (finora) limitata giurisprudenza nazionale sul punto.

<sup>70</sup> Si v., ad esempio, Trib. Venezia, 11 novembre 2020.

<sup>71</sup> Sulle previsioni del d.lgs. 81/2015 in materia di contratto a termine dopo le modifiche introdotte dal c.d. "decreto dignità" si rinvia a C. ALESSI, *Commento agli artt. 19-23, 24-27 e 29, d.lgs. 81/2015*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI, P. RAUSEI, *Commentario alle leggi sul lavoro*, Milano 2020.

ANDREA ALLAMPRESE

## Tempi, luoghi di lavoro e potere di controllo datoriale nella *gig economy*

SOMMARIO: 1. Destutturazione dei tempi e dematerializzazione dei luoghi di lavoro. – 2. I problemi posti dai lavori (a distanza) che non rispettano le normali coordinate spazio-temporali del lavoro tradizionale. – 3. Tempo di lavoro “a chiamata”. – 4. Potere di controllo datoriale e “neo-taylorismo”. – 5. Tempo e luogo di lavoro, potere di controllo datoriale: cosa ha da dire ancora lo Statuto?

### 1. *Destutturazione dei tempi e dematerializzazione dei luoghi di lavoro*

Nel suo *Manuale di Diritto del lavoro della Comunità Europea* scritto in collaborazione con Tiziano Treu, Massimo Roccella ha affrontato il tema del concreto contenuto regolativo della disciplina europea dell’orario di lavoro, evidenziando come esso presenti un’apertura «finanche eccessiva» a favore delle esigenze «di sperimentazione di moduli organizzativi flessibili»<sup>1</sup>. Quest’affermazione evoca la questione dei rapporti di lavoro subordinato cosiddetti “senza orario”, tra i quali quelli di telelavoro (così l’art. 17, comma 5, d.lgs. n. 66/2003; vedi anche art. 17, par. 1, della direttiva 2003/88), e quella – ampiamente discussa anche nella dottrina giuslavoristica<sup>2</sup> – dello scompaginamento delle coordinate spazio-temporali aziendali classiche.

Sono state soprattutto l’introduzione delle nuove tecnologie e l’accelerazione digitale a rendere possibili modelli organizzativi che incrinano la “fissità” ed uniformità del tempo di lavoro e del luogo di lavoro<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2007, p. 295 ss.

<sup>2</sup> V. da ultimo C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018, *passim*; S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell’era del capitalismo cognitivo e dell’impresa digitale*, Napoli 2020, spec. p. 102 ss.

<sup>3</sup> M. 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 - 404/2019, p. 2.

Poi la pandemia globale ha dato lo scossone. Per ragioni di sicurezza, si è modificata l'organizzazione del lavoro ridisegnando gli spazi (non solo i luoghi) dove si lavora e partendo dalla riarticolazione degli orari e dei ritmi di lavoro<sup>4</sup>.

Si espande l'ambiente di lavoro. A partire da esperienze anche positive<sup>5</sup>, c'è una espansione (ed invasione) dal luogo di lavoro alla società nel suo insieme. Si parla di dematerializzazione dell'ambiente di lavoro<sup>6</sup>, ma in realtà – come osservato da alcuni studiosi a proposito di lavoro agile ed ambienti smaterializzati – «troppo spesso la caratteristica distintiva di queste articolazioni flessibili della prestazione consiste [...] nella *moltiplicazione* dei tempi e degli spazi»<sup>7</sup>.

Si dilatano i tempi di lavoro. Il tempo di lavoro professionale invade il tempo di vita nel suo complesso<sup>8</sup>, perché anche il lavoro professionale è parte della vita; il lavoro deve essere un segmento della vita in armonia con tutto il resto, e poi c'è sempre l'idea che esiste un lavoro riproduttivo. Lasciando da parte il futuro<sup>9</sup>, le questioni attuali sono relative al rispetto dei periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale e dei tetti di durata dell'orario di lavoro; e, qui, l'incidenza del diritto dell'Unione europea per il tramite delle sentenze della Corte di giustizia si avverte<sup>10</sup>. Si pone il problema di quali periodi debbano considerarsi «orario di lavoro» ai fini legali e contrattuali.

## 2. *I problemi posti dai lavori (a distanza) che non rispettano le normali coordinate spazio-temporali del lavoro tradizionale*

Le prestazioni di lavoro sono sempre più svolte all'esterno dei locali di pertinenza del datore. Prima si trattava di casi tutto som-

<sup>4</sup> A. MARESCA, *Contrazione del lavoro e flessibilità dei tempi di lavoro indotte dal Covid-19: esperienze e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 293 ss.

<sup>5</sup> Si pensi ad alcune esperienze di *co-working* riportate da A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo*, Bari-Roma 2020, p. 51.

<sup>6</sup> C. SPINELLI, *Tecnologie*, cit., p. 15.

<sup>7</sup> A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo*, cit., p. 44.

<sup>8</sup> L. DRAI, *Le temps de travail*, in *Le temps en droit du travail*, Paris 2017, p. 98 ss.

<sup>9</sup> «Nuovi principi arriveranno e nuovo ordine nascerà»: U. Romagnoli, intervista svolta nel quadro dell'indagine Delphi riportata in D. DE MASI, *Smart working. La rivoluzione del lavoro intelligente*, Venezia 2020, p. 453 ss.

<sup>10</sup> Sul punto già M. ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Diritti lavori mercati*, 2006, n. 1, p. 110.

mato marginali, relativi a prestazioni svolte costantemente mediante l'utilizzo di mezzi di trasporto: ad esempio, gli addetti alla manutenzione delle strade o i tecnici addetti alla installazione di sistemi di sicurezza<sup>11</sup>. Ora sono milioni le persone che svolgono incarichi (cognitivi) da remoto. Secondo l'Istat, la quota di personale in lavoro a distanza è aumentata dall'1,2% del periodo pre-confinamento all'8,8% fra marzo e aprile 2020, per poi tornare in giugno ad un 5,3%.

Lasciando da parte la figura (mitologica) del *freelance* che organizza autonomamente la sua giornata e si avvale di una scrivania in qualche *co-working*<sup>12</sup>, di questi tempi il lavoro agile/*smart working*<sup>13</sup> non è più solo una opzione di cui molti possono approfittare, ma diventa altro. La pandemia globale ha travolto i processi di digitalizzazione già in corso, che riguardavano il lavoro agile. La decretazione d'urgenza ha provveduto a ridurre alcuni obblighi formali di questa modalità flessibile. Ne è derivata una variante dettata da finalità prevenzionali, quale strumento di contenimento dei rischi – sanitari ed economici – connessi al persistere della pandemia<sup>14</sup>. Il lavoro agile e l'apparentato telelavoro, il lavoro fornito tramite piattaforma digitale, quali problemi pongono?

In alcuni casi, ferma restando la qualificazione come subordinato del rapporto di lavoro, si tratta di problemi di interpretazione della disciplina speciale<sup>15</sup>. Si pensi al significato del c.d. diritto alla disconnessione dagli strumenti di lavoro digitali, vale a dire il divieto di essere raggiunto da comunicazioni legate all'ambito professionale fuori dall'orario di lavoro.

A quest'ultimo riguardo, la legge n. 81/2017 introduce, per il lavo-

<sup>11</sup> Cass., 9 ottobre 2018, n. 24828, inedita a quanto consta.

<sup>12</sup> Ancora A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo*, cit., p. 43.

<sup>13</sup> Cioè, per dirla con D. DE MASI, *Smart working*, cit., p. 49: la «possibilità, divenuta effettiva, di destrutturare il tempo e lo spazio di quel lavoro intellettuale che la società industriale aveva accorpato».

<sup>14</sup> Per questo suo utilizzo come misura a tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, considerata la sua idoneità a favorire il distanziamento sociale senza comportare la sospensione della prestazione lavorativa, il lavoro agile ha assunto, nel nostro ordinamento, una funzione ulteriore o quanto meno diversa rispetto a quelle individuate dal legislatore, cioè incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (art. 18, comma 1, legge n. 81/2017). Si v. C. SPINELLI, *Il lavoro agile al vaglio della giurisprudenza cautelare: potenzialità e limiti del diritto emergenziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, II, p. 91 ss.

<sup>15</sup> M. MAGNANI, *I tempi*, cit., p. 3.

ratore subordinato agile, garanzie volte a limitare il lavoro patologicamente eccessivo. Il lavoratore agile presta la propria attività «senza precisi vincoli di orario», per cui egli può, entro certi limiti, determinare liberamente *quando* rendere la prestazione. Ma il legislatore stabilisce un vincolo: l'impossibilità di oltrepassare i limiti relativi «alla durata massima dell'orario giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva» (art. 18, comma 1, 2° periodo). Si noti che il lavoratore agile non rientra nel regime derogatorio previsto dall'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003, proprio in ragione della suddetta esplicita previsione della legge n. 81/2017<sup>16</sup>. Pertanto, rispetto alla determinazione dei tempi di riposo e di disconnessione (interrelati gli uni agli altri), l'accordo sulla modalità "agile" opera – per espressa previsione di legge – sempre all'interno dei limiti di «durata massima dell'orario giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva». Per usare le parole della Corte di giustizia, anche per il lavoro agile sussiste «l'obbligo di ricorrere ad uno strumento che consenta di stabilire con oggettività e affidabilità il numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale»; solo in tal modo, infatti, può essere assicurata, non solo ai datori di lavoro ed ai lavoratori, ma anche agli organi ispettivi, la verifica dell'effettivo rispetto dei diritti sanciti dall'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, dagli artt. 3 e 5 e dall'art. 6, lett. *b*, della direttiva n. 2003/88 (periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale e tetti di durata settimanale)<sup>17</sup>. La previsione è ribadita nella recente Risoluzione del Parlamento europeo con allegate raccomandazioni sul contenuto di una proposta di direttiva concernente norme e condizioni minime per garantire che i lavoratori possano esercitare efficacemente il loro diritto "fondamentale" alla disconnessione<sup>18</sup>. Semmai si può criticare la scelta della legge n. 81/2017 di riservare lo strumento della disconnessione ai soli lavoratori subordinati agili. Parrebbe invece oppor-

<sup>16</sup> Ma vedi V. LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per finalità di tutela della salute: un ossimoro?*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, II, p. 428 ss.

<sup>17</sup> Come osserva la Corte, «l'instaurazione di un sistema obiettivo, affidabile e accessibile, che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro è necessario anche per consentire ai rappresentanti dei lavoratori aventi funzioni in materia di salute e sicurezza di esercitare il proprio diritto di chiedere al datore di lavoro di assumere le misure opportune e di presentargli proposte, al fine di ridurre qualsiasi rischio per i lavoratori e/o di eliminare le cause di pericolo» (Corte giust., 14 maggio 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones obreras*, punti 48-50 e 57-60).

<sup>18</sup> Risoluzione del Parlamento europeo «recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL))», Bruxelles, 21 gennaio 2021, spec. art. 3, par. 2.

tuno estendere l'interesse alla disconnessione dagli strumenti digitali, previsto (appunto) legislativamente solo per il lavoratore agile, a tutti i lavoratori che impiegano tecnologie di ultima generazione (a cominciare dagli addetti alle consegne organizzate tramite piattaforme).

Sussistono incertezze su quali tempi vadano computati nell'«orario di lavoro» del lavoratore agile. La Corte di giustizia dell'UE ha preso in considerazione la questione – che interessa anche il lavoro agile – della computabilità nell'«orario di lavoro» di alcuni tempi di spostamento dei lavoratori che non hanno un *luogo di lavoro fisso o abituale*, collegati con *smartphone* a una centrale operativa e la cui prestazione è svolta costantemente mediante l'utilizzo di mezzi di trasporto (fattispecie diversa da quella dei *drivers*, che hanno un luogo di lavoro fisso: l'*hub* logistico). Nella decisione resa nel caso *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* del 2015, la Corte ha affermato che sono da considerare «orario di lavoro» gli spostamenti dei lavoratori che si trovano nella suddetta situazione per recarsi dai clienti indicati dal datore di lavoro; questi tragitti – che il datore di lavoro comanda di effettuare – costituiscono infatti lo *strumento necessario* per l'esecuzione delle prestazioni tecniche *effettivamente svolte* presso tali clienti. Poiché gli spostamenti sono intrinseci alla qualità di lavoratore che non ha una postazione di lavoro fissa o abituale, il «luogo di lavoro» di siffatti lavoratori non può essere ridotto ai luoghi di intervento fisico presso i clienti decisi giornalmente dal datore di lavoro<sup>19</sup>.

Ebbene l'assenza di una postazione esterna fissa rappresenta un elemento tipico anche della figura del lavoro agile. Ma la legge n. 81/2017 ci fa capire che la concreta determinazione dei luoghi di lavoro è rimessa al libero apprezzamento del prestatore agile (e non del datore di lavoro)<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Corte giust., 10 settembre 2015, *Federación de Servicios de Comisiones obreras*, cit., spec. punti 32 e 43. Sulla sentenza v. M. VÉRICEL, *Le temps de déplacement des salariés itinérants*, in *Rev. dr. trav.*, 2018, n. 10, p. 686 ss. Si consideri peraltro che, secondo i giudici di Lussemburgo, il «luogo di lavoro» deve essere inteso come qualsiasi luogo in cui il lavoratore è chiamato ad esercitare un'attività su ordine del suo datore di lavoro, anche quando tale luogo non sia il posto in cui egli esercita abitualmente la propria attività professionale: Corte giust., 9 marzo 2021, C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, punto 34. Per un caso recente sul c.d. tempo di viaggio comandato v. Cass. 29 aprile 2021, n. 11338 (relativa agli addetti al servizio di trasporto in concessione).

<sup>20</sup> V. anche l'art. 4, par. 2, lett. *b*, della direttiva 2019/1152, per cui, nei casi in cui non vi sia un luogo fisso di lavoro, il datore di lavoro deve indicare che «il lavoratore è impiegato in luoghi diversi o è libero di determinare il proprio luogo di lavoro, nonché la sede o, se del caso, il domicilio del datore di lavoro».

In altri casi, si pongono, più radicalmente, problemi di qualificazione in termini di subordinazione e di autonomia del rapporto di lavoro<sup>21</sup>. Ci riferiamo al lavoro fornito tramite piattaforma, in cui il datore di lavoro/piattaforma ha il potere di chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità<sup>22</sup>. In Italia il dibattito è polarizzato sulla qualificazione dei fattorini *riders* del settore del *food delivery* (e sul riconoscimento dei loro diritti in materia di salute e sicurezza e sindacale) e sulle decisioni automatizzate elaborate grazie agli algoritmi dalle piattaforme<sup>23</sup>.

La disciplina legale dell'orario di cui al d.lgs. n. 66/2003 non è applicabile al lavoro del fattorino *rider* autonomo; d'altra parte, regolare l'orario dei collaboratori coordinati e continuativi assieme a quello dei lavoratori subordinati è quanto sostenere che la collaborazione sia sempre una finzione.

Ma, anche quando si tratti di prestazioni subordinate od organizzate dal committente, si pone il problema di stabilire se i limiti di orario siano quelli generali o quelli più ridotti relativi alle prestazioni di lavoro discontinuo. È questa la scelta fatta dal CCNL Logistica, Trasporto merci e Spedizione 3 dicembre 2017, che riconosce per la prima volta la figura del *rider*<sup>24</sup> e definisce la prestazione lavora-

<sup>21</sup> M. MAGNANI, *I tempi*, cit., p. 3.

<sup>22</sup> Secondo l'art. 11 della direttiva n. 2019/1152 (che dovrà essere recepita nel nostro ordinamento entro il 31 maggio 2022), per evitare l'abuso di contratti di lavoro a chiamata o di altri contratti in cui il datore ha il potere di chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità, gli Stati devono prevedere una o più delle seguenti misure: limitazioni all'uso e alla durata di tali contratti; la presunzione relativa di esistenza di un contratto di lavoro con un numero minimo di ore retribuite (sulla base delle ore lavorate a chiamata); misure equivalenti che assicurino l'effettiva prevenzione di prassi abusive. La disposizione pare particolarmente rilevante. Invero, nel nostro ordinamento, esistono limiti all'uso del solo contratto di lavoro a chiamata di cui agli artt. 13 e ss. del d.lgs. 81/2015; ma la disposizione della direttiva citata ha un ambito d'applicazione più esteso, riguardando tutti i casi in cui il datore ha il potere di chiamare il lavoratore in funzione delle proprie necessità, fra cui rientra sicuramente il lavoro fornito tramite piattaforme come *Deliveroo* o *Uber*.

<sup>23</sup> V. Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020, in *Riv. giur. lav.*, 2021, II, p. 228, con nota di A. LASSANDARI, per cui il sistema di prenotazione delle occasioni di lavoro, realizzato attraverso una piattaforma digitale, ove si penalizzano forme lecite di astensione dal lavoro ed in particolare l'esercizio del diritto di sciopero, realizza una discriminazione indiretta per convinzioni personali, nel cui ambito rientra la discriminazione sindacale, in carenza di prova, da parte della società convenuta (nella specie, *Deliveroo* Italia), del perseguimento di una finalità legittima e del carattere di appropriatezza e necessità dei mezzi impiegati per conseguirla.

<sup>24</sup> Il CCNL Logistica ha rinviato ad una successiva intesa la definizione dell'inquadramento e del trattamento dei *riders*, intesa che è stata siglata il 18 luglio 2018

tiva subordinata<sup>25</sup> come discontinua. Per i *riders*, alcune previsioni limitano parzialmente il fenomeno del *benching*, espressione con la quale si fa riferimento alla prassi di lasciare i lavoratori diverse ore in attesa di essere chiamati per il lavoro, senza alcuna indennità o garanzia di convocazione. Ciò avviene attraverso la definizione di «orario di lavoro», per tale intendendosi ogni periodo «compreso tra l'inizio e la fine del lavoro [...] determinato in coincidenza con gli orari indicati dal datore di lavoro con prenoscenza individuale indicativamente settimanale» e, sostanzialmente, con decorrenza dal momento in cui il lavoratore si trova all'orario previsto nell'area predefinita dal datore, disponibile ad eseguire i compiti connessi all'attività di servizio per la durata dell'orario assegnato. Inoltre si stabilisce una durata minima della prestazione, che non può essere inferiore alle due ore giornaliere e, per i lavoratori *part-time*, a dieci ore settimanali<sup>26</sup>. Anche i *drivers* hanno una disciplina del tempo di lavoro estremamente flessibile, con orari alquanto lunghi. In materia, l'art. 11-*quinques* del CCNL Logistica cit. introduce una disciplina dell'orario del personale viaggiante inquadrato nella Qualifica 1 parametro retributivo G «in regime di discontinuità», rinviando alla contrattazione aziendale la definizione delle modalità applicative del nuovo regime di orario e di forfettizzazione del lavoro straordinario<sup>27</sup>. Per i *drivers* «il cui tempo di lavoro effettivo non coincide con i tempi di presenza a disposizione in ragione di oggettivi vincoli di organizzazione derivanti dalla tipologia dei trasporti, e la cui attività comporti l'alternanza tra periodi di lavoro e periodi di pausa, di riposo o di inattività», il tetto dell'orario settimanale normale – fissato in generale in 39 ore – è innalzato a 44 ore settimanali.

(accordo rubricato «Distribuzione delle merci con cicli, ciclomotori e motocicli»), a cui si è aggiunto il Protocollo (attuativo dell'art. 47-*bis*, d.lgs. n. 81/2015) del 2 novembre 2020 sui *riders* autonomi.

<sup>25</sup> Sulla questione della dimensione temporale della prestazione di lavoro digitale si rinvia a V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di "tempo del lavoro" (a proposito di ciclo-fattorini)*, in *Labor*, 2020, p. 677 ss., che ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro digitale concentra l'attenzione sull'interesse organizzativo (continuativo) della piattaforma. V. anche ID., *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, p. 53 ss.

<sup>26</sup> A. ALLAMPRESE, O. BONARDI, *Studio sulle condizioni di lavoro nella logistica: tempo e salute*, in *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, 2020, n. 2, I, p. 80 s.

<sup>27</sup> Sulla validità, l'efficacia «o comunque l'applicabilità» degli accordi aziendali di forfettizzazione stipulati ai sensi della delega prevista dal CCNL Logistica v. Trib. Milano, 29 dicembre 2020, in *Riv. giur. lav. giurisprudenza on line*, n. 5/2021, con nota di G. GIAMPÀ.



### 3. Tempo di lavoro “a chiamata”

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla nozione eurounitaria di «orario di lavoro» (art. 2, punto 1, direttiva n. 2003/88<sup>28</sup>) è stata a lungo indicativa della lotta dei lavoratori della “vecchia economia” per resistere alla frammentazione artificiosa di questa nozione<sup>29</sup>. Tuttavia la *gig-economy* offre delle possibilità inedite ed inesplorate, consentendo di dare un senso tutto nuovo alla categoria di “tempo di lavoro a chiamata”, richiamando alla mente le forme premoderne di lavoro occasionale nei porti<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> La nozione europea ha fatto ingresso nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 66/2003 (art. 1, comma 2, lett. a), per cui è «orario di lavoro» «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni».

<sup>29</sup> Nella giurisprudenza dell'UE è consolidata l'opinione per cui «il periodo di servizio di guardia che svolgono i medici delle unità di pronto soccorso, secondo il regime della presenza fisica nel centro sanitario, dev'essere considerato, nella sua integrità, come rientrante nell'orario di lavoro»: fra le varie, Corte giust., 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap*; Corte giust., ord. 3 luglio 2001, C-241/99, *Confederación Interindacal Galega*; Corte giust., 14 luglio 2005, C-52/04, *Personalrat der Feuerwehr Hamburg* (con riferimento alle attività svolte dalle forze d'intervento di un servizio pubblico di vigili del fuoco); Corte giust., 1° dicembre 2005, C-14/04, *Dellas*; Corte giust., ord. 11 gennaio 2007, C-437/05, *Vorel*; Corte giust., 25 novembre 2010, C-429/09, *Günter Fuß c. Stadt Halle*; Corte giust., ord. 4 marzo 2011, C-258/10, *Nicușor Grigore* (con riferimento all'attività delle guardie forestali); Corte giust., 10 settembre 2015, *Federación de Servicios de Comisiones obreras*, cit.; Corte giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*. Tale conclusione non muta per il fatto che il datore di lavoro mette a disposizione del medico una stanza per riposare durante i periodi in cui non è richiesta l'opera di quest'ultimo (Corte giust., 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*) e deve valere anche: per i periodi di permanenza obbligatoria garantiti dai lavoratori appartenenti al settore della protezione civile (Corte giust., 5 ottobre 2004, da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*); per i periodi in regime di reperibilità presso il proprio domicilio, con obbligo di intervenire in caso di chiamata in un arco di tempo pari a otto minuti (Corte giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*); per i periodi in regime di reperibilità, nel corso dei quali il lavoratore deve unicamente essere raggiungibile per telefono ed essere in grado di raggiungere il proprio luogo di lavoro – in caso di necessità – entro un termine di un'ora, avendo però la possibilità di soggiornare in un alloggio di servizio messo a sua disposizione dal datore (Corte giust., 9 marzo 2021, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, cit.); nonché per un servizio di pronto intervento in regime di reperibilità, durante il quale un lavoratore deve poter raggiungere i confini della città ove si trova la sua sede di servizio entro un termine pari a 20 minuti, con la sua tenuta da intervento e il veicolo di servizio messo a disposizione dal datore (Corte giust., 9 marzo 2021, C-580/19, *Stadt Offenbach am Main*). Sul processo di ridefinizione della nozione eurounitaria di orario di lavoro v. G. RICCI, La “scomposizione” pro-labour della nozione di orario di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, in Riv. giur. lav., 2021, n. 3.

<sup>30</sup> N. COUNTOURIS, *La gouvernance par les algorithmes et el recit alternatif du*

La controversia giudiziaria concernente la qualificazione dei *drivers* di *Uber* nel Regno Unito<sup>31</sup> illustra in modo chiaro la complessità delle problematiche che possono sorgere in questo contesto. Nel corso della controversia, *Uber* ha sostenuto che, se i *drivers* fossero stati riqualificati come “lavoratori”, l’impresa sarebbe stata unicamente responsabile nei loro confronti per le prestazioni fornite «durante ciascun tragitto, ovvero tra il momento di presa a bordo del passeggero e quello in cui la vettura raggiunge la sua destinazione», con esclusione dunque dei periodi trascorsi dall’autista senza clienti ovvero di quello impiegato per raggiungerli<sup>32</sup>. I *drivers* parte della controversia hanno replicato che il loro statuto di “lavoratore” si materializza nell’istante stesso in cui si collegano alla *App* e si dichiarano disponibili ad accettare le corse<sup>33</sup>. Vi era anche una terza posizione possibile intermedia fra le due, per cui «il *driver* fornisce servizi a *Uber* a partire dal momento in cui accetta la prenotazione fino al termine della corsa, escludendo (secondo i termini di partenariato di *Uber*) il periodo in cui l’autista è senza clienti in attesa di una chiamata»<sup>34</sup>. La Suprema Corte, nella decisione del 19 febbraio 2021 con la quale ha riqualificato i *drivers* come “*workers*”, ha optato per la soluzione più favorevole agli autisti precisando che l’orario di lavoro non deve calcolarsi sul tempo impiegato nel trasporto dei clienti, ma comprende anche qualsiasi periodo in cui l’autista è collegato alla *App*, all’interno del territorio in cui quest’ultimo ha la licenza per operare, ed è pronto e disponibile ad accettare le corse<sup>35</sup>.

*travail*, A. SUPROT (a cura di), *Le travail au XXIe siècle*, Les Editions de l’Atelier, Ivry-sur-Seine, p. 318.

<sup>31</sup> J. PRASSL, *Pimlico Plumbers, Uber drivers, cycle couriers and Court translators: who is a worker?*, in *L.Q. Rev.*, 2017.

<sup>32</sup> «Uber submitted that, if (contrary to its primary submissions) the drivers were providing services to ULL, it could only be during each ride, that is to say from the time the passenger is picked up until the time the car reaches the passenger’s destination»: Court of Appeal, 19 dicembre 2018, *Uber BV and others v Aslam and others*, EWCA Civ 2748, par. 100.

<sup>33</sup> Court of Appeal, 19 dicembre 2018, *o.l.u.c.*

<sup>34</sup> Court of Appeal, 19 dicembre 2018, *o.l.u.c.*: «A middle course is to say that the driver is providing services to ULL from the moment he accepts the booking until the end of the passenger’s journey but not when (in the words of counsel) he is simply circling around waiting for a call».

<sup>35</sup> Supreme Court, *Uber BV and others v Aslam and others*, 2021] UKSC 5. Sulla questione dei tempi di attesa o dei tempi di ricerca del lavoro dei lavoratori delle piattaforme v. *ETUC reply to the First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, Bruxelles, risoluzione del 22-23 marzo 2021, par. I.2.

#### 4. Potere di controllo datoriale e “neo-taylorismo”

Tempi e luoghi di lavoro hanno la funzione giuridica di attribuire poteri e responsabilità: nell’ambiente di lavoro, il datore ha gioco facile quando si tratta di organizzare e controllare l’esecuzione della prestazione, ma è anche tenuto a mettere in campo misure volte a garantire *standard* di salute e sicurezza, oltre che a rispettare la legislazione sull’orario di lavoro; discorso questo che evoca il concetto di “infeudazione” di Alain Supiot<sup>36</sup>. Diventa però tutto più rarefatto, se il lavoro è “diffuso” digitalmente tra case, mezzi pubblici, luoghi di ritrovo, ecc.<sup>37</sup>.

Si pensi all’estensione degli obblighi di sicurezza nel lavoro agile o comunque svolto a distanza, problematica che ho affrontato in altra sede<sup>38</sup>. Vorrei qui soffermarmi sul potere imprenditoriale di organizzare e controllare l’esecuzione della prestazione di lavoro digitale.

I settori in cui l’organizzazione del lavoro *data-driven* è già una realtà consolidata sono diversi in Italia<sup>39</sup>. Con l’espressione *data-driven organization* – che non è limitata all’industria, ma si sta diffondendo anche nel settore logistico, dei servizi, e nel *retail* – si vuole intendere che l’organizzazione è modellata dalle informazioni che

<sup>36</sup> A. SUPIOT, *Dinanzi all’insostenibile: le risorse della responsabilità*, in A. ALLAMPRESE, L. D’AMBROSIO, *Alain Supiot. La sovranità del limite. Giustizia, lavoro e ambiente nell’orizzonte della mondializzazione*, Milano 2020, p. 126 s.; secondo questa opinione, i rapporti di lavoro al di là dell’alternativa tra subordinazione ed autonomia risentono di un percorso più ampio – che è antropologico – di una società in cui riemergono legami di tipo feudale, legami basati su «rapporti di sudditanza» di un soggetto agli scopi perseguiti da un altro soggetto, che lo controlla e al contempo gli concede una certa autonomia e protezione. Il potere di controllo che il «vincolo di sudditanza» conferisce alla parte dominante può, infatti, essere inteso non solamente come un diritto di controllo, ma anche come un dovere di prendersi cura degli interessi a lungo termine di coloro che si sono messi alla sua dipendenza. L’evoluzione del contratto di lavoro è, come sempre, un buon indicatore. La “flessibilità” che si richiede al dipendente esige come contropartita il dovere del datore di lavoro di garantire il mantenimento delle sue capacità professionali, nonché di garantirne la sicurezza.

<sup>37</sup> A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo*, cit., p. 46.

<sup>38</sup> Problematica si presenta la questione dell’infortunio occorso al di fuori dei locali aziendali, oppure all’interno di locali dei quali il datore di lavoro non abbia la disponibilità (si pensi ai locali del cliente ove il lavoratore agile sia entrato per installare una nuova macchina). Si rinvia ad A. ALLAMPRESE, F. PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore «agile»*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I, p. 307 ss. Con riferimento al lavoro fornito tramite piattaforma digitale v. A. ALLAMPRESE, O. BONARDI, *Studio*, cit., spec. p. 77 ss.

<sup>39</sup> V. M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino 2018, spec. Cap. I, p. 26 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

possono fornire elementi utili per gestire diverse fasi del rapporto di lavoro: dal reclutamento del personale alla verifica della *performance* individuale. Nei magazzini Amazon un sistema centralizzato distribuisce direttive ai lavoratori (c.d. *pickers*) circa i beni da prelevare sugli scaffali attraverso i palmari dati in dotazione ai dipendenti stessi. Anche i trasportatori (dipendenti delle varie società appaltatrici) sono geolocalizzati dall'*App* di Amazon che, grazie ad un algoritmo, indica il tragitto e i tempi di consegna di ciascun pacco, sottraendo ai lavoratori qualsiasi margine di discrezionalità.

Qui pongo un quesito più generale: nel nostro ordinamento è lecito usare un algoritmo per valutare la *performance* del lavoratore? Si può affidare ad una macchina l'elaborazione delle informazioni dei dipendenti rilevanti ai fini del loro (corretto) impiego nell'organizzazione dell'impresa?

L'ordinamento non pare consentire la tenuta di questa condotta, non ammettendosi che la macchina possa operare sull'attività dei lavoratori un controllo diretto a distanza, ciò nonostante l'art. 4 della legge n. 300/1970, sia stato modificato nel senso della perdita del carattere di *generalità* del divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori (divieto che implicitamente resta) e della sottrazione alla procedura di codeterminazione di cui al comma 1 (dell'art. 4, cit.) degli strumenti impiegati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa in quanto funzionali alla stessa<sup>40</sup>. Ove anche si ammettesse un controllo diretto dell'attività dei lavoratori da parte dell'algoritmo applicato alla gestione del personale<sup>41</sup>, occorrerebbe fare i conti con le regole apprestate dal regolamento 2016/679.

Viene qui in rilievo quanto specificato dall'art. 22, comma 1, del regolamento dell'UE, per cui l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto ad una decisione basata «unicamente» sul trattamento automatizzato – profilazione compresa – che produca effetti giuridici che lo riguardano oppure incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. Vero è che tale principio generale trova un contemperamento nel comma 2 dell'art. 22, dove si specifica alla lett. *a* che esso non si applica ove il trattamento automatizzato sia necessario per

<sup>40</sup> A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell'economia*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari 2019, p. 151 ss.

<sup>41</sup> In tal senso, espressamente, S. IACOBUCCI, *Organizzare il lavoro in bit: l'algoritmo può essere un buon hr?*, relazione alla XIII conferenza ESPAnet Italia 2020, sez. 7 - *Digitalizzazione, algoritmi, automazione. Fine del lavoro o incremento della produttività?*, dattiloscritto.

la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare – ed è pacifico che lo svolgimento del contratto di lavoro rientri in detta eccezione –, ma è anche vero che deve trovare applicazione, in tale caso, anche il comma 3, per cui il titolare (ossia, in ipotesi, il datore di lavoro che utilizza la piattaforma digitale) deve attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e gli interessi dell'interessato. E tra queste misure non si può decampare – secondo l'art. 22 – dal diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare, dal diritto di esprimere la propria opinione e da quello di contestare la decisione.

Tenendo da parte ogni profilo procedurale sul trattamento automatizzato, che non esimerebbe il titolare dal dare l'informativa chiara e adeguata al proprio dipendente su come verrà effettuato il trattamento automatico, i dubbi maggiori si hanno sulla possibilità di utilizzare una procedura automatica all'interno del rapporto di lavoro.

Sul punto può essere d'aiuto una recente sentenza del TAR Lazio (sent. 13 settembre 2019, n. 10964), che ha annullato un provvedimento di assegnazione automatica – gestito da un algoritmo – dei docenti nelle sedi disponibili. Vero è che – secondo il TAR – verrebbe ad essere inficiato lo stesso concetto di “procedimento amministrativo” con un *vulnus* al diritto di accesso ed all'obbligo di motivazione, con ricadute sulla l. n. 241/1990, e sull'art. 97 cost., ma è altrettanto vero che ad essere inficiato sarebbe anche il diritto di difesa del soggetto sottoposto alla procedura automatizzata *ex art.* 24 cost., perché, venendo a mancare le motivazioni, non potrebbe essere percepito (né dal soggetto che subisce la decisione, né successivamente dal giudice) l'*iter* logico seguito dall'amministrazione – qui però nella veste di datore di lavoro – per arrivare a quel risultato. È questo finirebbe sicuramente per confliggere anche con il comma 3 dell'art. 22 del regolamento n. 679/2016. Come potrebbe infatti il lavoratore esercitare il suo diritto di contestare la decisione, ove gli è oscuro il motivo per cui l'algoritmo ha deciso in quella maniera? Pertanto, secondo il TAR, le procedure automatiche devono essere sempre e comunque in funzione servente del procedimento amministrativo, il cui *dominus*, sia in fase di istruttoria sia in fase decisionale, deve rimanere sempre e soltanto la persona umana. Mutuando il ragionamento nel contesto del lavoro privato, il *dominus* del provvedimento che estrinseca il potere direttivo del datore di lavoro deve essere sempre la persona umana (lo stesso datore o il dirigente che esercita le funzioni datoriali); una persona in grado di comprendere la (e quindi intervenire sulla) soluzione adottata dalla macchina. Questa è niente di più che uno strumento per velocizzare il lavoro dell'essere umano e quindi uno strumento al servizio del

datore di lavoro e non in sostituzione di questo, anche perché ciò confliggerebbe ancora una volta con il comma 3 dell'art. 22 del regolamento n. 679/2016, ossia con il diritto dell'interessato/prestatore di lavoro al fatto che debba esservi in ogni caso un intervento umano nel trattamento automatico. In definitiva un algoritmo, per quanto completo, ragiona sempre con le istruzioni che gli ha impartito un altro soggetto, ossia il programmatore, e difetta quindi di quella libertà e discrezionalità di valutazione che è invece richiesta per l'espletamento dei poteri decisionali della pubblica amministrazione, ma anche, *mutatis mutandis*, del datore di lavoro privato.

Un altro profilo che meriterebbe un'attenta riflessione riguarda gli intrecci che l'introduzione di nuove tecnologie crea tra le istanze di tutela della salute e le funzioni di controllo sui lavoratori a distanza. Non sono pochi i dispositivi e le attrezzature di lavoro che sono utilizzati ai fini del controllo sul lavoratore, anzitutto per allertarlo in caso di errore. Si è fatto riferimento, ad esempio, all'utilità che i sistemi di geolocalizzazione potrebbero avere al fine di poter localizzare i lavoratori in situazioni di emergenza<sup>42</sup> o di allertare il supervisore nel caso in cui il lavoratore non indossi i dispositivi di protezione individuale. Sistemi di questo genere possono prestarsi anche a forme di controllo intensificato sullo svolgimento della prestazione, al punto che si è parlato di un nuovo taylorismo, che pone problematiche relativamente nuove non solo sotto il profilo del rispetto del diritto alla riservatezza del lavoratore, ma anche sul piano dei rischi di carattere psico-sociale che si possono innescare nell'ambiente di lavoro, con l'intensificazione dei ritmi e con la sottoposizione dei lavoratori a livelli di stress eccessivi<sup>43</sup>.

Le nuove tecnologie sono dunque in grado di prendere decisioni che riguardano l'organizzazione del lavoro, escludendo la capacità di decisione ed intervento di chi lavora nell'architettura del processo digitale automatizzato. Eppure la partecipazione dei lavoratori nelle organizzazioni *data-driven* è fondamentale, se si considera che questi sistemi si nutrono della materia prima dei dati che i lavoratori rilasciano (essendo essi l'"alimento" principale dell'algoritmo), che hanno un valore strategico per le imprese e quindi andrebbero contrattati collettivamente<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> V. Garante per la protezione dei dati personali, provvedimento n. 448 del 2014.

<sup>43</sup> Cfr. A. ALLAMPRESE, O. BONARDI, *Studio*, cit., p. 51.

<sup>44</sup> Cfr. A. INGRAO, *Data-driven management e strategie collettive di coinvolgi-*

Non si può, a questo punto, non rilevare la distonia tra la esclusione del ruolo della contrattazione operata dal legislatore italiano nel riformare – nel 2015 – l’art. 4 della legge n. 300/1970 (esonero dalle procedure di codeterminazione previste dal primo comma dell’art. 4 cit. l’introduzione degli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa») e la valorizzazione, da parte del regolamento n. 679/2016, del contratto collettivo come fonte di regolazione della protezione dei dati personali di chi lavora, tra l’altro proprio – tra gli ambiti espressamente menzionati – in materia di disciplina dei «sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro» (art. 88, comma 2). Nel nostro sistema, l’art. 111 del d.lgs. n. 196/2003, come modificato dal d.lgs. n. 101/2018 per adeguarlo al regolamento dell’UE, potenzia il ruolo dei codici di deontologia ed in tal senso si muove anche la norma dell’art. 2-*quater* del d.lgs. n. 196/2003 (già art. 12 del d.lgs. *ante* riforma del 2018), per cui il rispetto dei codici di deontologia costituisce condizione essenziale per la liceità del trattamento. Tuttavia, con la delega al Garante per la protezione dei dati personali contenuta nell’art. 111 cit. (e già prevista nel testo originario del d.lgs. n. 196/2003), viene di fatto procrastinata nel tempo l’introduzione della normativa di dettaglio in ambito lavoristico<sup>45</sup>, che è proprio quella che consentirebbe di valorizzare la contrattazione come “fonte” di regolazione della protezione dei dati.

##### 5. *Tempo e luogo di lavoro, potere di controllo datoriale: cosa ha da dire ancora lo Statuto?*

Per concludere ritengo che, pur nell’ambito di profondi cambiamenti che interessano la condizione di chi lavora e l’impresa, resta un elemento di continuità: ed è il carattere strutturalmente “antagonista” della pretesa di riconoscimento di diritti inderogabili del lavoratore come espressione della sua personalità, in contrapposto alla “mercificazione” del lavoro e della persona costitutiva delle relazioni capitalistiche<sup>46</sup>.

*mento dei lavoratori per la tutela della privacy*, in *Lab. Law Iss.*, vol. 5, n. 2, spec. p. 135.

<sup>45</sup> Cfr. A. STIZIA, *Il decreto legislativo di attuazione del Regolamento Privacy (n. 101 del 2018): profili giuslavoristici*, in *Lav. dir. Europa*, 2018, n. 2, p. 9.

<sup>46</sup> Ancora di recente A. SUPLOT, *Homo faber: continuità e rotture*, in A. HONNETH, R. SENNETT, A. SUPLOT, *Perché lavoro? Narrative e diritti per lavoratrici e*

Non vi è contraddizione, perché costituisce anzi una manifestazione della dialettica del reale, che il diritto del lavoro, pensato e definito da un autore come la forma giuridica di espletamento della relazione capitalistica<sup>47</sup>, abbia prodotto, a seguito delle lotte operaie, l'acquisizione di principi di tutela della persona, che limitano in maniera anche molto rilevante il grado dello sfruttamento capitalistico.

La legge n. 300/1970 non era una legge suggerita da una borghesia illuminata o dal venire meno delle durezze dell'accumulazione primitiva, ma il frutto di una lotta "antagonista" ed il punto di attestazione e cristallizzazione di un momento favorevole nell'andamento della lotta stessa. Il potere organizzativo dei fattori della produzione (e, tra questi, il lavoro) non è sconosciuto al datore di lavoro; il potere certo non può essere negato. Poiché però questo potere investe immediatamente la persona di chi lavora, il principio di autorità viene a contemperarsi con il principio di libertà. E tale contemperamento si riflette su un complesso di interventi sulla organizzazione del lavoro nell'impresa capitalista, sottratta alla esclusiva disponibilità dell'imprenditore.

Lo Statuto dei lavoratori, nonostante la sua età, mantiene ancora tutta la sua forza di disciplina che regola (e quindi pone un limite) il potere direttivo/organizzativo, di controllo e disciplinare che il datore esercita sul prestatore di lavoro.

Nella relazione tra esercizio – legittimo – del potere ed abuso, e conseguente responsabilità, dello stesso da parte del datore di lavoro occorre essere vigili, dato che l'algoritmo, e più in generale le nuove tecnologie, rischiano di spezzare proprio la relazione tra esercizio del potere e conseguente responsabilità per un uso illegittimo dello stesso. Cosa questa che la disciplina della legge n. 300/1970 non consentiva, allora, e non consente tutt'ora.

La riprova la si può ricavare, paradossalmente, proprio dal nuovo testo dell'art. 4 della legge n. 300/1970 sui controlli a distanza, ove è stato mantenuto – pur implicitamente – il divieto di controllo

*lavoratori del XXI secolo*, Milano 2020, p. 3 ss., ci ricorda come il lavoro sia un concetto multiplo e polisemico, restituito dall'immagine di *homo faber*, come costruttore non solo di opere ma dello stesso nostro apparato simbolico, che solo per effetto della rivoluzione industriale è stato confinato, in prevalenza, nella finzione contrattuale del lavoro come merce, come vendita dei propri servizi a tempo, in cambio di denaro.

<sup>47</sup> M.G. GAROFALO, *Il diritto del lavoro e la sua funzione economico-sociale*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari 2006, p. 130.



diretto dell'attività dei lavoratori, e le eccezioni alla disciplina del primo comma dello stesso art. 4 non si sono comunque trasformate in eccezioni al rispetto della normativa nazionale e dell'UE in tema di raccolta ed utilizzo dei dati personali.

In definitiva, le nuove tecnologie devono essere e soprattutto restare uno strumento di estrinsecazione del potere del datore di lavoro-persona, intesa come centro di situazioni giuridiche, e non di soggetti che esercitano detto potere senza però l'imputazione della corrispondente responsabilità.

FABRIZIO BANO

## Quando lo sfruttamento è *smart*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La subordinazione “digitale”. – 3. Elementi dello sfruttamento *smart*. – 4. Il *management* algoritmico. – 5. Datificazione e *gamification*: come si estrae il lavoro. – 6. Lavorare sempre e ovunque. – 7. I confini dello sfruttamento *smart*.

### 1. *Introduzione*

Ad un primo accostamento al tema verrebbe spontaneo osservare che lo sfruttamento è *in re ipsa* quando si parla di lavoro. Il contratto di lavoro subordinato è costruito proprio per consentire l'utilizzazione della prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro. Nondimeno il termine sfruttamento possiede anche un innegabile significato negativo, che supera la semplice dimensione contrattuale e indica un abuso o una violazione di diritti del prestatore di lavoro.

Fra la subordinazione e i fenomeni di illiceità inseriamo l'analisi dell'“altro sfruttamento”, ove convogliare quella eccedenza di senso che non riteniamo si possa affidare *in toto* alle categorizzazioni penalistiche. Pertanto, nelle pagine seguenti proveremo a costruire una definizione stipulativa di sfruttamento, delimitandola al particolare al contesto del lavoro nelle piattaforme digitali e qualificandola “*smart*”. Il significato convenuto di “sfruttamento *smart*” lo esporremo (*infra*, § 3) solo una volta preso atto di alcuni dei problemi attualmente posti dal lavoro su piattaforma (*infra*, § 2).

### 2. *La subordinazione “digitale”*

La tesi dell'autonomia del lavoro su piattaforma digitale è stata ri-

presa da *Uber* in un libro bianco<sup>1</sup>, pubblicato nel 2021 in vista della consultazione delle parti sociali<sup>2</sup> avanti alla Commissione UE sulle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali<sup>3</sup>. Rinunciando a far leva sull'argomento, già smontato dalla Corte di giustizia<sup>4</sup>, circa il ruolo di mero intermediario della piattaforma, nel libro bianco *Uber* ribadisce che un punto essenziale del proprio *business model* è costituito dall'inquadramento come lavoratori autonomi dei conducenti di taxi di cui essa si avvale. La tesi fa perno su una asserita "two-way flexibility", che se da un lato serve alla piattaforma per far fronte ad una domanda costantemente fluttuante<sup>5</sup>, sul lato dei lavoratori si declinerebbe come «the freedom to choose if, when, where, for whom and for how long to work»<sup>6</sup>. La scelta del lavoratore su tali aspetti è un profilo decisivo del ragionamento avanzato da *Uber*, ma altamente opinabile, se solo ci si spinga oltre le forme e si consideri invece la sostanza del rapporto. Così facendo, viene in evidenza che le piattaforme esercitano un penetrante potere di controllo sulle prestazioni di lavoro, attraverso algoritmi, strumenti di geolocalizzazione e sistemi reputazionali<sup>7</sup>, in tal grado da togliere qualsivoglia fondamento all'idea di autoimprenditorialità a cominciare, appunto, da un genuino spazio di effettiva autodeterminazione in capo al prestatore (*infra*).

Meritano invece una più attenta riflessione le considerazioni svol-

<sup>1</sup> UBER, *A Better Deal for European Platform Workers*, in [www.uber.com](http://www.uber.com).

<sup>2</sup> Consultazioni iniziate il 24 febbraio 2021, in vista di un prossimo intervento legislativo sul tema richiamato, v. EUROPEAN COMMISSION, *A Union of vitality in a world of fragility, Commission Work Programme 2021*, Com (2020) 690 final, Brussels 2020.

<sup>3</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Protecting people working through platforms: Commission launches a first-stage consultation of the social partners*, press release, Brussels 2021; EUROPEAN COMMISSION, *First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, Com (2021) 1127 final, Brussels 2021.

<sup>4</sup> Corte giust., Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain*, M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, in *Dir. lav. merc.*, p. 310.

<sup>5</sup> Per una argomentata obiezione alla falsa alternativa tra tutela e flessibilità, A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*. Bari 2020, p. 141 ss.

<sup>6</sup> UBER, *A Better Deal for European Platform Workers*, cit., p. 11.

<sup>7</sup> A. INGRAO, *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, in L. GUAGLIANONE, C. ALESSI, M. BARBERA (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari 2019, p. 193.

te da *Uber* in tema di tutele previdenziali, incentrate sull'assunto che sia necessaria una rimodulazione del modello di *welfare*<sup>8</sup>, atta a fronteggiare la domanda di protezione sociale proveniente anche dal lavoro autonomo e che la pandemia da Covid-19 ha posto in massima evidenza. Anzi, secondo *Uber*, sarebbe la soluzione ad un dilemma qualificatorio altrimenti incompabile<sup>9</sup>.

Limitandoci al solo elemento della scelta a cui viene abilitato il singolo lavoratore, si tratta di indagare, più finemente, circa l'effettiva autonomia di cui può godere il prestatore di lavoro secondo le condizioni di utilizzo fissate dalle piattaforme, che proprio nella "*two-way flexibility*", trovano la formula per spiazzare i canoni tradizionali di qualificazione e addivenire a ciò che definiamo sfruttamento *smart* (*infra*, § 3).

La lettura avanzata da *Uber* cui, nello specifico, fa da contrappunto nel Regno Unito la decisione della Suprema Corte di qualificare i conducenti-tassisti di tale società come *workers* (non già, si badi, come *employees*)<sup>10</sup>, nel nostro ordinamento va contestualizzata nel cospicuo contenzioso in punto di qualificazione dei *riders*<sup>11</sup>, oltre che da un fitto dibattito dottrinale<sup>12</sup>. Basterà ricordare che nella giurisprudenza di merito, in un primo momento, era emerso un orientamento a sostegno dell'autonomia dei *riders* fondato sull'assunto che essi sarebbero liberi di scegliere se e quando lavorare<sup>13</sup>. Suc-

<sup>8</sup> M. D'ONGHIA, *Lavori in rete e nuove precarietà: come riformare il welfare state?*, in *Il lavoro nelle piattaforme digitali*, Riv. giur. lav., 2017, quaderno n. 2, p. 83.

<sup>9</sup> Come si rileva nel citato libro bianco il problema nasce dal fatto che negli ordinamenti nazionali «where workers are forced to choose between being an employee with more benefits but less flexibility or an independent worker with more flexibility but lacking a social safety net», *UBER, A Better Deal for European Platform Workers*, cit., p. 29. Sul tema A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 410/2020, e A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto de lavoro*, Torino 2021.

<sup>10</sup> Corte Suprema del Regno Unito, 19 febbraio 2021, n. 5, *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*; v. S. FREDMAN, D. DU TOIT, *One Small Step Towards Decent Work: Uber v Aslam in the Court of Appeal*, in *Ind. Law Journal*, 2019, vol. 48, n. 2, p. 260.

<sup>11</sup> C. DE MARCO, A. GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 435/2021.

<sup>12</sup> A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto de lavoro*, Torino 2021.

<sup>13</sup> Trib. Torino, 07 maggio 2018, P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 283; I. SENATORI

cessivamente, è andata maturando una tendenza di segno diverso: il Trib. Firenze del 1° aprile 2020<sup>14</sup> e la Corte di Appello di Torino del 4 febbraio 2019<sup>15</sup> hanno qualificato i *riders* come collaboratori eterorganizzati, stabilendo quindi l'estensione a tali lavoratori della disciplina del lavoro subordinato (art. 2, d.lgs. n. 81/2015); una conclusione poi confermato da Cassazione n. 1663/2020<sup>16</sup>. D'altro canto, un avvicinamento dei *riders* alle tutele del lavoro subordinato si profila anche sul fronte della contrattazione collettiva, laddove si opta per il loro inquadramento entro tale perimetro<sup>17</sup>.

Ancora in ambito giurisprudenziale, è da richiamare il Trib. di Palermo del 24 novembre 2020 che riconosce la subordinazione, escludendo una genuina libertà del *rider*, proprio in riferimento al se e quando lavorare<sup>18</sup>. Rimarchevole, in tale pronuncia, è non soltanto la conclusione, ma anche e soprattutto l'itinerario argomentativo impiegato dal giudice palermitano, quando evidenzia che la libertà del lavoratore è «solo apparente e fittizia», giacché sono gli algoritmi di cui si avvale la piattaforma, a regolare «l'organizzazione del lavoro» e che «di fatto sovrastano il lavoratore con il subdolo esercizio di un potere di totale controllo».

*Subordinazione e autonomia alla prova della gig-economy: la parola ai giudici*, in *www.giustiziacivile.com*, 2018; Trib. Milano, 10 settembre 2018, M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *Lab. Law. Iss.*, 2019, vol. 5, no. 1, e A. PERULLI, *Il diritto del lavoro*, cit.

<sup>14</sup> D. DRAETTA, *Il lavoro autonomo dei riders ai tempi del Covid-19*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 475.

<sup>15</sup> M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, in *Riv. it. dir. lav.*, II 2019, p. 350; R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 358.

<sup>16</sup> A. MARESCA, *La sentenza della Corte di Cassazione 24 gennaio 2020, n. 1663: opinioni a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 145.; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli con-trattuali*, in *Labor*, 2020, n. 1; A. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; V. SPEZIALE, *Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020 sui riders*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto de lavoro*, cit., *passim*, in particolare p. 184 s.

<sup>17</sup> V. accordo Filt-Cgil, Fit-Cisl, Uil trasporti e Just Eat del 29 marzo 2021.

<sup>18</sup> M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, no. 2.; F. CARINCI, *Tribunale Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 1.

Si evince chiaramente da quanto esposto, in questa come in analoghe sentenze, che la libertà del lavoratore sia ridotta a puro simulacro, grazie ad un potere dissimulato eppure «di totale controllo». In altre parole, si ha un'ulteriore conferma della tenuta qualificatoria della subordinazione<sup>19</sup>, ancorché in una accezione affatto peculiare, derivante da un modello organizzativo<sup>20</sup> in grado di condizionare le scelte e l'autonomia del lavoratore.

Ebbene, andando oltre una prima e impressionistica situazione di surrettizia eteronomia, le misure di disciplinamento del lavoro, ben rappresentate nella sentenza da ultimo citata, sono, per una parte, ascrivibili all'idea di tecnoregolazione nella quale la tecnica è da intendere non tanto come strumento, quanto piuttosto «in chiave ambientale, come un processo capace di conformare l'ambiente in cui soggetti interagiscono»<sup>21</sup>. Per altra parte (il subdolo controllo), invece, le suddette misure possono intendersi, più perspicuamente, come elementi di un processo regolativo che, secondo la teoria del *nudge*<sup>22</sup>, agisce attraverso «spinte gentili», al fine di condizionare la scelta del lavoratore che, formalmente, rimane libera<sup>23</sup>.

Alle coordinate appena tracciate possiamo parzialmente ricondurre anche il caso del c.d. caporalato digitale, ove protagonisti sono sempre i *riders*, impegnati nella consegna di cibo a domicilio per conto di *Uber Italy*<sup>24</sup>.

Le implicazioni penalistiche del caso, ci consentono di richiamare gli indici di sfruttamento contenute nel nostro codice penale e che possiamo compendiare in violazioni con riguardo alla retribuzione, all'orario di lavoro, alla salute e sicurezza, oltre ad una più generica «sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a meto-

<sup>19</sup> M. PALLINI, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, no. 2; O. RAZZOLINI, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, *ivi*.

<sup>20</sup> A. ACQUIER, *Uberization meets Organizational Theory: Platform capitalism and the re-birth of the putting-out system*, in *Cambridge Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy*, Cambridge 2018, p. 13.

<sup>21</sup> M. DURANTE, *Potere computazionale. L'impatto delle ICT su diritto, società, sapere*, Meltemi 2019, p. 49.

<sup>22</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile: la nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano 2014. Per un'ampia revisione critica di tale teoria v. L. SAVADORI, *Nudge: opportunità o moda passeggera?*, in *G. ital. psicol.*, 2020, p. 335 ss.

<sup>23</sup> C.R. SUNSTEIN, *Sulla libertà*, Torino 2020.

<sup>24</sup> Trib. Milano, decreto 28 maggio 2020, A. ESPOSITO, *I riders di Uber Italy s.r.l.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 558.

di di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti» (comma 1 dell'art. 603 *bis* c.p.)<sup>25</sup>. In altri termini, la rilevanza penale dello sfruttamento consiste nell'impiego illegittimo di manodopera, in violazione della disciplina lavoristica.

Il gioco di rimandi che si innesca tra fattispecie penale e fattispecie lavoristica, travasa sulla prima le criticità e i dilemmi qualificatori che affliggono la seconda. Ne deriva il rischio che non solo risulti inficiata l'efficacia repressiva dell'art. 603-*bis* c.p., ma altresì che, alla luce dello stesso articolo, non possa riconoscersi lo sfruttamento qualora il lavoro sia qualificato come autonomo.

A fare da connettivo tra le proteiformi manifestazioni di pseudo imprenditorialità digitale è la fenomenologia del lavoro povero<sup>26</sup>, evocato nella sentenza sul caporalato digitale: il reclutamento dei *riders* avviene «in una situazione di emarginazione sociale e quindi di fragilità sul piano di una possibile tutela dei diritti minimi». Da ciò prendono forma ipotesi di sfruttamento e utilizzo para-schiavistico, ma in punto di diritto, data la rarefazione di solidi parametri normativi, anche la categoria «sfruttamento» – vero e proprio *ubi consistam* del diritto del lavoro – rischia parimenti un processo di dissolvimento sul piano conoscitivo.

Sintomo eloquente di una «crisi del paradigma» lavoristico<sup>27</sup> è il moltiplicarsi di fattispecie dentro e fuori la subordinazione, in una poco controllata stabilizzazione dei significati e un'incerta riconducibilità a sistema. La conclusione – fra lo sconforto e lo sgomento – è di trovarsi a «decifrare testi normativi esoterici» e «per i quali più che un giurista servirebbe un cabalista»<sup>28</sup>.

Il tenore esoterico delle norme non deve mettere in ombra il paradosso che ci propone il lavoro su piattaforma: rilancia il mito dell'emancipazione dell'uomo grazie alla tecnologia, ma contestualmente assoggetta a inedite e, ancora, indecifrabili forme di subordinazione. L'indecifrabilità che ci restituisce il dato positivo – la vera e propria sfida lanciata all'accezione tradizionale di subordinazione<sup>29</sup> – non ci

<sup>25</sup> L. LOREA, *Sulla nozione di «sfruttamento del lavoro»: cosa è cambiato*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 4, p. 1083.

<sup>26</sup> F. BANO, *Il lavoro povero nell'economia digitale*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 129.

<sup>27</sup> B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT - 111/2014, p. 2.

<sup>28</sup> O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, n. 1, p. 3.

<sup>29</sup> G.G. BALANDI, *Concetti lavoristici impigliati nella rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018 p. 5.

consente di far luce sul concetto di sfruttamento, come componente costitutiva della subordinazione e, in particolare, di quella che si trova nel lavoro su piattaforma digitale.

### 3. Elementi dello sfruttamento smart

Massimamente sintetizzando, con “sfruttamento *smart*” si vuole indicare una compressione della libertà del lavoratore e il pregiudizio alla sua dignità, ma perseguita con strumenti e modalità diversi dai poteri datoriali classici. Il modello comando-sanzione non è inscrivibile *sic et simpliciter* nell’ordine della subordinazione, ma l’intima essenza di quest’ultima, ancorché presente, si esprime in forme inedite – spesso inafferrabili tanto dal legislatore, quanto dal giudice – che tendono ad esaltare, sulla carta, l’autonomia soggettiva. Evidente allora la contraddizione, tra gli effetti (la *deminutio* della libertà) e le premesse (l’espansione dell’autonomia). Ma si tratta solo di una apparente contraddizione: gli strumenti di regolazione, ovverosia l’impiego di algoritmi e sofisticate architetture di scelta<sup>30</sup>, rendono appunto “*smart*” – nell’accezione meno comune di scaltra – la combinazione di coazione e libertà, che danno corpo a pratiche di sfruttamento. Se la subordinazione da sempre rimanda al principio del *coactus voluit*<sup>31</sup>, nel lavoro digitale si ha una sorta di metamorfosi del potere datoriale, ove le forme di disciplinamento del soggetto che lavora risultano spersonalizzate, disincarnate, secondo un processo di disintermediazione che viene spesso ipostatizzato – usando una formula apparentemente ingenua ma efficace – nell’algoritmo quale “capo” dell’organizzazione<sup>32</sup>. Le “direttive” del capo algoritmico, sono caratterizzate da opacità e da asimmetrie informative, di cui è arduo immaginare una efficace correzione normativa, tanto da conferire alle statuizioni del “capo” un tratto quasi oracolare<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *La spinta gentile*, cit.

<sup>31</sup> A. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 365/2018; C. NITSCH, “*Coactus voluit*”. *Prospettive dalla riflessione weberiana sulle condizioni del lavoro negli Stati Uniti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2007, p. 336.

<sup>32</sup> J. PRASSL, *What if your boss was an algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work*, in *Comp. Lab. L. & Pol’y Journal*, 2019, 41, 1.

<sup>33</sup> A. VESPIGNANI, *L’algoritmo e l’oracolo. Come la scienza precide il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Bari 2019.



Un esito derivante dalla «dittatura dell'algoritmo», quando cioè «la pervasività, la capacità di raccogliere dati, di memorizzarli e di elaborarli, nel *web* e dell'IT, rischiano in generale di far sparire la differenza tra la scelta esercitata in conformità a regole date e sulla base di informazioni acquisite e la semplice combinazione di queste ultime: regole più informazioni»<sup>34</sup>. Un esito che ci pone di fronte al progressivo svuotamento di potere e di autonomia decisionale del soggetto, debitore della prestazione di lavoro. Dovendo concentrare l'attenzione su quest'ultimo, possiamo definire tale processo in atto come crisi dell'*agency*, cioè della capacità di agire in modo indipendente<sup>35</sup>. Ribaltando così l'idea, ad esempio, che l'industria 4.0 riproponga una centralità del lavoratore nel sistema di produzione<sup>36</sup>.

Parimenti l'immagine del lavoratore imprenditore di sé stesso risulta, molto spesso, del tutto fasulla e destituita di fondamento. È, in prima battuta, un problema di qualificazione giuridica, ma più radicalmente è la perdita della capacità di agire autonomamente.

I fenomeni globali di sfruttamento non ci parlano della sostituzione dell'uomo con la macchina, ma semmai del trasferimento della anzidetta capacità di agire dall'uomo alla macchina, che chiamiamo automazione, con cui intelligenza artificiale e *machine learning* diventano i motori della decisione-predizione algoritmica<sup>37</sup>. In una crescente interazione tra tecnologia e diritto, in effetti, il rischio è quello della «dislocazione dei centri di imputazione tali da renderli sempre più opachi o invisibili»<sup>38</sup>.

Se questa è la direzione, si evidenzia il rischio che venga meno la tenuta del contropotere collettivo<sup>39</sup>, riguardo al quale due sono i principali fronti problematici. Per un verso, la praticabilità, alla luce

<sup>34</sup> G.G. BALANDI, *Concetti lavoristici impigliati nella rete*, cit., p. 5.

<sup>35</sup> C. KATZENBACH, L. ULBRICHT, *Algorithmic governance*, in *Internet Policy Review*, 2019, vol. 8, 4, p. 1.; H. KENNEDY, T. POELL, J. VAN DIJCK, *Data and agency*, in *Big Data & Society*, 2015, vol. 2, 2; M. HILDEBRANDT, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, in *Mod. L. Rev.*, 2016, p. 1.

<sup>36</sup> A. CIPRIANI, G. MARI, A. GRAMOLATI, *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze 2018.

<sup>37</sup> V. DE STEFANO, *Introduction: Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y Journal*, 2019, vol. 41, n. 1.

<sup>38</sup> G. BOMBELLI, *Processi decisionali e categorie giuridiche: tra razionalità "classica" e spunti dal nudging*, in *Teor. Crit. Regol. Soc.*, 2019, p. 25.

<sup>39</sup> A. LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *Lab. Law. Iss.*, 2018, vol. 4, n. 1.

della disciplina *antritrust* UE, della contrattazione collettiva da parte di *gig workers*, ogniqualvolta vengano qualificati come autonomi<sup>40</sup>. Per altro verso, le problematiche poste dalla prospettiva di «contrattare l'algoritmo»<sup>41</sup>.

Dal momento che il lavoro è repentinamente investito da tali mutamenti, di cui la cronaca, giudiziaria e non, restituisce solo una debole eco, si può allora – con un certo fondamento – ipotizzare che lo “sfruttamento *smart*” sia non già una formula linguistica fungibile con subordinazione, ma piuttosto che, comprendendola, rimandi ad un orizzonte di senso più ampio.

In queste pagine si fa problema della qualità e delle modalità con cui lo sfruttamento si realizza. Una volta affrancato tale discorso da schemi giuridici e concettuali che evocano il modello storicamente conosciuto di schiavitù<sup>42</sup>, si può impostare l'analisi su basi parzialmente diverse, pur senza escludere, con ciò, che la schiavitù costituisca in certi casi una degenerazione della “*platformization*”<sup>43</sup> del mondo.

D'altro canto, entrambe le dimensioni sono qui incluse nella definizione di sfruttamento *smart*. Mentre il sostantivo “sfruttamento” compendia una condizione di utilizzo illegittimo della manodopera, l'aggettivo “*smart*”, per contro, qualifica l'operazione tesa a dissimulare tale condizione, allo scopo di ostacolare e talora impedire, un suo effettivo contrasto, sia sul piano giudiziario, quanto su quello sindacale. L'ambiguità del lemma “*smart*”, inoltre, sottende la costruzione di un vero e proprio modello di tecnoregolazione per promuovere e governare una autoimprenditorialità fittizia, che ha nel *rider* e nel tassista *Uber* le sue figure prototipiche. In altri termini, siamo di fronte ad una metamorfosi della subordinazione suggerita più dalle astuzie del capitale, che dal valore liberatorio e abilitante delle tecnologie digitali.

<sup>40</sup> N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO V., *New trade union strategies for new forms of employment*, Brussels 2019, p. 43 ss.

<sup>41</sup> V. DE STEFANO, “Negotiating the algorithm”: *Automation, artificial intelligence and labour protection*, in *Empl. WP*, 2018, n. 246; A. INGRAO, *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, cit., p. 193.

<sup>42</sup> G. BRONZINI, *La schiavitù nel lavoro contemporaneo. Dal decent work ai diritti oltre la subordinazione*, in *Parolechiave*, 2016, p. 49.

<sup>43</sup> V. LEHDONVIRTA, S. PARK, T. KRELL, N. FRIEDERICI, *Platformization in Europe, Platform Alternatives research project*, Oxford 2020.

#### 4. *Il management algoritmico*

Il *management* algoritmico (MA) interviene nella fase successiva a quella di acquisizione di dati e definisce un diverso «set of technological tools and techniques that structure the conditions of work and remotely manage workforces»<sup>44</sup>. È, in altre parole, la gestione automatizzata dei tipici poteri datoriali effettuata attraverso l'uso intensivo di algoritmi. Questi ultimi finiscono così per sostituirsi parzialmente al soggetto detentore di detti poteri, con un esito straniante, ben descritto dalla formula «il tuo capo è un algoritmo»<sup>45</sup>.

Delle molteplici questioni che una lettura giuslavoristica potrebbe ricavare dal tema del MA, ne enucleiamo soltanto una, strettamente pertinente, alla riflessione svolta in questo saggio. Riguarda i meccanismi di controllo datoriale (la piattaforma) che, nel complesso producono una limitazione di autodeterminazione nel lavoratore. Inserito nel vasto orizzonte del c.d. «capitalismo della sorveglianza»<sup>46</sup>, il MA si avvale ampiamente delle tecniche di *nudge* digitale. Sono oramai noti gli strumenti per “spingere” i lavoratori delle piattaforme basate su nuove pratiche di *rating* e *reviews*<sup>47</sup>, oltretutto di più tradizionali premi di rendimento (il c.d. cottimo digitale). Non dimeno, sarebbe quanto mai riduttivo ridurli a dei meri incentivi, poiché lo sfruttamento *smart* li riporta a molto più subdoli modelli di *gamification*<sup>48</sup>.

Basti ricordare il sofisticato uso del MA da parte di *Uber*<sup>49</sup>, da cui risulta che lo sfruttamento del lavoratore si compone, oltre che di una palese violazione della legge, di una componente, concettualmente più elusiva, che consente la eterodirezione della manodopera, eppure seduttivamente nascosta al lavoratore («*you are the boss*»). Il MA si basa proprio su asimmetrie informative e opacità, l'algoritmo è una «scatola nera»<sup>50</sup> la cui natura oracolare la riconosciamo nel

<sup>44</sup> A. MATEESCU, A. NGUYEN A., *Algorithmic management in the workplace*, in *Data & Society*, 2019, p. 3.

<sup>45</sup> A. ALOISI, V. DE STEFANO V., *Il tuo capo è un algoritmo*, Bari 2020.

<sup>46</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma 2019.

<sup>47</sup> A. INGRAO, *I sistemi di feedback basati su rating e reviews tra controllo della prestazione lavorativa e divieto di decisioni automatizzate*, cit., p. 193.

<sup>48</sup> K.C. KELLOGG, M.A. VALENTINE, A. CHRISTIN A., *Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control*, in *Acad. Manag. Ann.*, 2020, 14(1), p. 382.

<sup>49</sup> A. ROSENBLAT, L. STARK, *Algorithmic Labor and Information Asymmetries: A Case Study of Uber's Drivers*, in *Int. J. Commun.*, 2016, vol. 10, p. 3758.

<sup>50</sup> F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge 2015.

potere predittivo<sup>51</sup>, ma anche nell'imperscrutabilità delle sue decisioni<sup>52</sup>.

In conclusione, nel MA si insinua una lettura, travisata e retrospettiva<sup>53</sup>: le piattaforme «perpetuate the narrative that algorithmic control systems are fully automated, they may be deliberately underplaying their role in calibrating and intervening in the systems' architecture, nudges, and sanctions»<sup>54</sup>.

Implicato nell'uso del MA, insomma, vi è ad una relevantissima compressione dell'autonomia dell'individuo<sup>55</sup>. Per questo, contrariamente a quanto paventato da una corrente *vulgata*<sup>56</sup>, l'automazione non segna la fine del lavoro, ma si prospetta semmai come una minaccia (anche) ad un genuino spazio di autodeterminazione del prestatore di lavoro, soppiantata da una *governance* algoritmica<sup>57</sup>.

Assistiamo dunque alla compressione o soppressione dell'autonomia individuale, realizzata con tecniche che definiamo *smart*, perché “abilmente” lasciano il lavoratore apparentemente libero di “scegliere” se e quando lavorare (§ 7).

Per formalizzare meglio tale esito, emancipandolo dalla problematica qualificatoria, possiamo descriverla utilizzando la formula di

<sup>51</sup> V. ad esempio le implicazioni della connessione tra giustizia e predittività in F. ROMEO, *Giustizia e predittività. Un percorso dal machine learning al concetto di diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2020, p. 107.

<sup>52</sup> Sulla conoscibilità dell'algoritmo cfr. l'art. 22/3 del GDPR (regolamento 2016/679) che stabilisce il diritto del lavoratore ad ottenere una spiegazione qualora venga sottoposto a decisioni automatizzate. Sulla c.d. discriminazione algoritmica v. Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 1; M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, aggiornamenti 19 gennaio 2021; mentre G. GAUDIO, *Algorithmic management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, fa una analisi sull'onere probatorio ove si ricorra al *management* algoritmico.

<sup>53</sup> Osserva M. HILDEBRANDT, *Law as Information in the Era of Data-Driven Agency*, cit., p. 5: «This onlife world has a frontend (the world we see and navigate) and a backend (the largely invisible computational architecture that sustains and informs the frontend)».

<sup>54</sup> K.C. KELLOGG, M.A. VALENTINE, A. CHRISTIN, *Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control*, cit., p. 384.

<sup>55</sup> A. MATESCU, A. NGUYEN, *Algorithmic management in the workplace*, cit.

<sup>56</sup> R. STAGLIANÒ, *Al posto tuo*, Torino 2016.

<sup>57</sup> C. KATZENBACH, L. ULBRICHT, *Algorithmic governance*, in *Internet Policy Review*, 2019, vol. 8, 4, p. 6.

subordinazione gentile<sup>58</sup>, alludendo alla teoria del *nudge*. Evidenti sono i corollari di tale impostazione per valutare il gradiente di sfruttamento esercitato dalle piattaforme: si realizza un deciso abbassamento delle condizioni di lavoro, ma “astutamente” si occulta la fondazione di un formidabile potere conformativo dietro l’esercizio guidato dell’autonomia individuale.

Si tratta, in altri termini, di riconoscere la diffusa presenza di svariate forme di sfruttamento. Accogliendo la sollecitazione di Massimo Roccella ad alzare lo sguardo verso un orizzonte globalizzato<sup>59</sup>, la lettura qui proposta viene amplificata nella «schiavitù contrattualizzata», intendendo con ciò riferirsi a «tutti quei casi in cui una condizione di sostanziale assoggettamento in schiavitù è dissimulata dalla stipulazione di un contratto, formalmente regolare, in realtà tale da imporre condizioni di lavoro vessatorie, che arrivano ad implicare, di fatto, la perdita stessa della libertà delle persone coinvolte»<sup>60</sup>.

##### 5. *Datificazione e gamification: come si estrae il lavoro*

Oltre che dagli algoritmi, ma in intima connessione con il loro funzionamento, è una diversa variante di sfruttamento cui vale la pena di accennare. L’economia delle piattaforme è sorretta dai dati (*data driven*), è anzi un’economia di dati (*data economy*). Ricorre anche in tal caso una rappresentazione mistificante della realtà: i *big data* come il nuovo petrolio dell’economia, che verrebbe “estratto” dalle piattaforme. Ma non si tratta di una risorsa naturale, perché i *big data* sono il frutto di lavoro umano. La datificazione è un processo di trasformazione del lavoro in dati, da cui poi le piattaforme digitali estraggono valore<sup>61</sup>. Nel doppio movimento, di trasformazione e di estrazione, possiamo quindi leggerci un’ulteriore forma di sfruttamento del lavoro.

In tale processo, e quale ulteriore corollario della datificazione, rientra anche la deriva verso la gratuità dell’attività umana, fino al punto da escluderla dallo stesso ambito semantico «lavoro» e sospingerla, di contro, verso un’indistinta categoria di gioco (*gamification*).

<sup>58</sup> F. BANO, *Il lavoro invisibile nell’agenda digitale di Europa 2020*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 482 ss.

<sup>59</sup> M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion pratica*, 2010, n. 2, p. 419.

<sup>60</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 427.

<sup>61</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma 2019.

In tale passaggio appare chiara una peculiarità della fenomenologia che stiamo indagando: «i più grandi successi nel settore digitale, dipendono dallo sfruttamento dei contributi esterni, dei comportamenti cooperativi e soprattutto dei dati degli utenti»<sup>62</sup>. Il capitalismo delle piattaforme<sup>63</sup> funziona proprio «come estrazione attiva del valore prodotto dal lavoro degli utenti»<sup>64</sup>. Lo sfruttamento *smart* è (anche) «l'appropriarsi del frutto dell'attività di una pluralità di attori ad ogni transazione»<sup>65</sup>, senza che sia necessario ricorrere al modello coasiano gerarchia-mercato<sup>66</sup>.

La traslazione terminologica, da lavoro a gioco, indica la direzione di un processo sociale ed economico oramai consolidato nel «capitalismo delle piattaforme», ma ne coglie anche uno scopo: espungere al campo semantico “lavoro” ciò che è stato definito come «lavoro digitale» ovvero «quel lavoro *spezzettato e datificato che serve ad addestrare i sistemi automatici*»<sup>67</sup>.

Se questo è dunque un approdo, non paventato, ma realizzato, viene da chiedersi come è possibile che il lavoro si inabissi in attività pseudo-ludiche e “social” (*gamification*)?; o, ancora, dal punto di vista giuridico, il “lavoro digitale” è da considerarsi lavoro o sfruttamento schiavistico?

Non si ha certo la pretesa di fornire risposte, ma semmai di evidenziare lo scarto esistente tra l'urgenza dei quesiti e la poco ap pagante lettura che, dei fenomeni evocati, può fornire la dogmatica giuridica più tradizionale, messa di fronte alla figura ossimorica della schiavitù contrattualizzata, sopra richiamata<sup>68</sup>. Essa si concretizza in contesti ove coesistono il mondo rurale e protoindustriale del caporalato, con avanzatissimi modelli produttivi imperniati sul *management* algoritmico.

Ritorna allora la dissonanza che sollecita la nostra riflessione. Se col passaggio dallo *status* al contratto, il diritto del lavoro ha orientato la storia dell'Occidente «verso la costruzione di un mondo emancipato

<sup>62</sup> A. CASILLI, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo?*, Milano 2020, p. 73.

<sup>63</sup> N. SRNICEK, *Platform capitalism*, Cambridge 2017.

<sup>64</sup> A. CASILLI, *Schiavi del clic*, cit. p. 73.

<sup>65</sup> A. CASILLI, *o.u.c.*, p. 73.

<sup>66</sup> A. ALOISI, *Hierarchies without firms? vertical disintegration, outsourcing and the nature of the platform*, in *Quaderni del Premio “Giorgio Rota”*, 2020, n. 8, p. 11.

<sup>67</sup> A. CASILLI, *Schiavi del clic*, cit. p. 21, cui rimandiamo la definizione e l'impiego del concetto di lavoro digitale (*digital labor*).

<sup>68</sup> M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro*, cit., p. 427.

in cui l'uomo può soggiacere *soltanto ai vincoli che impone a se stesso*<sup>69</sup>; oggi, probabilmente, quel processo emancipatorio conosce una nuova epoca, dominata dall'ecosistema delle piattaforme digitali, ove i vincoli autoimposti non sono inquadrabili come un esercizio di libertà, quanto piuttosto come ipotesi di sfruttamento dissimulato. Epoca nella quale all'ingannevole promessa di una equivalenza tra possibilità e libertà, fa velo un possibile paradosso, che cioè l'emancipazione offerta dalla tecnica, riduca il lavoratore a mero funzionario di apparato<sup>70</sup>.

## 6. *Lavorare sempre e ovunque*

Aggiungiamo, fra le tante, un'ulteriore accezione di sfruttamento *smart*, che proprio dall'aggettivo prende il nome. Lo *smart working* che, come sappiamo, ha avuto una diffusione esponenziale per esigenze imposte dalla pandemia Covid-19, presenta accanto a indubbe potenzialità, che non possiamo qui considerare, taluni elementi di criticità che invece meritano di essere esplicitati in queste pagine.

Il lavoro agile è «una modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato» secondo quanto stabilito «mediante accordo tra le parti» (art. 18, comma 1, legge n. 81/2017). La centralità rivestita dall'autonomia individuale è ulteriormente enfatizzata dalla facoltà che i contraenti hanno di fissare «le forme di esercizio del potere direttivo», «gli strumenti utilizzati dal lavoratore», i «tempi di riposo del lavoratore» nonché «le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione». La medesima natura è poi ribadita dall'art. 21, laddove precisa che «l'accordo relativo alle modalità di lavoro agile» contiene anche «la disciplina di esercizio del potere di controllo del datore di lavoro». In siffatte indicazioni normative si è visto affiorare un fenomeno di *soggettivazione regolativa* definito quale «manifestazione dell'autonomia individuale che si sviluppa entro schemi preordinati dal legislatore al fine di realizzare nel rapporto di lavoro subordinato quei “cambiamenti liberatori” che consiste in un maggior grado di libertà dei soggetti, segnatamente nell'attribuzione di nuove capacità individuali e di effettive alternative di funzionamenti in capo alla parte tradizionalmente “debole” del rapporto»<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro* (voce), in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano 2021, p. 423, corsivo mio.

<sup>70</sup> U. GALIMBERTI, *Psiche e techne*, Milano 2002, p. 328.

<sup>71</sup> A. PERULLI, *La “soggettivazione regolativa” nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 365/2018, p. 7.

Una volta riconosciuta l'intenzione del legislatore di attribuire maggiore libertà al lavoratore-contraente debole, sono tuttavia da evidenziare anche le insidie che si annidano nel processo liberatorio del lavoratore agile. In particolare, ci riferiamo non tanto ad una strisciante tendenza a vanificare l'obiettivo di una equa ripartizione dei ruoli familiari, contraddicendo di fatto la finalità conciliativa della l. n. 81/2017<sup>72</sup>, quanto piuttosto alle spinte gentili che una "trasparente" tecnoregolazione esercita sul lavoratore, porta ad uno sfruttamento *smart*.

Eppure, proprio il diritto alla disconnessione<sup>73</sup> mostra una evoluzione che ne evidenzia l'intima fragilità, sul piano della effettività. Si è rilevato che, nell'Europa investita dal Covid-19, i lavoratori agili hanno più del doppio delle possibilità di lavorare oltre le 48 ore settimanali<sup>74</sup>. Ma soprattutto è da considerare che, sulla spinta emergenziale dovuta alla pandemia, il rapido diffondersi dello *smart working*, ha contestualmente portato alla commercializzazione di *software* per gestire e controllare da remoto le prestazioni di lavoro<sup>75</sup>. Ciò prefigura un sistema capillare e pervasivo con cui può esercitarsi il potere di controllo datoriale e che si pone come premessa a quello sfruttamento *smart* costituito dalla condizione "*always on*" del lavoratore. Un rischio che il diritto alla disconnessione intenderebbe appunto fugare.

Qualora si renda possibile lavorare da ogni luogo e in qualsiasi orario<sup>76</sup>, se, per un verso, significa che il prestatore può godere della massima flessibilità possibile, per altro verso, ciò determina una radicale destrutturazione (*work-life blending*) delle coordinate spazio-temporali che delimitano e, in ultima analisi, garantiscono l'equilibrio tra tempo di lavoro e tempo di vita (*work-life balance*). Tuttavia, si tratta di categorie "analogiche" che non tengono conto che, in realtà, viviamo oramai "*onlife*"<sup>77</sup> in una condizione esistenziale di costante ibridazione dei confini spazio-temporali. Pertanto, diviene oltremodo problematico arginare uno scivolamento verso modalità di costante connessione:

<sup>72</sup> A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 419/2020.

<sup>73</sup> Il diritto alla disconnessione è riconosciuto anche da una recente proposta di direttiva del Parlamento UE (risoluzione del 21 gennaio 2021).

<sup>74</sup> Cfr. il punto 7 della citata risoluzione del Parlamento UE del 2021.

<sup>75</sup> EUROFOUND, *Employee monitoring and surveillance: The challenges of digitalisation*, Luxembourg 2020.

<sup>76</sup> EUROFOUND AND THE ILO, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Genève 2017.

<sup>77</sup> L. FLORIDI, *The Onlife Manifesto. Being Human in a Hyperconnected Era*, New York-Dordrecht-London 2015.



non deve essere un esito autoritativamente imposto, perché è il lavoratore che “liberamente sceglie”

tale condizione di iperconnessione.

Dall'altro canto, non è difficile intravedere, in prospettiva, modalità di sfruttamento non dissimili da quelle indagata nel lavoro da remoto mediante piattaforma digitale, conosciuto come *crowdwork*<sup>78</sup>. Parliamo, in definitiva, di un convergente processo di *platformization*<sup>79</sup>, con una distinzione netta dalle più risalenti figure di lavoro decentrato<sup>80</sup>. Eppure, nel *crowdwork*, in cui vi è una piattaforma «che si colloca tra il fornitore – di un servizio o di un prodotto – e il mercato», si può ravvisare un richiamo agli albori del nascente artigiano preindustriale «che non accede direttamente al mercato se non attraverso il mercante»<sup>81</sup>.

Ad integrazione dello scenario ora evocato, si consideri, inoltre, che la diffusione dello *smart working* è solo in parte un fenomeno contingente. Per altra parte, infatti, prefigura un mutamento più strutturale, che ci sollecita a riconsiderare il lavoro su piattaforma in un'accezione più lata e comprensiva anche di mansioni impiegate e di alto profilo professionale. Perché le piattaforme digitali, già oggi, utilizzano non solo i *riders* o gli *Amazon turkers*, ma anche ingegneri, consulenti, avvocati etc.<sup>82</sup>. In altri termini, lo *smart working*, tradizionalmente inteso come lavoro da remoto, è da inquadrare come *species* del *genus* lavoro su piattaforma. L'assunto serve non tanto a rivedere la tassonomia delle tipologie lavorative, quanto semmai a rilanciare, su una scala di grandezza incomparabilmente più estesa, per quantità e qualità, il problema dello sfruttamento *smart*.

## 7. I confini dello sfruttamento smart

La decostruzione di luogo e tempo della prestazione lavorativa indotta dallo *smart working* va colta nella sua radicalità. Il lavoro da remoto e l'organizzazione di esso mediante piattaforme digitali ren-

<sup>78</sup> F.A. SCHMIDT, *Digital labour markets in the platform economy*, Bonn 2017; J. BERGS, E. HARMON, U. RANIS, M. SIX SILBERMAN, *Digital labour platforms and the future of work. Towards decent work in the online world*, Genève 2018.

<sup>79</sup> U. HUWS, N. SPENCER, M. COATES, *The platformisation of work in Europe: results from research in 13 european countries*, Brussels 2019.

<sup>80</sup> L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, Milano 1979.

<sup>81</sup> Così G.G. BALANDI, *Concetti lavoristici impigliati nella rete*, cit., p. 8.

<sup>82</sup> C. URZÌ BRANCATI, A. PESOLE, E. FERNÁNDEZ-MACÍAS, *New evidence on platform workers in Europe*, Luxembourg 2020.

de inevitabilmente fragile la tacita presupposizione circa la statualità del diritto del lavoro. Infatti, proprio le piattaforme, nel creare mercati globali *online*, relativizzano – al limite dell’irrelevanza – le categorie spaziali e temporali che modellano le principali istanze regolative della disciplina giuslavoristica. A tale riguardo si parla di mercati del lavoro *online*<sup>83</sup>, per indicare l’immenso “qui ed ora” che sono in grado di realizzare le piattaforme di *crowdwork*, come Amazon, che rendono disponibile manodopera, fungibile e ridondante per un verso, invisibile per l’altro<sup>84</sup>. Delle molte implicazioni derivanti da tale allargamento di orizzonti, ci limitiamo ad evidenziare sia i diffusi fenomeni di «schiavismo del clic»<sup>85</sup>, sia una progressiva infiltrazione di essi nell’Occidente, con effetti spiazzanti.

L’ha scritto Luigi Mariucci: «eravamo abituati, nel guardare la scena internazionale, a ragionare sulla base di un dualismo tanto tradizionale quanto lineare, e in fondo consolatorio. C’erano i paesi ricchi e poi i paesi poveri del c.d. Terzo mondo»<sup>86</sup>. Ebbene, la globalizzazione si sta inverando in un grande sistema interdipendente e lo sfruttamento schiavistico non è più arginabile in quella (per noi occidentali) rassicurante bipolarizzazione. Tanto che «guardare questo mondo dal punto di vista del diritto del lavoro è istruttivo e al tempo stesso disarmante»<sup>87</sup>. Non solo perché pone dilemmi etici (meglio lavoro minorile o bambini soldato?), ma anche perché innesca una inedita competizione fra lavoratori: il *crowdwork*, la proiezione planetaria – a ben vedere – di ciò che è *in nuce* racchiuso nello *smart working*, ci (ri)consegna, aggiornandola, l’immagine dell’esercito industriale di riserva. Il lavoro umano, datificato e iperconnesso, oltre ad essere una componente (poco visibile ma) essenziale delle piattaforme digitali, è oggi rappresentabile quale “*human cloud*” ancor più inquietante della prefigurazione marxista, perché sfruttabile sempre e ovunque *on demand*.

<sup>83</sup> F. BANO, *Mercato del lavoro online: la grande connessione*, in AA.VV., *I lavoratori e i cittadini. Dialogo sul diritto sociale*, Bologna 2020.

<sup>84</sup> F. BANO, *Il lavoro invisibile nell’agenda digitale di Europa 2020*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 475.

<sup>85</sup> A. CASILLI, *Schiavi del clic*, cit.

<sup>86</sup> L. MARIUCCI, *Introduzione*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, Bologna 2006, p. 22.

<sup>87</sup> L. MARIUCCI, *o.u.c.*, p. 23.



FRANCO CARINCI

## Il CCNL *rider* del 15 settembre 2020 alla luce della nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro\*

SOMMARIO: 1. Il CCNL *rider* 15 settembre 2020 sullo sfondo della precedente giurisprudenza. – 2. La distinzione nella vicenda *rider Foodora* fra conclusione ed esecuzione del contratto. – 3. Cass., n. 1663/2020: l'asserita distinzione fra fase genetica autonoma e fase funzionale etero-organizzata. – 4. Il CCNL *rider* risente del carattere confuso del regime legale. – 5. Il regime legale: l'art. 2, comma 1 e l'art. 47-*bis* d.lgs. n. 81/2015 come due diverse fattispecie. – 6. (*Segue*) ...dotate di due differenti discipline. – 7. Il CCNL *rider*: l'enfaticizzazione della libertà dei *rider* nell'attività svolta, a conferma della loro natura autonoma. – 8. La chiamata in causa della contrattazione collettiva nazionale: la diversità fra l'art. 2, comma 2, lett. *a*, e l'art. 47-*quater*, d.lgs. n. 81/2015. – 9. La maggiore rappresentatività comparata. – 10. Il problema costituito del compenso a consegna.

### 1. *Il CCNL rider 15 settembre 2020 sullo sfondo della precedente giurisprudenza*

È stato di recente firmato il CCNL *rider*, il 15 settembre 2020 a Roma, fra l'*Assodelivery* e l'*Ugl rider*, che è stato subito stoppato da una nota 17 settembre 2020 dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita alla Società *Assodelivery*, con una motivazione tutta al condizionale, ma non per questo meno dissuasiva, tanto da prospettare che «a partire dall'entrata in vigore dell'art. 47-*ter*, d.lgs. n. 81 del 2015, le [...] disposizioni contrattuali sul compenso potrebbero essere ritenute, anche in sede ispettiva, *contra legem* e dunque sostituite dalla norma di legge». Ora per valutare la fondatezza di tale nota occorre partire dal caso *rider Foodora*, che certo il legislatore nell'aggiornamento del d.lgs. n. 81/2015, effettuato col d.l. n. 101/2019 (convertito con modificazioni nella l. n. 128/2019) ha

\* Il presente articolo è già stato pubblicato in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 11/2020, qui è ripreso con qualche integrazione.

tenuto presente, coll'aggiungervi un Capo V-bis («Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali»); farlo per verificare la riserva di base della nota stessa, cioè che sbagli il CCNL *rider* a qualificare come autonoma la prestazione del *rider*, essendo questa qualificazione riservata solo al giudice, secondo la tesi condivisa dalle tre grandi Confederazioni.

Il caso è stato oggetto di un procedimento giudiziario su tutti i tre gradi, con un diverso responso in diritto riguardo alla fattispecie dell'originario art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, se pur condividendo la ricostruzione fattuale fattane in I° grado: per il Tribunale di Torino 7 maggio 2018, «norma apparente»<sup>1</sup>; per la Corte di Appello 4 febbraio 2019, *tertium genus*<sup>2</sup>; per la Corte di Cassazione n. 1663/2020, «norma di disciplina che non crea una nuova fattispecie»<sup>3</sup>.

## 2. *La distinzione nella vicenda rider Foodora fra conclusione ed esecuzione del contratto*

Mi sembra di poter dedurre dalla ricostruzione fattuale una distinzione fra conclusione ed esecuzione del contratto fra la *Foodora* e i *rider*. La conclusione comprende una fase precontrattuale, costituita dalla previa compilazione di un questionario sul sito di *Foodora*, con la successiva convocazione per un colloquio presso la sede della società, dove veniva richiesta la disponibilità di uno *smartphone* e di una bicicletta e avanzata la proposta di una attività coordinata e continuativa, che, una volta accettata, comportava la consegna dei dispositivi di sicurezza e dell'attrezzatura per il trasporto. Esaurita questa fase, si entrava in quella contrattuale, con la sottoscrizione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa a tempo de-

<sup>1</sup> Trib. Torino, 7 maggio 2018, in *Lav. giur.*, 2018, n. 7, p. 721, con nota di G.A. RECCHIA.

<sup>2</sup> App. Torino, 4 febbraio 2019, in *Lav. giur.*, 2019, n. 4, p. 398, con nota di G.A. RECCHIA. Cfr. anche R. DE LUCA TAMAJO, *La Sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lav. dir. Europa*, 2019, n. 1.

<sup>3</sup> Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Lav. giur.*, 2020, n. 3, p. 721, con nota di G.A. RECCHIA, *La Cassazione "consegna" ai riders la collaborazione eterorganizzata*. In senso critico v., oltre al sottoscritto, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Corte Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1, da cui qui si riprende parte dell'argomentazione sul Capo V-bis del d.lgs. n. 81/2015, anche P. Tosi, *La Corte di Cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020*, *ivi*.

terminato, che faceva salvo il coordinamento generale della società, ma negava esplicitamente l'esistenza della subordinazione, quale connotata da un potere gerarchico o disciplinare, con esclusione di qualsiasi vincolo di presenza e di orario. Il che si traduceva per il lavoratore nella libertà di recedere *ante tempus*, previo un preavviso di trenta giorni; di candidarsi o non candidarsi per una specifica corsa solo che, una volta candidatosi, doveva procedere alla consegna al cliente entro trenta minuti dall'orario per la presa a carico del cibo dal fornitore indicatogli, con, in difetto, la comminatoria di una penale di 15 euro. Il compenso era previsto in 5,60 euro lordi per ogni ora di disponibilità.

Se così è, l'esecuzione del contratto appariva del tutto conforme: gestione attraverso una piattaforma multimediale e un applicativo per lo *smartphone*; pubblicazione settimanale dell'indicazione dei turni (*slot*), con l'indicazione del numero dei *rider* per ogni turno; possibilità per ciascuno di essi di dare o meno la propria disponibilità per qualsiasi turno, peraltro revocabile (funzione *swap*); presentazione dei *rider* nei luoghi e nei tempi convenuti, per iniziare la prestazione, con libertà di astenersene (funzione *no show*); ricezione da parte dei *rider* dell'ordine, con indicazione del ristorante; corsa al ristorante, ricezione dell'ordine con l'indicazione del prodotto, presa in consegna, verifica della sua corrispondenza all'ordine, con conseguente comunicazione della bontà della verifica; ricezione dell'indirizzo del cliente, consegna da effettuare entro trenta minuti, comunicazione della regolarità dell'operazione. Un *iter* volta a volta comunicato, ma senza poter parlare di un «costante monitoraggio della prestazione, perché il sistema permetteva solo di fotografare la posizione dei *rider* in maniera statica e non di seguire l'intero percorso in maniera dinamica».

### 3. Cass., n. 1663/2020: l'asserita distinzione fra fase genetica autonoma e fase funzionale etero-organizzata

A condividere la ricostruzione esposta, si deve concludere che il contratto siglato fra *Foodora* e i *rider* conteneva l'intero programma negoziale per il tempo previsto, con le sue prestazioni periodiche, definite nelle loro caratteristiche dinamiche di libertà e di vincolatività. Solo che per Cass., n. 1663 non sarebbe così, in base ad una distinzione fra fase genetica autonoma e fase funzionale etero-organizzata. Nella fase genetica colloca la libertà del lavoratore di rispondere alla prima convocazione e concludere un contratto

a tempo determinato; a sua volta, nella fase funzionale sistema le obbligazioni dello stesso lavoratore: recarsi all'orario di inizio del turno in una delle zone di partenza predefinite; ricevuta l'indicazione dell'indirizzo del ristorante, procedere alla presa in consegna dei prodotti; controllarne la corrispondenza; comunicare la verifica positiva; ricevuta la comunicazione dell'indirizzo del cliente, procedere alla consegna del cibo e confermare la regolarità dell'informazione.

Ora va ricordato che proprio nella fase funzionale sono presenti le funzioni *swap* e *no show*, pur sempre riconducibili al contratto, per cui il *rider* può non solo revocare la propria disponibilità a partecipare a un turno, ma anche non presentarsi affatto al turno prescelto, sì da posticipare la fase gestionale al momento in cui sceglie di essere presente nel luogo previsto per l'inizio, dando così il via all'intera sequenza esecutiva. Ma qui la Cassazione sembra dimenticarsene, influenzata com'è da Cass., n. 3457/2018<sup>4</sup> – citata per confutarla dalla Corte di Appello di Torino – sentenza che riconosce l'esistenza della subordinazione con riguardo agli addetti al ricevimento delle giocate presso le aziende ippiche e le sale scommesse. Solo che in quella sentenza richiamata, ispirandosi alla tesi della doppia alienità nel rapporto di lavoro, vi era sostenuto che la libertà di rispondere o meno alla convocazione da parte delle agenzie e sale ippiche integrava un elemento esterno rispetto allo svolgimento del rapporto; ma se così è, si ricostituiva *ex novo* ogni giorno in cui il lavoratore comunicava la propria accettazione.

Il che, trasferito sul rapporto dei *rider*, appare decisamente forzato, perché, pur in difetto di un esplicito accenno al suo essere continuo, si svolge ininterrotto per tutto il tempo previsto, se pur con prestazioni periodiche rimesse alla previa disponibilità del lavoratore, sempre revocabile almeno fino al momento di presentazione nel luogo previsto per l'inizio del turno prescelto.

#### 4. *Il CCNL rider risente del carattere confuso del regime legale*

La vicenda giudiziaria *rider Foodora* si è svolta tutta sul vecchio testo del d.lgs. n. 81/2015, senza ovviamente tener conto della introduzione del Capo V-bis, tanto che la stessa Cass., n. 1663/2020 richiama, in via interpretativa, la modifica dell'art. 2, comma 1, ma non lo fa per tale Capo V-bis. Solo che, dopo l'intervento del legi-

<sup>4</sup> Cass., 13 febbraio 2018, n. 3457, in *Leggi d'Italia*.

slatore del 2019, non si può più prescindere per valutare la nota critica dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro sul CCNL rider del 15 settembre 2020.

Va premesso che il quadro normativo tenuto presente nel redigere i CCNL rider risente in pieno del carattere confuso del diritto oggi vigente, sì da evidenziare l'intento perseguito di coprire ogni possibile spazio, con l'inevitabile rischio di risultare contraddittorio. Una prima intitolazione, nella nota di trasmissione al CNEL e al Ministero del lavoro, recita «Contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui svolta da lavoratori autonomi, c.d. rider», con l'aggiunta «ai sensi e per gli effetti del Capo V-bis "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali" del d.lgs. n. 81/2015, così come modificato dal d.l. n. 101/2019, convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 128/2019, e dell'art. 2, comma 2, lett. a, del d.lgs. n. 81/2015». L'errore consiste nel richiamare sia il Titolo V-bis, sia l'art. 2, comma 2, lett. a, sempre dello stesso decreto: il Titolo V-bis attiene alla fattispecie di cui all'art. 47-bis, disciplinata ai sensi degli artt. 47-bis/47-octies; mentre l'art. 2, comma 2, lett. a, concerne la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, che, se pur ampliata, resta soggetta *in toto* alla normativa della subordinazione.

Da questo punto di vista è condivisibile la seconda intitolazione, quella premessa allo stesso contratto, che parla di «Contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto altrui svolta da lavoratori autonomi, c.d. rider, di cui al Capo V-bis "Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali" del d.lgs. n. 81/2015», anche se poi non viene tenuta ferma nel testo che segue.

##### 5. *Il regime legale: l'art. 2, comma 1 e l'art. 47-bis d.lgs. n. 81/2015 come due diverse fattispecie*

Riesce, dunque, centrale il rapporto esistente fra l'art. 2, comma 1, Capo I (Disposizioni in materia di lavoro) e l'art. 47-bis ss., Capo V-bis (Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali) del d.lgs. n. 81/2015. Se si riparte dal testo originario del d.lgs. n. 81/2015, non è certo privo di significato il fatto che, subito dopo la proclamazione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato quale «forma comune del rapporto di lavoro» ai sensi dell'art. 1, apriva la sequenza delle «eccezioni» con la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, relativa alle «collaborazioni organizzate dal committente», non qualificata esplicitamente come autonoma o subordinata, tanto da meritarsi la etichetta di «norma di disciplina» da Cass., n.



1663/2020, per essere comunque assoggettata all'integrale normativa della subordinazione. Dopo veniva la schiera dei contratti di lavoro subordinato diversi dalla forma comune, tutti debitamente regolati (lavoro a orario ridotto o flessibile, lavoro a tempo determinato, lavoro somministrato, apprendistato), con in chiusura il lavoro accessorio, anch'esso non qualificato esplicitamente, certo, però non di lavoro subordinato come sostenuto rispetto ad un suo autorevole predecessore, il lavoro a progetto previsto dall'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003<sup>5</sup> e soggetto solo al regime di cui agli artt. 48-50.

Non interessa qui seguire la sorte del lavoro accessorio, dalla sua abrogazione da parte del d.l. n. 25/2017 (convertito nella l. n. 49/2017) alla sua "sostituzione" col contratto di prestazioni occasionali da parte d.l. n. 50/2017 (convertito nella l. n. 96/2017), ma solo evidenziarne il collocamento "anomalo", sul finire del d.lgs. n. 81/2015, dopo i contratti di lavoro subordinato diversi dalla "forma comune". Ora il d.lgs. n. 81/2015 viene integrato nel 2019, dal Capo V-*bis* con lo stesso collocamento "anomalo", riempiendo lo spazio lasciato scoperto dal lavoro accessorio, solo che questa volta l'art. 47-*bis*, che lo apre, parla esplicitamente di «lavoratori autonomi».

Già questo dovrebbe orientare in senso che non esiste alcun rapporto sistematico fra il novellato art. 2, comma 1 e il Capo V-*bis*, ma contro si è fatto valere lo stesso attacco dell'art. 47-*bis* che recita «Fatto salvo quanto previsto dall'art. 2, comma 1...». Ma non è detto che tale *incipit* si debba leggere come se l'ambito dell'art. 47-*bis* e ss. risultasse residuale rispetto a quello dell'art. 2, comma 1; può ben essere inteso nel senso che, dato per scontato l'ambito applicativo dell'art. 2, comma 1, se ne debba scorporare quello dell'art. 47-*bis*. Non per niente è seguito da una puntuale definizione della fattispecie nei termini di «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore [...] attraverso piattaforme anche digitali», nonché da una disciplina, pur solo relativa ai «livelli minimi di tutela».

Non si è mancato di far valere la correlazione fra le chiamate in causa delle piattaforme digitali effettuate dal novellato art. 2, comma 1, per cui «le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano or-

<sup>5</sup> App. Roma, 18 giugno 2019, in *Lav. giur.*, 2019, n. 11, p. 1033, con nota di S. CAFFIO.

ganizzate mediante piattaforme anche digitali»; e, rispettivamente, dall'art. 47-*bis*, comma 1, laddove specifica che le attività di consegna dei beni sono svolte «attraverso piattaforme anche digitali». Il punto d'incontro sarebbe costituito dalla definizione di cui all'art. 47-*bis*, comma 2, secondo la quale «ai fini di cui al comma 1 si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alla consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione», ritenuta di portata generale, applicabile anche alle piattaforme digitali di cui all'art. 2, comma 1.

A voler proprio essere precisi, si può ammettere che la parte strutturale della definizione di cui all'art. 47-*bis*, comma 2 («si considerano piattaforme digitali i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente [...] indipendentemente dal luogo di stabilimento...») sia estendibile a tutte le piattaforme digitali; ma a conferma dell'essere solo «Ai fini di cui al comma 1» risulta la parte funzionale («sono strumentali alle attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione»). L'«attività di consegna dei beni» caratterizza la stessa fattispecie di cui all'art. 47-*bis*, comma 1 mentre il riferimento alla determinazione del «compenso» rinvia all'art. 47-*quater*.

## 6. (Segue) ...dotate di due differenti discipline

Mi vien da dire che la parola definitiva la dà proprio la disciplina prevista dal Capo V-*bis*, che, come detto, è “minima”, ridotta a quanto scritto nel Capo V-*bis*, a cominciare dall'art. 47-*ter*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 che prevede la forma scritta del contratto *ad probationem*, nonché la comunicazione ai lavoratori «di ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza». A fronte di una eventuale violazione del comma 1, nei commi 2 e 3 è prevista la corresponsione di una indennità risarcitoria di cui si precisa la modalità di calcolo; nonché la rilevanza della stessa violazione del comma 1 «come elemento di prova delle condizioni effettivamente applicate al rapporto di lavoro e delle connesse lesioni dei diritti previsti dal presente decreto». Il che, però, resta abbastanza criptico con riguardo alla sorte del rapporto, qualora non ne sia provata la sussistenza in mancanza di forma scritta, ma soprattutto qualora il suo svolgimento effettivo metta in luce condizioni diverse da quelle dovute per contratto o per legge.

Estremamente significativo in termini di confronto fra i regimi ricollegabili alle due fattispecie, di cui all'art. 2, comma 1 e, rispettivamente all'art. 47-*bis*, è il diverso rilievo del richiamo alla contrattazione collettiva. Dopo che l'art. 2, comma 1 ha previsto l'applicazione della normativa dettata per la subordinazione, il comma 2, lett. *a*, prescrive che, una volta accertata la sussistenza della fattispecie di cui al comma 1, può scattare la non applicazione di tale normativa «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».

Invece, in presenza della fattispecie di cui all'art. 47-*bis*, comma 1, l'art. 47-*quater*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 prevede solo ed unicamente che «i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono definire criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione dei committenti». In difetto di tali contratti, ai sensi del comma 2, il compenso deve essere calcolato non «in base alle consegne effettuate», ma come «compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari di settori affini o equivalenti» stabiliti da contratti collettivi stipulati come sopra. C'è, poi, il comma 2 che rimette agli stessi contratti collettivi la garanzia di una «indennità integrativa non inferiore al 10 per cento per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni metereologiche sfavorevoli», e sempre in difetto di tali contratti la riserva ad un decreto del Ministro del Lavoro.

Tutto qui per quanto riguarda il trattamento economico, per quello normativo l'art. 47-*quinqies*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 prevede l'estensione della «disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma», dove la riproduzione della rubrica del Titolo I dello Statuto dei lavoratori, appunto «Della libertà e della dignità dei lavoratori», sembra aprire la via ad una applicazione dello stesso, peraltro altamente problematica perché costruito a misura del lavoro in fabbrica. Peraltro, già questo comma 1 si fa carico del carattere specifico del lavoro dei *rider*, coll'includere «l'accesso alla piattaforma»; e, così, anche il comma 2 che vieta «l'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione». A sua volta l'art. 47-*sexties*, d.lgs. n. 81/2015 dispone

che i «dati personali dei lavoratori [...] sono trattati in conformità alle disposizioni del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e al codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196».

Non manca nell'art. 47-*septies*, il richiamo, nei commi 1 e 2, al T.U. n. 1124/1965, con l'estensione della copertura assicurativa obbligatoria, effettuata secondo la procedura per il calcolo del premio Inail, e con l'obbligazione a carico del committente di effettuare tutti gli adempimenti ivi previsti; e, nel comma 3, al d.lgs. n. 81/2008, per l'osservanza, a cura e spese, dello stesso committente della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Questi sono i «minimi di tutela» previsti dall'art. 47-*bis* per i lavoratori autonomi che svolgono l'attività di consegna beni per conto altrui seconda la modalità che vi è individuata, tant'è che gli articoli seguenti vi si riferiscono quasi sempre, rinviando ai «contratti individuali di lavoro di cui all'art. 47-*bis*» (art. 47-*ter* comma 1), ai «lavoratori di cui all'art. 47-*bis*» (art. 47-*quater*, comma 2 e 3, art. 47-*quinquies* comma 1), ai «lavoratori che svolgono la loro attività attraverso le piattaforme digitali» (art. 47-*sexies*), ai «prestatori di lavoro di cui al presente capo», (art. 47-*septies*). Nessun dubbio che si tratti di una disciplina costruita a misura di una specifica fattispecie, non riconducibile sotto la copertura del novellato art. 2, comma 1 dello stesso d.lgs. n. 81/2015, con la conseguente prevista applicazione dell'intera normativa della subordinazione, tanto più che non manca di richiamarla alla bisogna (artt. 47-*quinquies*, comma 1, 47-*sexties*, 47-*septies*, comma 1, 2, 3).

Naturalmente non potendo negare che trattasi di una specifica fattispecie, si è cercato di ridimensionarne l'area di applicazione, forzando sulla già vista differenza fra la definizione di cui all'art. 2, che parla di «prestazioni [...] continuative», e la definizione del 47-*bis*, che non accenna affatto alla durata delle prestazioni. Ma, a prescindere, dall'evidente forzatura letterale, risulta cosa evidente la differenza strutturale fra le due, perché la prima attiene a collaborazioni organizzate dal committente la cui continuità rappresenta una caratteristica naturale; mentre la seconda concerne una disponibilità, consensualmente determinata nella durata a svolgere attività puntuali rimessa volta a volta alla scelta del lavoratore. D'altronde quale sarebbe la linea distintiva da tracciare, quante volte alla settimana o al mese o all'anno per ricadere sotto l'art. 2, comma 1 o, invece, sotto l'art. 47-*bis*, con un salto non da poco, dalla normativa della subordinazione alla disciplina del Capo V-*bis*?

Non per nulla il legislatore teneva presente il caso *rider Foodora*,

con un contratto a tempo determinato perché una società costituita per svolgere l'attività in parola deve poter contare su una certa disponibilità di persone, sufficientemente ampia per poter scontare le eventuali carenze di risposte. Non è pensabile che il legislatore abbia apprestato un Capo *V-bis* solo per l'ipotesi priva di conferma nella realtà di prestazioni occasionali non inquadrate in un contratto a monte, che, invece è puntualmente previsto dall'art. 47-*ter*; tanto più che ha redatto tale Capo in via sperimentale, come conferma la previsione da parte dell'art. 47-*octies* di un Osservatorio, istituito al «fine di assicurare il monitoraggio e la valutazione indipendente delle disposizioni del presente capo»; indipendente fino a un certo punto, perché «presieduto dal Ministro o da un suo delegato e composto da rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di cui al comma 1 dell'art. 47-*bis*», ma questi devono essere «designati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

7. *Il CCNL rider: l'enfatizzazione della libertà dei rider nell'attività svolta, a conferma della loro natura autonoma*

Tornando, ora al CCNL *rider*, l'art. 1 («Definizioni») individua la fattispecie ai «fini del presente contratto», sì da delimitarla all'interno della stessa generica espressione di *rider*. Definisce, prima, le piattaforme come «le aziende che mettono a disposizione i programmi e le procedure informatiche che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna dei beni», con una riproduzione quasi alla lettera dell'art. 47-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 81/2015. Descrive, poi, la figura *rider* tenuta presente, cioè i «lavoratori autonomi che decidono di svolgere attività di consegna beni per conto altrui», con una riproduzione quasi alla lettera dell'art. 47-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

Solo che tale descrizione legislativa della figura del *rider* è filtrata in dettaglio attraverso la vicenda dei *rider Foodora*, sì da ritornarvi ancor più larga negli artt. 3 («caratteristiche del settore di *Food Delivery*») e 7 («definizione di *rider*, modalità e tipologia di collaborazione»). Secondo l'art. 3 quelli posti in essere sono contratti di lavoro autonomo *ex art. 2222 c.c.* o *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, privi di vincoli di esclusiva, ed è ammessa «la prestazione di servizi anche per piattaforme in concorrenza diretta», dopo di che è riconosciuta ai *rider* la facoltà sia «di rifiutare le proposte di consegna nonché la possibilità di scegliere dove, come, quando e quanto rendersi di-

sponibili», sia «di connettersi o meno alle piattaforme *software* o applicazioni a sua discrezione», se pur con la contestuale previsione che «l'accesso [...] alla piattaforma *software* della Piattaforma non comporta la garanzia di ricevere proposte di consegna».

A sua volta, l'art. 7, dice che il *rider* tenuto presente è «un lavoratore autonomo che, sulla base di un contratto con una o più Piattaforme, decide se fornire la propria opera di consegna dei beni, ordinati tramite applicazione»; «la prestazione si concretizza nella consegna di cibo e altri prodotti ai clienti finali. Per fare ciò il *rider* è chiamato a recarsi nel luogo designato, ritirare i beni ed effettuare, con mezzo di trasporto proprio, la consegna al cliente finale»; «il *rider* per rendersi disponibile a ricevere proposte di consegna, può accedere alla piattaforma *software* della Piattaforma tramite *log-in* e ricevere proposte di prestazioni come definito sopra, senza che questo comporti accettazione delle stesse. Resta, comunque ferma per il *rider* la facoltà generale di accettare o meno le proposte di prestazione a suo insindacabile giudizio»; «il *rider* potrà decidere se e quando iniziare a connettersi alla piattaforma digitale e, anche se connesso alla stessa, se e quando accettare le richieste di servizio oggetto della prestazione. Il *rider* potrà autonomamente stabilire se e quando eseguire l'attività pattuita e, in caso di assenza non dovrà essere giustificata e la presenza non potrà essere imposta»; «il *rider* non potrà essere assoggettato ad alcun vincolo di orario. Ne consegue che la sua assenza non dovrà essere giustificata e la presenza non potrà essere imposta»; «il *rider* potrà determinare le modalità di esecuzione dell'eventuale prestazioni nell'ambito delle condizioni generali contenute nel contratto individuale».

E c'è una ulteriore elencazione della flessibilità della prestazione del *rider* all'art. 10 («Compenso»), che, nell'elencare le modalità di effettuazione della prestazione che sono da tener presenti nella determinazione del compenso, riecheggia le modalità esecutive già descritte sopra, per rimarcarle ancor più nettamente. E, dopo aver prescritto nell'art. 8 («Forma del contratto di lavoro») la forma scritta del contratto, vi elenca le prescrizioni che vi devono essere contenute, ivi compresa l'attribuzione al *rider* del diritto «di auto-regolamentarsi nell'attività lavorativa, relativamente ai tempi, luoghi, orari e modalità di esecuzione della prestazione»; per, poi, all'art. 9 («Recesso e cessazione del contratto individuale di lavoro»), riconoscere al *rider* il diritto di «recedere unilateralmente dal contratto in qualsiasi momento con effetto immediato e senza alcun onere a suo carico...».

Come si vede c'è una insistenza quasi ossessiva nel sottolineare

l'ampia libertà dei *rider*, per poterne ribadire il carattere autonomo del contratto concluso, fino al punto di ridurlo ad un accordo quadro da cui nascono occasioni ma non obbligazioni, fino al momento in cui inizia la singola esecuzione. La preoccupazione che il rapporto che ne scaturisce possa essere qualificato come subordinato spinge ad affermazioni che escludono i tratti caratteristici della subordinazione: «il fatto che la proposta di prestazione includa l'indirizzo del luogo designato per il ritiro e per la consegna dei beni non costituisce direttiva ai fini dell'esecuzione della prestazione stessa...»; «i rapporti di lavoro regolati dal presente contratto sono autonomi, fra l'altro non sussistono obblighi di orario o reperibilità e la prestazione dei servizi è meramente eventuale, resta cioè fermo il diritto di non rendere alcuna prestazione»; «nell'ambito del rapporto è escluso l'assoggettamento del *rider* al potere gerarchico e disciplinare della Piattaforma, in quanto risulta assente qualsivoglia vincolo di subordinazione». Ci si spinge ancora più in là, affermando che quanto disciplinato successivamente si applica a tutti i *rider* «il cui rapporto è regolato dal presente Contratto collettivo, a prescindere dalla tipologia del contratto di lavoro individuale [...] nell'ambito dei contratti d'opera *ex art. 2222 c.c.* o delle collaborazioni *ex art. 409 n. 3 c.p.c.*».

Ora quello che conta è la ricostruzione della figura del *rider* deducibile dagli articoli del CCNL *rider* sopra citati, non la preoccupazione di escludere la natura subordinata. Si tratta di verificare se tale ricostruzione rientri nella definizione dell'art. 47-*bis*; l'impressione è che vi risulti addirittura trasbordante, sì da potersi rivelare eccessiva rispetto alla pratica. Se vi rientra, essa può ben essere qualificata autonoma, per forza di legge, non, come afferma la nota dell'Ufficio legislativo del Ministero, per forza del CCNL *rider* che la declina in dettaglio. Certo tocca al giudice l'ultima parola sulla fattispecie concreta che sia stata costruita a misura di tali articoli contrattuali, ma la pronuncerà sulla sua riconducibilità alla fattispecie astratta qualificata come autonoma dall'art. 47-*bis*.

8. *La chiamata in causa della contrattazione collettiva nazionale: la diversità fra l'art. 2, comma 2, lett. a, e l'art. 47-quater, d.lgs. n. 81/2015*

Il CCNL *rider* non ha ben presente l'autosufficienza della fattispecie astratta dell'art. 47-*bis*, tanto da riprendere nel suo art. 2 («Quadro normativo») gli articoli del d.lgs. n. 81/2015, 2, comma 1 e 47-*bis*, come se fossero entrambi rilevanti, mentre, invece, ri-

guardano fattispecie astratte diverse, che mettono capo a discipline profondamente differenti: come visto, quella dell'art. 2, comma 1 non è individuata né come autonoma né come subordinata, con una protezione estesa all'intera normativa della subordinazione; mentre quella dell'art. 47-*bis* è indicata esplicitamente come autonoma, con una tutela minima.

In quell'art. 2 del CCNL *rider* appena citato, il riferimento cumulativo agli artt. 2, comma 1, e 47-*bis* è propedeutico al richiamo altrettanto cumulativo agli artt. 2, comma 2, lett. *a*, e 47-*quater*, comma 1, già riportati *supra*, con il rinvio ad accordi/contratti collettivi nazionali, stipulati da/dalle associazioni sindacali/organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentativi. Quanto ai soggetti c'è una sostanziale coincidenza, tranne che nell'utilizzo della particella da/dalle, ma a restare profondamente diversi sono gli oggetti di tali accordi/contratti, per l'art. 2, comma 2, lett. *a*, «il trattamento economico e normativo», mentre per l'art. 47-*quater* «i criteri del compenso complessivo».

Così, sempre nell'incertezza circa l'applicabilità dell'art. 2, comma 1 o dell'art. 47-*bis*, in quell'art. 2, CCNL *rider*, relativo al quadro normativo tenuto presente in sede di redazione del testo, si chiamano in causa sia l'art. 2, comma 2, lett. *a*, che il 47-*quater*, comma 1. Questo trova una precisa conferma nel successivo art. 5 («Validità e sfera di applicazione»), per cui «il presente contratto viene stipulato ai sensi e agli effetti dell'art. 2, comma 2, lettera a), nonché dell'art. 47-*quater*, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2015».

Peraltro, della non fungibilità di questi due ultimi articoli pare rendersi conto lo stesso CCNL *rider* quando all'art. 10 («Compenso»), fa riferimento al solo art. 47-*quater*, comma 1, per considerare quali criteri di determinazione del compenso «distanza della consegna, tempo stimato per lo svolgimento della consegna, fascia oraria, giorno feriale o festivo, condizioni meteorologiche», con la precisazione che «il *rider* riceverà compensi in base alle consegne effettuate».

## 9. La maggiore rappresentatività comparata

La nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro considera irrilevante il fatto che il CCNL *rider* sia stato sottoscritto prima della vigenza dell'art. 47-*quater*, prevista dall'art. 47-*octies*, in dodici mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione, che, comunque, sopravvenendo, avrebbe la prevalenza; e si concentra sulla cri-



tica gli artt. 10 e 11 CCNL *rider* che traducono quanto previsto da quell'art. 47-*quater*, ma tradendone l'effettivo significato<sup>6</sup>.

Ci sarebbe contrasto con l'art. 47-*quater*, comma 1, dato che tale comma, utilizzando la particella «dalle», lascerebbe capire che devono essere firmatarie tutte le organizzazioni legittimate a contrarre; per di più qui quella che ha sottoscritto il CCNL *rider* non lo sarebbe nemmeno, perché priva del requisito richiesto di essere comparativamente più rappresentativa. Ora la discussione circa l'uso della preposizione premessa al richiamo delle organizzazioni legittimate ad una contrattazione collettiva delegata dalla legge, “dalle” o “da”, è risalente ma non significativa, scontando una certa indifferenza del legislatore al riguardo, come conferma il caso assai più rilevante di cui all'art. 2, comma 2, lett. *a*. Qui, una volta accertata la sussistenza della fattispecie di cui al comma 1, prescrive la possibile disapplicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato, qualora siano stipulati contratti collettivi disciplinanti il trattamento economico e normativo “da” e non “dalle” associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Sarebbe strana una interpretazione che, valorizzando “dalle”, richiedesse più organizzazione sindacali, si noti di datori e di lavoratori, per far scattare l'art. 47-*quater*, comma 1, al solo fine di stabilire «criteri di determinazione del compenso complessivo» dei *rider*; mentre, prendendo atto di “da”, ritenesse sufficienti solo due, una per entrambe le parti, per far operare l'art. 2, comma 2, lett. *a*, allo scopo, di ben maggior rilievo, di sostituire l'intera normativa della subordinazione con un “trattamento economico e normativo”.

Comunque, la rilevanza data alla differenza fra “dalle” e “da” fa da premessa a tutta la successiva argomentazione in tema di rappresentatività svolta nella nota, sì da richiedere una valutazione unitaria. Secondo il suo punto *c*) «rileva non – e quindi non è sufficiente – [...] il possesso del criterio della maggior rappresentatività storica della organizzazione stipulante» che dà per scontato essere posseduto dalla Ugl, ma «il diverso e ulteriore requisito selettivo costituito dal parametro comparativo sul piano nazionale. Come chiarito dalla

<sup>6</sup> In senso sostanzialmente adesivo alla nota, v. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il pacco è servito?*, in *Il Mulino*, 18 settembre 2020. Mentre per una persuasiva difesa del CCNL *rider*, v. O. GIRGENTI, G. REALMONTE, *Rider (Assodelivery)*, firmato il contratto collettivo, in *Guida lav.*, 2 ottobre 2020, n. 39; M. TIRABOSCHI, *Il CCNL Assodelivery-Ugl Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva*, in *Boll. Adapt*, 28 settembre 2020, n. 35.

giurisprudenza<sup>7</sup> il requisito della maggiore rappresentatività comparata presuppone un raffronto appunto di natura comparativa, specifico e concreto e di tipo eminentemente quantitativo, nell'ambito – che qui è di livello generale nazionale – considerato dalla legge».

A voler muoversi nella stessa prospettiva della nota, c'è certo da riconoscere che le due espressioni, maggiore rappresentatività e rappresentatività comparata, portano nella stessa denominazione la loro differenza, la prima definibile in sé e per sé; la seconda in confronto. Ma nella pratica tale differenza è risultata assai più nella finalità perseguita che nell'effettiva significanza: quanto alla finalità perseguita, la prima è servita fino al *referendum* abrogativo del 1995, a selezionare le confederazioni le cui federazioni fossero legittimate a costituire rappresentanze sindacali aziendali nelle unità produttive, mentre la seconda dovrebbe servire tutt'ora per scegliere fra più contratti collettivi che condividono la stessa categoria, quali scegliere in presenza di una delega da parte della legge; ma quanto all'effettiva significanza, la stessa giurisprudenza amministrativa citata nella nota si è uniformata alla tendenza di richiamare per la seconda gli indici elaborati per la prima, con una significativa continuità, numero degli iscritti, diffusione geografica delle strutture del sindacato, stipulazioni di contratti collettivi.

Solo che tali critiche non sono condivisibili. Anzitutto la nota non tiene conto dell'esplicito riconoscimento legislativo del rapporto di lavoro del *rider* come autonomo, in ragione del suo stesso svolgimento quale tipizzato dall'art. 47-*bis*, comma 1, ma con Cgil, Cisl, Uil favorevoli a qualificarlo come subordinato o a non qualificarlo affatto, lasciando tale compito al giudice, ritenuto propenso a battezzarlo come subordinato. Sì che, modo di “compenso risarcitorio” di tale riconoscimento, viene, anzitutto prescritto nell'art. 47-*quater*, comma 1 il rinvio a contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, dando per scontato che siano quelle aderenti alle tre maggiori confederazioni. Del compromesso così effettuato c'è traccia nell'art. 47-*octies*, comma 2, dove, come già ricordato, viene previsto che l'Osservatorio permanente sia «composto da rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di cui al comma 1 dell'art. 47-*bis*», quindi Società gestrici di piattaforme

<sup>7</sup> Ad es. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 51, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 4-5, p. 928, con nota di S. LAFORGIA; Cass., Sez. un., 12 marzo 2015, n. 4951, in *Pluris*; T.A.R. Lazio, 8 febbraio 2018, n. 1522, *ivi*; T.A.R. Lazio, 7 agosto 2014, n. 8865, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 6, p. 1488, con nota di V. PUTRIGNANO; App. Torino, 2 novembre 2017.

digitali e *rider*, come tali costituenti la categoria professionale «secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore» di cui all'art. 2070 c.c., ma messi sotto tutela, in quanto «disegnati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionali».

Solo che nell'art. 47-*quater* c'è un doppio rinvio alla contrattazione collettiva nazionale a firma delle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello: il primo di cui al comma 1, che per contrasto con il secondo di cui al comma 2, dovrebbe concernere il settore specifico dei *rider* definiti dall'art. 47-*bis*, con riguardo alla definizione dei «criteri di determinazione del compenso complessivo»; il secondo di cui al comma 2, destinato a scattare in difetto del primo, attiene «a settori affini o equivalenti», con rispetto ad «un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari». Ci sarebbe da richiamare qui l'art. 3, l. n. 142/2001, che, comma 1, per cui il trattamento economico complessivo del socio lavoratore sia «proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione del settore e della categoria affine»; ma aggiunge subito «ovvero per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo».

Ora sembrerebbe quasi in previsione della prevedibile carenza di una contrattazione Cgil, Cisl, Uil ai sensi dell'art. 47-*quater*, comma 1, data la loro opposizione a considerare i *rider* lavoratori autonomi, che questa è stata resa possibile *ex art.* 47-*quater*, comma 2, data la precedente stipula da parte delle loro federazioni dell'accordo 18 luglio 2018, integrativo del CCNL Logistica, relativo a «distribuzione delle merci con cicli, ciclomotori e motocicli (c.d. *rider*s)», ripreso da ultimo dall'accordo 2 novembre 2020.

Ma disturbare il manovratore è intervenuto il CCNL *rider*, che ha suscitato la reprimenda dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro. Senza volersi far carico di una problematica affrontata da una vastissima produzione, c'è da notare come sia convinzione comune che la categoria non precede, ma segue la definizione offerta dalla contrattazione collettiva: la categoria è qui data dallo stesso CCNL *rider*, che la crea con una perfetta corrispondenza all'attività l'attività cui fanno comune riferimento entrambe le parti stipulanti, dei datori e dei lavoratori<sup>8</sup>.

Allora la maggiore rappresentatività comparativa richiesta per

<sup>8</sup> Sull'emersione e rilevanza della categoria contrattuale v. ora la convincente monografia di M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale ita-*

avvalersi dell'art. 47-*quater*, comma 1, dovrebbe essere valutata con riguardo a *Assodelivery* e Ugl *rider*. Solo che la formula, costruita per esorcizzare la contrattazione pirata, dando per scontata la contestuale presenza di federazioni aderenti a Cgil, Cisl, Uil, si rivela sfasata rispetto alla situazione sotto esame, dove c'è un solo contratto collettivo riferito allo specifico settore *rider* da tener presente alla luce del rilievo acquisito a tutt'oggi dalle parti stipulanti.

Se così è, non rimane che prendere atto che *Assodelivery* rappresenta circa il 90% delle società impegnate nella gestione delle piattaforme digitali, sì da conferire di per sé credibilità al sindacato Ugl *rider*; ma, poi, il sindacato Ugl *rider* aderisce alla confederazione Ugl, riconosciuta come dotata di maggiore rappresentatività, nato dalla adesione della Associazione nazionale autonomia *rider*, conta ancora una limitata base associativa, circa un migliaio, ma in un settore in lenta e faticosa sindacalizzazione<sup>9</sup>. Mentre è prevedibile che la rappresentanza quasi totalitaria della *Assodelivery* assicuri al CCNL *rider* una larga efficacia, essendo tenuta a farlo applicare a tutti i *rider* utilizzati dalle società aderenti, a prescindere dalla loro iscrizione al sindacato Ugl *rider*.

Non pare possibile ritenere che a prevalere sia l'accordo 18 luglio 2018, come ripreso da quello del 2 novembre 2020, che pur dà atto, come attuativo dell'art. 47-*bis* ss., dell'esistenza di una fattispecie auto-sufficiente, con una sua propria specifica disciplina. A prescindere dalla loro esiguità contenutistica *vis-à-vis* del CCNL *rider*, determinante è il fatto che costituiscono una appendice del CCNL Logistica con riguardo ai lavoratori subordinati ivi impiegati, sottoscritto dalle stesse organizzazioni sindacali, prive di una specifica rappresentatività rispetto ai *rider*, che, da parte dei lavoratori sono Filt/Cgil, Fit/Cisl, Ultrasporti, le federazioni categoriali della Logistica delle tre grandi confederazioni.

#### 10. *Il problema costituito del compenso a consegna*

Una volta optato per la riconduzione del CCNL *rider* sotto l'art. 47-*quater*, comma 1, questo poteva definire «criteri di determinazione

liano, Padova 2020. Sul tema v. anche G. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bologna 2020.

<sup>9</sup> In senso negativo P. ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, in *www.lavoce.info*, 21 settembre 2020.

del compenso complessivo» come ha fatto col suo art. 10; ma così lo stesso CCNL escludeva la ricaduta sotto l'art. 47-*quater*, comma 2, che lo avrebbe costretto a non retribuire i *rider* secondo le consegne effettuate, ma a compensarli tramite un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari dei contratti collettivi di settori affini o equivalenti.

Solo, sempre per l'intento di coprire tutto lo spazio possibile, il CCNL *rider*, al suo art. 11, prevede sì un compenso correlato alle consegne, ma in vista di un compenso minimo per una o più consegne, «determinato sulla base del tempo stimato per l'effettuazione delle stesse». Al riguardo la nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro, obietta che, in forza di una interpretazione sistematica alla luce della *ratio legis* dell'art. 47-*quater*, comma 1 e 2, l'obbligo a un rinvio ai contratti collettivi ivi previsti varrebbe non solo per il comma 2, che lo esplicita, ma anche per il comma 1, che non lo contempla, limitandosi a parlare di «criteri di determinazione del compenso complessivo». Il che fa pensare che l'estensore di tale nota, continui a ragionare come se il CCNL *rider* ricadesse sotto il comma 1 e non il comma 2, per poi, sostenere che le previsioni di quel contratto «non contemplano, all'apparenza alcuna garanzia minima in tal senso, già che paiono astrattamente consentire un compenso esclusivamente parametrato sulla base delle consegne effettuabili nel tempo unilateralmente stimato dalla piattaforma».

Ora, è vero che il CCNL *rider* si barcamena in un quadro normativo confuso, così, come detto, richiamare nell'art. 10 («Compenso») il 47-*quater*, comma 1, per quel che concerne i «criteri di determinazione del compenso complessivo»; e da riecheggiare nell'art. 11 («Compenso minimo per consegna») il 47-*quater*, comma 2, per quel che attiene al «compenso minimo orario». Ma resta pur sempre che lo stesso CCNL *rider* si muove sostanzialmente sotto la copertura dell'art. 47-*quater*, comma 1, che non comporta il bando del compenso a consegna di cui al successivo comma 2.

D'altronde questa voce costituisce solo un minimo, non esaurisce il compenso del *rider*, che deve essere completato ai sensi sempre dell'art. 11 con l'indennità integrativa prevista dall'art. 47-*quater*, con riguardo al lavoro notturno, festivo, svolto in condizioni meteorologiche sfavorevoli, nonché con i sistemi premiali di cui all'art. 11<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Sull'aspetto problematico di tale regime in merito al compenso prima della stipulazione del CCNL *Assodelivery-Ugl Rider*, v. D. GAROFALO, *La prima disciplina del lavoro su piattaforma digitale*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 1, p. 8 ss. e, dopo tale stipulazione, G. PIGLIALARMÌ, *Accordo Assodelivery-Ugl Rider: Il nodo del sistema di determinazione compenso*, in *Boll. Adapt*, 28 settembre 2020, n. 35.

MADIA D'ONGHIA

## Spunti di riflessione sulle “moderne” forme di sfruttamento lavorativo

SOMMARIO: 1. Il “moderno” sfruttamento lavorativo e l’afasia del diritto del lavoro. – 2. La multidimensionalità dello sfruttamento lavorativo guardando ai dati fattuali. – 3. La debolezza dell’approccio penalistico e l’urgenza di solide tutele giuslavoristiche. – 4. La necessità di un approccio multilivello per contrastare le nuove schiavitù.

### 1. *Il “moderno” sfruttamento lavorativo e l’afasia del diritto del lavoro*

«Il tema delle forme “estreme” di lavoro e, ancor più, del lavoro prestato in condizioni di schiavitù non è familiare ai giuslavoristi, quanto meno ai giuslavoristi occidentali. Ad interessarsene, semmai, sono gli studiosi di diritto internazionale del lavoro [...]. Sulla disattenzione della cultura giuridica, e più al fondo dell’opinione pubblica, occidentale pesa probabilmente la convinzione che il rapporto lavoro-schiavitù e, più in generale, certe modalità particolarmente degradate di impiego del lavoro umano appartengono ad un passato ormai lontano, superato dallo sviluppo dei diritti sociali e dalla diffusione di una civiltà giuridica del lavoro cui quel nesso e quelle modalità appaiono irrimediabilmente estranee»<sup>1</sup>.

Con queste parole, più di un decennio fa, Massimo Roccella invitava gli studiosi del diritto del lavoro a riflettere sul dilagare di forme di sfruttamento lavorativo sempre più drammatiche, vere e proprie nuove schiavitù.

Ebbene il tema dello sfruttamento pone il giurista del lavoro innanzitutto di fronte all’annoso problema della sua definizione o, almeno, della sua distinzione rispetto a fenomeni contigui<sup>2</sup>. Si

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion Pratica*, 2010, 35, p. 419.

<sup>2</sup> Per una puntuale e attenta ricostruzione del fenomeno si rinvia a L. CALAFÀ,

fa fatica a rinvenire una nozione giuridica “onnicomprensiva” di sfruttamento e il dilemma definitorio nasce, evidentemente, dalla circostanza che il diritto del lavoro ha “interiorizzato” questo tema e, dandolo per scontato, sembra che non abbia più avvertito la necessità di concettualizzarlo.

Non che il giuslavorista non sappia riconoscere lo sfruttamento; anche solo procedendo intuitivamente e *a contrario*, egli sa come (non) deve essere il lavoro perché il lavoratore non sia sfruttato, ricorrendo a indici auto-evidenti e fenomenici. Il lavoro deve svolgersi in condizioni di sicurezza tali da non arrecare nocimento alla salute del lavoratore; deve essere limitato nel tempo e soggetto a pause e riposi; ma, soprattutto, a esso deve corrispondere la giusta retribuzione e quest'ultima, oltre a garantire il sostentamento del lavoratore e della sua famiglia, è presupposto di libertà (dal bisogno) e di dignità. Sono questi gli elementi indefettibili del lavoro attraverso i quali si (ri)significa lo sfruttamento anche nella rappresentazione giuridica e nell'interpretazione giurisprudenziale.

Un siffatto *modus procedendi*, però, finisce per parcellizzare le tutele rispetto al fenomeno demandando la tutela di singoli istituti (qualificazione giuridica del rapporto di lavoro, differenze retributive, riconoscimento limiti orari, ecc.) a controversie per lo più individuali. Ma come già segnalava Roccella, «le qualificazioni giuridiche, ancora una volta, aiutano poco a capire»<sup>3</sup>, specie nel mondo globalizzato di oggi, dove i confini tra legalità e illegalità diventano sempre più incerti e dilagano forme sempre più complesse di sfruttamento lavorativo, assimilabili a nuove modalità di para-schiavismo, dove nessuno sembra esente da responsabilità.

Ci sono schiavisti, caporali, ispettori assenti, commercialisti e sindacalisti compiacenti, aziende che sfruttano i lavoratori, ma anche famiglie che ricorrono alle badanti in nero perché non si possono permettere un posto in una casa di riposo, aziende che devono concorrere a livello globale, italiani che rifiutano il lavoro per paghe troppo basse che invece vengono accettate da lavoratori stranieri, migranti che diventano sfruttatori dei loro connazionali e tanto altro ancora.

Dinanzi a uno scenario così eterogeneo, emerge la letterale incapacità del diritto del lavoro a contenere l'ampiezza del fenomeno

*Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 193 ss.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 434.

che, nel frattempo, dato il numero sempre maggiore e la gravità crescente dei casi che inchieste di varia natura ci consegnano<sup>4</sup>, pone anche problemi di ordine pubblico, finendo per divenire appannaggio quasi esclusivo del diritto penale.

Questa sorta di afasia del diritto del lavoro ha fatto sì, infatti, che lo sfruttamento, assurdo agli onori della cronaca per episodi eclatanti (come quelli degli incendi nei ghetti) o anche per rivolte spontanee (come quelle nelle campagne di Nardò), sia diventato di pertinenza del diritto penale.

Tanto è vero che il fenomeno è stato giuridificato<sup>5</sup>, come noto, in una nuova fattispecie penale, l'art. 603-*bis* c.p.<sup>6</sup>, rubricata «intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro», introdotta la prima volta nel 2011 (*ex art.* 12, l. 14 settembre 2011, n. 148) e novellata nel 2016 (*ex art.* 1, l. 29 ottobre 2016, n. 199)<sup>7</sup>.

La norma penale ha un potente valore simbolico fin dalla sua

<sup>4</sup> Sono sempre più numerose le inchieste giornalistiche e le ricerche, soprattutto sociologiche, che denunciano gli sfruttati dell'epoca moderna. *Ex plurimis*, v. P. DELPIANO, *La schiavitù in età moderna*, Bari-Roma 2009; M. ROVELLI, *Servi. Il paese sommerso dei clandestini al lavoro*, Milano 2010; G. ARDUINO, *Schiavi di un Dio minore*, Novara 2016; M. FIORAVANTI, *La schiavitù*, Roma 2017; M. FANA, *Non è lavoro, è sfruttamento*, Bari-Roma 2017; S. CANTONI, *Lavoro forzato e “nuove schiavitù” nel diritto internazionale*, Torino 2018; A. STAUD, *Le nostre braccia. Meticciano e antropologia delle nuove schiavitù*, Milano 2020; G. RECKINGER, *Arance amare. Un nuovo volto delle schiavitù in Italia*, Milano-Udine 2020; V. FURLANETTO, *Noi schiavisti. Come siamo diventati complici dello sfruttamento di massa*, Bari-Roma 2021.

<sup>5</sup> Se si può parlare di “interiorizzazione” del concetto di sfruttamento per quanto riguarda il diritto del lavoro (cfr. S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro dei migranti*; in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA, M. RANIERI (a cura di), *Migranti e lavoro*, Bologna 2020, p. 173), anche per quanto riguarda il dato giuridico penale «La storia del contrasto allo sfruttamento del lavoro, in Italia, è la storia di una grande rimozione. In un primo momento si è trattato di una rimozione normativa [...] ma riguarda pure la giurisprudenza» (così A. MERLO, *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione (nota a margine di Trib. Milano, Sez. mis. prev., decreto 7 maggio 2019, n. 59)*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2019, p. 171).

<sup>6</sup> *Ex art.* 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

<sup>7</sup> In proposito, fra i contributi più recenti, si veda A. DI MARTINO, *Sfruttamento e lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna 2020; G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. Pregi e limiti dell'attuale disciplina*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 6, p. 1759 ss.; V. TORRE, *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, p. 72 ss.; E. SANTORO, C. STOPPIONI, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 267 ss.



collocazione nella parte del codice penale riservata ai delitti contro la personalità individuale, il cui scopo è di tutelare la persona da tutte le condotte in grado di ledere i suoi diritti fondamentali.

Ma v'è di più. Il testo vigente dell'art. 603-*bis* persegue, per la prima volta nel nostro ordinamento, non solo la condotta dell'intermediario che fornisce manodopera a terzi, ma anche quella del datore di lavoro che sfrutta direttamente il lavoratore<sup>8</sup>. L'asse del dispositivo giuridico-repressivo risulta così spostato sullo sfruttamento in senso stretto e, cioè, sull'utilizzo della prestazione di lavoratori che versano in uno stato di bisogno a condizioni assolutamente inferiori e assai peggiori rispetto a quelle dovute. Non vi è, comunque, una definizione diretta dello sfruttamento, in quanto la norma ricorre ad alcuni indici dai quali è possibile avere la prova della sua sussistenza<sup>9</sup>.

Al di là della tecnica legislativa utilizzata<sup>10</sup>, va dato atto che il legislatore penale con il nuovo 603-*bis* dimostra una meritoria sensibilità nel confezionare una disposizione che senza dubbio segna un'inversione di tendenza rispetto a un *trend* a lungo contrassegnato, sul diverso piano giuslavoristico, da progressiva precarizzazione e anche da un ridimensionamento dei poteri di intervento del giudice del lavoro.

Non è semplice determinare quanto e come il diritto del lavoro sia rimasto indietro rispetto alla lettura e regolazione di un fenomeno di sua fisiologica pertinenza – lo segnalava, come già osservato, Roccella nel 2010 – e quanto, invece, il diritto penale sia avanzato; è un fatto, però, che anche nella riflessione giuridica si sia fatta sempre più preponderante la voce dei penalisti, con inevitabili riflessi anche nelle aule giudiziarie.

Ora è evidente che la prospettiva lavoristica e quella penalistica sono animate da intenti diversi, perseguono ognuna finalità proprie

<sup>8</sup> Nella formulazione previgente, l'art. 603-*bis* c.p. ometteva qualsiasi riferimento all'ipotesi di sfruttamento posta in essere dal datore di lavoro (cfr., per tutti, U. NAZZARO, *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 2019, p. 2621). Un'ulteriore novità è rappresentata dal fatto che la violenza, minaccia e intimidazione non sono più elementi costitutivi del reato ma mere circostanze aggravanti.

<sup>9</sup> Cfr. per una lettura critica V. TORRE, *L'obsolescenza*, cit., p. 72 e A. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *www.la legislazione penale eu*, 3 aprile 2017.

<sup>10</sup> Per un approfondimento si rinvia, per tutti, a A. MARTINO, *Sfruttamento e lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna 2020.

e proteggono beni non sempre sovrapponibili, ma è altrettanto evidente che l'unica prospettiva che il dato positivo esplicitamente offre, cioè, quella pubblicistica/securitaria demandata al diritto penale, non può essere la sola possibile alla quale conformarsi, soprattutto – come si dirà meglio più innanzi – per la sua intrinseca incapacità di garantire tutele alla vittima dello sfruttamento.

## *2. La multidimensionalità dello sfruttamento lavorativo guardando ai dati fattuali*

In ogni caso la giurisprudenza penale ci fornisce straordinarie immagini di quella che Roccella chiamava la «schiavitù contemporanea» o «forme estreme di lavoro»<sup>11</sup>. Nelle pronunce, infatti, è preponderante la narrativa fattuale – rispetto a quella “in diritto” – che ricostruisce sia le modalità effettive di espletamento della prestazione (i c.d. indici di sfruttamento), sia, più in generale, le condizioni di vita di quei lavoratori sfruttati (stato di bisogno)<sup>12</sup>.

Non c'è da stupirsi. Lo sguardo del giudice rappresenta sempre un punto di vista privilegiato, soprattutto ove si consideri che oltre (e prima) delle leggi ci vogliono i comportamenti, l'applicazione e l'effettività delle regole che proprio i giudici sono chiamati a garantire. Del resto, come ricorda efficacemente autorevole dottrina, il ruolo della giurisdizione «non può essere ridotto [...] a quello di semplice lettrice tecnica di testi il cui contenuto deve ritenersi acquisito una volta per tutte in forza dell'intervento decisivo del legislatore»<sup>13</sup>.

Tutte le sentenze evidenziano la fenomenologia dello sfruttamento del lavoro nelle sue diverse dimensioni quantitative e qualitative, specie se riferito a lavoratori stranieri: le condizioni di lavoro, talvolta disumane, vengono accettate dal lavoratore perché questi non ha altra scelta e lo stato di bisogno è nell'accettazione dell'(altrimenti) inaccettabile.

E in questa prospettiva le riflessioni di Massimo Roccella risultano di straordinaria attualità allorché suggerisce che l'indagine sullo sfruttamento del lavoro «merita di essere affrontata soprattutto

<sup>11</sup> M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 422.

<sup>12</sup> Per una rassegna giurisprudenziale sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, S. LAFORGIA, *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 233 ss.

<sup>13</sup> N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna 2021, p. 80.

sul piano fattuale: lasciando parlare i dati e provando ad illustrarli con qualche caso esemplare»<sup>14</sup>.

Oramai di casi esemplari la cronaca ce ne segnala tantissimi. Si pensi, solo per citare l'ultimo in ordine di tempo, al caso delle borsette fatte a 3 euro e rivendute a 850 euro, nell'area intorno a Firenze<sup>15</sup>, un caso peraltro estremamente eloquente nel rivelare le caratteristiche dello sfruttamento "moderno", all'interno di un modello economico fondato sul sistematico mancato rispetto delle regole e delle leggi che consente alle imprese di abbassare i costi e i prezzi e di acquisire quote di mercato.

Nel caso fiorentino il sistema è stato disegnato come una piramide: in vetta c'è la *griffe* che fiuta le tendenze e disegna i modelli; sotto il fornitore di prima fascia, cui la *griffe* delega la produzione fornendo il modello da realizzare e la merce con cui fabbricarlo; sotto ancora un fornitore di seconda fascia, a cui quello di prima fascia smista una parte dell'ordine e tante volte c'è anche una terza fascia. Ma se si considerano i margini economici, la piramide è rovesciata: gran parte dei soldi sono alla sommità, mentre più si scende e più la ricchezza da distribuire si riduce. La *griffe* impone le condizioni di produzione, riepilogate in un capitolato: in base ai suoi calcoli, sa quanto lavoro serve per fabbricare una borsa e può quindi dettare la produzione di un determinato numero di articoli in un dato tempo e a un preciso costo. Il fornitore di prima fascia, quasi sempre un'azienda a conduzione italiana, prende l'ordine ma ne lavora direttamente solo una parte minima perché ai prezzi imposti dal committente non può guadagnarci: il resto delle borse lo subappalta a un fornitore di seconda fascia, trattenendo un margine e dunque costringendolo a lavorare a costi più bassi dei suoi. È in questa seconda fascia che si trovano gli operai schiavi. Se poi il subfornitore non riesce a rientrare nelle condizioni di costo imposte dal fornitore, si sprofonda nella terza fascia delegando il lavoro a uno ancor più disgraziato.

Ecco dunque che come nell'inferno dantesco, man mano che si scende di girone in girone, ai contratti di lavoro si sostituisce il sistematico sfruttamento, attraverso una continua corsa al ribasso che si scarica sulle condizioni di lavoro (senza rispetto dei vincoli orari, delle norme di sicurezza e con paghe miserevoli), ancor più agghiaccianti se trattasi di lavoratori extracomunitari.

<sup>14</sup> M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 420.

<sup>15</sup> Cfr. la notizia su *Le borsette fatte a 3 euro l'ora vendute a 820 euro: e gli industriali in silenzio*, in *Il Tirreno* ([gelocal.it](http://gelocal.it)).

Trattasi, invero, di una piaga che affligge il mondo produttivo indipendentemente dalla nazionalità dei lavoratori, perché lo svolgimento di attività lavorativa in condizioni di illegalità costituisce non un fenomeno distorsivo isolato, bensì un vero e proprio metodo di produzione – da taluni definito «una caratteristica strutturale ed antica dell'economia italiana»<sup>16</sup> – che consente ad alcune imprese di rimanere sul mercato e di moltiplicare i profitti<sup>17</sup>. E questo è particolarmente vero in alcuni settori produttivi, come quello agricolo, dove il costo del lavoro viene compresso per far fronte alle pressioni esercitate dalla grande distribuzione organizzata all'interno della filiera agroalimentare<sup>18</sup>.

In questi contesti accanto ad attività semplicemente illegali (perché penalmente illecite o comunque vietate ai sensi delle norme civili, non di rado, sotto il controllo della criminalità organizzata), si colloca una vasta area di attività di lavoro, spesso anche di tipo autonomo, “non dichiarato”, alle autorità pubbliche (c.d. lavoro nero) oppure prestata in presenza di regolare contratto di lavoro, ma con sistematiche violazioni della normativa protettiva di fonte legale e collettiva (c.d. lavoro grigio).

I dati emersi dalle rilevazioni effettuate dai servizi ispettivi nazionali ne sono una immediata testimonianza. Secondo il Rapporto annuale<sup>19</sup> i lavoratori irregolari scoperti sono stati 356.145 e tra questi 41.544 completamente in nero; i settori con maggior tasso di irregolarità sono quelli dell'edilizia e del terziario e tra questi, in particolare, le attività di alloggio e ristorazione e i servizi a supporto delle imprese e altri servizi. La presenza di lavoratori “in nero” è stata mediamente riscontrata in quasi il 43% delle ispezioni, distribuita

<sup>16</sup> V. FERRANTE, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Economia 'informale' e politiche di trasparenza*, Milano 2017, p. 11.

<sup>17</sup> Il riconoscimento di elevatissimi profitti è evidenziato da M. ROCCELLA (*La condizione*, cit.), come uno degli elementi tipici della schiavitù contemporanea a differenza della schiavitù classica che si caratterizzerebbe per la sua «connotazione proprietaria» (pp. 425-426).

<sup>18</sup> Si rinvia a I. CANFORA, *Le regole del gioco nelle filiere agroalimentari e i riflessi sulla tutela del lavoro*, in *Agriregionieuropa*, ([www.agriregionieuropa.univpm.it/it](http://www.agriregionieuropa.univpm.it/it)), 2018, 55; V. LECCESE, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 243 e, da ultimo, C. FALERI, «Non basta la repressione». *A proposito di caporalato e sfruttamento del lavoro in agricoltura*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 257 ss.

<sup>19</sup> Cfr. ISPETTORATO NAZIONALE LAVORO (a cura di), *Rapporto annuale dell'attività di vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale. Anno 2020*, in *Rapporto-annuale-2020.pdf* ([ispettorato.gov.it](http://ispettorato.gov.it)), 30 aprile 2021.

con percentuali diverse nei singoli settori produttivi (44% in agricoltura, 39% nell'edilizia, 31% nell'industria e 25% nel terziario).

Il Rapporto fornisce, poi, interessanti indicazioni anche circa la caratterizzazione vittimologica dei soggetti che prestano la propria opera in condizioni di illegalità/informalità: prevalentemente si tratta di lavoratori stranieri extracomunitari senza permesso di soggiorno, maggiormente esposti proprio per la loro particolare vulnerabilità. E infatti, come già evidenziava Roccella, è proprio la condizione strutturale di questi lavoratori, sospesi «fra clandestinità e aspettative/promesse di regolarizzazione, a preconstituire il terreno su cui prosperano situazioni di gravissimo sfruttamento»<sup>20</sup>.

### 3. *La debolezza dell'approccio penalistico e l'urgenza di solide tutele giuslavoristiche*

Rispetto a dati di sfondo così allarmanti, la norma penale ha attribuito maggiori poteri ai giudici consentendo loro, nella maggior parte dei casi, di condannare gli sfruttatori ma non certo di garantire una tutela effettiva a chi lo sfruttamento lo subisce ed è proprio su questo piano che l'approccio penalistico rivela tutti i suoi limiti<sup>21</sup>.

La novella del 2016 (l. n. 199, art. 3) si limita a prevedere, proprio nei procedimenti per i reati di cui all'art. 603-*bis*, l'applicazione della misura del «controllo giudiziario dell'azienda e rimozione delle condizioni di sfruttamento», uno strumento cui il giudice può ricorrere laddove sussistano i presupposti per l'adozione di un decreto di sequestro preventivo (*ex art. 321, comma 1, c.p.p.*)<sup>22</sup> e, allo stesso tempo, si prospetti il concreto rischio che l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali, oppure compromettere il valore economico dell'azienda. Si tratta, dunque, di una misura cui il legislatore attribuisce finalità preventive e di continuità aziendale, anche nell'interesse dei lavoratori sia sul versante occupazionale, sia per impedire il protrarsi

<sup>20</sup> M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 433.

<sup>21</sup> In proposito, cfr. S. TORDINI CAGLI, *La controversa relazione della sanzione penale con il diritto del lavoro, tra ineffettività, depenalizzazione e istanze populiste*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 613.

<sup>22</sup> Si tratta di accertare il *fumus commissi delicti*, da apprezzarsi con esclusivo riguardo alla fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p., e il pericolo che la libera disponibilità dell'azienda possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati.

di forme degradanti di sfruttamento<sup>23</sup>. La *ratio* sta, dunque, nel tutelare la posizione lavorativa dei soggetti passivi del reato, evitando che il timore di ripercussioni negative sul futuro dell'azienda freni i lavoratori sfruttati dal denunciare i propri datori o intermediari.

Ma al netto di questa misura, null'altro può fare la norma penale per i lavoratori sfruttati che, in ogni caso, per poter trarre un qualche vantaggio diretto dal processo penale sono tenuti a costituirsi parte civile.

Ebbene, è abbastanza superfluo rilevare come la posizione di particolare vulnerabilità degli sfruttati renda altamente improbabile una loro attivazione processuale. Dimostrare condizioni di sfruttamento e riuscire a far valere i propri diritti non è affatto facile. Oltre a reticenze da parte delle vittime, per timore di ritorsioni e conseguenze legali (basti ricordare le situazioni complesse degli stranieri, in termini, ad esempio, di regolarità del soggiorno, di precedenti e carichi pendenti, di *disempowerment* che minano fiducia e affidabilità), vi è anche una perdurante carenza di consapevolezza dei propri diritti. E a questo contribuisce anche la scarsa sindacalizzazione dei lavoratori, oltre al limitato ruolo degli enti di vigilanza, spesso per carenze di organico unitamente alla poca priorità data al tema dello sfruttamento<sup>24</sup>.

A tutto ciò si aggiunge la difficoltà oggettiva (specie se si tratta di lavoratori che si spostano continuamente) di seguire il complesso *iter* giudiziario da instaurare per ottenere le tutele. Una delle barriere più insormontabili per i lavoratori sfruttati è costituita proprio dall'accesso alla giustizia, su cui incide negativamente anche l'annosa questione della durata dei processi del lavoro. Come noto, infatti, sono giudizi che possono essere molto lunghi e durare (a seconda dei fori di competenza) anche diversi anni, atteso che il ricorrente (su cui incombe l'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c.) dovrà provare giudizialmente la sussistenza di un rapporto di lavoro e che, spesso, le uniche prove a sua disposizione sono le testimonianze rese dai colleghi di lavoro.

<sup>23</sup> In proposito si veda Trib. La Spezia, 2 novembre 2020, in *Banca Dati Pluris*, dove il Giudice con la misura del controllo giudiziario, nomina un amministratore giudiziario a cui sono affidati anche precisi poteri per la rimozione delle condizioni di sfruttamento preesistenti, cui egli deve provvedere regolarizzando tutti i lavoratori che al momento dell'avvio del procedimento prestavano la propria attività in assenza di un regolare contratto.

<sup>24</sup> In proposito cfr. l'attenta disamina di F. DI NOIA, *Le policy di prevenzione del lavoro insicuro e di promozione della legalità in agricoltura*, in L. CALAFÀ, S. IAVICOLI, B. PERSECHINO (a cura di), *Lavoro insicuro*, Bologna 2020, p. 175 ss. (spec. pp. 176-179).

Si pensi anche alla debole tutela processuale per le lavoratrici domestiche irregolari<sup>25</sup>, per le quali si pone la complessa questione del riconoscimento giudiziale della subordinazione, con riferimento sia alla corretta individuazione del legittimato passivo e, cioè, del datore di lavoro, sia alla difficoltà di provare l'esistenza del rapporto e la sua natura subordinata<sup>26</sup>.

La difficoltà di accedere alla giustizia rende anche poco praticabile la soluzione avanzata da chi vorrebbe estendere ai lavoratori sfruttati (se extracomunitari) la protezione sociale per le vittime di sfruttamento lavorativo di cui all'art. 18 del Testo Unico in materia di immigrazione, che prevede l'attivazione di un programma di assistenza e integrazione sociale<sup>27</sup>.

A conferma, poi, del limitato contenzioso, basta scorrere i repertori giurisprudenziali: nonostante le cronache segnalino, specie in alcuni settori (come quello agricolo), il carattere sistematico e reiterato delle violazioni della normativa lavoristica, la trasgressione alle norme del rapporto di lavoro sembrerebbe fenomeno tutto sommato marginale e per lo più circoscritto alle, pur rilevanti, patologie sul versante previdenziale<sup>28</sup>.

L'assenza di significativi contenziosi giurisprudenziali civili costituisce un ulteriore sicuro indizio della mancanza di effettività dei dispositivi giuridici di tutela dei diritti dei lavoratori (anche a causa degli stretti termini di decadenza per l'esercizio di quasi tutti i più importanti diritti e dei costi economici sempre più elevati per l'accesso alla giustizia), il che dovrebbe far riflettere su un ripensamento degli strumenti giurisdizionali – individuali e collettivi – di tutela dei diritti dei soggetti più vulnerabili<sup>29</sup>, con

<sup>25</sup> Sulla precarietà delle condizioni dei lavoratori di cura si veda l'acuta analisi di S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Napoli 2020.

<sup>26</sup> Cfr. C. DE MARTINO, *Chi bada alle badanti? La specialità del lavoro domestico alla prova del Covid*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2021, p. 53 ss.

<sup>27</sup> In tal senso E. SANTORO, D. GENOVESE, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo: i primi dati dell'applicazione della legge 199/2016*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 543 ss.

<sup>28</sup> Qui il riferimento è all'ingente contenzioso esistente con gli enti previdenziali in tema di ricorso abusivo all'istituto della disoccupazione agricola, su cui sia consentito rinviare a M. D'ONGHIA, *Le tutele previdenziali dei lavoratori agricoli tra regole speciali e abusi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 231 ss.

<sup>29</sup> In tal senso v. G. SPANGHER, A.A. MARANDOLA (a cura di), *La fragilità della persona nel processo penale*, Torino 2021, spec. p. 427 ss.

la previsione, ad esempio, di idonei meccanismi di «agevolazione delle denunce»<sup>30</sup>.

Il quadro è altrettanto (se non di più) desolante sul piano sostanziale. Anzi, qui, sono proprio le regole ad aver affievolito i diritti<sup>31</sup>, creando, così, un *humus* favorevole al dilagare dello sfruttamento nelle sue diverse declinazioni. Del resto la stessa pratica processuale dimostra come il principale terreno per la compressione dei diritti e la sottotutela dei lavoratori sia oggi costituito dai processi di scomposizione dell'impresa all'interno delle catene produttive, la sua frammentazione organizzativa, resa agevole dalle nozioni *soft* introdotte nell'ordinamento in materia di esternalizzazioni e internalizzazioni (come per appalti, subappalti, subforniture, consorzi, cessioni di rami di azienda, somministrazioni di manodopera, distacchi). Per non citare tutto il sistema delle false-cooperative (c.d. spurie) che maschera una forma di caporalato di nuova generazione, coperto da un velo di legalità formale, ove l'azienda committente appalta alla cooperativa fittizia talune lavorazioni, versando per i servizi prestati un corrispettivo per le ore lavorate che non verrà mai interamente distribuito ai soci lavoratori, i quali si limitano a percepire un salario mensile di gran lunga inferiore a quanto stabilito nel CCNL.

In tali ambiti si determinano situazioni di normale riduzione delle tutele dei lavoratori, sia in termini di garanzia economica e normativa (rinveniente dall'applicazione o meno dei contratti collettivi da parte delle imprese coinvolte nel collegamento negoziale), sia in termini di disparità di trattamento tra i lavoratori dipendenti delle diverse imprese, sia ancora in termini di diminuzione delle garanzie in materia di responsabilità (anche penale e amministrativa) per violazioni delle norme fiscali o antinfortunistiche<sup>32</sup>.

Rispetto alla convenienza dei meccanismi di esternalizzazione, tanto più vantaggiosi economicamente quanto più replicati su vasta scala, nulla (o troppo poco) potrà fare il singolo e occasionale pro-

<sup>30</sup> È questa la terminologia adottata dal legislatore dell'UE nell'art. 25 della direttiva 2014/36, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali.

<sup>31</sup> In tal senso già M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 435, suggeriva «correttivi sostanziali e specifici [...] nei confronti di un impianto legislativo che sembra fatto apposta [...] per generare clandestinità e lavoro irregolare».

<sup>32</sup> Cfr. R. RIVERSO, *La sottile linea tra legalità e sfruttamento nel lavoro*, in F. BUFFA, L. GADALETA, R. RIVERSO (a cura di), *Sfruttamento lavorativo*, Roma 2017, p. 95 ss.



cesso penale, oppure l'azione intentata in sede civile da un lavoratore o da un'organizzazione sindacale, ove mai si riesca ad avviarla, per smantellare un tale sistema truffaldino.

In questo scenario, l'efficacia della normativa penale di cui all'art. 603-*bis*, pur ancora difficile da valutare, presenta certo una sua positività. Non si può, infatti, ignorare l'indubbio potenziale effetto dei suoi dispositivi repressivo-sanzionatori, in chiave di dissuasione/prevenzione generale dei fenomeni di sfruttamento dei lavoratori. Tuttavia, va anche evidenziato che, se uno dei suoi primi effetti è stato il maggior ricorso al lavoro "grigio" rispetto al lavoro "nero" e un aumento dei controlli, allo stesso tempo le condizioni complessive di lavoro, di fatto, sembrano essere rimaste sostanzialmente immutate, come i fatti più recenti, già prima richiamati, testimoniano<sup>33</sup>.

Ciò rimette al centro il tema della prevenzione e della necessità di solide tutele sostanziali e consente anche di rimanere nell'alveo di quel principio di sussidiarietà penale o anche, di complementarità<sup>34</sup>, che auspica un sistema integrato di tutela<sup>35</sup>, in cui il diritto penale è e deve rimanere soltanto l'ultima possibile soluzione, l'*extrema ratio*<sup>36</sup>.

Del resto, se la repressione penale non venisse affiancata da politiche economiche, sociali e occupazionali idonee a incidere profondamente sull'intero sistema produttivo, essa parrebbe servire soltanto a nascondere la realtà delle cose dietro il paravento di comodo della sua dichiarata criminalizzazione. Non si può non parlare, infatti,

<sup>33</sup> Significativa è anche la maxi indagine della Procura di Milano (del 25 febbraio 2021) sui *riders* e la mancata osservanza delle norme in tema di sicurezza (*Il comunicato della Procura della Repubblica di Milano.pdf*, in *lavorodiritteuropa.it*) e la maxi operazione anticaporalato in Capitanata (del 4 aprile 2021), denominata "Principi o Caporali", che ha accertato le condizioni di sfruttamento di numerosi braccianti provenienti dall'Africa, costretti a lavorare anche 16 ore al giorno e pagati a 4 euro all'ora (*Caporalato aziende 6 milioni sfruttavano braccianti 4 euro Stornara*, in *foggiacittaaperta.it*).

<sup>34</sup> Cfr. A. BARATTA, *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in S. MOCCIA (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli 2004, p. 35 s.

<sup>35</sup> Si veda D. PIVA, *I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non come condotta) di produzione: brevi note a margine della legge n. 199/2016*, in *Arch. pen.*, 2017, 1, p. 195 e V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2019, 3-4, p. 659.

<sup>36</sup> Cfr. G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino 2018 e G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del "caporalato"*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, spec. p. 823.

anche degli altri componenti della “filiera dello sfruttamento”, che comincia dal racket dell’immigrazione clandestina, passa per la gestione lacunosa di quella legittima, arriva ai caporali, ai trasportatori e, infine, agli imprenditori senza scrupoli<sup>37</sup>.

Se non si affrontano tutti i passaggi, lo sfruttamento, specie nelle sue forme più drammatiche di impiego di manodopera in condizioni di tipo schiavistico, non si risolve<sup>38</sup>.

In questa prospettiva ben potrebbero affiancarsi agli interventi di tipo coattivo/repressivo quelli premiali, agendo, cioè, sul piano delle convenienze, secondo lo schema tipico delle sanzioni promozionali (di tipo economico) c.d. positive<sup>39</sup>: si utilizza, cioè, la leva economica per rendere più conveniente (o meno gravosa) l’osservanza degli obblighi prescritti, alterando il calcolo delle convenienze dei datori di lavoro e inducendoli a comportamenti socialmente meritevoli, comunque funzionali a un esercizio della libertà d’impresa ma che non si svolga in contrasto con la utilità sociale e senza danneggiare la sicurezza, la libertà e la dignità umana (art. 41, comma 2, cost.).

#### 4. *La necessità di un approccio multilivello per contrastare le nuove schiavitù*

Il diritto del lavoro è quindi chiamato a non sottovalutare la portata e la valenza generale e multidimensionale dello sfruttamento<sup>40</sup>, spingendosi anche a ipotizzare una sorta di paradigma omnicomprensivo dello stesso al quale riferirsi e che possa essere utile pure nell’attività di vigilanza e, quindi, di prevenzione.

<sup>37</sup> Su *La Stampa* del 29 maggio 2021 si dà notizia di pasticche date agli schiavi dei campi per lavorare fino a 12 ore senza avvertire fatica. A seguito di una indagine condotta dai NAS di Latina è stato arrestato un medico che aveva emesso mille ricette per l’acquisto di un farmaco a base di ossicodone a carico del Servizio Sanitario Nazionale. La sostanza era destinata agli indiani impiegati in turni massacranti nella raccolta di ortofrutta (fino a 15 ore al giorno), sottoponendoli anche a maggiori rischi sul fronte della sicurezza, oltre al pericolo di infortuni e malattie connesse al ridotto periodo di recupero e riposo.

<sup>38</sup> In tal senso si veda anche V. PINTO, *Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in V. FERRANTE, (a cura di), *Economia “informale” e politiche di trasparenza: una sfida per il mercato del lavoro*, Milano 2018, p. 83 ss.

<sup>39</sup> In proposito fondamentale resta E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 305 ss. e, più in generale, N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, 1976, p. 530 ss.

<sup>40</sup> In questa prospettiva v. L. CALAFÀ, V. PROTOPAPA, *Logiche interdisciplinari e salute dei migranti*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 105 ss.

Del resto, l'ordinamento giuslavoristico ha costruito e adottato da tempo modelli efficaci di tutele basati innanzitutto sulla prevenzione e, solo in un momento successivo, sulla repressione penale, quale il modello di tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Insistere sull'opzione criminale equivarrebbe a una sorta di ammissione di impotenza e quindi di fuga dai problemi da affrontare, come le dinamiche strutturali dell'economia, che generano l'inesorabile compressione dei diritti dei lavoratori. L'apparato di repressione penale, pur imprescindibile nella lotta alle forme più gravi di sfruttamento del lavoro, non è in grado di rimuoverne le ragioni strutturali.

La parola, allora, deve passare al legislatore, a un legislatore illuminato e lungimirante che ripristini quel rapporto virtuoso tra lavoro e diritti che ha segnato il '900, il secolo del *Welfare*, e che ponga fine a quel costante processo di corrosione del significato del lavoro e del suo ruolo sociale e politico, al cui interno si collocano, spesso intrecciati, i più gravi livelli di illegalità. Ed è un processo che non è possibile rigettare come corpo estraneo, confinato nella sola dimensione penale, perché un tale approccio rischia di essere quasi funzionale a rilegittimare il processo di "normale" erosione in corso.

A tal fine è però necessario che si realizzino una molteplicità di condizioni, che operino come fattore di "rottura" forte del rapporto di sfruttamento. Si pensi, ad esempio, al riconoscimento di reti sociali dense e/o di opportunità lavorative al di fuori dell'area di sfruttamento, al consolidamento nel tempo di rapporti di fiducia con un datore di lavoro "socialmente responsabile", che permetta di "saltare" l'intermediazione informale, all'attivazione di rapporti sociali plurali, alla possibilità di rompere le relazioni con i soggetti sfruttatori senza vedere minata la propria reputazione (si pensi all'esperienza dei *riders*), fino a scelte più consapevoli del consumatore che si orienti verso prodotti realizzati senza lo sfruttamento della manodopera<sup>41</sup>.

Non a caso si comincia a parlare sempre più frequentemente di affiancare alla c.d. responsabilità sociale dell'impresa (che comporta per l'impresa non solo il compito di garantire ai propri lavoratori condizioni di lavoro dignitose, ma anche di vigilare, affinché forme di vero e proprio lavoro servile non alterino l'eticità del mercato e la corretta concorrenza)<sup>42</sup> una "responsabilità sociale del consumato-

<sup>41</sup> In tal senso cfr. V. FURLANETTO, *Noi schiavisti*, cit. e A. MANGANO, *Lo sfruttamento nel piatto. Quello che tutti dovremmo sapere per un consumo consapevole*, Bari-Roma 2020.

<sup>42</sup> In proposito v. F. BUCCELLATO, M. RESCIGNO (a cura di), *Impresa e "forced labour": strumenti di contrasto*, Bologna 2015.

re”. Ciò vuol dire che il consumo, prima che un atto economico in senso stretto, deve essere considerato un atto etico, che impegna l'intera personalità: il consumatore ha il diritto di essere informato, oltre che sulle qualità del prodotto, anche sulle modalità di produzione dello stesso, esigendo di essere messo in condizione di opporsi allo sfruttamento del lavoro servile, che ha la sua finale legittimazione a livello di distribuzione e di acquisto del prodotto<sup>43</sup>.

Insomma, appare evidente, data la complessità del fenomeno, che la norma penale da sola sia insufficiente<sup>44</sup>. Serve necessariamente un approccio multilivello, con il coinvolgimento di tutti gli attori, con azioni contestuali e congiunte, che si propongano, valorizzando la prospettiva giuslavoristica, di intervenire sui molteplici fattori che continuano ad alimentare lo sfruttamento. E, dunque, parafrasando le parole di chi a questi problemi ha dedicato la sua breve vita anche per scuotere le coscienze, «per dipanare la matassa: nessuno può tirarsi fuori»<sup>45</sup>.

Ne consegue, lungo questa prospettiva, l'imprescindibile impegno costante e istituzionale di tutte le parti sociali (incluse le imprese e le organizzazioni datoriali) nei riguardi di una attuazione dei meccanismi preventivo promozionali della legalità che non sia di mera facciata, perché altrimenti anche la migliore norma posta in essere dal più attento legislatore non potrà mai raggiungere livelli, seppur minimi, di operatività.

Un tale approccio presenta maggiori possibilità di arginare le forme estreme di lavoro e al contempo di promuovere, attraverso il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, un lavoro dignitoso in grado non solo di assolvere al sinallagma (prestazione di lavoro *versus* retribuzione) ma anche di svolgere quella funzione ulteriore che consente a chi lavora di accedere ai diritti “di cittadinanza”.

Ebbene, le riflessioni di queste pagine non intendono certo fornire ricette risolutive di un problema così complesso, ma sicuramente – come già sottolineava Roccella – porre in evidenza, oggi con ancora più forza, «che v'è molto da riflettere per gli studiosi di problemi del lavoro (in primo luogo per i giuslavoristi delle nuove

<sup>43</sup> Su tali profili cfr. V. FURLANETTO, *Noi schiavisti*, cit. e A. MANGANO, *Lo sfruttamento*, cit.

<sup>44</sup> Sull'inefficacia dell'approccio *law enforcement* per combattere il grave sfruttamento dei lavoratori, si vedano i contributi sul tema *L'altro art. 18. Riflessioni giuslavoristiche sullo sfruttamento del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2021, p. 187 ss.

<sup>45</sup> Così A. LEOGRANDE, *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi belle campagne del Sud*, Milano 2015, p. 28.

generazioni) e da operare per i *policy makers* sensibili alla dimensione sociale della politica democratica»<sup>46</sup>.

Cruciale diventa allora il ruolo delle istituzioni pubbliche nel fornire sostegno economico e anche una cornice giuridica a quelle esperienze virtuose già avviate nei territori da diverse soggettività collettive. I singoli territori, infatti, ci restituiscono esperienze interessanti in questa direzione insistendo su un approccio integrale, finalizzato, cioè, non solo al perseguimento di migliori condizioni di lavoro, ma anche preordinato a far emergere migliaia di lavoratori particolarmente vulnerabili da una condizione di “invisibilità” e di gravi disagi sociali<sup>47</sup>.

Va salutata, quindi, con particolare favore l'attenzione riservata nel recente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR, meglio noto come *Recovery Plan*)<sup>48</sup>, alla lotta al lavoro sommerso nei diversi settori dell'economia, proseguendo nell'approccio già utilizzato nel settore agricolo con il «Piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato (2020-2022)»<sup>49</sup>. Nel PNRR è stato inserito un apposito piano d'azione nazionale all'interno delle riforme e degli investimenti in materia di politiche per il lavoro anche per rispondere alle raccomandazioni della Commissione europea, che ha chiesto un maggiore sforzo nel contrasto all'impiego irregolare. Il piano, stando agli obiettivi fissati dall'Esecutivo Draghi, dovrà essere adottato entro fine 2022 ed entrare pienamente in funzione all'inizio del 2024.

Un primo *target* è fissato nel numero di ispezioni, che si prevede di incrementare entro la fine del 2024 del 20% rispetto alla media del triennio 2019-21. Vengono poi individuate quattro linee di azione: innanzitutto, un miglioramento delle tecniche di raccolta e delle modalità di condivisione dei dati sul lavoro sommerso, per accrescere la conoscenza del fenomeno del “nero”; in secondo luogo, l'introduzione di misure dirette e indirette per trasformare il lavoro sommerso in lavoro regolare in maniera che i benefici dell'operare nell'economia regolare superino i costi del continuare a operare nel sommerso (per esempio: misure di deterrenza, come il rafforzamento delle ispezioni e delle sanzioni, e misure che promuovono il

<sup>46</sup> M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 437.

<sup>47</sup> Per una rassegna di *best practice* v. D. MARINO, *Dall'azienda all'insediamento informale: esperienze positive di integrazione e lavoro*, in L. CALAFÀ, S. IAVICOLI, B. PERSECHINO (a cura di), *Lavoro insicuro*, cit., p. 203 ss.

<sup>48</sup> Il PNRR è consultabile in *PNRR\_0.pdf* ([governo.it](http://governo.it)).

<sup>49</sup> Il Piano triennale è consultabile in *Piano-Triennale-post-CU.pdf* ([lavoro.gov.it](http://lavoro.gov.it)).

lavoro regolare, quali gli incentivi finanziari, anche attraverso una revisione di quelli esistenti); in terzo luogo, il lancio di una campagna informativa rivolta ai datori di lavoro e ai lavoratori, con il coinvolgimento attivo delle parti sociali e, infine, una struttura di *governance* che assicuri una efficace implementazione delle azioni.

Si prevede, inoltre, il superamento degli insediamenti abusivi per il contrasto al caporalato e allo sfruttamento dei lavoratori. A tal fine, si intendono realizzare interventi volti a identificare soluzioni alloggiative dignitose per i lavoratori del settore agricolo, partendo dalla consapevolezza che la nascita e lo sviluppo di insediamenti informali, in alcuni casi veri e propri ghetti, creano un terreno fertile per l’infiltrazione di gruppi criminali, rendendo ancor più vulnerabili le condizioni di chi vi dimora. L’obiettivo è realizzare entro il primo trimestre del 2022 un documento che contenga la mappatura degli insediamenti abusivi su cui intervenire con interventi di risanamento.

Il tempo ci dirà se tali *policy* risulteranno efficaci nel contrastare il dilagare di queste nuove schiavitù, e frenare così, usando le parole di Roccella, «la piega presa dal processo di globalizzazione»<sup>50</sup>, ponendo in risalto «tutta l’infondatezza delle ricette neo-liberiste»<sup>51</sup>, oltre a invertire la rotta del degrado delle condizioni di lavoro verso la realizzazione di un lavoro decente, un lavoro che diventa anche partecipazione alla sfera pubblica, conferisce un’identità sociale, s’inserisce in reti di relazioni e di scambio regolate da diritti e da obbligazioni, diventa il mezzo principale di socializzazione, crea legame sociale e forme di solidarietà.

E allora, concludendo sempre con Roccella, non ci resta che «confidare, raccogliendo l’invito a non “abbandonarsi ad uno sconcertante pessimismo”, che “la storia”, che non è finita, ha l’abitudine di riservare sorprese»<sup>52</sup>, con l’auspicio che siano belle sorprese.

<sup>50</sup> M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 436. In tal senso pregnante anche l’analisi di K. BALES, *I nuovi schiavi. La merce umana nell’economia globale*, traduzione di M. Nadotti, Milano 2000. Si veda altresì G. TUCCI, *Nuove schiavitù e mercato globale*, in *Quest. giust.*, 21 luglio 2015.

<sup>51</sup> M. ROCCELLA, *La condizione*, cit., p. 437.

<sup>52</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 438, che cita testualmente LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *Common law, labour law, global law*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 31.



ANNA FENOGLIO

## Autonomia dei lavoratori *nella* subordinazione, oggi

*O Captain! my Captain! rise up and hear the bells*  
Walt Whitman, *O Captain! My Captain!*, 1865

SOMMARIO: Premessa. Dialogando con il maestro. – 1. La progressiva destrutturazione dei punti cardinali del rapporto di lavoro subordinato: tempo e luogo di lavoro. – 2. Gli indici di subordinazione servono ancora? A proposito del criterio relativo all’osservanza di un orario determinato. – 2.1. Nuova linfa per il criterio della “doppia alienità”. – 3. Più autonomia per i lavoratori subordinati. Le potenzialità del lavoro agile. – 3.1. Come conciliare auto-organizzazione dei lavoratori e misurazione dell’orario di lavoro: quel che ci dice l’Europa. – 4. Il lavoro alla prova delle «magnifiche sorti e progressive».

### *Premessa. Dialogando con il maestro*

«La storia, che non è finita, ha l’abitudine di riservare sorprese»<sup>1</sup>: con queste parole tese al futuro si chiudeva l’ultimo saggio di Massimo Roccella. Mai avremmo immaginato quel che sarebbe accaduto poco tempo dopo. È trascorso un decennio dalla scomparsa del maestro, amara e inaspettata, eppure il dialogo con lui non si è mai interrotto, nonostante lo scorrere del tempo e nonostante i numerosi cambiamenti che la storia ha portato con sé.

Benché Massimo Roccella non abbia avuto la sorte di attraversare con noi questi anni complicati, analizzando i tanti stravolgimenti che il diritto del lavoro ha dovuto affrontare per adattarsi ad una società profondamente mutata in prima battuta dalle trasformazioni tecnologiche, i suoi scritti (e il ricordo dei dialoghi con lui) continuano ad essere un faro, soprattutto per i giuslavoristi delle nuove generazioni

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 438, che fa proprie le parole di LORD WEDDERBURN, *Common law, labour law, global law*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 31.



a cui dedicava grande attenzione<sup>2</sup>. Pur frutto di un tempo profondamente diverso, i suoi saggi sono ricchi di intuizioni sempreverdi che conservano intatta la loro validità e, riletti alla luce del tempo attuale, offrono nuovi spunti di riflessione, sottraendosi alla naturale obsolescenza che colpisce molti contributi dottrinali.

Ripartire dalle sue riflessioni passate per analizzare il presente, come in una sorta di viaggio *back to the future*, è dunque il miglior modo non soltanto per omaggiare il maestro che ci ha lasciato troppo presto, ringraziandolo per il ruolo di guida da lui svolto<sup>3</sup>, ma soprattutto per continuare a dialogare insieme e ad apprendere da lui.

1. *La progressiva destrutturazione dei punti cardinali del rapporto di lavoro subordinato: tempo e luogo di lavoro*

«Nelle imprese moderne, operanti attraverso l'impiego diffuso di tecnologie informatiche, la variabilità dell'impegno temporale dei lavoratori appare destinata a costituire in misura crescente, senza per questo incidere sulla qualificazione dei relativi rapporti (ma semmai soltanto sulle tecniche di commisurazione della retribuzione, sul nesso salario-orario, da sempre al centro delle preoccupazioni della contrattazione collettiva), un dato strutturale dell'organizzazione della produzione»<sup>4</sup>: scritte ormai tredici anni fa, queste parole non mostrano affatto i segni del tempo e ben descrivono la complessità della situazione attuale, caratterizzata da un progressivo incremento nell'utilizzo di strumenti digitali nei processi produttivi e dal conseguente profondo mutamento di alcuni dei tratti caratteristici del rapporto di lavoro subordinato. Benché nell'epoca in cui Massimo Roccella scriveva le tecnologie digitali applicate nei rapporti di la-

<sup>2</sup> E ai quali spesso amava rivolgersi: si veda, ad es., la conclusione del saggio M. ROCCELLA, *La condizione del lavoro*, cit., p. 438.

<sup>3</sup> La citazione posta in apertura vuole rimarcare il ruolo di guida ricoperto da Massimo Roccella nei confronti delle sue allieve, a cui (al pari del professor Keating nel capolavoro cinematografico *L'attimo fuggente*, di P. WEIR, 1989) ha insegnato – prima di tutto – a «non affogare nella pigrizia mentale», adottando sempre uno sguardo critico così da formare un autonomo convincimento. Nel finale del film, il gruppo di allievi si congeda dal professore proprio con la poesia di W. WHITMAN.

<sup>4</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 65/2008, p. 32 (edito anche in *Quad. sociol.*, 2008, n. 46, p. 71); cfr. anche ID., *Manuale di diritto del lavoro*, 6ª ed., Torino 2015, p. 55.

voro si trovassero in una fase ancora embrionale, nel suo saggio già intravedeva le linee di sviluppo di una tendenza che stava muovendo i suoi primi passi e che sarebbe esplosa solo diversi anni dopo, con l'avvio di quella che è stata definita la quarta rivoluzione industriale.

E in effetti, nella *new automation age* v'è da discutere su quale sia il ruolo che oggi spetti alle «tradizionali coordinate kantiane del lavoro»<sup>5</sup>: vale a dire il luogo e il tempo, considerati da sempre come espressioni del sistema organizzativo che «ha caratterizzato la realtà economica del Novecento», ma che mostrano la loro «obsolescenza di fronte alle sfide imposte dalla digitalizzazione ed ora dall'avvento della robotica»<sup>6</sup>. In un contesto in cui la connettività continua fra operatore e mezzo di produzione consentita dall'utilizzo delle nuove tecnologie permette di ridurre la necessità della presenza dei lavoratori nei luoghi di lavoro in orari predeterminati o quantomeno di concentrarla in alcune fasi, attenuando gradualmente la temporizzazione del lavoro prestato, dovrà giocoforza essere «decisamente ridimensionata la circostanza che il lavoratore sia sottoposto, o meno, ad un rigido coordinamento temporale della propria prestazione»<sup>7</sup>: del resto, è chiaro da tempo che non si possa più fingere che il lavoro subordinato debba «necessariamente coincidere con quello dell'operaio alla catena di montaggio» come se «non esistesse invece una moltitudine di lavoratori pacificamente subordinati, ancorché non sottoposti a rigida predeterminazione dei ritmi produttivi»<sup>8</sup>.

I lavoratori subordinati che hanno acquisito una maggiore autonomia non solo nelle modalità di esecuzione della prestazione ma anche nella definizione dei propri compiti compongono, del resto, una platea «sempre più numerosa e non necessariamente circoscritta ai “lavoratori della conoscenza” in senso stretto»<sup>9</sup>. Proprio il crescente utilizzo della tecnologia ha infatti contribuito a modificare

<sup>5</sup> M. MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Milano 2018, p. 462.

<sup>6</sup> M. MARTONE, *o.l.u.c.*; sul tema v. anche V. LECCESE, *Se il lavoro iperconnesso diventa l'occasione per scaricare sull'uomo il rischio d'impresa*, relazione al Convegno AGI 2019, in *Guida lav.*, 2019, n. 39, p. IX; M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, - 404/2019; E. SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell'economia digitale*, Torino 2018, p. 89 ss.

<sup>7</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, cit., p. 31.

<sup>8</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 29.

<sup>9</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 33.

il tempo e lo spazio di lavoro, che costituiscono le «form[e] tradizionalmente più visibil[i] con cui il datore di lavoro eterorganizza il lavoro altrui»<sup>10</sup>. Sul fronte del luogo di lavoro, «non conta più solo lo spazio corrispondente all'ambiente fisico di lavoro (biosfera), ma anche quello aggiuntivo suggestivamente chiamato dell'infosfera»<sup>11</sup>, caratterizzato dai *cloud*, dai *social network*, da *internet*, strumenti che consentono di lavorare *anywhere*. Quanto al tempo di lavoro, negli anni recenti si sono sviluppate due tendenze differenti, fra loro complementari: per un verso è certamente significativo che l'incedere della rivoluzione digitale abbia riaperto in Europa il dibattito sulla riduzione dell'orario di lavoro<sup>12</sup>, strumento che appariva relegato al passato ma che viene talora rispolverato come mezzo di contrasto alla disoccupazione tecnologica<sup>13</sup>; per altro verso, grazie all'utilizzo di strumenti che rendono possibile lavorare *anytime* stanno prendendo sempre più piede forme di sperimentazione di autogestione del tempo di lavoro, che consentono (o dovrebbero consentire) un'organizzazione individualizzata della prestazione capace di armonizzare le esigenze dei dipendenti con quelle imprenditoriali. Il risultato è la crescente diffusione di un «lavoro ubiquo e atemporale»<sup>14</sup>, spesso eseguito senza postazione fissa e nel solo rispetto dei limiti di durata massima di orario determinati dalla legge e dalla contrattazione collettiva: queste peculiari caratteristiche, ad ogni modo, «non comporta[no] che si svuoti il significato della subordinazione, piuttosto moltiplica[no] “le situazioni di maggior autonomia nella subordinazione”»<sup>15</sup>.

Il progressivo allentamento dei vincoli di tempo e di luogo può dunque incidere in maniera rilevante sul prototipo “lavoro subordinato”. Ragionando sulla nozione di subordinazione, occorre anzitutto verificare se la predeterminazione dell'orario e del luogo di svolgimento della prestazione siano ancora elementi attendibili al fine di

<sup>10</sup> T. TREU, *Introduzione*, in A. OCCHINO, *Il lavoro e i suoi luoghi*, Milano 2018, p. XIV.

<sup>11</sup> L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro nelle città tra innovazioni tecnologiche e “regressioni” interpretative*, in A. OCCHINO, *Il lavoro e i suoi luoghi*, cit., p. 38, che richiama L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell'era dell'informazione*, Torino 2009.

<sup>12</sup> Così anche T. TREU, *Introduzione*, cit., p. XVIII.

<sup>13</sup> Sul tema, che non sarà qui oggetto di approfondimento, sia consentito rinviare a A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age: un quadro in trasformazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 628 ss.

<sup>14</sup> T. TREU, *Introduzione*, cit., p. XIV.

<sup>15</sup> T. TREU, *o.l.u.c.*

tracciare la linea di demarcazione delle protezioni offerte dal diritto del lavoro (*infra*, § 2) o se occorra, piuttosto, basare tale distinzione su elementi maggiormente affidabili (*infra*, § 2.1). Spostando poi l'attenzione sugli spazi che i più recenti interventi normativi hanno aperto per l'autonomia dei lavoratori *nella* subordinazione (*infra*, § 3), è opportuno riflettere sulla figura del “dipendente responsabilizzato” che potrebbe in futuro prendere piede, pur nel perdurante rispetto dei vincoli fondamentali posti a baluardo della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (*infra*, § 3.1). Il diffuso «abito mentale operaista» che «esclude la compatibilità tra subordinazione e spazi di autonomia del lavoratore» e che ritiene che il lavoratore subordinato dovrebbe essere «un soggetto necessariamente passivo che non muove un dito senza [...] direttive sull'intrinseco svolgimento del rapporto»<sup>16</sup> mostra dunque tutte le sue contraddizioni con una realtà in rapida evoluzione. Pare perciò innegabile la necessità di discostarsi da tale “gabbia di pensiero” e provare – come già auspicava Massimo Roccella – ad «andare oltre la visione ricevuta dalla tradizione per sposare una diversa concezione giuridica del lavoro subordinato»<sup>17</sup>, maggiormente rispondente al dato reale.

## 2. *Gli indici di subordinazione servono ancora? A proposito del criterio relativo all'osservanza di un orario determinato*

Sono ormai piuttosto evidenti i segni della «mutazione genetica» del diritto del lavoro derivante dal graduale declino della fabbrica fordista e del conseguente superamento di «un'idea di subordinazione che abbiamo profondamente interiorizzato», intesa «come continuità e coordinamento spazio-temporale rigido della prestazione, [...] come etero direzione fondata su elementi di gerarchia e autocrazia imprenditoriale»<sup>18</sup>. Indicazioni in tal senso potevano

<sup>16</sup> Tutte le citazioni da L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro*, cit., p. 39. Sul punto v. anche O. RAZZOLINI, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 137, secondo cui «essere lavoratori subordinati non significa non avere autonomia esecutiva e gestionale e non godere di ampie dosi di flessibilità. Lo scambio non è e non deve essere autonomia vs tutele».

<sup>17</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, cit., p. 33.

<sup>18</sup> Tutte le citazioni sono tratte da M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Milano 2000, vol. III, t. III, p. 1222.

infatti già trarsi dalla disciplina del lavoro a domicilio<sup>19</sup>, da quella relativa al lavoro sportivo<sup>20</sup> nonché da quella riguardante il lavoro a chiamata senza obbligo di risposta<sup>21</sup>: fattispecie qualificate come lavoro subordinato, benché non vi sia una strutturale soggezione del lavoratore al potere datoriale di predeterminare i vincoli di tempo e/o di spazio della prestazione lavorativa<sup>22</sup>.

I segni di tale cambiamento sono diventati ancora più marcati negli anni recenti. Senza la pretesa di risolvere in poche battute una questione complessa che da tempo impegna alacremenente il dibattito giuslavorista, pare utile entrare più nel dettaglio della questione, focalizzando l'attenzione in particolare sull'indice di subordinazione legato «all'osservanza di un orario determinato»<sup>23</sup>, al fine di verificare se questo indice possa considerarsi ancora valido per identificare il prototipo “lavoro subordinato”. Analizzando non soltanto i cambiamenti impressi ai sistemi produttivi ma anche i più recenti interventi normativi, la risposta pare essere negativa<sup>24</sup>.

Gli ultimi anni sono stati in effetti caratterizzati da modifiche legislative che hanno contribuito a rendere la linea di demarcazione fra subordinazione e autonomia meno netta, nel tentativo di ridurre almeno parzialmente il dualismo fra *insider* e *outsider* del diritto del lavoro ed estendere le tutele da questo offerte ad una platea più ampia di soggetti. Anziché seguire la strada della fuga del lavoro dalla subordinazione, profetizzata da parte della dottrina<sup>25</sup>, si

<sup>19</sup> Art. 1, l. 18 dicembre 1973, n. 877.

<sup>20</sup> Artt. 3 e 4, l. 23 marzo 1981, n. 91.

<sup>21</sup> Artt. 33 e 34, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, ora abrogati.

<sup>22</sup> Sul punto v. M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 52 ss. Così anche M. PALLINI, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 83; S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro nell'era del capitalismo cognitivo e dell'impresa digitale*, Napoli 2020, p. 13 ss.

<sup>23</sup> Richiamato da numerose pronunce: v. ad es. Cass., 25 febbraio 2019, n. 5436, in *Mass. Giust. civ.*, 2019; Cass., 19 aprile 2010, n. 9252, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 4, p. 561; Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, n. 379, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1517.

<sup>24</sup> Così anche V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro» (a proposito di ciclofattorini)*, in *Labor*, 2020, p. 674.

<sup>25</sup> La tesi secondo cui «lo sviluppo dei mezzi di comunicazione delle informazioni, ed in particolare degli strumenti informatici e telematici, fa sì che per l'inserimento organico della prestazione lavorativa nel processo produttivo sia sempre meno necessario il coordinamento spazio-temporale della prestazione con il resto dell'organizzazione aziendale» era stata formulata da P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano 1989, p. 231 s., secondo il quale l'imprenditore avrebbe «sempre meno bisogno di grandi unità produttive e di “lavoro subordinato nell'impresa”». La medesima convinzione è stata poi riproposta più di

è scelto di affrontare la sfida della modernizzazione adottando un «mutamento di strategia regolativa»<sup>26</sup>. Dopo aver «abbandonat[o] l'idea (malsana) che il nuovo s'annidi principalmente nel campo del lavoro autonomo»<sup>27</sup>, il legislatore ha infatti tentato di avvicinare i due opposti emisferi del lavoro autonomo e del lavoro subordinato: tale *ratio* è certamente ben visibile nella legge 22 maggio 2017, n. 81, che fin dalla sua intitolazione<sup>28</sup> mostra chiaramente l'intenzione di voler estendere nei confronti dei lavoratori autonomi un nucleo minimo di tutele e riconoscere ai lavoratori subordinati una maggiore libertà organizzativa, mediante la possibilità di sottoscrivere un patto di agilità.

Su tale patto si avrà modo di soffermarsi oltre (*infra*, § 3), ma occorre rilevare fin da subito che la scelta del legislatore di precisare che il lavoro reso in modalità agile è pur sempre lavoro subordinato anche se svolto «senza precisi vincoli di luogo e di tempo» e se realizzato mediante forme di organizzazione del lavoro «per fasi, cicli ed obiettivi» (art. 18, l. n. 81/2018) non può non avere ripercussioni dogmatiche sull'interpretazione dell'art. 2094 c.c.<sup>29</sup>, implicando un affievolimento del datato indice della subordinazione

recente dallo stesso autore, che è giunto a ipotizzare che «in un futuro non molto lontano l'erosione dell'area del lavoro qualificabile come subordinato secondo i criteri tradizionali [...] incominc[erà] a costituire un problema sociale di importanza non secondaria» (ID., *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, relazione al convegno AGI, Torino, 15 settembre 2017, p. 2). *Contra* V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, p. 39, secondo il quale «la sostituzione di lavoro subordinato con lavoro autonomo come ineluttabile effetto della rivoluzione tecnologica non c'è stata, benché di rivoluzione tecnologica come detonatore della crisi del diritto del lavoro se ne parli da almeno trent'anni». Sul punto, v. M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, cit., p. 7, secondo il quale «la dinamica di crescita del lavoro parasubordinato [è] stata enormemente sovrastimata, frutto di un'illusione ottica o, se si vuole, di un mero abbaglio statistico».

<sup>26</sup> L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro*, cit., p. 39.

<sup>27</sup> L. NOGLER, *o.l.u.c.*

<sup>28</sup> «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato».

<sup>29</sup> Sul tema v., fra i molti, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 337/2017; M. MARTONE, *Il lavoro agile*, cit., p. 461 ss.; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018; CASILLO, *La subordinazione agile*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 2, p. 519 ss.; A. LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 25 ss.

c.d. tecnico-funzionale usato nei procedimenti di qualificazione. La sottoscrizione di un patto di agilità attenua infatti la c.d. “etero-direzione” cui è soggetto il lavoratore, vale a dire il potere del datore di lavoro di stabilire le modalità esecutive e spazio-temporali della prestazione di lavoro, con l’inevitabile conseguenza che i vincoli in ordine al tempo e al luogo di svolgimento della prestazione lavorativa non sono significativi ai fini della qualificazione giuridica del rapporto di lavoro<sup>30</sup>. La legge n. 81/2017 pare dunque confermare quanto Massimo Roccella già aveva riconosciuto quando il lavoro da remoto (stante lo scarso successo del telelavoro) ancora appariva un istituto di carattere futuristico<sup>31</sup>: vale a dire che «la distinzione fra autonomia e subordinazione, in definitiva, non può farsi persuasivamente poggiare sul generico criterio dell’assenza di vincoli di orario»<sup>32</sup>.

Allargando lo sguardo ad altri recenti testi normativi, tale affermazione trova ulteriori conferme. Depongono in tal senso le modifiche apportate dall’articolo 1, comma 1, lett. *a*, del d.l. 3 settembre 2019, n. 101 (convertito dalla l. 2 novembre 2019, n. 128) all’art. 2, comma 1, del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: la nuova definizione di prestazioni etero-organizzate, da cui è stato depurato il riferimento alla necessaria organizzazione da parte del committente dei tempi e del luogo di lavoro, pare infatti rimarcare che tali indici non possono più essere considerati affidabili.

Nell’individuare i rapporti di lavoro meritevoli di tutela ai quali estendere la disciplina del lavoro subordinato, l’originaria versione di tale norma aveva fatto propri gli indici giurisprudenziali dell’os-

<sup>30</sup> Sul punto v. V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro»*, cit., p. 688; P. TULLINI, *Il lavoro nell’economia digitale: l’arduo cammino della regolazione*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018, p. 190; G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 12. Cfr. anche M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento tra autonomia organizzativa del lavoratore e poteri datoriali nel lavoro agile*, in *Labor*, 2021, p. 33 s.

<sup>31</sup> Lamentando che «la molteplicità di questioni che si addensano attorno al telelavoro reclamerebbe una regolamentazione legislativa *ad hoc*, non limitata al lavoro pubblico», Massimo Roccella rilevava che «la legge probabilmente arriverà, quando il fenomeno avrà raggiunto una diffusione più significativa di quella che ancora oggi da noi è dato riscontrare»: M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 224. Il primo compiuto intervento legislativo sul lavoro da remoto (seppur nella diversa forma di lavoro agile) è in effetti arrivato quando la sperimentazione avviata dalle parti sociali ha cominciato a prendere piede.

<sup>32</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, cit., p. 32.

servanza di un orario di lavoro e della dotazione di una postazione di lavoro in azienda, attribuendo loro non soltanto «rilevanza esemplificativa» ma anche «preferenziale, nell'incertezza degli altri criteri»<sup>33</sup>. La “positivizzazione” di requisiti così datati appariva però in netta contraddizione non solo con la diversa *ratio* seguita dal legislatore nel regolamentare il lavoro agile, la cui definizione smarca la nozione di subordinazione dal mero rispetto di vincoli di tempo e di luogo<sup>34</sup>; ma anche con il “contesto” in cui il diritto del lavoro è oggi destinato ad operare, vale a dire un sistema produttivo sempre più digitalizzato che riduce la necessità della presenza dei lavoratori nei luoghi di lavoro limitando altresì la temporizzazione dell'attività lavorativa. L'inciso secondo cui le modalità di esecuzione della prestazione avrebbero dovuto essere organizzate dal committente «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» determinava in effetti uno scollamento fra la fattispecie astratta delle tipologie di lavoro etero-organizzate per le quali si giustifica l'applicazione delle tutele garantite ai lavoratori subordinati e la fattispecie concreta, quantomeno nei contesti maggiormente dinamici e innovativi che riconoscono un margine di autonomia decisionale in capo ai lavoratori. Eppure è chiaro che le nozioni giuridiche di subordinazione e, in questo caso, di etero-organizzazione non possono certamente discostarsi da una realtà materiale sottostante in continua evoluzione<sup>35</sup>.

L'ablazione dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 del riferimento all'or-

<sup>33</sup> S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro*, cit., p. 51. Tale lettura trova fondamento nella nota sentenza Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 76, secondo cui «il riferimento ai tempi e al luogo di lavoro esprime solo una possibile estrinsecazione del potere di etero-organizzazione, con la parola “anche” che assume valore esemplificativo». Sulla versione originaria dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 e su quella successivamente modificata si è sviluppato un intenso dibattito: i riferimenti dottrinali nelle note seguenti sono necessariamente parziali.

<sup>34</sup> Una «contraddittorietà sistematica» fra le due disposizioni era stata ravvisata anche da V. PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, p. 368.

<sup>35</sup> Sul punto v. M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, cit., p. 33 s., secondo cui «la visione ricevuta dalla tradizione [...] riposa sull'idea di “subordinazione giuridica”. Va osservato al riguardo [...] che a nessun civilista verrebbe in mente di sostenere l'esistenza di una “compravendita giuridica”, lasciando implicitamente intendere che essa non coincida con la realtà materiale sottostante [...]. Nel diritto del lavoro, [...] si è invece voluto dare credito a questa strana sorta di sdoppiamento concettuale, in forza del quale il lavoro subordinato [...] sarebbe soltanto quello sottoposto a penetrante eterodirezione, dovendosi ravvisare in questo stato di assoggettamento personale (appunto la “subordinazione



ganizzazione dei tempi e dei luoghi di lavoro può dunque essere ritenuta «espressione dell'intento del legislatore di espandere l'area di applicazione della disciplina del lavoro subordinato»<sup>36</sup>. Tale innovazione merita di essere valorizzata in chiave interpretativa, potendosi forse intravedere in essa l'intenzione di rivisitare, seppur soltanto indirettamente, anche la nozione di subordinazione. Tenuto conto che «le profonde trasformazioni del lavoro (e del modo di lavorare) che stiamo conoscendo in questi ultimi anni [...] rendono sempre meno intelligibile (e meno credibile) la distinzione tra etero-direzione ed etero-organizzazione della prestazione lavorativa, che ancora tiene campo nelle dottrine giuslavoristiche»<sup>37</sup>, pare condivisibile la tesi secondo cui la modifica dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 può «indurre a valorizzare l'idea che l'esistenza della subordinazione non dipenda dall'eterodeterminazione dei tempi e del luogo della prestazione, cancellati anche per le collaborazioni etero-organizzate, talché di fatto l'applicazione [...] degli effetti della fattispecie lavoro subordinato finiscono per dipendere non più dall'eterodirezione, superflua almeno nel caso dell'art. 2, ma dalla sola etero-organizzazione, comunque attuata»<sup>38</sup>. Nel modificare l'area di applicazione delle regole

giuridica" o tecnico-funzionale che dir si voglia) la *ratio* delle tutele riconosciute dall'ordinamento». Sul punto v. anche Id., *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 42.

<sup>36</sup> M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 11; M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclotattorini*, in *Lab. Law. Iss.*, 2019, vol. 5, n. 2, p. 44 s.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 410/2020, p. 24 e p. 48 s.; L. GAETA, *La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?*, in questo volume; F. MARTELLONI, *La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica*, in questo volume.

<sup>37</sup> M.V. BALLESTRERO, *o.c.*, p. 14. In senso analogo v. Cass. n. 1663/2020, cit. che ha rimarcato come nell'attuale contesto normativo «non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato».

<sup>38</sup> M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclotattorini*, cit., p. 44 s. Di diverso avviso sembra essere A. PERULLI, *o.c.*, p. 53, secondo cui «ora è chiaro che la fattispecie del lavoro autonomo etero-organizzato (circa le modalità di esecuzione della prestazione) si differenzia dalla fattispecie del lavoro subordinato (soggezione al potere di scelta della prestazione nonché alle disposizioni impartite dal datore di lavoro per la disciplina e l'esecuzione del lavoro), sia per la diversa funzione del potere (che non risponde ad esigenze di conformazione della prestazione) sia

di diritto del lavoro, la riforma del 2019 sembra dunque procedere (in maniera, per la verità, piuttosto contorta) anche ad una modifica in chiave estensiva della nozione di lavoro subordinato<sup>39</sup>.

Gli interventi normativi dettati dalla l. n. 128/2019 e dalla l. n. 81/2017 paiono dunque essere uniti da un *fil rouge*: la *ratio* di entrambi i testi sembra essere quella di estendere le tutele a «forme di lavoro sempre più destrutturate che riflettono tendenze della nostra società, nelle quali l'esercizio dei poteri è progressivamente più sfumato»<sup>40</sup>. Per un verso la legge n. 81/2017 estende la nozione di subordinazione a forme di lavoro rese senza vincoli di tempo e di luogo; per altro verso, la novella del 2019 – pur non incidendo direttamente sul concetto di subordinazione – chiarisce quali elementi occorra prendere in considerazione al fine di applicare le norme del diritto del lavoro e quali elementi invece stiano progressivamente perdendo di rilievo.

Tale interpretazione sembra trovare conferma nella nota pronuncia di Cassazione riguardante i *riders* torinesi di *Foodora*, che ha rimarcato la perdita di rilevanza – al fine della verifica sia dell'eterodirezione, sia dell'etero-organizzazione – degli storici indici legati al rispetto di vincoli di orario e di luogo. Secondo i giudici di legittimità, infatti, la novella del 2019 «va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza – per l'applicabilità della norma – di prestazioni “prevalentemente” e non più “esclusivamente” personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento della etero-organizzazione, eliminando le parole “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni

in ragione della non necessaria presenza, quale elemento tipizzante la fattispecie di cui all'art. 2, co. 1, di una determinazione da parte del committente dei tempi e del luogo della prestazione. Residua solo, per integrare gli estremi del lavoro etero-organizzato, un condizionamento unilaterale delle modalità prestatorie, in funzione del rispetto di criteri organizzativi propri della struttura produttiva del committente, che potranno riguardare la dimensione esecutiva relativa al “come” attuare la prestazione, la dimensione temporale in cui la prestazione si colloca, la dimensione spaziale di svolgimento dell'attività».

<sup>39</sup> Sul punto cfr. M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclotattorini*, cit., p. 45.

<sup>40</sup> S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro*, cit., p. 90. Sul tema v. A. LEVI, *Il lavoro agile*, cit., p. 30, secondo cui il legislatore sembra prendere atto del fatto che «la subordinazione e l'autonomia non sono più due categorie antitetiche, ma, tutt'al contrario, i due possibili ingredienti di una pluralità di cocktail, diversi tra loro, accomunati dal fatto di riguardare un soggetto che presta il proprio lavoro a favore di un altro».

non restrittive di tale nozione»<sup>41</sup>. Particolarmente significative paiono inoltre le parole con cui i giudici di legittimità nella medesima pronuncia hanno rilevato che «le modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione lavorativa sono, nell'attualità della rivoluzione informatica, sempre meno significative anche al fine di rappresentare un reale fattore discretivo tra l'area della autonomia e quella della subordinazione»<sup>42</sup>: affermazione con cui la Corte pare aver posto il sigillo sulla progressiva perdita di rilevanza degli storici indici legati al rispetto di vincoli di luogo e tempo di lavoro.

### 2.1. Nuova linfa per il criterio della “doppia alienità”

La predeterminazione dei vincoli spazio-temporali da parte del datore di lavoro (o del committente, qualora si tratti di lavoro etero-organizzato) non è dunque più in grado di fornire indizi attendibili in ordine alla qualificazione del rapporto: in tale senso depone anche una pronuncia con cui pochi anni fa la Corte costituzionale, nel riconoscere il carattere autonomo dell'attività lavorativa resa da infermieri all'interno degli istituti di pena, ha precisato che il coordinamento temporale della prestazione (comprendente l'organizzazione in turni e la rilevazione delle presenze) non rappresenta necessariamente un elemento costitutivo della subordinazione<sup>43</sup>. Al fine di verificare la natura del rapporto non potranno dunque che essere oggetto dell'accertamento altri elementi: e, in particolare, come insegna la giurisprudenza costituzionale, «i “fatti” da accertare, nel contesto di una valutazione ancorata [...] al metodo sussuntivo, dovrebbero riguardare non tanto l'eterodirezione della prestazione lavorativa (che è di intensità sempre variabile e, nelle singole situazioni concrete, può anche risultare evanescente senza per questo incidere sulla qualificazione del rapporto), quanto la sussistenza di quella condizione di doppia alienità, che esprime un assetto d'interessi proprio ed esclusivo del lavoro subordinato»<sup>44</sup>. Eppure alla c.d.

<sup>41</sup> Cass. n. 1663/2020, cit.

<sup>42</sup> Cass. n. 1663/2020, cit.

<sup>43</sup> Corte cost., 7 maggio 2015, n. 76, in *Foro it.*, 2015, 6, c. 1849. Secondo la Consulta, nel caso in questione l'organizzazione in turni di lavoro e la verifica delle presenze sarebbero elementi meramente funzionali al fine di garantire il «necessario coordinamento con l'attività dell'amministrazione», anche in ragione del peculiare luogo in cui la prestazione era svolta.

<sup>44</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 52 s.

teoria della doppia alienità (vale a dire alienità del risultato produttivo e alienità dei mezzi di produzione), elaborata venticinque anni fa dalla Corte Costituzionale<sup>45</sup> e di cui Massimo Roccella è stato fra i più convinti sostenitori<sup>46</sup>, è stata a lungo «riservata la stessa attenzione che si potrebbe dedicare all'opinione di un Tribunale di provincia»<sup>47</sup>; è dunque piuttosto paradossale che tale teoria sia stata ora riportata al centro del dibattito proprio da un giudice di merito, che ha meritoriamente saputo donarle nuova linfa rinvigorendo il dibattito sul tema<sup>48</sup>.

Teorizzata da Luigi Mengoni<sup>49</sup> «all'apice [...] del trentennio fordista»<sup>50</sup>, ormai mezzo secolo fa, e poi da lui ripresa nelle vesti di giudice costituzionale, la condizione di doppia alienità continua in effetti anche nel contesto attuale a costituire il vero *discrimen* fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, potendo considerarsi l'elemento sulla base del quale giustificare l'applicazione delle tutele previste dal diritto del lavoro nei confronti non solo dei lavoratori subordinati *ex art. 2094 c.c.* ma anche – specie dopo la modifica legi-

<sup>45</sup> Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 30, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 616.

<sup>46</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, cit., p. 34 s.; ID., *Call center, l'equivoco continua*, in *L'Unità*, 23 giugno 2006; ID., *Call center: elogio degli ispettori del lavoro*, in *Eguaglianza&libertà*, 15 settembre 2006; ID., *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del signor B.*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 131 ss.; ID., *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 52 s.

<sup>47</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 53. Esempio è il rimprovero in ID., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, cit., p. 34 s. Cfr. anche ID., *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 52 s.; ID., *Spigolature in tema di subordinazione*, cit., p. 140 s. Analoga critica è mossa da M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, 6, 2, p. 80; F. MARTELLONI, *Il ragazzo del secolo scorso. Quando il rider è lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato*, in *Quest. giust.*, 2020, p. 8; M. PALLINI, *La subordinazione è morta!*, cit., p. 84 ss.

<sup>48</sup> Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 802. In precedenza, la teoria della doppia alienità era stata accolta da un numero minoritario di pronunce: Cass., 22 luglio 2019, n. 19657; Cass., 23 ottobre 2018, n. 26813; Cass., 13 giugno 2017, n. 14660; Cass., 16 gennaio 2007, n. 820, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 658. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma, 29 agosto 2020; Trib. Lucca, 18 gennaio 2018, n. 35; App. Venezia, 12 giugno 2014; App. Genova, 30 settembre 2013, in *www.adapt.it*; Trib. Siena, 24 luglio 2012, n. 32; Trib. Siena, 12 luglio 2012, n. 16; Trib. Siena, 27 aprile 2011, n. 257; Trib. Siena, 15 ottobre 2010, n. 119; Trib. Siena, 6 settembre 2010, n. 80.

<sup>49</sup> L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano 1971, ora in L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, in M. NAPOLI (a cura di), Milano 2004, p. 34.

<sup>50</sup> F. MARTELLONI, *Il ragazzo del secolo scorso*, cit., p. 8.

slativa realizzata nel 2019 – nei confronti dei collaboratori etero-organizzati ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015<sup>51</sup>. L'interpretazione "costituzionalmente orientata" della nozione di lavoro subordinato comporta infatti «il relevantissimo vantaggio di consentire di affrontare la questione della qualificazione dei rapporti di lavoro in forza di un criterio unitario di distinzione fra autonomia e subordinazione, che si presta a una generalizzata applicabilità con riferimento alle più disparate situazioni concrete»<sup>52</sup>, a maggior ragione a fronte delle innovazioni intervenute nel mercato del lavoro nell'ultimo decennio. Tale criterio, che si fonda sul concetto di dipendenza richiamato dall'art. 2094 c.c., ha infatti il pregio di «offrire un parametro di qualificazione (giuridicamente e socialmente) adeguato di certe nuove forme di attività lavorativa, in parte intrecciate all'impiego di innovazioni tecnologiche nei processi produttivi»<sup>53</sup>, nei confronti delle quali l'indagine sulla sussistenza dell'eterodirezione, così come il ricorso al metodo tipologico, «non soltanto può risultare impraticabile, ma rischia di condurre a conclusioni fuorvianti»<sup>54</sup>.

La corretta nozione di subordinazione, «già presente *in nuce* nel disposto dell'art. 2094 cod. civ.»<sup>55</sup>, attendeva probabilmente gli stravolgimenti derivanti dalla *new automation age* e la conseguente crescente complessità e diversificazione dei modi di lavorare per essere disvelata compiutamente<sup>56</sup>: del resto, la teoria della doppia alienità consente di adattare la fattispecie della subordinazione alle nuove tendenze del mercato del lavoro, «colmando la frattura fra

<sup>51</sup> Sul punto v. anche F. MARTELLONI, *o.l.u.c.*, secondo cui «la condizione di doppia alienità è, oggi, senza dubbio comune a due diverse fattispecie» con la conseguenza che «da un lato detta condizione si rivela, finalmente, idonea, forse più di ogni altro elemento, a determinare l'integrale della tutela giuslavoristica; dall'altro, non è affatto utile a distinguere le due figure che, equiparate negli effetti, conservano il discrimine (non più) fondamentale nelle forme di soggezione all'altrui potere unilaterale: meramente organizzativo, nel caso della figura di nuovo conio; propriamente direttivo, nel caso di quella tradizionale». In senso analogo, v. ID., *La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica*, cit.; S. GIUBBONI, *I riders delle piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione*, in questo volume; cfr. anche M. PALLINI, *La subordinazione è morta!*, cit., p. 84, secondo cui la definizione di "subordinazione" ancora oggi «più appropriata» è quella della "doppia alienità".

<sup>52</sup> M. ROCCELLA, *Spigolature in tema di subordinazione*, cit., p. 143.

<sup>53</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 54.

<sup>54</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>55</sup> M. PALLINI, *La subordinazione è morta!*, cit., p. 86.

<sup>56</sup> In senso analogo v. A. PERULLI, *o.c.*, p. 23.

norma giuridica e realtà sociale»<sup>57</sup>. Le riforme legislative del 2017 in tema di lavoro agile e del 2019 in tema di lavoro etero-organizzato (*supra*, § 2) sembrerebbero dunque aver aperto quel varco «nel muro dell'immodificabilità degli orientamenti giurisprudenziali»<sup>58</sup> che già auspicava Massimo Roccella. Benché sia piuttosto improbabile che il legislatore realizzi a breve la «leggera operazione di restauro manutentivo dell'attuale art. 2094 cod. civ.»<sup>59</sup> da parecchio tempo invocata, il percorso normativo degli ultimi anni sembra dunque aver realizzato, seppur in via indiretta, un'opera di riscrittura della nozione di lavoro subordinato<sup>60</sup>: un percorso a tappe e certamente tortuoso, che ciononostante potrebbe condurre finalmente ad unità la nozione giuridica e la nozione materiale di lavoro subordinato.

### 3. Più autonomia per i lavoratori subordinati. Le potenzialità del lavoro agile

La nuova nozione di subordinazione che può leggersi nella ricomposizione ad unità dei più recenti interventi normativi ha dunque aperto le porte ad una più forte autonomia tecnico-esecutiva e organizzativa del lavoratore su tempi e luoghi del lavoro. Il margine di autonomia *nella* subordinazione appare in particolar modo ben visibile nella disciplina legislativa del lavoro agile: la possibilità di

<sup>57</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, cit., p. 37.

<sup>58</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 38.

<sup>59</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 39. Un intervento legislativo è auspicato anche da M. PALLINI, *La subordinazione è morta!*, cit., p. 84, secondo cui la subordinazione quale fattispecie giuridica, «avendo assunto sembianze diverse, necessita di una nuova formula descrittiva, potremmo dire tipologica, che ne consenta l'identificazione nel nuovo contesto. Questa formula è già largamente abbozzata dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, ma potrebbe esser meglio confezionata sul piano sistematico dall'interpretazione giurisprudenziale o da un intervento di “restyling” direttamente operato dal legislatore ordinario sul disposto dell'art. 2094 cod. civ. o battendo parallelamente entrambe le strade».

<sup>60</sup> Così anche M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, cit., p. 45, secondo cui «il legislatore ha operato per una via sistematicamente tortuosa proprio la riforma dell'art. 2094 c.c. che aveva deciso politicamente di non affrontare». Del medesimo avviso è A. LEVI, *Il lavoro agile*, cit., p. 31, secondo il quale «è pienamente percepibile lo sforzo del legislatore del Jobs Act nel voler tentare di rifondare giuridicamente i canoni interpretativi di una realtà, quella del lavoro, che sta subendo un'evoluzione così profonda da rendere del tutto obsoleto e insufficiente l'assetto regolativo classico della subordinazione, della parasubordinazione e dell'autonomia, in quanto non più adeguato alla situazione attuale». Sul punto v. anche M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento*, cit., p. 33 s.

organizzare il lavoro «per fasi, cicli ed obiettivi» unita al potenziale superamento «di precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro» e alla possibilità di delimitare nell'accordo individuale le «forme di esercizio del potere direttivo» (v. rispettivamente gli artt. 18, comma 1, e 19, comma 1, l. n. 81/2017) determinano infatti un affievolimento della subordinazione c.d. tecnico-funzionale, limitando il potere del datore di lavoro di dettare e modificare le modalità esecutive e spazio-temporali della prestazione di lavoro.

Se in passato la nozione di subordinazione si reggeva necessariamente sulla mancanza di autonomia per i dipendenti, questo concetto di «puro disvalore»<sup>61</sup> oggi non può più considerarsi adeguato per definire la prestazione lavorativa svolta alle dipendenze di un datore di lavoro: la legge n. 81/2017 mostra infatti come possa essere riconosciuto uno spazio crescente di autonomia decisionale ai lavoratori, pur rimanendo entro il perimetro tipologico della subordinazione.

Del resto, che i lavoratori subordinati possano talora beneficiare di uno spazio di autonomia organizzativa non è certo una novità: basti pensare al lavoro a domicilio, al lavoro giornalistico o a quello dirigenziale, nell'ambito dei quali è universalmente riconosciuto il fatto che «il lavoratore gode di ampi margini di autonomia ed il potere di direzione del datore di lavoro si manifesta non in ordini e controlli continui e pervasivi, ma essenzialmente nell'emanazione di indicazioni generali di carattere programmatico»<sup>62</sup>. La disciplina del lavoro agile ha però il merito di aver acceso i riflettori su tale tema, contribuendo a incentivare l'adozione di nuove modalità di svolgimento della prestazione tese a promuovere l'auto-organizzazione dei lavoratori: modalità di lavoro che peraltro paiono favorire la soddisfazione dei dipendenti e, di riflesso, l'incremento della produttività aziendale<sup>63</sup>.

Ciononostante, l'esperienza pratica dimostra come in molte aziende ancora si fatichi a riconoscere concretamente un'autonomia organizzativa in capo ai lavoratori che abbiano sottoscritto un patto di agilità. Nella maggioranza delle situazioni le parti sociali hanno infatti finora realizzato soltanto blande forme di allentamento dei vincoli temporali<sup>64</sup>, rimanendo così limitato il numero di aziende che

<sup>61</sup> M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre*, cit., p. 1206.

<sup>62</sup> Cass., 13 febbraio 2020, n. 3640, in *Dejure*, relativa al lavoro dirigenziale. Tale aspetto è rimarcato anche da L. NOGLER, *Gli spazi di lavoro*, cit., p. 40; T. TREU, *Introduzione*, cit., p. XVI.

<sup>63</sup> Sul punto sia consentito rinviare a A. FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella new automation age*, cit., p. 634 ss.

<sup>64</sup> Alcuni accordi collettivi hanno individuato una fascia oraria (di ampiezza

riconoscono una piena libertà di auto-organizzazione del tempo<sup>65</sup>. Lo spazio di autonomia organizzativa è stato peraltro in gran parte soppresso durante la pandemia da Covid-19, quando al fine di consentire la prosecuzione delle attività produttive salvaguardando la salute e la sicurezza dei dipendenti si è fatto ricorso in maniera massiccia ad una forma di lavoro da remoto che ha davvero poco a che vedere con il lavoro agile tipizzato dalla l. n. 81/2017<sup>66</sup>. Proprio al lavoro agile c.d. fisiologico è però necessario fare presto ritorno, nella consapevolezza che – benché la pandemia si sia rivelata un volano per una massiccia sperimentazione del lavoro da remoto – occorrerà probabilmente tempo prima che trovi piena e diffusa applicazione una modalità di lavoro a distanza che garantisca ai lavoratori una maggiore autonomia organizzativa, dando piena realizzazione pratica al disegno legislativo.

### 3.1. *Come conciliare auto-organizzazione dei lavoratori e misurazione dell'orario di lavoro: quel che ci dice l'Europa*

Nell'attesa che questo accada, è però opportuno ragionare sul ruolo spettante alla disciplina dell'orario di lavoro, che sta tornando «a prendersi la scena in ragione dello scompaginamento delle coor-

variabile) in cui la prestazione deve essere resa, prevedendo talvolta l'obbligatoria connessione o almeno la reperibilità in un determinato arco temporale. Per una recente analisi degli accordi collettivi in materia v. M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento*, cit., p. 40 ss.

<sup>65</sup> Come è facile immaginare, si tratta per lo più di imprese all'avanguardia, fortemente votate allo sviluppo e all'impiego di nuovi strumenti e modalità di lavoro: v. *L'Approfondimento delle esperienze più significative di lavoro agile realizzate a livello pubblico e privato sia in ambito nazionale sia internazionale* realizzato dal Politecnico di Milano su incarico della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le pari opportunità nell'ambito del progetto "Lavoro agile per il futuro della PA".

<sup>66</sup> Rinviano a quanto già scritto in M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento*, cit., p. 29 ss., ci si limita qui a rilevare che nel lavoro agile "patologico" sviluppatosi al fine di consentire la prosecuzione delle attività produttive durante la pandemia sono venuti meno i tratti caratteristici in termini di agilità individuati dalla l. n. 81/2017: sia per quanto riguarda il luogo della prestazione, dal momento che per ovvie esigenze di contenimento del virus il lavoro ha dovuto necessariamente svolgersi solo nel domicilio del dipendente e non anche in altri posti da questo individuati (una diversa sede aziendale, un luogo di *co-working*, un altro ambiente a disposizione del lavoratore); sia per quanto riguarda l'orario di lavoro, che in molti casi ha continuato ad essere quello abitualmente rispettato in azienda.



dinate classiche di tempo, spazio e azione»<sup>67</sup>: a fronte del diffondersi di nuove forme di organizzazione del lavoro che rendono difficile misurare la consistenza temporale effettiva della prestazione, l'utilizzo dell'orario come parametro per la determinazione della retribuzione potrebbe non avere più il peso esclusivo di un tempo<sup>68</sup>. Il crescente utilizzo di strumenti tecnologici può infatti rendere il tempo lavorato «una misura meno stringente», mettendo «l'accento su altri aspetti della quantità e della qualità della performance»<sup>69</sup> quali il rispetto dei tempi di consegna, il raggiungimento di obiettivi, l'esigenza di far fronte a richieste non previste o ad attività non pianificabili: con la conseguenza di un simmetrico allentamento dei sistemi di controllo basati sulla supervisione diretta del datore di lavoro. La piena esplicazione delle potenzialità del lavoro agile potrebbe in effetti condurre alla sperimentazione di un sistema meno rigido, che – così come rimarcato da studi sociologici – potrebbe portare con sé vantaggi non trascurabili per lo stile di vita del “dipendente responsabilizzato”: occorre però muoversi con prudenza senza farsi abbagliare da facili entusiasmi perché l'allentamento dei vincoli di orario non è certo privo di rischi.

La combinazione fra l'effettivo riconoscimento della flessibilità oraria “promessa” ai lavoratori agili dalla l. n. 81/2017 e l'utilizzo di strumenti tecnologici per il lavoro rende in effetti più difficile salvaguardare i periodi di riposo e delineare confini netti fra il tempo dedicato all'attività professionale e quello riservato alla propria vita privata<sup>70</sup>. Va però ricordato che la Corte di giustizia ha in più occa-

<sup>67</sup> J. ADAMS-PRASSL, A. ALOISI, V. DE STEFANO, N. KOUNTOURIS, *La Corte di giustizia dell'Ue prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, II, p. 410.

<sup>68</sup> Sul punto v. già M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 322; V. BAVARO, *Sul concetto giuridico di «tempo del lavoro»*, cit., p. 686 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il tempo della prestazione di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 470, secondo il quale «la tradizionale concezione che fa del tempo il parametro fondamentale di misurazione economico-giuridica del lavoro subordinato [...] mostra evidenti segni di crisi».

<sup>69</sup> A.M. PONZELLINI, *Fine dell'orario come misura del lavoro? Tecnologie, smartworking, lavoro digitale*, in *Quad. rass. sind.*, 2017, n. 3, p. 41. Su tale questione v. A. DONINI, *I confini della prestazione agile: tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in AA.Vv., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. Collective Volumes - 6/2017, p. 100.

<sup>70</sup> La consapevolezza del fatto che «l'equilibrio tra attività professionale e vita familiare resta [...] una sfida considerevole per molti genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza, in particolare a causa della crescente prevalenza di orari di

sioni ribadito che la regolamentazione dell'orario di lavoro effettuata dalla direttiva n. 2003/88 si regge sulla contrapposizione binaria fra il tempo di lavoro e il tempo di riposo, di modo che la nozione di orario di lavoro «va intesa in opposizione al periodo di riposo, ciascuna delle due nozioni escludendo l'altra»<sup>71</sup>. Tale contrapposizione deve dunque essere rispettata anche nell'ambito del lavoro da remoto, cosicché la normativa sull'orario possa adempiere al duplice compito di tutela della salute dei dipendenti e di misurazione della prestazione che le è proprio.

Questa conclusione trova conferma nella recente sentenza *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno precisato che il datore di lavoro deve sempre istituire un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore al fine di garantirne la tutela della salute e della sicurezza<sup>72</sup>: principio che certamente trova applicazione anche qualora l'attività lavorativa sia resa in modalità agile. L'obbligo in questione non opera infatti nei soli casi contemplati dall'art. 17, par. 1, della direttiva n. 2003/88, il cui contenuto è ripreso dall'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 66/2003, vale a dire qualora la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi: tale deroga trova infatti applicazione soltanto qualora la prestazione non sia misurabile nella sua interezza<sup>73</sup>, condizione che non si verifica con riguardo al lavoro agile che presuppone, a norma dell'art. 18, comma 1, l. n. 81/2017, l'alternanza fra attività lavorativa resa all'esterno e all'interno dei locali aziendali. È chiaro, infatti, che – anche qualora al lavoratore fosse concessa una piena libertà organizzativa con riguardo alla prestazione resa a distanza (ipotesi ad oggi remota) – almeno il frammento di lavoro realizzato all'interno dell'impresa risulterebbe certamente misurabile dal datore di lavoro<sup>74</sup>.

lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano» è al centro della direttiva europea n. 2019/1158 del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza (decimo *considerando*).

<sup>71</sup> Corte giust., 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, punto 48; Corte giust., 3 ottobre 2000, C-303/98, *Simap*, punto 47.

<sup>72</sup> Corte giust., 14 maggio 2019, C-55/18, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*.

<sup>73</sup> Corte giust., 7 settembre 2006, C-484/04, *Commissione vs Regno Unito*, punto 20; Corte giust., 26 luglio 2017, C-175/16, *Hälvå*, punto 49.

<sup>74</sup> Così V. LECCESE, *Lavoro agile e misurazione della durata dell'orario per fina-*

Pur con una pronuncia non riguardante direttamente il lavoro da remoto, la Corte di giustizia ha dunque contribuito a correggere la tendenza a considerare il lavoro digitale immune dalla misurazione dell'orario di lavoro, cogliendo altresì l'occasione per rimarcare la necessità di garantire la determinazione del numero di ore di lavoro non soltanto su base settimanale ma anche a livello giornaliero<sup>75</sup>.

Letta alla luce di tale pronuncia, l'assenza di precisi vincoli di orario ammessa dalla l. n. 81/2017 con riguardo alla prestazione svolta in modalità agile implica dunque soltanto che nell'accordo fra le parti non debba essere necessariamente individuata la fascia oraria in cui la prestazione dovrà essere resa, restando il lavoratore libero – almeno potenzialmente – di prestare la propria opera nei momenti a lui più consoni, così da poter rendere effettiva la conciliazione

lità di tutela della salute, in *Riv. giur. lav.*, 2020, II, p. 436. Su tale aspetto v. anche S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro*, cit., p. 132 ss.; M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento*, cit., p. 38 s.

<sup>75</sup> È certamente significativo il fatto che la Corte sottolinei con insistenza il carattere essenziale della «determinazione oggettiva e affidabile del numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale» (Corte giust., 14 maggio 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, cit., punto 49): benché la direttiva n. 2003/88 non preveda un tetto massimo giornaliero alla prestazione lavorativa, i giudici di Lussemburgo rilevano che «in assenza di un sistema che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto, resta comunque difficile per un lavoratore, se non impossibile in pratica, garantire il rispetto effettivo della durata massima settimanale del lavoro» (punto 51). Tale pronuncia pare dunque corroborare la tesi secondo cui la mancata definizione (se non in via indiretta) di una durata massima giornaliera dell'attività lavorativa pone rilevanti dubbi circa la legittimità costituzionale e uni-europea nella nostra normativa interna, oltre a determinare una crescita significativa del rischio di infortuni sul lavoro derivanti da un prolungamento eccessivo dell'orario di lavoro. Fra i sostenitori di tale tesi v. V. LECCESE, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Bari 2001, p. 33; V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino 2008, p. 151 ss.; M. NAPOLI, *Note introduttive*, in ID. (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1233; A. FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Napoli 2012, p. 126 ss. Tale tesi è stata abbracciata convintamente anche da M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 52 s.; ID., *L'autunno del mercato del lavoro*, in *Eguaglianza&libertà*, 6 settembre 2007; ID., «Vorrei ma non posso»: storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro, in *Lav. dir.*, 2008, p. 429 s.; ID., *Lavoratori senza diritti*, in *Micromega*, 2010, n. 5, p. 149; ID., *L'Unione europea fra neoliberalismo e dumping sociale*, in *Insight*, 2010; ID., *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 326 s.; sul punto v. anche M. ROCCELLA, T. TREU, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino 2019, p. 335 s.

vita-lavoro che dovrebbe costituire una delle principali finalità di tale modalità di impiego; resta tuttavia l'obbligo di garantire che la durata dell'orario di lavoro giornaliero sia misurabile (e misurata) in modo oggettivo, così da rispettare i limiti massimi della prestazione lavorativa imposti dalla direttiva n. 2003/88 e recepiti dal d.lgs. n. 66/2003, con il primario obiettivo di tutelare la salute e la sicurezza dei dipendenti<sup>76</sup>.

La necessità di garantire ai lavoratori un'adeguata conoscenza del proprio orario pur in un mondo del lavoro sempre più digitalizzato trova oltretutto conferma nella direttiva n. 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea: consapevoli che i «profondi cambiamenti a causa degli sviluppi demografici e della digitalizzazione» hanno promosso l'emergere di «nuove forme di lavoro che hanno favorito l'innovazione, la creazione di posti di lavoro e la crescita del mercato del lavoro», le autorità europee hanno infatti ritenuto opportuno riconoscere ai lavoratori «alcuni nuovi diritti minimi intesi a promuovere la sicurezza e la prevedibilità dei rapporti di lavoro e a consentire, al tempo stesso, che si realizzi una convergenza verso l'alto in tutti gli Stati membri e che venga salvaguardata l'adattabilità del mercato del lavoro»<sup>77</sup>. Centrale importanza assume la previsione dell'obbligo per i datori di lavoro di comunicare ai dipendenti gli elementi essenziali del rapporto, fra i quali spiccano, per quanto qui di interesse, il luogo e il tempo di lavoro. La direttiva presta attenzione alle nuove modalità di lavoro in via di diffusione, declinando le informazioni che devono essere fornite con riguardo ai criteri spazio-temporali in modo coerente con la realtà sociale in trasformazione. Pertanto, con riferimento a modalità di lavoro analoghe all'italiano lavoro agile, la direttiva precisa che «in mancanza di un luogo di lavoro fisso o prevalente» occorre informare il lavoratore che sarà «impiegato in luoghi diversi» o che sarà «libero di determinare il proprio luogo di lavoro»<sup>78</sup>; quanto ai vincoli temporali, è stabilito che qualora l'organizzazione del lavoro sia interamente o in gran parte prevedibile occorre fornire informazioni con riguardo alla «durata normale della giornata o della settimana di lavoro del lavoratore nonché eventuali condizioni relative al lavoro straordinario e alla sua retribuzione e,

<sup>76</sup> Sul punto V. LECCESE, *Lavoro agile*, cit., p. 436; cfr. anche S. CAIROLI, *Tempi e luoghi di lavoro*, cit., p. 122.

<sup>77</sup> Così il quarto *considerando* della direttiva n. 2019/1152, approvata il 20 giugno 2019.

<sup>78</sup> Art. 4, comma 2, lett. *b*, della direttiva n. 2019/1152.

se del caso, eventuali condizioni relative ai cambi di turno»<sup>79</sup>. La direttiva si occupa inoltre dell'ipotesi in cui l'organizzazione del lavoro sia «interamente o in gran parte imprevedibile», come accade nell'ambito del lavoro *on demand*, precisando che in tali situazioni l'informazione dovrà riguardare, fra l'altro, le «ore e [i] giorni di riferimento nei quali può essere imposto al lavoratore di lavorare»<sup>80</sup>.

La persistenza di un nesso indissolubile fra tutela della salute e rispetto dei limiti massimi in materia di orario su cui si fonda la direttiva n. 2003/88 è stata inoltre rimarcata nel *Framework Agreement on Digitalisation* sottoscritto il 22 giugno 2020 dalle parti sociali a livello europeo<sup>81</sup>, nel quale è stata sottolineata la necessità di prevenire il rischio di una difficile separazione tra il lavoro e la vita personale derivante dal crescente utilizzo di strumenti tecnologici, promuovendo la diffusione di linee guida e informazioni per lavoratori e datori di lavoro sulle modalità con cui garantire il rispetto delle norme in materia di orario di lavoro, al fine di ridurre al minimo i rischi per la salute derivanti dall'eccessiva connessione.

Come emerge da tale accordo, il nodo da sciogliere è dunque proprio quello dell'individuazione di modalità che consentano il rispetto dei limiti massimi in materia di orario, pur rimettendo ai dipendenti un ampio margine di scelta nella gestione del proprio tempo di lavoro: nodo in verità alquanto intricato, che il legislatore italiano ha cercato di affrontare nella l. n. 81/2017 individuando soluzioni apprezzabili ma ancora non del tutto soddisfacenti. In particolar modo, la normativa italiana ha tentato di salvaguardare i periodi di riposo dei lavoratori agili introducendo il diritto alla disconnessione, demandando però agli accordi individuali il compito di dettarne la

<sup>79</sup> Art. 4, comma 2, lett. l, della direttiva n. 2019/1152.

<sup>80</sup> Art. 4, comma 2, lett. m, punto ii), della direttiva n. 2019/1152. Sul punto v. S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Questione Giustizia*, 2019, 4, p. 68.

<sup>81</sup> L'accordo, firmato da *European Trade Union Confederation* e da *BusinessEurope, Ceep, Sme United*, precisa che i datori di lavoro dovrebbero impegnarsi a evitare di contattare i dipendenti fuori orario e le parti dovrebbero definire congiuntamente le modalità di organizzazione del lavoro e il carico di lavoro, in modo tale che l'attività richiesta per ciascun dipendente non spinga il lavoratore a prestare servizio fuori orario o, al contrario, non sia tale da renderlo oggetto di accuse di lassismo da parte dei colleghi. Sull'accordo europeo v. A. ROTA, *Sull'Accordo quadro europeo in tema di digitalizzazione del lavoro*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 24 ss.; I. SENATORI, *The European Framework Agreement on Digitalisation: a Whiter Shade of Pale?*, in *It. Lab. Law e-Journal*, 2020, 13, 2, p. 159 ss.

disciplina di dettaglio: scelta che era facile immaginare si sarebbe rilevata problematica e che ha mostrato i suoi effetti distorsivi in maniera particolarmente evidente durante l'emergenza Covid, quando è stata derogata la necessaria sottoscrizione dell'accordo individuale<sup>82</sup>.

La centralità del diritto alla disconnessione come strumento di delimitazione del tempo dei lavoratori digitali sta però acquisendo crescente visibilità. Non a caso è stata recentemente approvata una Proposta di risoluzione con cui il Parlamento Europeo ha raccomandato alla Commissione l'adozione di una direttiva in materia<sup>83</sup>: pur sottolineando che ai lavoratori digitali «dovrebbero essere garantiti una certa autonomia, flessibilità e il rispetto della sovranità sul tempo» consentendo di «organizzare il loro orario di lavoro in base alle responsabilità personali»<sup>84</sup>, il Parlamento ha infatti ribadito «che il rispetto dell'orario di lavoro e della sua prevedibilità è considerato essenziale per garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori e delle loro famiglie nell'Unione»<sup>85</sup>. La proposta di direttiva intende dun-

<sup>82</sup> Art. 4, DPCM 1° marzo 2020 e art. 90, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77. Ad eccezione dei pochissimi casi in cui il diritto alla disconnessione era già stato disciplinato dalla contrattazione collettiva, la deroga alla firma dell'accordo individuale si è tradotta in un vuoto normativo che ha finito per esporre i dipendenti a una inedita forma di lavoro da remoto non regolamentata e di carattere spesso invasivo. Sul punto v. M. AIMO, A. FENOGLIO, *Alla ricerca di un bilanciamento*, cit., p. 46. Da ultimo, il legislatore è tornato ad occuparsi del diritto alla disconnessione con una norma rivolta ai lavoratori dipendenti genitori di figli minori di sedici anni che svolgano l'attività lavorativa in modalità agile (art. 2, comma 1 *ter*, del d.l. 13 marzo 2021, n. 30, convertito in l. 6 maggio 2021, n. 61): tale disposizione costituisce una ripetizione-rafforzativa del diritto alla disconnessione già previsto dall'art. 19 della l. n. 81/2017, con la quale il legislatore intende garantire l'effettività del diritto in questione ai lavoratori genitori in *smart work* a prescindere dalla regolamentazione mediante accordo individuale. La direzione intrapresa da quest'ultimo intervento normativo è senz'altro corretta ma il diritto alla disconnessione necessita certamente di una regolamentazione più incisiva con riguardo a tutti i lavoratori "digitali" e non limitatamente a quelli su cui gravano maggiori oneri di cura.

<sup>83</sup> V. la Proposta di risoluzione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione 2019/2181(INL) a cui è allegata una proposta di direttiva: il documento, varato a dicembre 2020 dall'*Employment Committee*, è stato approvato dal Parlamento europeo il 21 gennaio 2021. L'approvazione della risoluzione è però stata accompagnata dal voto di un emendamento presentato dal Partito Popolare Europeo con cui è stato chiesto alla Commissione di posticipare di tre anni l'iniziativa in materia (punto 13 della risoluzione), termine che dovrebbe risultare funzionale a consentire alle parti sociali di adottare misure di attuazione dell'accordo quadro sulla digitalizzazione ma che rischia di tradursi in un'inutile dilazione.

<sup>84</sup> Proposta di risoluzione, cit., punto 16.

<sup>85</sup> Proposta di risoluzione, cit., punto 18.

che affidare agli Stati membri il compito di garantire che «i datori di lavoro istituiscano un sistema oggettivo, affidabile e accessibile che consenta la misurazione della durata dell'orario di lavoro giornaliero svolto da ciascun lavoratore, nel rispetto del diritto dei lavoratori alla vita privata e alla tutela dei dati personali», riconoscendo altresì il diritto per i lavoratori di «richiedere e ottenere il registro del loro orario di lavoro»<sup>86</sup>. A tal fine, «previa consultazione delle parti sociali al livello adeguato», dovranno essere garantite modalità dettagliate che consentano ai lavoratori di esercitare il diritto alla disconnessione e dovrà essere accertato «che i datori di lavoro attuino tale diritto in modo equo e trasparente»: il richiamo delle parti sociali è senz'altro opportuno, giacché la contrattazione collettiva (specie di categoria) se adeguatamente stimolata può certamente costituire il livello di regolamentazione più adatto per garantire uno sviluppo del lavoro da remoto ordinato e aderente alla realtà da regolare. La proposta di direttiva elenca inoltre un nucleo minimo di condizioni di lavoro che dovranno essere garantite a livello nazionale, fra cui le modalità pratiche per scollegarsi dagli strumenti digitali a scopi lavorativi e il sistema per la misurazione dell'orario di lavoro<sup>87</sup>, richiamando quanto recentemente ribadito dalla Corte di giustizia<sup>88</sup>. Del resto, anche nel lavoro digitale persiste un nesso indissolubile fra tutela della salute e rispetto dei limiti massimi in materia di orario.

#### 4. *Il lavoro alla prova delle «magnifiche sorti e progressive»*

L'evoluzione tecnologica pone il diritto del lavoro dinnanzi a un bivio dal quale si irradiano due strade fra loro in netta contrapposizione. Per un verso è innegabile che la digitalizzazione dei processi produttivi, oltre a rendere tangibile il rischio della c.d. disoccupazione tecnologica<sup>89</sup>, possa condurre all'impiego nel rapporto di lavoro

<sup>86</sup> Art. 3 della proposta di direttiva.

<sup>87</sup> Art. 4 della proposta di direttiva.

<sup>88</sup> Corte giust., 14 maggio 2019, *Federación de Servicios de Comisiones Obreras*, cit.

<sup>89</sup> Sui possibili scenari futuri v. A. SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, p. 187 ss.; L. CORAZZA, *Industria 4.0: lavoro e non lavoro di fronte alla quarta rivoluzione industriale*, in *Econ. lav.*, 2017, p. 20; cfr. anche il report della Commissione Europea redatto da G. LORDAN, *Robots at work. A report on automatable and non-automatable employment shares in Europe*, gennaio 2018, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

di modalità di controllo molto pervasive sui tempi e sulle modalità di adempimento dei lavoratori: come il caso dei *riders* insegna, «la smaterializzazione della figura del “capo” in un algoritmo può finire per accentuare la pervasività della coercizione sul lavoro, generando [...] un ritorno al taylorismo, addirittura gonfiato “con gli steroidi”»<sup>90</sup>. Per altro verso, come si è avuto modo di vedere lungo questo *excursus*, proprio l'impiego di strumenti digitali nel rapporto di lavoro può favorire l'auto-organizzazione e la responsabilizzazione dei dipendenti, promuovendo la diffusione di un nuovo concetto di subordinazione. In condizioni virtuose, il crescente utilizzo delle tecnologie unito al progressivo rafforzamento del bagaglio di diritti riconosciuti ai lavoratori digitali potrebbe infatti favorire l'utilizzo di modelli di organizzazione del lavoro sempre meno costrittivi, non più basati su orari e luoghi fissi e immutabili: condizione imprescindibile è però il pieno rispetto delle tutele poste a presidio della salute e della sicurezza dei lavoratori e del diritto di questi ultimi a conciliare l'attività lavorativa con la vita privata. Saper soddisfare le esigenze di protezione emergenti da questa nuova realtà sarà probabilmente una delle sfide che il diritto del lavoro dovrà affrontare negli anni a venire.

Soltanto in futuro sapremo dire quale delle due strade che si aprono dinnanzi al diritto del lavoro del XXI secolo sarà battuta con maggiore frequenza e se, dunque, le potenzialità della rivoluzione digitale avranno avuto la meglio sugli innegabili rischi. L'auspicio è che la promessa di accrescere la produttività delle imprese e migliorare la qualità del lavoro grazie a modelli che divergono dall'impostazione tradizionale fondata sul rispetto di orari fissi e immutabili, a lungo rimasta «una profezia che purtroppo tarda ad avverarsi»<sup>91</sup>, possa trovare finalmente piena concretizzazione pratica e che, accompagnate dagli opportuni correttivi normativi, le *magnifiche sorti e progressive* contribuiscano a favorire un significativo miglioramento delle condizioni di lavoro, specie per i «*tanti poveri cristi* dei c.d. “nuovi lavori”»<sup>92</sup>, le cui sorti Massimo Roccella ha sempre avuto a cuore.

<sup>90</sup> R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 336/2017, p. 9. Sul tema v. anche A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari 2020.

<sup>91</sup> J. ADAMS-PRASSL, A. ALOISI, V. DE STEFANO, N. KOUNTOURIS, *La Corte di giustizia dell’Ue prende tempo?*, cit., p. 410.

<sup>92</sup> M. ROCCELLA, *Spigolature in tema di subordinazione*, cit., p. 143.





LORENZO GAETA

## La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?

SOMMARIO: 1. Un tema, alcuni ricordi. – 2. Nascita di una nozione. – 3. La terza ondata. – 4. L'indifferenza della subordinazione. – 5. Quella volta che fui io a modulare le tutele. – 6. Lavori e lavorette. – 7. Un'agile piattaforma. – 8. Verso il tramonto. – 9. Futuro prossimo. – 10. Fine.

### 1. *Un tema, alcuni ricordi*

Ogni “soffio” di nuova tecnologia sembra comportare, quasi come primo effetto percepibile dal giuslavorista, una messa in discussione delle categorie generali su cui è abituato a ragionare. Non si tratta di una novità di questi primi decenni del secolo e della sua «quarta rivoluzione industriale»<sup>1</sup>: chi ha l'età “giusta” ricorderà gli appassionati dibattiti nei quali, negli anni Ottanta del secolo scorso, si dissero cose più o meno analoghe a quelle con cui oggi si contesta la validità delle categorie tradizionali di inquadramento della fattispecie<sup>2</sup>, diventate col tempo delle vere e proprie “tavole della legge” della nostra materia.

Ben consapevole di come non sia per niente elegante iniziare con un'autocitazione, per di più sottintendendo “l'avevo già detto”, ricordo di aver dedicato uno scritto al telelavoro nel 1986<sup>3</sup>, quando l'argomento era poco più che pura fantascienza. In quell'articolo, cercavo di argomentare come fosse piuttosto difficile spiegare giuslavoristicamente quella nuova forma di lavoro utilizzando gli

<sup>1</sup> K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, Genève 2016 (tr. italiana: *La quarta rivoluzione industriale*, Milano 2016).

<sup>2</sup> È sufficiente citare soltanto gli atti del congresso napoletano dell'A.I.D.La.S.S. del 1985: *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Milano 1986.

<sup>3</sup> L. GAETA, *Prime osservazioni sulla qualificazione giuridica del “telelavoro”*, in *Lav.* 80, 1986, p. 344 ss.

schemi abituali di inquadramento della prestazione nelle tradizionali categorie della subordinazione e dell'autonomia (con tutte le sfumature più o meno intermedie, a tutti note). Tante, infatti, erano le particolarità del telelavoro e molto varie le modalità nelle quali esso poteva presentarsi, al punto da consentirne l'inquadramento quasi casuale in ognuna delle suddette categorie. Ancora una volta, quindi, il diritto si faceva trovare spiazzato rispetto ai mutamenti sociali, economici e tecnologici; sempre troppo lento a tenere il loro passo<sup>4</sup>. Riprenderò alcune di queste suggestioni, facendomi trasportare – lo anticipo – dall'onda di molti ricordi, alcuni dei quali personali. Qualcuno di essi è, poi, legato a Massimo Roccella, al cui ricordo è dedicato questo libro.

Da quel momento, comunque, sono passati tanti anni e tanta acqua è scorsa sotto i ponti, anche sotto quelli del diritto del lavoro. È opportuno, perciò, tornare per un attimo indietro; a quegli anni Ottanta, senz'altro, ma anche molto più lontano, cioè al *big bang* del diritto del lavoro, segnato anch'esso non casualmente da una "esplosione" di tecnologia. Questa storia, iniziata piuttosto diversamente da come potrebbe sembrare, contiene suggestioni interessanti per il nostro futuro.

## 2. *Nascita di una nozione*

Insieme al consolidarsi del diritto del lavoro, inteso come complesso normativo (man mano più organico) di tutela, gli inizi del XX secolo videro la vera e propria "invenzione" della subordinazione, intesa come meccanismo condizionante di applicazione delle tutele di legge ai soggetti beneficiari. Gli inizi, però, erano stati piuttosto diversi: la normativa di tutela applicabile era costituita ancora da poche norme di "legislazione sociale", mentre i primissimi interpreti di una materia ancora in fasce si mostravano sostanzialmente indifferenti al problema dell'individuazione di una fattispecie generale costruita secondo schemi giuridici e tecnici più o meno tradizionali. In sostanza, anche a costo di banalizzare, può dirsi che ogni legge sociale molto empiricamente elencava le tipologie di lavoratori a

<sup>4</sup> Sulla «lentezza» del diritto, dove «il moto è il movimento immobile dei ghiacciai», P. GROSSI, *Storia sociale e dimensione giuridica*, in ID. (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milano 1986, p. 15.

cui le sue previsioni si applicavano. Mentre contemporaneamente i giudici che più “professionalmente” si occupavano del tema, cioè i probiviri, elaboravano – quanto meno per il settore industriale –, anch’essi molto empiricamente, una nozione amplissima di contratto di lavoro, comprensiva di ogni tipo di locazione d’opere (sia al singolare che al plurale) e di tanto altro ancora; consentendo così al massimo esegeta della loro giurisprudenza di concludere che di un contratto di lavoro quel che contava davvero era la «funzione (economico-sociale) e non [la] struttura (giuridica)»<sup>5</sup>.

È stato quindi merito (o colpa, a seconda dei punti di vista) di chi diede forma scientifica alla nuova materia quello di aver dato vita alla categoria generale del lavoro subordinato, ricavandola dall’economia, ma subito rinnegandone la paternità e affidandola anzi a categorie giuridiche ritenute quasi immortali, come quelle del diritto romano. Perciò, poco alla volta il diritto del lavoro, che ovviamente nessuno ancora chiamava così, si interessò soltanto dei lavoratori che presentassero quelle determinate caratteristiche che li facessero ritenere “subordinati” rispetto a un soggetto che impartiva direttive e che esercitava poteri nei loro confronti: che cioè fossero legati a costui da una sorta di “guinzaglio”. Con una conseguenza importantissima, anzi fondamentale: che la presenza di questo vincolo comportava automaticamente la contropartita – o la “ricompensa”, per dirla in altri termini – del riconoscimento di tutele normative, cioè appunto di quello che col tempo sarebbe diventato il “diritto del lavoro”.

Troppo note sono le ricostruzioni del pensiero di Barassi e della dottrina giuslavoristica delle origini<sup>6</sup> che si cimentò su tali temi, al punto da poterle riassumere molto sinteticamente (e il manuale di Massimo, molto attento alla “storia delle idee”, è esemplare in proposito<sup>7</sup>): il centro dell’universo lavoristico era il lavoro dell’operaio della fabbrica industriale; tutto il resto era praticamente inesistente dal punto di vista dell’applicazione delle tutele, o, per meglio dire,

<sup>5</sup> E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma 1906, p. 68.

<sup>6</sup> Per tutti, M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano 2003; G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2007.

<sup>7</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, 4ª ed., Torino 2010; vi facevo riferimento nel mio “*Sostiene Roccella*”, ovvero: *un manuale, un docente e gli studenti*, in G. LOY (a cura di), *Lavoro, Europa, diritti. In ricordo di Massimo Roccella*, Roma 2012, p. 182.

lo era nella misura in cui non presentasse le medesime caratteristiche del “modello”.

Un'altra decisiva conseguenza è derivata da questi ragionamenti: una spaccatura difficilmente rimarginabile tra un “dentro” e un “fuori” del luogo di lavoro, a distinguere tutto ciò che venisse svolto esternamente rispetto alla fabbrica (o all'ufficio), emarginandolo in una fascia di sostanziale annullamento di ogni garanzia normativa. In altre parole, il guinzaglio di cui sopra era considerato – spesso senza troppi fondamenti – troppo lungo da poter legare in modo sufficientemente tenace la persona in questione.

### 3. *La terza ondata*

Questo modello, che potremmo anche chiamare “barassiano”, ha retto magnificamente almeno fino agli anni Ottanta, quando – come si diceva – si iniziò a metterlo in crisi, se non addirittura a eroderne le fondamenta. Riassumo brevissimamente: il diritto del lavoro si venne a trovare abbastanza impreparato a fronteggiare le nuove modalità di organizzazione<sup>8</sup>, dimostrando l'inadeguatezza delle sue tradizionali categorie, in particolare di quella centrale della subordinazione, pensata chiaramente per un contesto di lavoro industriale. Il prototipo del lavoratore a tempo pieno e indeterminato della medio-grande fabbrica, referente sociale unico dell'art. 2094 c.c.<sup>9</sup>, si sgretolò letteralmente sotto la spinta della diffusione di nuovi lavori legati all'applicazione delle “tecnologie dell'informazione e della comunicazione” ai processi produttivi e dalla “scoperta” di nuovi mestieri indotta soprattutto dall'enorme allargamento del settore terziario (la società postindustriale basata sulla produzione di beni immateriali come servizi, informazioni, simboli, valori<sup>10</sup>).

Si parlò allora di una «terza ondata», un modo nuovo di leggere la produzione: dopo che la “convivialità” del mondo preindustria-

<sup>8</sup> U. ROMAGNOLI, “Noi e loro”: diritto del lavoro e nuove tecnologie, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, p. 378 ss.

<sup>9</sup> Sul cui percorso storico nel Novecento, P. PASSANITI, *Le radici del particolarismo giuslavoristico novecentesco. La parabola storica dell'uomo subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 55 ss.

<sup>10</sup> D. DE MASI (a cura di), *L'avvento post-industriale*, Milano 1983; AA.VV., *Il lavoratore postindustriale*, Milano 1985. Nel 1981 il terziario effettuò il “sorpasso”: su dieci lavoratori, cinque ormai vi operavano, contro i quattro dell'industria e l'uno dell'agricoltura.

le, fondata sulla condivisione di valori e di esperienze tipiche della bottega artigiana, era stata rotta dalla standardizzazione, dalla concentrazione e dalla centralizzazione del mondo industriale, ora si sarebbe aperto un nuovo mondo di “convivialità elettronica”<sup>11</sup>.

Ed era un nuovo modo di leggere il lavoro; con una formula altrettanto suggestiva, si notò come da questo momento si rompesse quell’unità aristotelica di tempo, luogo e azione, che fino ad allora aveva contraddistinto il lavoro “classico”<sup>12</sup>: non esisteva più, insomma, il tradizionale e tranquillizzante punto di riferimento paradigmatico del prototipo, ma tanti tipi di lavoro, ciascuno qualitativamente diverso dall’altro<sup>13</sup>; il che, naturalmente, creava enormi difficoltà a chi, giudice o studioso, si preoccupava di dare loro la più corretta qualificazione giuridica<sup>14</sup>.

Non ci fu giuslavorista che in quegli anni non si occupò di questo tema, la cui importanza era “drammatizzata” dalla ricordata circostanza per cui l’attribuzione di tutte le tutele apprestate dal sistema era condizionata al riconoscimento della qualifica di lavoratore subordinato<sup>15</sup>. E Massimo svolse un ruolo certo non secondario, soprattutto quando si occupò della qualificazione dei rapporti di lavoro a termine e delle forme malamente definite “atipiche” della prestazione lavorativa<sup>16</sup>. La giurisprudenza, abituata a ragionare su modelli ormai sedimentati, davanti alla progressiva evanescenza dei confini tra subordinazione e autonomia<sup>17</sup>, si trovò disorientata nel qualificare, ad esempio, il lavoro di un *pony express*, di una ballerina di *lap dance* o di un telelavoratore, utilizzando gli stessi criteri adoperabili per l’operaio di fabbrica. Essa, allora, cercò di interpretare

<sup>11</sup> Così l’ormai classica “profezia” di A. TOFFLER, *The Third Wave*, New York 1980 (tr. italiana: *La terza ondata*, Milano 1981).

<sup>12</sup> B. VENEZIANI, *Il lavoro e i lavori*, in *Lav. dir.*, 1989, p. 197 ss.

<sup>13</sup> *Lav. dir.*, nn. 3-4, 1988 e nn. 1-2, 1989, dedicati al tema *Il lavoro e i lavori*.

<sup>14</sup> Molti magistrati cominciarono, quindi, a intervenire nel dibattito; per tutti, G. DEODATO, E. SINISCALCHI (a cura di), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano 1988.

<sup>15</sup> Tra gli scritti più importanti, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano 1985; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano 1989; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano 1989.

<sup>16</sup> Per tutti, M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, Milano 1990; ID., *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall’accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge 196/1997*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 3 ss.

<sup>17</sup> La prima indagine giuslavoristica sul lavoro autonomo fu quella di A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d’opera e professioni intellettuali*, Milano 1996.

i requisiti tradizionali, tentando di adattarli alle nuove fattispecie, non sempre con esiti pacifici<sup>18</sup>. Ci fu, quindi, chi rimase scontento, sentendosi vittima di operazioni selettive che avrebbero trasformato il diritto del lavoro in un insieme di tutele accordabili solo a pochi privilegiati arroccati in una cittadella fortificata, nella quale era quasi impossibile penetrare<sup>19</sup>.

#### 4. *L'indifferenza della subordinazione*

È opportuno, comunque, soffermarsi ancora un attimo a fare il punto su alcuni aspetti del dibattito – impetuoso ed estenuante – sulla subordinazione, che negli anni Ottanta infiammò il nostro piccolo mondo. Tutto, naturalmente, fu animato dalla vera e propria “parola d’ordine”, se non “parola magica”, che in quegli anni cominciò a farsi prepotentemente strada: flessibilità.

In realtà, a rifletterci bene, la flessibilizzazione della struttura dei rapporti di lavoro – ora auspicata, ora temuta<sup>20</sup>, ora semplicemente rilevata – si ripercuoteva sì sulla nozione di subordinazione, scuotendone la monolitica unitarietà e mettendone in crisi un apparato teorico ormai ben collaudato, ma soprattutto incideva sul problema delle tutele applicabili. In una parola, quella che tanti – *quorum ego* – si auguravano era la flessibilizzazione di uno dei punti fermi (a torto o a ragione) del diritto del lavoro, ovvero il nesso fattispecie-effetti<sup>21</sup>, così intimo e così “drammatico” da consentire solo alla fattispecie correttamente inquadrabile nella casella del lavoro subordinato l’applicabilità di tutto l’apparato di tutela predisposto dal sistema normativo, disapplicando completamente nel contempo tali garanzie a chi, anche se “per un pelo”, non ce l’avesse fatta a vedersi riconosciuto tale incasellamento.

Già da qualche tempo, comunque, tale rigida alternativa biu-

<sup>18</sup> M. D’ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 195 ss.

<sup>19</sup> Sul punto, P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiore*, Milano 1996.

<sup>20</sup> Massimo, ad esempio, metteva in luce come un certo tipo di flessibilità fosse in buona sostanza sinonimo di precarietà del lavoro: M. ROCCELLA, *Lavori flessibili o lavori precari?*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Bologna 2006, p. 55 ss.

<sup>21</sup> D’obbligo il rinvio a L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli 1967.

nivoca aveva trovato soluzioni che ne minavano la drasticità delle conseguenze. Una certa flessibilità delle tutele, insomma, esisteva già, sia pure con effetti non del tutto soddisfacenti. Una spallata l'aveva data indubbiamente la spesso vituperata categoria della parasubordinazione, che comunque consentiva di riconoscere ad alcuni lavoratori appartenenti alla casella "esclusa" alcune tutele (pur non pacificamente chiarite) predisposte per i loro colleghi della casella "protetta". E un'altra spallata, forse ancora più robusta dal punto di vista delle teorie generali, anche se meno avvertita, l'aveva data – esattamente nello stesso anno, il 1973 – la nuova normativa predisposta per il lavoro a domicilio, fenomeno ritornato sotto i riflettori dello studioso con lo sviluppo delle strategie di decentramento produttivo<sup>22</sup> e che poi avrebbe vissuto un nuovo momento di gloria col già ricordato telelavoro; la legge, infatti, consentendo al lavoratore di rimanere subordinato pur possedendo in ipotesi una organizzazione di mezzi notevole e decisamente prevalente sull'apporto personale del proprio lavoro, e cioè pur rivestendo quelle caratteristiche che normalmente avrebbero contrassegnato un lavoratore autonomo o addirittura un imprenditore, gli riconosceva comunque l'applicazione di una parte dell'apparato di tutela (di cui anche qui era discussa l'entità).

Nell'oceano di scritti che in quegli anni la dottrina giuslavoristica dedicò al tema della subordinazione e della qualificazione del rapporto di lavoro, una goccia la versai anch'io, studiando il problema dall'angolo visuale del lavoro "a distanza", svolto cioè al di fuori della struttura organizzativa tipica di riferimento della prestazione<sup>23</sup>. Provo a ricapitolare alcuni punti della ricerca, non tanto per (mal riposto) narcisismo quanto piuttosto perché possono tornarmi utili per le conclusioni a cui intendo approdare oggi.

Punto di partenza era l'osservazione circa l'eccessiva dilatazione della nozione legale di subordinazione (ormai «dentro la subordinazione [...] c'è di tutto», ebbe a dire allora Gino Giugni<sup>24</sup>). L'art. 2094, infatti, arrivava a descrivere una situazione nella quale veniva a trovarsi qualunque soggetto che avesse un collegamento con una struttura esterna di imputazione della prestazione, in modo da essere inserito organicamente (anche se non organicisticamente) nel suo

<sup>22</sup> Per tutti, L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano 1979.

<sup>23</sup> L. GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli 1993, spec. p. 185 ss.

<sup>24</sup> G. GIUGNI, *Intervento*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992, p. 74.



ciclo lavorativo. Tale nozione, allargata in questo modo anche per effetto della complessiva normativa sul lavoro “a distanza”, rischiava allora paradossalmente di ricomprendere al suo interno anche certi lavoratori autonomi, anche certi imprenditori (neanche sempre piccoli). Ecco perché l’art. 2094 era attrezzato a reggere potenzialmente ancora per tanto tempo: la «straordinaria abilità» del legislatore del 1942 stava nel non aver accolto una sola ideologia, ma tutte, costruendo quindi una norma comodamente «adattabile a contesti (politico-sociali) diversissimi»<sup>25</sup>. Allora, proprio perché il referente normativo non diceva (più) nulla, non operava (più) selezioni, il risultato era una subordinazione «indifferente», che tradiva lo spirito originario “di classe” del diritto del lavoro, appiattendo tutto – dal *supermanager* della grande multinazionale all’africano che raccoglieva pomodori – in una mostruosa categoria che si dimostrava, appunto, potenzialmente insensibile rispetto ai bisogni di tutela del singolo lavoratore e rispetto alla sua posizione economica e sociale. Gli effetti riconnessi a tale inquadramento indifferenziato sarebbero comunque stati gli stessi – concludevo esemplificando per il lavoro a distanza – sia per il tecnico iperspecializzato che, in un laboratorio attrezzato con strumenti informatici chiaramente prevalenti rispetto all’apporto del lavoro individuale, forniva servizi a un’unica grande impresa, sia per la lavoratrice che a casa propria, armata di colla e di forbici, doveva consegnare a un committente una certa quantità di fiori di carta.

##### 5. *Quella volta che fui io a modulare le tutele*

La soluzione mi sembrò trovarsi in quelle ricostruzioni – prima fra tutte, quella “monumentale” di Marcello Pedrazzoli<sup>26</sup> – che auspicavano un’applicazione “modulata” delle tutele lavoristiche alle singole fattispecie, in ragione della più o meno marcata dipendenza del lavoratore coinvolto in una determinata prestazione. Frammentare l’automaticità del nesso che fino a quel momento aveva legato (quasi) inscindibilmente la qualificazione della fattispecie e l’applicazione delle garanzie: questa sembrò a me – e naturalmente non solo a me; Massimo scrisse pagine importanti per rafforzare e puntualiz-

<sup>25</sup> G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, p. 13 s.

<sup>26</sup> Mi riferisco al già citato *Democrazia industriale e subordinazione*.

zare quest'opzione<sup>27</sup> – la strada migliore per uscire dalle secche di una nozione in palese crisi di identità.

Una particolare contingenza volle, poi, che di un'operazione qualificatoria e modulatoria diventassi protagonista io stesso sul finire del secolo scorso. Racconto questa esperienza scusandomi ancora una volta per il peccato di vanità, meritevole certo di un girone dantesco (anche se non ho poi molto di cui vantarmi, come si vedrà tra un momento); penso, però, che c'entri col discorso che sto cercando di condurre.

Massimo D'Antona – lo sappiamo tutti – era il braccio destro del ministro del lavoro. Tra le tante cose da fare, ce n'era una (minima) per la quale egli chiese la collaborazione mia e di Paolo Pascucci, con il quale da tempo studiavo i profili giuridici del telelavoro. Si doveva, infatti, dando attuazione alla cosiddetta “Bassanini *ter*”, scrivere un regolamento sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni. Il compito era stato affidato a una commissione piena di sociologi, economisti, informatici, tecnici, burocrati e, appunto, noi due giuristori. Lavorammo molto alacramente sia presso il Dipartimento della Funzione pubblica che presso l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione; poi ci dividemmo i compiti, e io mi riservai quello di riflettere sulla definizione giuridica di telelavoro.

Dopo lunghi e fruttuosi dibattiti con l'amico Pascucci e dopo altrettanto lunghe, ma davvero estenuanti, chiarificazioni con i non giuristi, che manifestavano molte difficoltà nel recepire alcuni “distinguo” evidentemente ritenuti troppo sottili, la “mia” nozione entrò a far parte di un atto dello Stato, il d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 (intenzionalmente promulgato il giorno della festa della donna, quasi fosse un passaggio fondamentale nella storia dell'emancipazione femminile). Nel metterci mano, operai secondo il “manuale del buon modulatore di tutele”: l'art. 2 del regolamento in questione, nel fornire la nozione di telelavoro, faceva riferimento ad alcuni requisiti essenziali (*a*: l'effettuazione del lavoro in un «qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile»; *b*: il supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che doveva essere «prevalente» rispetto all'apporto di lavoro personale; *c*: il collegamento con il datore di lavoro cui la prestazione ineriva; *d*: la fornitura e la manutenzione della «postazione di telelavoro» a cura del datore di

<sup>27</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 65/2008.

lavoro), in presenza dei quali la prestazione poteva correttamente qualificarsi di telelavoro, con la conseguenza di vedersi applicato un pacchetto di tutele simile a quello del lavoratore interno, ma con alcune eccezioni e qualche particolarità (ad esempio, in tema di retribuzione, di controlli, di tutela della salute)<sup>28</sup>.

Come si vede, assolutamente nulla di particolare: si trattò di uno dei tanti interventi relativi a pezzi marginali e “speciali” del mondo del lavoro. E poi, ora che sono passati più di vent’anni, si può tranquillamente rilevare che il regolamento ha costituito una delle norme meno attuate del nostro diritto del lavoro, sia per la farraginosità delle procedure da esso previste sia per la maggiore convenienza a rivolgersi al mercato “libero” (reale o fittizio) e non a quello del telelavoro dipendente, sia pure “modulato”. Mi resta, comunque, un po’ di orgoglio per aver fatto il legislatore, sia pure per un solo momento, dando vita a una ricostruzione teorica che mi sembrava convincente.

## 6. *Lavori e lavoretti*

È ora, però, di tornare finalmente ad oggi, in un momento in cui davvero la distinzione tra un “dentro” subordinato, che si va sempre più spopolando, e un “fuori” di incertissima qualificazione, che assume dimensioni consistenti e multiformi, sta facendo definitivamente scoppiare un assetto che tutto sommato, dopo la rivoluzione tecnologica iniziata negli anni Ottanta, si era abbastanza sedimentato. E, esattamente come quarant’anni fa, la nuova rivoluzione “digitale” ha dato il via a una serie infinita di interventi dottrinali, molti dei quali concentrati sui profili teorici del tema, nel solco della “naturale” vocazione del giurista (e del giuslavorista) italiano nei confronti delle teorie generali, mentre invece altrove «l’inclinazione a visualizzare anche in termini di teoria generale la struttura del lavoro subordinato non pare incontri grande favore né guadagni una consapevole affermazione»<sup>29</sup>.

Così come accadde allora con l’avvento delle tecnologie elettroniche, l’utilizzo sempre più massiccio e pervasivo della rete, nonché di strumenti molto flessibili come *tablet* e *smartphone*, sta compor-

<sup>28</sup> Mi sia consentito rinviare a L. GAETA, P. PASCUCCI, U. POTI (a cura di), *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Milano 1999.

<sup>29</sup> Può essere riproposta ancor’oggi questa notazione di M. PEDRAZZOLI, *Una ricognizione comparativa. Introduzione*, in Id. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Bologna 1989, p. 208.

tando mutamenti che disorientano fortemente il giurista<sup>30</sup>. E ciò non solo nel campo del lavoro di tipo elettronico decentrato fuori dall'azienda, ora chiamato, appunto, "lavoro digitale".

In particolare, accanto al telelavoro ormai qualificabile come "tradizionale", proliferano piattaforme *on line* che utilizzano in via diretta o indiretta il lavoro umano, nelle modalità più varie. Una delle forme – almeno mediaticamente – più visibili è il "lavoro a chiamata tramite piattaforma"<sup>31</sup>, nel quale quest'ultima interviene innanzitutto per far incontrare la richiesta dei clienti con l'offerta di una prestazione lavorativa, sia questa il servizio di noleggio auto con conducente, il disbrigo di faccende domestiche, il *personal shopping*, la consegna di pasti a domicilio, finanche il servizio di consulenza, anche legale. La piattaforma svolge, poi, spesso un altro ruolo piuttosto importante, nel determinare *standard* minimi di prestazione dell'attività lavorativa e nel vigilare sul loro rispetto anche sulla base del *rating* ("recensioni" o "voti") che i lavoratori ricevono dagli utenti.

L'uso di internet per combinare domanda e offerta di lavoro e servizi a una velocità estremamente elevata finisce col rimodulare il confine dell'impresa ben al di là dei modelli manageriali correnti, garantendo poi alle aziende coinvolte un livello di flessibilità senza precedenti, con i lavoratori disponibili *just in time* e remunerati "a consumo", in pratica solo durante i momenti in cui svolgono effettivamente la prestazione. È inutile, poi, stare qui a ripetere come quasi sempre la piattaforma detti unilateralmente termini e condizioni piuttosto rigide, e controlli molto pervasivamente la persona che si offre di lavorare, in una situazione complessiva difficilmente concepibile anche nelle aziende tayloristiche di inizio Novecento.

Ma, in realtà, il rischio più forte è che, così come il datore di lavoro pare non esistere più, perché "mascherato" da un asettico sito o da un'app, il lavoro non venga nemmeno riconosciuto come tale<sup>32</sup>. E ciò non solo nel "lavoro invisibile" spesso nascosto dietro il *crowdwork*. È la *gig economy*, un modello dove non pare esserci più spazio per il classico contratto di lavoro: negli accordi, il soggetto che effettua la prestazione, che lavora *on demand*, cioè solo quando

<sup>30</sup> Sul punto, P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino 2017.

<sup>31</sup> Per tutti, *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2017, dedicato al tema *Come cambia il diritto del lavoro nell'economia delle piattaforme*; A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna 2019.

<sup>32</sup> Da ultimo, A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari 2020.

c'è richiesta di quel servizio, non è neanche qualificato “lavoratore”, ma semplicemente “contraente”<sup>33</sup>. *Gig* starebbe a indicare il calesse con cui si spostavano nell’America della grande crisi i gruppi *jazz* pagati a serata; oggi, in una parola, potrebbe essere traducibile come “lavoretto”, al quale adattarsi se si vuol guadagnare qualcosa<sup>34</sup>. Sembra davvero il ritorno a un diritto senza regole che non siano quelle dettate dal “padrone”, il quale, peraltro, pare davvero realizzare il sogno proibito di ogni datore di lavoro: quello di utilizzare la manodopera come se fosse la luce elettrica, accendendo e spegnendo un interruttore e ovviamente pagando solo quello che “consuma”.

### 7. *Un’agile piattaforma*

Questa sfuggente triangolazione tra piattaforma, lavoratore e cliente rende, perciò, i rapporti in questione davvero di difficile classificazione giuridica. Ed è quindi spiegato l’interesse crescente dei giuslavoristi ad occuparsene, anche perché sul tema ha deciso di intervenire – addirittura più volte – il legislatore. Il quale negli ultimi tempi non ha brillato spesso per chiarezza e coerenza, lasciando quindi molto lavoro agli interpreti.

La norma sul “lavoro agile”, versione nostrana dello *smart working*, contenuta nella l. n. 81/2017<sup>35</sup>, è piuttosto “leggera”, descrivendo – com’è noto – una semplice modalità di esecuzione della prestazione di lavoro subordinato e non una nuova tipologia contrattuale. La previsione è piuttosto ampia, poiché l’organizzazione dell’attività «per fasi, cicli e obiettivi», eseguita senza vincoli di orario in parte all’interno e in parte all’esterno dell’azienda, potrebbe anche riguardare una prestazione di tipo “tradizionale”, essendo solo «possibile» l’utilizzo di strumenti tecnologici. Fatto sta che molte delle tutele riconnesse a questo tipo di lavoro trovano sostanzialmente la loro fonte nell’accordo individuale, che è pur sempre un contratto stipulato tra due parti “non eguali”: e si parla dei riposi, del diritto alla disconnessione, dei poteri disciplinare e di controllo.

<sup>33</sup> Per una rilettura del ruolo del contratto, A. LOFFREDO, *Dal diritto del lavoro delle origini a quello moderno e ritorno, ovvero del ruolo del contratto*, in L. CERASI (a cura di), *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, Palermo 2016, p. 107 ss.

<sup>34</sup> R. STAGLIANÒ, *Lavoretti. Così la sharing economy ci rende tutti più poveri*, Torino 2018.

<sup>35</sup> C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari 2018; L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino 2018.

Si tratta, perciò, di una modulazione delle tutele delegata al contratto individuale: un po' come ai "vecchi tempi". Verrebbe da dire che a lavoro "agile" corrisponde tutela altrettanto "agile".

Molto più interessante dal punto di vista delle teorie della subordinazione si è rivelata la normativa attinente più specificamente al lavoro tramite piattaforma, soprattutto dopo che la l. n. 128/2019 è intervenuta a novellare l'originaria previsione contenuta nel d.lgs. n. 81/2015<sup>36</sup>. Come si sa, si è innanzitutto specificato che l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle «collaborazioni organizzate dal committente» ha luogo anche quando esse siano «organizzate mediante piattaforme anche digitali»; si sono, poi, offerti «livelli minimi di tutela» ai "riders", cioè – nel finto inglese spesso parlato da noi – a quella categoria di lavoratori autonomi che si occupano delle consegne in città di beni per conto altrui, servendosi della bicicletta o del motorino, «attraverso piattaforme anche digitali». Queste tutele consistono sostanzialmente in diritti di informazione, divieti di discriminazione, tutela della riservatezza e antinfortunistica, disciplina dei compensi (agganciata ai contratti collettivi). Anche in questo caso, quindi, si assiste a una modulazione delle tutele, che rompe ulteriormente la rigidità dell'alternativa autonomia-subordinazione: a una fattispecie che a rigore, sul presupposto della sua autonomia, non dovrebbe vedersi applicata alcuna tutela tipica del lavoro dipendente, ne vengono attribuite alcune, in ragione della particolare debolezza sociale di chi vi è coinvolto.

## 8. Verso il tramonto

Soffermiamoci ancora un attimo su questa normativa sulle «collaborazioni organizzate dal committente», per proporre qualche osservazione conclusiva in tema di subordinazione. L'art. 2 del d.lgs. 81/2015 risulta tecnicamente piuttosto mal fatto, presentando non poche ambiguità. E ciò sia nella sua versione originaria che in quella attuale, venuta fuori dall'intervento del 2019. La prima, infatti, nel parlare di prestazioni «esclusivamente» personali, divide notevolmente gli interpreti; personalmente, trovo convincente la tesi per cui la formula normativa non costituiva altro che una mera

<sup>36</sup> Sono davvero pochi gli studiosi che non hanno scritto sul tema; preferisco perciò rinviare a *Lab. Law Iss.*, 2020, n. 1, con editoriale di M. BARBIERI, e alla bibliografia citata nei vari saggi.

recezione esemplificativa degli orientamenti giurisprudenziali: essa in definitiva applicava le regole tipiche della subordinazione a una fattispecie alla quale esse si sarebbero applicate comunque<sup>37</sup>. Dopo la correzione del 2019, la categoria delle «collaborazioni organizzate dal committente» può, invece, effettivamente far pensare all'estensione della disciplina del lavoro subordinato a fattispecie di natura ibrida e di incerta collocazione (in parte sovrapponibili alla ben nota collaborazione coordinata e continuativa, dalla quale si differenzerebbero solo per la presenza dell'elemento dell'organizzazione della prestazione da parte del committente).

Questa circostanza, ovvero l'applicazione delle tutele – meglio, di alcune tutele “spacchettate” – finora considerate appannaggio esclusivo del lavoro qualificabile subordinato, secondo criteri discretivi talvolta secolari, a fattispecie diverse da esso, o quanto meno non sicuramente classificabili al suo interno, tende effettivamente a far vacillare assestate ricostruzioni e granitiche certezze, affidando l'applicazione delle tutele a quello che si rivela a tutti gli effetti un giudizio di dipendenza socio-economica; esso, però, a differenza che nelle teorie sulla “subordinazione socio-economica” in più versioni proposte in passato, non pretende di disegnare un'operazione inclusiva di quella fattispecie all'interno dell'art. 2094. Si tratta, infatti, in qualche misura, di operazioni empiriche del legislatore, che prescindono cioè dall'inquadramento della fattispecie nell'ambito del “contenitore” subordinazione, ma che – appunto, pragmaticamente – applicano “qualcosa” a un tipo di lavoro ritenuto, per qualche motivo, “meritevole” di un po' di aiuto e comprensione. Ho adoperato volutamente un linguaggio del tutto atecnico proprio per meglio raffigurare quello che, a mio avviso, c'è dietro operazioni normative del tipo di quelle finora segnalate, che – ripeto – evitano per quanto possibile di affrontare e di risolvere problemi di qualificazione del rapporto di lavoro.

Allora, davvero la dicotomia tradizionale subordinazione/autonomia sembra essere arrivata al capolinea, anche se il suo declino è solo stato accentuato dall'economia digitale, che ha dato semplicemente una spinta in quella direzione. Così come una semplice spinta nella stessa direzione l'ha impressa il nuovo “diritto del la-

<sup>37</sup> P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1117 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c., ivi*, p. 1133 ss.

voro dell'emergenza" nato a seguito della crisi sanitaria del 2020, che ha innegabilmente enfatizzato il ruolo del lavoro "esterno". In ogni caso, la subordinazione giuridica – cioè quella delineata dall'art. 2094, così come elaborato dagli interpreti – sembra abbia davvero definitivamente smarrito la capacità di esprimere una condizione di soggezione economico sociale. Ma non mi pare che questa sia una novità: se la subordinazione risultava "indifferente" già trent'anni fa, oggi essa ha solo accentuato questo suo connotato.

### 9. *Futuro prossimo*

Quale strada potrà prendere il tema della qualificazione del rapporto e dell'applicazione delle tutele? Premesso, da un lato, che se avessi capacità anche minimamente divinatorie passerei le giornate tra Las Vegas e Montecarlo e dall'altro, un po' più seriamente, che – come fu rilevato con un velo d'ironia – le teorizzazioni dei giuristi sul tema hanno rivestito da sempre un'incidenza complessivamente modesta sul piano pratico<sup>38</sup>, non può farsi a meno di notare che la tendenza emergente dai più recenti sviluppi pare andare nella direzione di un accantonamento delle operazioni classificatorie della fattispecie, privilegiando invece un'applicazione di tutele mirate – quindi non "in blocco" – a ipotesi individuate e delimitate, più o meno bene e nettamente, dal legislatore; il che, evidentemente, non impedisce – anzi, lo incoraggia – che questa operazione venga presa in carico anche dal contratto collettivo, dall'accordo individuale, dalla giurisprudenza. Io, in ogni caso, continuo a chiamarla modulazione delle tutele.

In realtà – e qui correggo leggermente quanto appena detto –, la giurisprudenza può estendere le tutele giuslavoristiche al di là delle sue "colonne d'Ercole" solo a condizione, evidentemente, di allargare le maglie della nozione di subordinazione, puntando sul riconoscimento, nella fattispecie concreta, di una qualche condizione di sottoposizione di tipo socio-economico: deve riconoscere, cioè, che il soggetto, ad onta di possibili diverse "apparenze", è legato da quello stesso guinzaglio di cui parlavo all'inizio, anche se esso è ormai potenzialmente lunghissimo e spesso non è ben chiaro chi ne tenga le redini, in un contesto nel quale "dentro" e "fuori" ormai significano ben poco. Ma un'operazione del genere, compiuta

<sup>38</sup> G. FERRARO, *I contratti di lavoro*, Padova 1991, p. 10.



effettivamente di recente<sup>39</sup>, non ha certo bisogno di una riscrittura – e neanche di un ritocco – dell’art. 2094, che, ampio ed elastico (e “indifferente”) com’è, può davvero reggere ogni impatto: è una di quelle regole realmente “intramontabili”, buona per tutte le stagioni, e quindi anche per la quinta e la sesta rivoluzione industriale, quando mai ci saranno.

Invece, il legislatore e l’autonomia privata – collettiva e individuale – non hanno neanche bisogno di entrare nelle questioni di qualificazione/classificazione della fattispecie: basta loro – come ho ormai detto più volte – individuare una tipologia ritenuta per un qualsiasi motivo “meritevole” e decidere che ad essa vengano applicate determinate regole di tutela. Così è avvenuto per i *riders*, che hanno avuto la forza di far valere le loro ragioni anche ad onta del loro numero complessivamente e proporzionalmente esiguo; nel giudizio di “meritevolezza” delle tutele hanno evidentemente avuto peso la complessiva situazione di precarietà del lavoro, la bassa entità del reddito da esso derivante, la sostanziale “dipendenza” continuativa da un unico datore di lavoro e – circostanza affatto secondaria ai nostri tempi – la capacità di farsi strada anche mediaticamente, soprattutto in tempi di pandemia. Tutto ciò, evidentemente, anche a prescindere dalla forma contrattuale in cui il lavoro è prestato; quindi, anche in presenza di un contratto di lavoro autonomo; il che, appunto, ci fa capire come la classica alternativa si stia ormai svuotando di ogni significato residuo; e come, conseguentemente, poiché da sempre il discorso sulla qualificazione del rapporto non dipende da semplici ansie tassonomiche dell’interprete ma dalla correlativa applicazione/disapplicazione della normativa di tutela, si stia definitivamente scardinando il famosissimo “nesso fattispecie-effetti” che ha dettato legge per decenni.

Certo, rimane ancora molto più semplice rifugiarsi nel porto sicuro di una esplicita qualificazione contrattuale del rapporto come di lavoro subordinato, sempre al di là delle “apparenze”: una sorta di “bollinatura”, che garantisce una certa sicurezza nell’applicazione delle tutele – e che non a caso costituisce l’approdo agognato da tante categorie di “nuovi lavoratori” –, e che comunque, proprio per il modo in cui viene fatta, potrebbe finire col dare un

<sup>39</sup> Mi riferisco a Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, su cui, per tutti, M.T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta una attività di lavoro alla luce di Cass. 1663/2020*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 49 ss.; R. ROMEI, *I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, *ivi*, p. 89 ss.

calcio a molti dei tradizionali indici discretivi della prestazione, conferendo poi valore decisivo al *nomen juris* attribuito dalle parti al rapporto.

Il futuro prossimo, perciò, almeno in una versione ottimistica, potrebbe presentarci uno scenario nel quale una base di tutele fondamentali, un *floor of rights*, potrebbe essere riconnessa automaticamente alla protezione della persona che *tout court* “lavora a favore di altri”; la tutela della salute e sicurezza sul lavoro segue già questa strada, così come in qualche modo la tutela latamente previdenziale e di sicurezza sociale, nonché quella antidiscriminatoria. Tutele ulteriori sarebbero invece attribuite “modularmente” a forme di lavoro di volta in volta “misurate” dalla legge o da fonti contrattuali in relazione alla loro “meritevolezza”. In entrambi i casi, le tutele sono/ sarebbero attribuite indipendentemente dalle modalità giuridiche della prestazione di lavoro, la cui qualificazione verrebbe, quindi, per forza di cose “sdrammatizzata”.

Non somiglia un po' allo scenario da cui eravamo partiti?

#### 10. *Fine*

Come mi è già capitato di ricordare in un'altra occasione, Massimo, interista, e io, milanista, ci punzecchiavamo sistematicamente in occasione dei *derby*, con lunghe telefonate che partivano dal calcio e arrivavano alla politica e alle beghe accademiche. Più il tempo passa, più si acuisce il rimpianto per la mancanza di questo dialogo. Finanche quest'anno...



ALESSANDRO GARILLI

## La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La retorica della fuga dalla subordinazione e la critica ai progetti di ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. – 3. La valorizzazione della nozione di subordinazione in chiave di doppia alienità. – 4. Le operazioni giurisprudenziali sulla qualificazione: radicamento della nozione di “subordinazione giuridica” e etero-direzione attenuata. – 5. L'etero-organizzazione nell'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015: il lavoro mediante piattaforma e i *riders*. – 6. Dinamica della piattaforma, messa a disposizione della prestazione e subordinazione.

### 1. *Premessa*

Tra i molti temi trattati da Massimo uno degli ultimi a cui ha dedicato studi approfonditi è quello relativo alla subordinazione. Tema da sempre dibattuto e che oggi è ritornato prepotentemente sulla scena a seguito degli effetti indotti dall'introduzione della figura di lavoro etero-organizzato (art. 2 del d.lgs. n. 81/2015) sul rapporto dialettico tra subordinazione e autonomia. Mi è sembrato perciò interessante ripercorrere la tesi del Nostro, calandola poi nella realtà odierna.

L'approccio, come sempre eterodosso e dissacratore delle posizioni dominanti in dottrina, si inserisce nel vivace dibattito, svoltosi a cavallo tra gli anni '80 e i primi '90 del secolo scorso, sulla crisi, reale o presunta, della bipartizione lavoro autonomo-lavoro subordinato e sulle proposte di un superamento di questa bipartizione tradizionale. Vari scritti Massimo ha dedicato all'argomento, sintetizzato efficacemente nell'ultima edizione del manuale<sup>1</sup>. Quello più importante, per ricchezza di analisi, *vis* polemica e passione per la difesa dei diritti dei lavoratori e dei valori di giustizia ed equità so-

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, 4<sup>a</sup> ed., Torino 2010, p. 44 ss.

ziale, è pubblicato nei Quaderni di Sociologia e anticipato nei *Working papers* “Massimo D’Antona”<sup>2</sup>. In esso sono prese le distanze dalle teorie classiche della subordinazione e messe in discussione analisi statistiche e letture post fordiste dei cambiamenti avvertiti nelle dinamiche del mercato del lavoro, sulla cui base la dottrina lavorista aveva suggerito nuovi schemi giuridici che inglobassero i rapporti di lavoro collocato in una “zona grigia” tra autonomia e subordinazione. Non si creda che il discorso sia condotto sul piano sociologico: ché anzi Massimo rivendica la specificità del linguaggio giuridico rispetto a quello dei sociologi e propone una soluzione interpretativa dell’art. 2094 c.c. controllabile, difendibile e coerente con il diritto vigente<sup>3</sup>.

## 2. *La retorica della fuga dalla subordinazione e la critica ai progetti di ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro*

L’analisi preliminarmente mette in discussione la comune affermazione di una crescita impetuosa delle forme di lavoro accomunate dalla dipendenza economica. Si riconosce che il fenomeno esiste, che vi è «un disallineamento del dato complessivo del lavoro autonomo rispetto alla media dei più sviluppati paesi dell’Unione europea», e che potrebbe aumentare, ma mai comunque raggiungerebbe quella cifra di diversi milioni di lavoratori che gli viene attribuita. Inoltre l’espressione lavoro economicamente dipendente, mutuata dal linguaggio sociologico, dal punto di vista giuridico è evanescente e non consente una delimitazione rigorosa del fenomeno sociale che si intenderebbe regolare. La formula è troppo generica perché, se per un verso vuole accomunare nuovi e vecchi lavori diffusi soprattutto nell’economia terziarizzata, dall’altro nasconde l’impiego abusivo e fraudolento di schemi alternativi a quello del contratto di lavoro subordinato; che peraltro non ha subito alcuna flessione, ma anzi cresce anch’esso in quella parte d’Europa economicamente più

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *Quad. sociol.*, 2008, n. 46, p. 71 ss. e in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 65/2008 (da dove le citazioni delle pagine). Dello stesso Autore cfr. inoltre *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del signor B.*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, p. II, pp. 131-143 e *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *MicroMega*, 2009, n. 1, p. 111 ss.

<sup>3</sup> Sulla fedeltà di Massimo al metodo giuridico cfr. U. ROMAGNOLI, *Massimo Roccella, Uno studioso civilmente impegnato*, in *Id.*, *Giuristi del lavoro nel Novecento italiano*, Profili, Roma 2018, p. 299 ss.

avanzata. Il vero è che la «retorica della fuga dal lavoro subordinato» si basa su stime inattendibili, frutto di una «distorsione ideologica», che avrebbe la finalità di «erodere l'area del lavoro subordinato e delle sue tutele» (p. 8).

Dopo questa premessa di scenario, Massimo esamina i diversi tentativi di inquadramento giuridico delle collaborazioni coordinate e continuative, espressione lessicale che è accostata a quella di lavoro economicamente dipendente, e che trova referente normativo nell'art. 409 c.p.c. L'A. mette in evidenza la contraddizione insita nelle operazioni che si richiamano a tale incerta fattispecie: i nuovi lavori che sarebbero determinati dal superamento della tradizionale organizzazione del lavoro fordista-taylorista, e dalla conseguente necessità di forme più flessibili di integrazione tra impresa e lavoro, acquisterebbero consistenza giuridica mediante una formula negoziale risalente addirittura alla legge «Vigorelli» n. 741 del 1959, e dunque inadatta a rappresentare i cambiamenti segnalati. Secondo Massimo, l'impiego di tale schema in maniera diffusa dalla fine del secolo scorso, piuttosto che rispondere a un'esigenza reale del mercato del lavoro (pur presente ma in misura contenuta o marginale), è ascrivibile «a vecchie pratiche di elusione delle regole», sdoganate dalla riforma delle pensioni del 1995, che aveva introdotto l'assoggettamento dei redditi dei collaboratori coordinati e continuativi a un modesto contributo previdenziale (p. 12). Per un'eterogenesi dei fini l'obbligo contributivo aveva così legittimato dal punto di vista formale la pratica fraudolenta delle collaborazioni messa in atto per aggirare le tutele garantite dal rapporto di lavoro subordinato.

Comunque, le elaborazioni progettuali oggetto di disamina non sarebbero sorrette da razionalità giuridica: da quelle che aderiscono apertamente alla teoria del *tertium genus*, sia che fossero mosse dall'intento di fare confluire nella nuova fattispecie una gamma vasta ed eterogenea di rapporti di lavoro, e quindi anche di quelli caratterizzati da prestazioni svolte con autonomia esecutiva, riconducibili all'area del lavoro subordinato<sup>4</sup>, sia che fossero animate dall'obiettivo non di ridimensionare l'area del lavoro subordinato e delle relative tutele, bensì di disciplinare un fenomeno che si temeva

<sup>4</sup> R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di 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 *Law. inf.*, 1996, n. 15-16, pp. 75-88; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del "lavoro coordinato"*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, n. 5, pp. 41-64.

potesse degenerare in una forma diffusa di precariato, ancorché del fenomeno in questione non si riuscissero a tratteggiare i confini, se non in maniera vaga e confusa<sup>5</sup>; alle altre animate dal principio guida di modulazione delle tutele secondo una scala continua dove le diverse forme di lavoro trovano protezione crescente, e in cui nella zona intermedia viene collocato il lavoro economicamente dipendente, variante solo terminologica della consolidata definizione del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa<sup>6</sup>. Ma anche la proposta “progressista”<sup>7</sup>, che unifica lavoro subordinato e collaborazioni nell’unitaria figura del contratto di lavoro, è ritenuta inaccettabile, in quanto non tiene conto delle diverse articolazioni del lavoro autonomo genuino.

Il dissenso va però oltre l’analisi dei dettagli e delle diverse finalità perseguite dai progetti: esso riguarda in primo luogo il punto di partenza da cui essi prendono le mosse, e cioè che l’art. 2094 c.c. postuli necessariamente che il lavoro sia eterodiretto.

### 3. *La valorizzazione della nozione di subordinazione in chiave di doppia alienità*

Da qui prende avvio la parte *costruens* del pensiero di Massimo. È sua convinzione che la dottrina, nell’enfatizzare l’eterodirezione, avrebbe operato un inusitato «sdoppiamento concettuale», in quanto ha formulato una nozione giuridica della subordinazione (c.d. tecnico-funzionale) ancorata al modello dell’organizzazione taylorista del lavoro, che non coincide con la «realtà materiale sottostante», e che quindi «è incapace di riconoscere le diverse, possibili manifestazioni attraverso cui [...] si è concretizzato» il lavoro subordinato «nel corso di un ormai lungo tragitto storico». La subordinazione giuridica va perciò superata e percorsa un’altra opzione ricostruttiva, valorizzando la nota – ma allora poco citata e quasi affatto considerata – sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1996<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> È la proposta Smuraglia, presentata nel corso della XVII legislatura.

<sup>6</sup> T. TREU, *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, n. 2, pp. 193-208, su cui M. ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 351 ss., qui p. 371.

<sup>7</sup> P. ALLEVA, *Nuove norme per il superamento del precariato e per la dignità del lavoro*, in *Quale Stato*, 2006 n., 4, pp. 215-240.

<sup>8</sup> Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 30, in *Dir. lav.*, 1996, 1, p. 52 ss. e in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 616 ss.

Il suo autorevole relatore vi cala il concetto, argomentato nel suo scritto del 1971<sup>9</sup>, «più pregnante e insieme qualitativamente diverso» rispetto al mero riferimento all'eterodirezione, di doppia alienità: «l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce. Quando è integrata da queste due condizioni, la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato» (così la sentenza). Erroneo è ritenere che la doppia alienità si riduca a un «generico criterio, di approssimativa matrice sociologica, di dipendenza (o debolezza) economica», inadatto a dare forma alla fattispecie di lavoro subordinato. La nozione formulata dalla Consulta si fonda «sull'individuazione della *ratio* protettiva del diritto del lavoro in un tratto specifico», che contraddistingue le rispettive posizioni del rapporto, «riconoscibile in tutta l'area (pur socialmente non omogenea) del lavoro subordinato e tale da accomunare tutte le categorie di lavoratori che in essa gravitano (dall'operaio al dirigente)» (p. 36).

Anche la dottrina criticata da Massimo ha centrato la fattispecie lavoro subordinato nell'«assetto di interessi che corrisponde alla funzione tipica del contratto», e ha poi precisato che questa non si risolve nell'assoggettamento del lavoratore al potere di direzione e controllo del datore, potere che costituisce «soltanto un profilo, non sempre essenziale, di una situazione più complessa»<sup>10</sup>. Ma l'assetto degli interessi perseguito dalle parti non è individuato nella pura e semplice alienità dell'organizzazione, in quanto, se la funzione del contratto di lavoro è «di creare un'organizzazione di lavoro», questa postula l'esercizio del potere di coordinamento, che implica la stessa persona e «costituisce» direttamente il «risultato che soddisfa l'in-

<sup>9</sup> L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano 1971, ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano 2004, spec. p. 34 s.

<sup>10</sup> M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli 1969, p. 3 ss. e ID., *Diritto del lavoro*, Padova 2004, p. 373 ss., qui p. 393 s.



teresse del creditore, onde entra nella causa»<sup>11</sup>. In ragione di ciò al datore di lavoro è attribuito il potere di impartire disposizioni sulla prestazione, specificandone e modificandone il contenuto. E però l'esercizio del potere direttivo (e dello *ius variandi*) potrebbe anche non riscontrarsi in concreto, giacché ciò che rileva è la «permanente disponibilità del lavoratore [...] di eseguire le pur potenziali istruzioni»<sup>12</sup>. La disponibilità del lavoratore ad assoggettarsi «a un potere direttivo per la realizzazione del programma (non conosciuto dal lavoratore) definito unilateralmente e soggetto a modifiche nel corso del rapporto» costituisce dunque l'elemento che contraddistingue la subordinazione dalle diverse forme di lavoro economicamente dipendente, in cui le istruzioni del committente ruotano attorno al programma contrattualmente definito, pur potendo «concorrere a determinar(n)e le modalità di esecuzione» e «modificar(n)e alcuni aspetti», alla stessa stregua di quanto avviene per i contratti di trasporto, somministrazione e appalto<sup>13</sup>. L'assoggettamento personale ai poteri datoriali che connota la subordinazione, da un canto, e l'estensione della sfera delle istruzioni nelle collaborazioni dall'altro, comportano un'accentata delimitazione della prima, facendo rientrare nelle seconde – accomunate nel *tertium genus* – anche le ipotesi in cui l'attività di lavoro si svolga nell'altrui organizzazione produttiva.

Secondo Massimo, «una concezione del genere, a prescindere dalle intenzioni di chi la propugna, rischia di risultare obiettivamente funzionale ad agevolare la diffusione di [...] *escamotages* fraudolenti nella gestione dei rapporti di lavoro». Il riferimento è a «quei falsi lavoratori autonomi, che già oggi dovrebbero essere ricondotti all'area del lavoro subordinato, ove di quest'ultimo non persistesse, negli orientamenti dominanti, una concezione impropria e asfittica» (p. 40).

L'esempio portato dal Nostro è quello della circolare n. 17 del 2006 sui *call center*, che distingueva i lavoratori svolgenti attività *in bound*, subordinati perché si limiterebbero a mettere a «disposizione del datore di lavoro le proprie energie psicofisiche...», da quelli *out bound*, la cui autonomia sarebbe individuata nella «possibilità di autodeterminare il ritmo di lavoro» e quindi riconosciuta a condi-

<sup>11</sup> M. PERSIANI, *o.u.c.*, p. 396.

<sup>12</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, n. 2, p. 474.

<sup>13</sup> M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Dir. lav.*, 1998, n. 4-5, I, p. 203 ss. e in *Id.*, *Diritto del lavoro*, cit., p. 643 ss., qui pp. 648-651.

zione che essi non siano soggetti «ad alcun vincolo di orario». «La distinzione fra autonomia e subordinazione, in definitiva, non può farsi persuasivamente poggiare» sulla circostanza che il lavoratore sia sottoposto, o meno, ad un rigido coordinamento temporale e «sul generico criterio dell'assenza di vincoli di orario: dovendosi piuttosto distinguere (vale per i *call center*, ammesso che la descrizione della relativa organizzazione del lavoro tratteggiata nella circolare abbia qualche aderenza con la realtà, come per qualsiasi altro contesto in cui risulti l'impiego di collaborazioni coordinate e continuative) le situazioni in cui» l'autodeterminazione dei tempi di lavoro «costituisce l'ordinario riflesso dell'autonomia organizzativa del lavoratore autonomo, dalle circostanze in cui esso si limita a rispettare esigenze e/o caratteri strutturali propri dell'organizzazione dell'imprenditore committente (o meglio datore di lavoro)» (p. 32).

Se si fosse accolta l'interpretazione dell'art. 2094 c.c. in chiave di doppia alienità non ci sarebbero stati dubbi sulla natura subordinata (e quindi sull'illegittimità della circolare) della tipologia *out bound* degli addetti ai *call center*. E ciò perché il criterio prospettato permette «di colmare la frattura fra norma giuridica e realtà sociale indotta dagli schemi valutativi propri dell'ortodossia dominante» e «di affrontare la questione della qualificazione dei rapporti di lavoro in forza di un criterio unitario di distinzione fra autonomia e subordinazione, che si presta ad una generalizzata applicabilità con riferimento alle più disparate situazioni concrete» (p. 37). Senza però che questo comporti accedere ad un'idea indistinta di dipendenza economica tale da far rientrare nell'area della subordinazione «tutto il lavoro autonomo reso secondo lo schema della collaborazione coordinata e continuativa», che invece, «quando non» serva «per occultare lavoro subordinato», resta «nell'area del lavoro autonomo», ma andrebbe ridefinita in modo più stringente<sup>14</sup>.

Massimo però dà atto che la giurisprudenza dominante rimane ancorata alla nozione «tradizionale» di subordinazione, anche se trae auspici positivi da due sentenze della Cassazione<sup>15</sup>, in cui hanno fatto breccia le indicazioni della Consulta: nella prima con qualche timidezza, nella seconda in termini di inequivocabile chiarezza: essendosi in altre parole finalmente ammesso che la «subordinazione in senso

<sup>14</sup> M. ROCCELLA, *Manuale*, cit., p. 55.

<sup>15</sup> Cass., 9 ottobre 2006, n. 21646, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 144 ss., con nota di M. ROCCELLA, *Spigolature in tema di subordinazione*, cit.; Cass., 16 gennaio 2007, n. 820, *ivi*, II, p. 654 ss., con nota di A. ALLAMPRESE, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*, *ivi*, p. 658 ss.

tecnico» coincide «in ragione del disposto dell'art. 2094 cod. civ. con quella che è stata definita doppia alienità». Consapevole dell'improbabilità di un *revirement* giurisprudenziale, egli propone «un intervento legislativo di consolidamento dell'orientamento della Corte costituzionale», che disegni una norma di interpretazione autentica dell'art. 2094 c.c. incentrata sulla «dipendenza (da intendersi nel senso specifico di cui si è detto) [...] quale criterio di qualificazione del relativo tipo contrattuale, con contestuale ridimensionamento dell'eterodirezione, il cui rilievo andrebbe colto (come già oggi dovrebbe essere: v. art. 2104, 2° comma, cod. civ.) più propriamente ed esclusivamente sul piano degli effetti conseguenti ad una qualificazione già operata». Ciò consentirebbe di «tracciare la linea di discriminazione fra lavoro subordinato ed autonomo», essendo caratterizzato quest'ultimo dall'«autonomia economico-organizzativa: la quale comincia esattamente laddove finisce il lavoro subordinato (dotato o meno di autonomia tecnico-esecutiva) e costituisce ancora oggi, pur a fronte di un mercato del lavoro più fluido e disomogeneo, il vero tratto distintivo del lavoro autonomo, anche quando esso si manifesta in forme diverse da quelle tradizionali e più agevolmente riconoscibili» (pp. 38-39).

#### 4. *Le operazioni giurisprudenziali sulla qualificazione: radicamento della nozione di "subordinazione giuridica" e etero-direzione attenuata*

Gli sviluppi giurisprudenziali e legislativi degli ultimi anni sono andati in tutt'altra direzione rispetto a quella auspicata da Massimo.

Anzitutto, la Corte costituzionale<sup>16</sup> ha abbandonato il criterio della doppia alienità e fatta propria la nozione restrittiva di subordinazione, in cui assume valore preminente la etero-direzione, che si sostanzia, «pur nelle multiformi manifestazioni che presenta in concreto a seconda del contesto in cui si esplica e delle diverse professionalità coinvolte, nell'emanazione di ordini specifici, inerenti alla particolare attività svolta e diversi dalle direttive d'indole generale, in una direzione assidua e cogente, in una vigilanza e in un controllo costanti, in un'ingerenza idonea a svilire l'autonomia del lavoratore». Vero è

<sup>16</sup> Corte cost., 7 maggio 2015, n. 76, in *Giur. cost.*, 2015, p. 690, con nota critica di F. GHERA, *La Corte alle prese con una norma di dubbia compatibilità con il c.d. principio di "indisponibilità del tipo"*, e su cui G. FERRARO, *Subordinazione e autonomia tra pronunzie della Corte costituzionale e processi evolutivi*, in *Lav. giur.*, n. 3, 2016, p. 221 ss.

che si trattava di un caso particolare concernente il personale sanitario addetto agli istituti di prevenzione e pena non appartenenti ai ruoli organici dell'Amministrazione penitenziaria; sicché, vertendosi su rapporti precari gravitanti nell'area del settore pubblico, la Corte ha forse inteso sbarrare la strada ad istanze di stabilizzazione onerose per la finanza pubblica. Ma le sue parole sono granitiche e non lasciano spazio a letture dinamiche della formula codicistica che tengano conto delle trasformazioni dei sistemi produttivi e dell'evoluzione legislativa.

Anche la Cassazione resta ferma nell'aderire alla tesi tradizionale, pur con l'approssimazione concettuale e l'empirismo che è proprio dell'argomentazione giurisprudenziale. Essa non dà credito al criterio della doppia alienità, precisando che la sentenza della Consulta del 1996 «non interferisce con il controllo di legittimità [...] ed il suo effetto vincolante per i giudici ordinari e speciali, non esclusa la Corte di cassazione, riguarda soltanto il divieto di accogliere quella interpretazione che la Corte costituzionale ha ritenuto, sia pure con una pronuncia di infondatezza della questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo esame, viziata [...]. Il vincolo che deriva da una sentenza interpretativa di rigetto, resa dalla Corte costituzionale, è soltanto negativo, consistente cioè nell'imperativo di non applicare la norma ritenuta non conforme al parametro costituzionale evocato e scrutinato dalla Corte costituzionale, così da non ledere la libertà dei giudici di interpretare ed applicare la legge – ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost. – e, conseguentemente, neppure la funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di cassazione dall'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, non essendo preclusa la possibilità di seguire, nel processo “*a quo*” o in altri processi, “terze interpretazioni” ritenute compatibili con la Costituzione»<sup>17</sup>.

In altre sentenze la formula è sì espressamente richiamata, ma essa è letta in modo tale da vanificarne la portata estensiva, giacché si precisa che l'alienità di organizzazione e di risultato postula che il lavoratore si metta «a disposizione del datore per essere assoggettato al suo potere direttivo, di controllo e disciplinare»<sup>18</sup>, o che deve risultare dalla verifica dei tradizionali indici presuntivi<sup>19</sup>.

Non escludono i giudici che possano riscontrarsi ipotesi in cui l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui sia difficilmente apprezzabile a causa del concreto atteggiarsi del rappor-

<sup>17</sup> Cass., 19 novembre 2018, n. 29761, in *Dejure*.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 22 luglio 2019, n. 19657, in *Dejure*.

<sup>19</sup> Cfr. App. Genova, 30 settembre 2013, in *Adapt.it*, 2015/11.

to, e che tuttavia possa configurarsi un rapporto di lavoro subordinato pur in presenza di una certa autonomia, iniziativa, discrezionalità del lavoratore con riguardo allo svolgimento della prestazione. Il ricorso alla c.d. “etero-direzione attenuata” è frequente per qualificare come subordinate non solo prestazioni di natura intellettuale o professionale<sup>20</sup>, ma anche «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 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»<sup>21</sup>. In questi casi, quando cioè non risulti nel particolare contesto l’assoggettamento del prestatore all’esercizio del potere direttivo, al fine della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, la giurisprudenza fa ricorso ai tradizionali indici presuntivi (o criteri distintivi sussidiari), quali «la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell’orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti occorrenti) e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore»<sup>22</sup>. In tal modo gli indici assumono pregnante valore qualificatorio, e tra di essi primeggia la disponibilità del lavoratore ad eseguire la prestazione (che, secondo la dottrina tradizionale, costituisce invece elemento discrezionale fondamentale).

##### 5. *L’etero-organizzazione nell’art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015: il lavoro mediante piattaforma e i riders*

L’*escamotage* della subordinazione attenuata, con la discrezionalità accentuata che comporta, non offre soluzioni appaganti sia per reprimere gli eventi elusivi delle tutele previste per i lavoratori, sia

<sup>20</sup> Cfr., per i musicisti d’orchestra, Cass., 4 maggio 2020, n. 8444, in *Not. giurispr. lav.*, 2020, n. 4, p. 546; per i giornalisti, da ultimo, App. Milano, 20 novembre 2020, n. 597, in *Dejure*; per i dirigenti Cass., 13 febbraio 2020, n. 3640, in *Not. giurispr. lav.*, 2020, 3, p. 311.

<sup>21</sup> Cfr. Cass., 27 marzo 2000, n. 3674, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 639, secondo cui «l’esistenza del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro è sicuro indice di subordinazione, mentre la relativa assenza non è sicuro indice di autonomia»; Cass., 21 febbraio 2020, n. 4620, in *Dejure*; Cass., 26 novembre 2020, n. 27076, *ivi*.

<sup>22</sup> Cass., 15 giugno 2020, n. 11539, in *G. dir.*, 2020, 30, p. 74.

per qualificare gli incerti rapporti che gravitano nello spazio intermedio, ricco di sfumature, tra subordinazione e autonomia<sup>23</sup>.

In quest'area grigia hanno avuto un impatto dirompente sul diritto del lavoro le trasformazioni tecnologiche caratterizzate dalla diffusione di svariate piattaforme che operano nel campo della *on demand economy* e che sono rivolte alla gestione di servizi a titolo oneroso di vario genere, tra cui, in particolare, le attività di consegna di beni mediante l'utilizzo di lavoratori, i *riders*, assunti per lo più con contratti di collaborazione e retribuiti con esclusivo riferimento al sistema del cottimo<sup>24</sup>. Si tratta di un nuovo modello di razionalità economica che non poggia più sullo scambio fra la messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente e l'assoggettamento ai tradizionali poteri datoriali in funzione delle esigenze organizzative dell'impresa: la piattaforma, infatti, consente di raggiungere direttamente la "folla" (*crowd*) di aspiranti disponibili a cogliere le opportunità di lavoro e quindi, nel caso dei *riders*, garantisce all'impresa una sovrappopolazione di disoccupati pronti a svolgere prestazioni elementari e interscambiabili<sup>25</sup>. In questo contesto l'impresa non ha alcuna convenienza a rendere obbligatoria la prestazione, giacché ci sarà sempre un soggetto disponibile a svolgerla e cioè ad accettare la chiamata, condizione per ottenere il compenso. Cosicché questa apparente libertà di scegliere se lavorare o meno, lungi dal soddisfare un interesse del lavoratore, è funzionale alla nuova razionalità economica determinata dalla piattaforma che, grazie a un algoritmo, programmato secondo *input* indicati in relazione agli obiettivi da raggiungere, è in grado di individuare il *riders* più adatto, tra i tanti in attesa di chiamata, a cui proporre una consegna sulla base di diversi e variabili elementi di valutazione.

Di fronte a questa modalità di lavoro, e al fallimento della normativa sui lavoratori a progetto e titolari di partita IVA, che avrebbe dovuto scoraggiare pratiche elusive, appariva dunque necessario approntare un intervento legislativo, che operasse una rivisitazione delle categorie tradizionali, a partire dalla nozione di subordinazione e dall'attuale disciplina del lavoro autonomo, estendendo a questo «una serie di tutele fondamentali laddove il lavoratore [...]

<sup>23</sup> U. ROMAGNOLI, *Lo Statuto ha 50 anni!*, in *Quad. dir. lav. merc.*, 2020, p. 54 s.

<sup>24</sup> Cfr., da ultimo, C. DE MARCO, A. GARILLI, *L'enigma qualificatorio dei riders. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza*, in corso di pubblicazione in *Dir. merc. lav.*, 2021, e in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 435/2021;

<sup>25</sup> Cfr. M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *Lab. Law. Iss.*, 2019, vol. 5, n. 1, p. 82 ss.

versi in una situazione di squilibrio contrattuale nei confronti del committente»<sup>26</sup>. Un intervento che avrebbe potuto dispiegarsi secondo la linea di indirizzo tracciata da Massimo. Ma le cose non sono andate così: il legislatore ha invece introdotto nell'ordinamento le «collaborazioni organizzate dal committente» con l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, poi modificato dal d.l. n. 101/2019 (conv. in l. n. 128/2019)<sup>27</sup>. Il nuovo assetto normativo ha rinverdito il dibattito intorno alle tradizionali figure regolative del diritto del lavoro e in primo luogo al binomio subordinazione/autonomia<sup>28</sup>: la norma è stata ritenuta in bilico tra i due crinali, e pertanto ha dato luogo a diverse e contrapposte opinioni sulla sua qualificazione: una posizione radicale (e isolata) ritiene trattarsi di «norma apparente», in quanto gli elementi indicati dal legislatore nulla aggiungono alla nozione di subordinazione inverteata nel diritto vivente<sup>29</sup>; per alcuni tende verso la subordinazione<sup>30</sup>, o dispone una presunzione assoluta di questa<sup>31</sup>; da altri è stata intesa quale segmento della più vasta area dell'autonomia, in cui il coordinamento relativo all'esecuzione della prestazione assume contorni più pregnanti rispetto alle collabora-

<sup>26</sup> M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 14.

<sup>27</sup> Questo decreto ha altresì previsto – con disposizione «residuale», cioè applicabile ad ipotesi non sussumibili nel lavoro etero-organizzato – la specifica figura dei «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui [...] attraverso piattaforme anche digitali», a cui ha riconosciuto «livelli minimi di tutela». Sulle difficoltà interpretative della disposizione, per vero oscura, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Sui lavoratori che operano mediante piattaforme anche digitali, sui riders e il ragionevole equilibrio della Cassazione 1663/2020*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 411/2020; F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell’Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e Ugl, firmatari del contratto*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 1.

<sup>28</sup> Sull'attualità della distinzione v. L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori atipici?* in *Dir. lav.*, 2000, 1, p. 317 ss., e in ID., *Il contratto di lavoro*, cit., p. 81 ss., spec. p. 87, secondo cui «la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo è nei fatti ed è concettualmente radicale, sicché non sono pensabili rapporti di lavoro né subordinato né autonomo»; M.V. BALLESTRERO, *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *Lav. dir.*, 2010, p. 28.

<sup>29</sup> P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in *Arg. dir. lav.*, 2016, 6, p. 1130.

<sup>30</sup> O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle “collaborazioni organizzate dal committente”*, in *Labor*, 2016, I, p. 7 ss.

<sup>31</sup> L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell’«autorità dal punto di vista giuridico»* in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 267/2015, p. 24.

zioni coordinate e continuative, e tali da accentuare la condizione di debolezza economica del soggetto fino al punto da applicargli la disciplina riservata al lavoro subordinato<sup>32</sup>. Quest'ultima collocazione esce rafforzata dalla novella del 2019: la sostituzione della parola "esclusivamente" con "prevalentemente" quale requisito della personalità della prestazione è infatti incompatibile con la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., in cui il vincolo personalistico sta alla base dei poteri datoriali (e ne costituisce altresì il limite). E anche l'eliminazione del c.d. coordinamento spazio-temporale, cioè dei vincoli di luogo e di orario della prestazione, rafforza la tesi dell'autonomia, giacché fa venir meno modalità di assoggettamento addirittura non richieste per individuare in concreto la subordinazione.

L'attenzione della dottrina è stata soprattutto rivolta al lavoro dei *riders*, sia per le dimensioni crescenti dal fenomeno, oggi anche a causa delle misure di contenimento dell'incontro fisico tra domanda di beni e servizi disposte per fronteggiare la pandemia, sia per le condizioni di assunzione e di salario imposte dalle imprese, che talvolta configurano vere e proprie forme di sfruttamento<sup>33</sup>.

Secondo la tesi di Massimo (che, ovviamente, scriveva prima della riforma) questi rapporti dovrebbero essere sussunti nella nozione di subordinazione incentrata sulla dipendenza e depurata dall'eterodirezione. Prendendo in esame il caso dei *pony express*, prototipo embrionale dei *riders*, egli infatti sostiene che «la facoltà di non rispondere alla chiamata proveniente dalla centrale operativa dell'impresa» non incide sulla qualificazione dei relativi rapporti «essendo l'organizzazione produttiva costruita proprio in modo da scontare

<sup>32</sup> A. PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, p. 27; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 282/2015.

<sup>33</sup> La Procura della Repubblica di Milano, all'esito di una complessa indagine, ha riscontrato da parte delle società *Foodinbo s.r.l.* - *Glovo*, *Uber Eats Italy s.r.l.*, *Just Eat Italy s.r.l.* e *Deliveroo Italy s.r.l.* le violazioni delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, sul presupposto che i *riders*, assunti per lo più con contratti di lavoro autonomo occasionale ex art. 2222 c.c., svolgono invece una prestazione di tipo coordinato e continuativo, suscumbibile nella fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015. Quale ulteriore conseguenza di questa qualificazione l'INL, con quattro verbali di accertamento, ha ingiunto alle medesime società di provvedere alla «applicazione del trattamento retributivo del lavoratore dipendente» e «del conseguente inquadramento previdenziale», disponendo altresì in capo alle stesse l'obbligo di fornire ai lavoratori un'adeguata informazione sugli istituti tipici del lavoro subordinato ad essi applicabili (Comunicato stampa INL, cit., nt. n. 1).



il verificarsi di un'eventualità del genere»<sup>34</sup>. È una posizione che è stata fatta propria, con diversa argomentazione, da una parte della giurisprudenza, che si è posta in evidente discontinuità rispetto alla ricordata lettura consolidata. Alcune sentenze, infatti, con riguardo ad ipotesi di particolare debolezza socio-economica del lavoratore, e che possono essere accostate al lavoro dei *riders*, hanno ritenuto che la libertà di accettare l'incarico e di presentarsi al lavoro «non attiene al contenuto» del rapporto, ma è esterna ad esso «sul piano non solo logico, bensì temporale (in quanto [ne] precede lo svolgimento). Tale fatto [...] comporta la conseguente configurazione di rapporti instaurati volta per volta (anche giorno per giorno) in funzione del relativo effettivo svolgimento [...]. L'accettazione e la presentazione del lavoratore, espressione del suo consenso, incidono (come elemento necessario ad ogni contratto) sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata: non sulla forma e sul contenuto della prestazione (e pertanto sulla natura del rapporto)»<sup>35</sup>. Sarebbe quindi sufficiente a configurare la subordinazione la disponibilità caso per caso a fornire la prestazione nelle fasce orarie indicate dal datore di lavoro, se essa risponde al modello organizzativo e gestionale predisposto unilateralmente da quest'ultimo. L'indirizzo è condiviso da una parte minoritaria della dottrina, la quale sostiene che «la subordinazione si misura [...] nella fase esecutiva della prestazione: durante le fasi di non lavoro e non obbligo a lavorare il *rider* non è un lavoratore (né subordinato né autonomo)»<sup>36</sup>. Si è però sottolineato che l'applicazione ai *riders* di questa teoria costituisce una forzatura «perché, [il rapporto] pur in difetto di un esplicito accenno al suo essere continuo, si svolge ininterrotto per tutto il tempo previsto, se pur con prestazioni periodiche rimesse alla previa disponibilità del lavoratore»<sup>37</sup>. Il vero è che prevale in

<sup>34</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 47.

<sup>35</sup> Oltre a Cass., 5 maggio 2005, n. 9343, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 2337 (citata da Massimo), cfr. Cass., 13 febbraio 2018, n. 3457, con riguardo agli addetti al ricevimento del pagamento delle giocate, in *www.lavorosi.it*; Cass., 16 novembre 2018, n. 29640, sui messi notificatori, in *DeJure*; Cass., 4 luglio 2017, n. 16377 sugli addetti alla consegna a domicilio delle pizze, in *G. dir.*, 2017, 39, p. 54. In dottrina cfr. M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, cit., p. 91.

<sup>36</sup> M. BARBIERI, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. CARABELLI, L. FASSINA, (a cura di) *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Roma 2020, 3, p. 92.

<sup>37</sup> F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Uf-*

dottrina e in giurisprudenza la tesi secondo cui costituisce elemento essenziale della subordinazione la dipendenza, intesa nel senso specifico di disponibilità nel tempo del prestatore di lavoro delle proprie energie inserite nell'altrui organizzazione produttiva<sup>38</sup>. E così, nella controversia che ha riguardato il caso più eclatante, la Corte di Cassazione è rimasta fedele al criterio tradizionale di qualificazione del rapporto di lavoro e ha tenuta ben ferma la distinzione della fattispecie configurata nell'art. 2 tanto dal lavoro subordinato che dalle collaborazioni coordinate e continuative<sup>39</sup>. Per la Corte il discrimine fra etero-organizzazione e collaborazione consiste, per un verso, nella consensualità o unilateralità del coordinamento e, per l'altro, nelle modalità in cui esso si estrinseca: nelle collaborazioni resta in capo al lavoratore il potere di decidere ed organizzare le modalità di adeguamento all'organizzazione produttiva dell'impresa, mentre nel caso del lavoro etero-organizzato le prescrizioni del committente non si limitano a semplici indicazioni concernenti il risultato atteso, come si verifica in tutti i rapporti di durata, ma si estendono all'esecuzione delle prestazioni lavorative secondo *input* indotti dall'organizzazione predisposta dal committente, e nella quale il lavoratore è inserito<sup>40</sup>. La differenza rispetto all'art. 2094

*ficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e Ugl, firmatari del contratto, cit., p. 6.*

<sup>38</sup> O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, p. 360, ma già E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari 1993, p. 51, secondo cui «ai fini della collaborazione prevista dall'art. 2094 c.c. è da ritenere decisiva la continuità – o disponibilità nel tempo verso il datore – della prestazione di lavoro nella quale è da ravvisare l'aspetto caratteristico dell'attuazione del vincolo della subordinazione». Cfr. anche Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2432, per la quale la disciplina tipica trova applicazione «allorquando tra una prestazione e l'altra permanga il vincolo di disponibilità per il lavoratore e vi sia comunque l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro».

<sup>39</sup> Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 2020, p. 76, con nota di P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, cit.; per alcuni commenti v. A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1, p. 146 ss.; M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*, *ivi*, 2020, n. 1; M. MAGNANI, *Al di là dei cicofattorini. Commento a Corte di Cassazione n. 1663/2020*, *ivi*, 2020, n. 1.

<sup>40</sup> In questo senso cfr. in dottrina A. MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni eteroorganizzate*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, n. 1, p. 80; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova 2013, p. 135.

c.c. è invece ravvisata in ciò che, mentre nel caso dell'art. 2 l'etero-organizzazione unilateralmente predisposta dal committente non comporta l'obbligo del lavoratore alla prestazione, ma quello, una volta accettata la chiamata, di conformarsi alle modalità della sua esecuzione secondo le puntuali indicazioni della piattaforma, nel secondo è imposto al lavoratore di rispettare i turni di lavoro e di mantener ferma la propria disponibilità, sottostando al potere gerarchico-disciplinare. In sostanza, come è stato puntualizzato, l'etero-organizzazione deve riguardare le circostanze estrinseche di esecuzione della prestazione, e non può spingersi fino al punto di attribuire alla piattaforma il potere di specificarne e modificarne il contenuto, attraverso cui si manifesta l'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro<sup>41</sup>. Ciò non toglie che, precisa la Corte, è sempre possibile provare in giudizio la sussistenza di «una vera e propria subordinazione», sulla base di un'indagine che tenga conto delle modalità effettive di svolgimento del rapporto, condotta secondo i consueti criteri elaborati dalla giurisprudenza, e che però produce «esiti talvolta difformi anche rispetto a prestazioni lavorative tipologicamente assimilabili, senza che su tali accertamenti di fatto possa estendersi il sindacato di legittimità». La precisazione spinge a ritenere che la Cassazione prediliga, quantomeno nei casi dubbi, l'applicazione dell'art. 2. Ed è un'osservazione non di poco conto, giacché la qualificazione del rapporto come etero-organizzato, a differenza di quanto previsto per quello subordinato (puro), consente ai contratti collettivi nazionali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di prevedere, in luogo dell'applicazione generalizzata della normativa in materia di rapporto di lavoro, «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze organizzative e produttive del relativo settore» (a prescindere dal ricorso ai contratti di cui all'art. 8 della legge 148 del 2001 sulla cui legittimità costituzionale, com'è noto, sono state avanzate fondate perplessità). È una flessibilità opportuna e condivisibile, che «sul piano pratico può orientare i sindacati tradizionali a dar vita a una contrattazione specializzata per i vari tipi di collaborazioni»<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> G. PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, p. 506; M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinazione nei recenti modelli di collaborazione lavorativo*, in *Id.*, *Diritto del lavoro*, cit., p. 649.

<sup>42</sup> T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, n. 2, p. 167; M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione*

## 6. *Dinamica della piattaforma, messa a disposizione della prestazione e subordinazione*

Se l'*actio finium regundorum* tra lavoro etero-organizzato e subordinato è individuata per la Cassazione nella formale messa a disposizione del lavoratore, non così secondo una sentenza del Tribunale di Palermo, che ha ritenuto la «libertà del *rider* [...] di scegliere se e quando lavorare [...] non [...] reale, ma solo apparente e fittizia», poiché la dinamica organizzativa governata dalla piattaforma sulla scorta di un algoritmo penalizza i lavoratori assenti o che non rispondono alla chiamata. Ed è interessante notare che il giudice ha fondato questo convincimento in adesione alla teoria della doppia alienità, interpretata nel senso che per qualificare la prestazione «assume rilievo non tanto lo svolgimento di fatto di un'attività connotata da elementi di subordinazione, quanto il tipo di interessi cui l'attività è funzionalizzata e il corrispondente assetto di situazioni giuridiche in cui è inserita». Cosicché la subordinazione del *rider* va riscontrata attraverso l'adattamento dei tradizionali indici presuntivi alla dinamica organizzativa governata dalla piattaforma<sup>43</sup>. Risulta pertanto depotenziato «il ruolo dell'eterodeterminazione in favore del criterio dell'etero-organizzazione»: il lavoratore, per svolgere la prestazione, deve accedere alla piattaforma, predisposta dal datore di lavoro nel proprio esclusivo interesse, e sottostare alle sue regole, che comportano valutazioni positive o negative; e queste ultime, poiché riducono le possibilità di lavorare a condizioni migliori, costituiscono una «sanzione disciplinare atipica».

La sentenza merita di essere segnalata per l'approccio funzionale all'interpretazione dell'art. 2094 c.c.<sup>44</sup>; e per «l'attenzione riservata

*e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 113 ss.

<sup>43</sup> Cfr. Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, in *G. dir.*, 2020, n. 48, p. 12, su cui, tra i tanti, v. M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders: Tribunale di Palermo, 24 novembre 2020*, in *Lab. Lav. Iss.*, 2021, p. 61 ss.; F. CARINCI, *L'ultima parola sui riders: sono lavoratori subordinati*, in *Lav. dir. Europa*, 2021, n. 1; G. CAVALLINI, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziacivile.com.*, 24 dicembre 2020; A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, nota a Trib. Palermo, 24 novembre 2020, in corso di pubblicazione su *Riv. giur. lav.*, 2021, n. 2.

<sup>44</sup> Sull'adattabilità dell'art. 2094 c.c. alle forme di «neo-taylorismo digitale» cfr. A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione*

alla comparazione in un settore caratterizzato dal livello multinazionale della piattaforma e dalla omogeneità delle condizioni di lavoro che la piattaforma riserva ai *riders* in diversi parti del mondo»<sup>45</sup>. In essa infatti sono attentamente analizzati – e portati a sostegno della tesi assunta – gli approdi cui sono pervenuti gli organi giurisdizionali di altri Paesi europei con ordinamenti di *civil law*, convergenti nel ritenere che il potere datoriale di emanare ordini e direttive, il controllo dell'esecuzione e la sanzione delle mancanze, si rinven-gono quando la piattaforma preveda la disconnessione temporanea dell'applicazione in caso di superamento di un certo numero di rifiuti della chiamata o nel caso di segnalazione di “comportamenti problematici”, che configura un sistema di *bonus/malus*, evocativo di un potere sanzionatorio in capo all'imprenditore<sup>46</sup>.

*collettiva nell'economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari 2019, p. 151. Cfr. inoltre L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità del punto di vista giuridico»*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 267/2015, p. 24, secondo cui la subordinazione va valutata nella concreta realtà organizzativa attraverso uno sforzo di applicazione funzionale.

<sup>45</sup> M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, cit., p. 13.

<sup>46</sup> Cour de Cassation, Chambre sociale, 4 marzo 2020, n. 374, su cui A. DONINI, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, 6, p. 1 ss.; ma cfr. anche la precedente sentenza della stessa Corte, 28 novembre 2018, n. 1737; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, 25 settembre 2020, n. 805, su cui G. PACELLA, *Il Tribunal Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei riders e anche sulla subordinazione del XXI secolo*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, 6, p. 14 ss.; Corte federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht - BAG*), 1° dicembre 2020 - 9AZR 102/20, il cui comunicato stampa, annotato da L. NOGLER è riportato in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, 4, p. 835 ss. *Contra* Trib. Milano, 10 settembre 2018, cit., secondo cui il sistema di attribuzione di punteggi «non dà luogo all'applicazione di sanzioni afflittive [...] ma solo ad una rimodulazione delle modalità di coordinamento in funzione dell'interesse del committente ad una più efficiente gestione dell'attività, che non mette comunque in discussione la libertà del prestatore di scegliere giorni e orari di lavoro, sia pure in un ventaglio di possibilità più limitato»; nello stesso senso Cour d'appel de Lyon, Chambre Sociale B, 15 gennaio 2021, per la quale le regole comportamentali sono imposte nel quadro di una buona relazione commerciale fra due parti e non differiscono da quelle che si applicano in altri tipi di relazioni contrattuali come per esempio nel contratto di *franchising*. In dottrina cfr. P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, cit., p. 91, il quale ritiene che l'assoggettamento al potere disciplinare è «di per sé compatibile anche con la struttura del rapporto di collaborazione autonoma continuativa, così come con quella di altri rapporti di durata». Sulla «problematicità della riconduzione dell'utilizzo di determinati strumenti», tra cui «le modalità di

La qualificazione come subordinato del rapporto dei *riders* è dunque tutta incentrata su sistemi di prenotazione (*slot*) contingentati, in cui le migliori occasioni sono collegate a valutazioni reputazionali elaborate dall'algoritmo sulla base di indici di affidabilità del lavoratore. Ma i più importanti operatori del settore (ad es. *Deliveroo* e *Just Eat*), tendono ad abbandonare questo modello organizzativo e introdurre (per ora in alcune zone) il c.d. *free login*, in cui non occorre la prenotazione anticipata della sessione e tutti i *riders* possono partecipare all'assegnazione dell'incarico<sup>47</sup>. L'intento è evidentemente quello di fermare le rivendicazioni fondate sul presupposto della natura subordinata dei rapporti di lavoro. Ma anche con questa modifica all'organizzazione del lavoro è impossibile sfuggire all'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. La nuova fattispecie infatti, nel testo emendato dalla novella del 2019, ha fatto proprio il criterio della doppia alienità nei termini espressi dalla Corte costituzionale nel 1996 e, conseguentemente, ha esteso l'integrale disciplina del lavoro subordinato a lavoratori la cui prestazione si svolga in condizioni di dipendenza economica quando i rapporti di collaborazione si concretino in prestazioni di lavoro continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente. È il caso dei *riders*, ma anche di altri tipi di collaborazione morfologicamente contigui al rapporto di lavoro subordinato.

L'obiettivo che si era prefisso Massimo può dunque dirsi raggiunto, sia pure attraverso la nuova fattispecie e non con l'invocata modifica manutentiva dell'art. 2094 c.c.<sup>48</sup>.

allocazione algoritmica del lavoro in funzione del *rating* e l'eventuale sospensione degli *account* [...], all'esercizio dei poteri datoriali piuttosto che alla mera organizzazione dell'attività economica», cfr. E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019, p. 81.

<sup>47</sup> A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, cit.

<sup>48</sup> Che invece potrebbe avere luogo in Spagna, giacché si vuole introdurre con decreto legge – e sulla base di un accordo trilaterale – una «disposizione addizionale» all'art. 1 dello Estatuto de los Trabajadores, che stabilisce una presunzione di subordinazione per le «attività di persone che prestano servizi retribuiti consistenti nella consegna o distribuzione di qualsiasi prodotto di consumo o merce, da parte di datori di lavoro che esercitano i poteri di organizzazione, gestione e controllo aziendale direttamente, indirettamente o implicitamente mediante la gestione algoritmica del servizio o delle condizioni di lavoro, attraverso una piattaforma digitale». Cfr. A. BAYLOS GRAU, *Spagna: l'accordo sociale sulla "legge riders"*, in *transformitalia.it*, 17 marzo 2021.



STEFANO GIUBBONI

## I *riders* delle piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I *riders* come lavoratori autonomi. – 3. I *riders* come collaboratori etero-organizzati. – 4. I *riders* come lavoratori subordinati. – 5. Conclusioni.

### 1. Premessa

Massimo Roccella è stato tra i più convinti e autorevoli sostenitori della teoria della subordinazione come «doppia alienità»<sup>1</sup>, consacrata nella giurisprudenza costituzionale dalla notissima sentenza n. 30/1996, redatta da Luigi Mengoni, che vi trasfuse l'icastica formulazione enunciata molti anni addietro nelle sue lezioni sul contratto di lavoro<sup>2</sup>. A quella teoria, poco frequentata dai giudici del lavoro e certamente minoritaria in Cassazione<sup>3</sup>, Roccella attribuiva giustamente, insieme alla indubbia forza definitiva, la capacità di

<sup>1</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 65/2008; ID., *Spigolature in tema di subordinazione: lo strano caso del signor B*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 131; ID., *Manuale di diritto del lavoro*, Torino 2013 (quinta edizione a cura di D. GOTTARDI e F. GUARRIELLO), p. 48 ss.

<sup>2</sup> L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa* (1971), ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano 2004, p. 3 ss., spec. p. 34. Ma una prima formulazione si deve a U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano 1967, p. 193 ss. (cui *adde* la successiva adesione di G. GHEZZI, *Contratto di agenzia*, Bologna-Roma 1974, p. 104 ss.).

<sup>3</sup> È da ultimo M. PALLINI, *La subordinazione è morta! Lunga vita alla subordinazione!*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 79 ss., a individuare nel «conservatorismo che ha caratterizzato la nostra giurisprudenza» (p. 81) la ragione – anzitutto culturale – che ha impedito di valorizzare «una nozione di subordinazione che declina i caratteri della direzione e della dipendenza in termini squisitamente organizzativi» (p. 85).



adattare la fattispecie della subordinazione alle nuove tendenze del mercato del lavoro, tenendone in vita una collocazione baricentrica utile a contrastare dinamiche centrifughe e prassi fraudolente. Rimproverando alla dottrina e alla giurisprudenza dominante «amnesie» e «rimozioni»<sup>4</sup>, egli stigmatizzava lo scollamento dalla realtà materiale di una definizione di «subordinazione giuridica»<sup>5</sup> schiacciata su una nozione indebitamente restrittiva di etero-direzione *stricto sensu*.

È sintomatico che alla concezione della doppia alienità si sia ora richiamata – pur nell’ambito di una motivazione eclettica, in cui si rintracciano anche enunciazioni piuttosto tradizionali sulla rilevanza qualificatoria del potere direttivo – la sentenza con cui il Tribunale di Palermo ha accertato, per la prima volta in Italia, l’esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra una nota piattaforma digitale e un suo *rider*<sup>6</sup>. La vicenda dei *riders* delle piattaforme digitali si conferma così emblematica delle questioni – teoriche, pratiche, e politiche – che da molti anni si affollano intorno al concetto fondativo del diritto del lavoro, visto che sembra racchiudere in sé tutti i principali temi di discussione. Tale vicenda è divenuta infatti emblematica sia sul versante legislativo, perché è da essa che il legislatore, con la l. n. 128/2019, ha tratto spunto per novellare l’art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 (oltre che per dettare una disciplina *ad hoc* a tutela dei ciclo-fattorini, con il nuovo capo V-bis del decreto), sia su quello giurisprudenziale, dove – dopo la pronuncia del giudice palermitano – si è compiutamente dipanata la dialettica tra le diverse opzioni ricostruttive in campo.

<sup>4</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato*, cit., p. 35.

<sup>5</sup> Non sfuggiva alla critica l’uso stesso del sintagma: «Va osservato al riguardo, solo per spiegarsi con un esempio, che a nessun civilista verrebbe in mente di sostenere l’esistenza di una “compravendita giuridica”, lasciando implicitamente intendere che essa non coincida con la realtà materiale sottostante: a nessun civilista, in altre parole, verrebbe fatto di pensare che la fattispecie definitoria di cui all’art. 1470 c.c. non costituisca la formalizzazione in termini giuridici del fenomeno economico dello scambio di cosa contro prezzo. Nel diritto del lavoro, non solo da noi, si è invece voluto dare credito a questa strana sorta di sdoppiamento concettuale, in forza del quale il lavoro subordinato (per quanto ci riguarda la figura disegnata dall’art. 2094 c.c.) sarebbe soltanto quello sottoposto a penetrante eterodirezione, dovendosi ravvisare in questo stato di assoggettamento personale (appunto la “subordinazione giuridica” o tecnico-funzionale che dir si voglia) la *ratio* delle tutele riconosciute dall’ordinamento»; M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 33 ss.

<sup>6</sup> Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, su cui v., *ex multis*, M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell’esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 63.

Il legislatore, in particolare con l'innovativa scelta di estendere alle collaborazioni etero-organizzate lo statuto protettivo del lavoro subordinato, ha seguito un percorso diverso da quello suggerito da Roccella, che faceva leva sul superamento della lettura restrittiva tradizionale dell'art. 2094 c.c. per «colmare la frattura tra norma giuridica e realtà sociale indotta dagli schemi valutativi propri dell'ortodossia dominante»<sup>7</sup>. E tuttavia, come dimostra la sentenza siciliana, la rilevanza della sua lezione – con l'invito a non isolare la nozione di subordinazione dalla sottostante realtà materiale – resta intatta, e del resto lo stesso legislatore ha dovuto percorrere vie «eterodosse» nel tentativo di ricomporre, almeno in parte, quella frattura.

## 2. I riders come lavoratori autonomi

Sollecitato dalla rapida diffusione del fenomeno e dai rischi connessi all'assenza di un'adeguata regolazione, il legislatore è come noto intervenuto per dettare una serie di regole minime di tutela in favore dei *riders* delle piattaforme digitali. La l. n. 128/2019 si muove, a tal fine, in due direzioni tra di loro complementari: da un lato, modificando in senso estensivo (con una riformulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015) la nozione di collaborazione etero-organizzata dal committente, cui è applicabile – per intero – l'apparato protettivo del lavoro subordinato (salva la diversa disciplina della contrattazione collettiva)<sup>8</sup>; dall'altro, disegnando (con l'introduzione di un nuovo capo *V-bis*) una specifica disciplina, di natura residuale e (in parte) suppletiva, a favore dei «lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui

<sup>7</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato*, cit., p. 37.

<sup>8</sup> Come fa notare M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 19 gennaio 2021, p. 4, la *disciplina specifica* di cui parla la lett. a del secondo comma dell'art. 2, d.lgs. n. 81/2015, è altra cosa dalla «deroga alle regole fondamentali di tutela dei lavoratori subordinati, che [...] restano inderogabili anche per la contrattazione (qualificata) che dovrebbe intervenire per dettare regole adeguate alle specificità dell'organizzazione e delle prestazioni dei lavoratori delle piattaforme», non essendovi «spazio per un'interpretazione che consenta alla contrattazione collettiva di travolgere l'intento protettivo e antielusivo espresso dal legislatore nel comma 1 dello stesso art. 2».

al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali» (art. 47-*bis*).

Con la riformulazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 il campo di applicazione delle collaborazioni coordinate e continuative, di carattere prevalentemente personale, sottratte alla disciplina del lavoro subordinato in virtù dell'art. 409, n. 3, c.p.c., è destinato a subire un ulteriore e forse definitivo assottigliamento, per la simmetrica espansione della nozione di collaborazione etero-organizzata dal committente. Oggi, infatti, per effetto della nuova previsione di legge, la etero-organizzazione (con il conseguente effetto estensivo dell'intera disciplina del lavoro subordinato) ricorre anche in presenza di una collaborazione coordinata e continuativa solo "prevalentemente" – e non più, come prima, "esclusivamente" – personale, ed a prescindere dal fatto che essa si attui «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», come invece esigeva la vecchia formulazione, ora soppressa.

In ciò, peraltro, la l. n. 128/2019 asseconda una linea già emersa, sia pure non senza contrasti, nella prima giurisprudenza di merito sui *riders* delle piattaforme digitali, ed in particolare nella nota sentenza della Corte di appello di Torino sul caso *Foodora*<sup>9</sup>, che, come ricorderemo meglio più avanti, seppure con un'erronea amputazione delle tutele applicabili, aveva ricondotto il rapporto in questione alla previsione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015. L'intervento estensivo della l. n. 128/2019 contribuisce, in tal modo, a fare chiarezza sui due aspetti più dibattuti di tale previsione: da un lato, ribadendo che si è in presenza di una norma che, non incidendo sulla fattispecie definita dall'art. 2094 c.c., estende tuttavia a collaborazioni che, pur etero-organizzate, restano di natura autonoma, l'apparato protettivo della subordinazione; dall'altro, dissipando ogni equivoco sul fatto che si tratta di una norma sostanziale di tutela – e non già di una «norma apparente», come era stato sostenuto in dottrina<sup>10</sup> –, visto che produce il relevantissimo effetto di imputare ai rapporti cui si riferisce (salvo il potere di intervento vincolato attribuito alla contrattazione collettiva) l'intera disciplina protettiva applicabile ai lavoratori subordinati.

<sup>9</sup> Trattasi della sentenza App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, pubblicata e commentata in molte sedi, tra le quali *Lav. dir. Europa*, n. 1/2019, con nota di R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello di Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*.

<sup>10</sup> P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1117.

La legge assicura inoltre una tutela minima di *default* ai *riders* che, non potendo essere qualificati come lavoratori subordinati, e non rientrando neppure nella sfera delle collaborazioni organizzate dal committente ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, rientrano nel perimetro delle ipotesi delineate dal nuovo capo *V-bis* del decreto. Le tutele introdotte con il capo *V-bis* del d.lgs. n. 81/2015 hanno dunque essenzialmente lo scopo di colmare le lacune di protezione derivanti dalla eventuale inapplicabilità dell'art. 2, e per questo si rivolgono, in via residuale, ai ciclo-fattorini che svolgano occasionalmente e in forma del tutto autonoma l'attività di consegna di beni per conto altrui.

La ragione della residualità della tutela prevista dal capo *V-bis* del d.lgs. n. 81/2015 si coglie agevolmente in ciò, che ampliando lo spettro applicativo dell'art. 2 il legislatore esclude, al contempo, almeno in linea di principio, che i *riders* possano intrattenere con la piattaforma forme di collaborazione continuativa riconducibili allo schema dell'art. 409, n. 3, c.p.c., visto che, ai sensi dell'art. 47-*bis*, comma 2, «le modalità di esecuzione della prestazione sono unilateralmente determinate dal committente (così come unilaterale è la fissazione del compenso)»<sup>11</sup>. Ne consegue che i *riders*, che risultano per così dire *naturaliter* etero-organizzati dalla piattaforma, saranno di regola destinatari delle tutele derivanti dall'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, salvo che non rientrino, per l'appunto in via residuale, nel campo applicativo del capo *V-bis* del decreto in considerazione della occasionalità della loro prestazione autonoma<sup>12</sup>.

La tutela più significativa dei *riders* autonomi (occasionalmente) è senz'altro quella garantita dall'art. 47-*quater*, alla cui stregua 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. In difetto di previsioni collettive che assicurino una tale garanzia, i *riders* autonomi non potranno

<sup>11</sup> M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 3 ss., qui p. 12.

<sup>12</sup> È dunque il carattere occasionale della prestazione (normalmente etero-organizzata) del *rider* a impedire l'applicazione dell'art. 2 del decreto, rendendo di converso applicabili le previsioni del capo *V-bis*: v. sempre M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider*, cit., p. 5. Ciò, beninteso, sul presupposto che si resti entro i confini della etero-organizzazione e che non si tratti – come invece accertato dal giudice palermitano – di prestazioni di lavoro subordinato.

essere retribuiti a cottimo, cioè in base alle consegne effettuate, e ai medesimi lavoratori dovrà essere garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (ovvero dal contratto della logistica). Avremo modo di accennare più avanti come debba essere intesa questa previsione di tutela, alla cui disattivazione risulta evidentemente preordinata la spregiudicata e discussa operazione della stipula del primo contratto collettivo nazionale di settore da parte di *Assodelivery* e Ugl<sup>13</sup>.

L'art. 47-*quater* del d.lgs. n. 81/2015 riconosce comunque ai *riders* autonomi (occasionalmente) un'indennità integrativa non inferiore al 10 per cento per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni meteorologiche sfavorevoli, determinata sempre dai detti contratti collettivi o, in difetto, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

La l. n. 128/2019 completa l'apparato protettivo dei *riders* autonomi con tutele essenziali sul piano assicurativo-sociale: il nuovo art. 47-*septies* estende infatti a tali lavoratori la copertura dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. La formulazione della disposizione è particolarmente incisiva, in quanto stabilisce che «i prestatori di lavoro di cui al presente capo sono *comunque* soggetti alla copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali prevista dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124»; dovendosi dunque intendere che l'obbligo assicurativo, gravante sulla piattaforma committente, sussista sempre, a prescindere dalle condizioni e dai limiti previsti dagli articoli 1 e 4 del citato testo unico, nei medesimi termini validi per i lavoratori subordinati.

Ma assai significative sono anche le norme in tema di tutela antidiscriminatoria, sulla forma del contratto (e più in generale sulla trasparenza e completezza delle informazioni sui termini del rapporto di lavoro) e sulla protezione dei dati personali, con generale richiamo della disciplina europea e nazionale sulla *privacy*. L'art. 47-*quinquies* si spinge, anzi, oltre la tradizionale tecnica estensiva

<sup>13</sup> Sul quale v. sin d'ora le puntuali osservazioni critiche di F. MARTELLONI, *CCNL Assodelivery Ugl: una buca sulla strada dei diritti dei rider*, in *Quest. giust.*, 20 ottobre 2020, e di G. ORLANDINI, *Altolà del Ministero del Lavoro al CCNL pirata Assodelivery-Ugl*, in *Boll. Centro Studi Diritti e Lavoro*, n. 6/2020, p. 4.

dei divieti di discriminazione a forme di lavoro autonomo, quali sono quelle regolate dal capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015, giacché prescrive che ai lavoratori di cui all'art. 47-*bis* si applichino – per intero – la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma; con un accenno – forse debole, ma nondimeno significativo – alla tutela (che può essere sicuramente risarcitoria ma, se del caso, anche ripristinatoria) contro l'illegittima esclusione del prestatore dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione.

La rilevanza della tutela antidiscriminatoria in questo contesto, letteralmente dominato dallo strapotere negoziale delle piattaforme, è stata appena saggiata dal provvedimento con cui il Tribunale di Bologna<sup>14</sup> ha ordinato ad una nota società di *food delivery* di cessare la prassi aziendale «di penalizzare, nella “statistica”, o *ranking reputazionale* (per brevità possiamo dire “punteggio”) elaborato dall'algoritmo, i *rider* in caso di cancellazione o annullamento della prenotazione di una sessione di lavoro (*slot*, in gergo) con un preavviso inferiore a 24 ore (c.d. *late cancellation*), senza considerare la ragione che ha dato luogo alla cancellazione della sessione prenotata»<sup>15</sup> (includendovi dunque indifferenziatamente anche le assenze motivate dall'adesione a uno sciopero).

Ancorché la legge abbia opportunamente steso – in «una pro-

<sup>14</sup> Trib. Bologna, 31 dicembre 2020 (si tratta di ordinanza emanata su ricorso per discriminazione collettiva presentato da Filcams Cgil, Nidil Cgil, Filt Cgil contro *Deliveroo Italia* ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs., n. 216/2003 nelle forme processuali dell'art. 28, d.lgs. n. 150/2011).

<sup>15</sup> M.V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider*, cit., p. 1. È interessante sottolineare come il giudice possa dare agevolmente per acquisita l'applicabilità della tutela contro le discriminazioni collettive ai *rider*, «limitandosi a richiamare: da un lato, la sentenza n. 1663/2020 della Cassazione, che riconduce i rapporti di lavoro dei *rider* nell'ambito delle collaborazioni etero-organizzate, applicando loro, ai sensi dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, la disciplina del lavoro subordinato; d'altro lato, l'art. 47-*quinquies* d.lgs. n. 81/2015, che estende ai *rider* autonomi la tutela antidiscriminatoria» (ID., *o.u.c.*, p. 3). La superfluità, *in casu*, dell'accertamento in ordine alla natura del rapporto (se subordinato, etero-organizzato o autonomo) è dovuta, tuttavia, alla trasversalità della tutela invocata, che è in effetti a tratto universale e prescinde, per espressa scelta del legislatore, «dalla *vexata quaestio* della qualificazione del rapporto di lavoro dei *rider* in termini di subordinazione o autonomia» (ID., *o.l.u.c.*). Ma la ineludibilità della questione qualificatoria è destinata a riemergere non appena ci si allontani dallo “zoccolo” comune delle tutele antidiscriminatorie per entrare nella sfera delle tutele sostanziali specifiche riconosciute ai soli lavoratori subordinati (o, per estensione, ai collaboratori continuativi etero-organizzati).

spettiva c.d. rimediale»<sup>16</sup> – una rete protettiva minima in favore dei ciclo-fattorini autonomi (occasionalisti), la questione qualificatoria resta nondimeno centrale, come testimoniano i tormenti della giurisprudenza e le stesse discusse vicende della contrattazione collettiva.

### 3. *I riders come collaboratori etero-organizzati*

Con l'importante sentenza del 24 gennaio 2020, n. 1663, la Corte di cassazione si è per la prima volta pronunciata sulla natura del rapporto di lavoro dei *riders* di *Foodora* e sulla disciplina protettiva ad essi applicabile, parzialmente confermando le conclusioni cui erano giunti i giudici d'appello torinesi<sup>17</sup>.

Come rammenta la Cassazione nella parte motiva della sua pronuncia, la Corte di appello di Torino – sul presupposto che l'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 avesse «introdotto un *tertium genus*, avente caratteristiche tanto del lavoro subordinato quanto di quello autonomo, ma contraddistinto da una propria identità, sia a livello morfologico, che funzionale e regolamentare» – aveva tratto da tale inquadramento la conseguenza che si dovesse fare «applicazione delle tutele del lavoro subordinato al rapporto di collaborazione dei *riders*». Tuttavia, la Corte territoriale non aveva ritenuto «praticabile un'estensione generalizzata dello statuto della subordinazione», avendo optato per «un'applicazione selettiva delle disposizioni per essa improntate, limitata alle norme riguardanti la sicurezza e l'igiene, la retribuzione diretta e differita (quindi relativa all'inquadramento professionale), i limiti di orario, le ferie e la previdenza ma non le norme sul licenziamento» (così al punto 13 della motivazione).

La Corte di cassazione ha corretto – in parte – entrambe le statuizioni.

Quanto al presupposto qualificatorio, la Cassazione ha infatti giustamente escluso che si sia in presenza di un *tertium genus*, inter-

<sup>16</sup> M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione*, cit., p. 8. Per tale prospettiva cfr. principalmente T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 367. Per una riconsiderazione critica dei termini del dibattito in tema v. ora A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino 2021, spec. cap. terzo.

<sup>17</sup> La sentenza della Suprema Corte ha ricevuto numerosi commenti, suscitando un ampio dibattito dottrinale. Non c'è qui evidentemente lo spazio per darne conto in modo compiuto, come fa M. BARBIERI, *Il luminoso futuro*, cit., p. 67 (spec. alla nota 9), cui si rinvia per completi riferimenti.

medio e distinto dal lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) e da quello autonomo (art. 2222 c.c.). Più semplicemente – e pragmaticamente –, come chiarisce la Corte, «al verificarsi delle caratteristiche delle collaborazioni individuate dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015, la legge ricollega imperativamente l'applicazione della disciplina della subordinazione» (punto 39 della motivazione).

Si tratta, infatti, (solo) «di una norma di disciplina, che non crea una nuova fattispecie» (così al successivo punto 40). Ne consegue, allora, che «in una prospettiva così delimitata non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina» (sempre in motivazione, al punto 25).

Nondimeno, proprio perché si è in presenza di una norma di disciplina, che non individua un tipo intermedio tra lavoro subordinato e autonomo, occorre anche coerentemente escludere che il legislatore abbia ridefinito le fattispecie di riferimento (di cui rispettivamente agli artt. 2094 e 2222 c.c.), che pertanto continuano a fissare – immutate – i confini che separano i due poli della subordinazione e dell'autonomia. E, da un punto di vista tipologico, i rapporti aventi le caratteristiche individuate dall'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 appartengono – come appare ancora più chiaro all'esito della modifica introdotta dalla l. n. 128/2019 – all'area delle collaborazioni di natura autonoma, che (ancorché etero-organizzate dal committente) non sono, tuttavia, propriamente assoggettate al potere direttivo e conformativo di quest'ultimo (non ricadendo, di conseguenza, nella diretta sfera applicativa dell'art. 2094 c.c.). L'accertamento della natura autonoma o subordinata del rapporto in presenza di tali caratteristiche diviene dunque superfluo (ove naturalmente non sia domandato in giudizio dalla parte), solo perché è lo stesso legislatore ad esigere imperativamente l'applicazione della disciplina propria del lavoro subordinato a fattispecie che – rimanendo autonome – gravitano tuttavia al confine con la subordinazione e per questo sono ritenute meritevoli di essere assoggettate al relativo statuto protettivo.

Anche quanto al secondo – e concretamente più rilevante – profilo, ovvero alla questione della disciplina applicabile a tali rapporti, la Cassazione ha inteso correggere, sia pure in parte, le conclusioni cui erano pervenuti i giudici d'appello torinesi. Mentre questi ultimi



avevano infatti ritenuto di dover escludere l'applicazione delle tutele contro il licenziamento, la Corte di cassazione – nonostante la specifica questione non fosse stata oggetto di impugnazione incidentale da parte dei lavoratori e quindi, tecnicamente, non fosse oggetto del giudizio ad essa devoluto – ha voluto precisare che, «quando l'etero-organizzazione, accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato» (punto 26 della motivazione).

Si tratta, infatti, come precisa ulteriormente la Corte, «di una scelta di politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di “debolezza” economica, operanti in una “zona grigia” tra autonomia e subordinazione, ma considerati comunque meritevoli di tutela omogenea» (punto 27 della motivazione). E del resto «la norma non contiene alcun criterio idoneo a selezionare la disciplina applicabile, che non potrebbe essere affidata *ex post* alla variabile interpretazione dei singoli giudici» (così il successivo punto 40), onde deve essere assicurato a tali lavoratori l'intero statuto protettivo del lavoro subordinato, senza limitazioni di sorta (e certamente ricomprendendovi le tutele contro il licenziamento illegittimo).

La scelta del legislatore è dunque netta ed è nel senso della integrale estensione della disciplina protettiva del lavoro subordinato ai rapporti di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, con le sole eccezioni consentite dal secondo comma di tale disposizione. È vero, infatti, che la Corte, in un passaggio della motivazione (al punto 41), ammette 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 c.c.», aprendo così ad un *test* di compatibilità circa l'applicabilità di segmenti di quella disciplina apparentemente affidato al singolo giudice<sup>18</sup>. Sennonché l'*obiter* non contraddice quanto la Corte ha chiaramente statuito appena

<sup>18</sup> È A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 146 ss., spec. p. 151, a valorizzare tale passaggio della motivazione per dedurne un'applicabilità limitata della disciplina del lavoro subordinato e in particolare per escludere che trovi applicazione la tutela contro il licenziamento illegittimo. Ma, come si sta per dire nel testo, si tratta

sopra, intendendo evidentemente alludere alla (ovvia) circostanza che, non trattandosi per definizione di rapporti di lavoro subordinato, non sarà mai possibile l'applicazione della disciplina relativa ai poteri di direzione e conformazione che sono propri del datore di lavoro (artt. 2103-2106 c.c.), anche perché – ove si accertasse in concreto l'esercizio di siffatti poteri – si ricadrebbe direttamente nell'orbita applicativa dell'art. 2094 c.c., fuoriuscendosi da quella dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

#### 4. I riders come lavoratori subordinati

Nel pieno delle polemiche suscitate dalla stipula del controverso contratto collettivo tra *Assodelivery* e Ugl, è toccato da ultimo al Tribunale di Palermo fare irruzione sulla agitata scena delle tutele da garantire ai *riders* delle piattaforme digitali con la sentenza con cui, per la prima volta, viene accertata nel nostro Paese la natura subordinata *ex art.* 2094 c.c. dell'attività prestata da un ciclo-fattorino impiegato da una importante società del settore<sup>19</sup>.

Il cuore della motivazione della sentenza palermitana, come già delle precedenti pronunce di merito, attiene alla «questione fondamentale [...] se il grado di autonomia dei lavoratori nello stabilire non solo l'*an* della prestazione, ma anche il *quando*, sia determinante ai fini qualificatori, a tal punto da escludere che essi siano lavoratori subordinati». Ma mentre per i giudici di Torino la libertà di cui hanno apparentemente goduto i «fattorini digitali» di decidere se e quando lavorare avrebbe compromesso, «*ab origine*, l'esercizio da parte dell'azienda del potere direttivo e disciplinare, giacché l'ipotesi di accertare il vincolo di subordinazione tra le parti verrebbe completamente svuotata di contenuto a monte, ossia semplicemente guardando alla fase genetica del rapporto», la risposta fornita dal Tribunale di Palermo si muove nella direzione esattamente opposta, sulla base di una valutazione complessiva delle effettive modalità di svolgimento della prestazione.

Ed infatti, secondo il giudice siciliano, una valutazione de-contestualizzata e isolata della sola fase genetica del rapporto non terrebbe adeguatamente conto della pervasiva presa gerarchico-disciplinare

di illazione non condivisibile, e del resto esplicitamente smentita dalla stessa Corte in altri punti della parte motiva della sentenza.

<sup>19</sup> *Supra*, nota 6.

esercitata dal modello organizzativo adottato dalla piattaforma, che pur spiegando interamente il suo capillare potenziale di controllo algoritmico nella fase esecutiva della prestazione (assoggetta in effetti ad un livello di etero-direzione paragonabile per intensità solo a quello delle catene di montaggio), è tuttavia tale da retroagire anche sul segmento iniziale e financo sui momenti preparatori e prodromici della prestazione del ciclo-fattorino, annullando, in pratica, ogni effettiva libertà di scelta del lavoratore. Ed è soprattutto nel motivare le ragioni di una tale valutazione sincretica e globale delle modalità determinative della prestazione, necessaria evidentemente ad orientare il concreto apprezzamento della reale autonomia del prestatore, che il Tribunale di Palermo si giova del richiamo di significative decisioni di giudici stranieri, ed in particolare di una importante sentenza della Suprema Corte spagnola<sup>20</sup>.

Ma non meno rilevante, nel percorso argomentativo del giudice del lavoro di Palermo, si rivela il richiamo di una recente decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>21</sup>, che pure considera decisivo, sul piano qualificatorio, l'accertamento in concreto di una effettiva libertà di scelta del lavoratore in ordine all'accettazione «dei compiti offerti dal suo presunto datore di lavoro». Solo ove eserciti un effettivo «potere discrezionale» di scelta, non condizionato sul piano dello svolgimento della relazione contrattuale da effetti pregiudizievoli (sulle stesse future occasioni di lavoro o sulle opportunità di remunerazione) unilateralmente determinati dal gestore della piattaforma, il prestatore potrà dirsi titolare di quella libertà di auto-organizzazione della propria opera, che costituisce – anche ai sensi degli artt. 2222 c.c. e 409, n. 3, c.p.c. – l'essenza del lavoro autonomo.

Ma, come già ricordato, la sentenza palermitana si lascia apprezzare soprattutto laddove – per corroborare gli esiti qualificatori del proprio accertamento – fa riferimento alla elaborazione teorica della subordinazione come «doppia alienità» (rispetto al risultato e alla organizzazione produttiva), fatta propria dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 30/1996 e considerata da Massimo Roccella come il punto di ancoraggio di qualunque strategia di resistenza contro i fenomeni di fuga dal diritto del lavoro<sup>22</sup>. Non meno si-

<sup>20</sup> Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 25 settembre 2020, n. 805.

<sup>21</sup> Trattasi dell'ordinanza Corte giust., 22 aprile 2020, C-692/19, *B. vs Yodel Delivery Network*.

<sup>22</sup> *Supra*, nota 1.

gnificativo è, d'altra parte, il richiamo di quel filone, pur minoritario, della giurisprudenza della Cassazione disponibile ad accogliere una nozione di etero-direzione "attenuata", in quanto idonea ad abbracciare situazioni nelle quali manchi un esercizio continuativo e puntuale del potere direttivo (benché la stessa sentenza ravvisi proprio nel pervasivo controllo algoritmico della prestazione un tratto distintivo del lavoro subordinato tramite piattaforma digitale).

Se l'orientamento interpretativo accolto dal giudice del lavoro di Palermo dovesse consolidarsi ed estendersi, le implicazioni che ne dovremmo trarre – anche in termini di politica del diritto – sarebbero indubbiamente considerevoli. Il legislatore si è infatti sinora mosso sul presupposto che l'attività dei ciclo-fattorini debba essere inquadrata nel lavoro autonomo, sia pure etero-organizzato (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015), concedendo per questo spazi di deroga all'autonomia collettiva. La speciale disciplina di settore introdotta dalla l. n. 128/2019, mediante l'inserimento di un apposito capo *V-bis* nel d.lgs. n. 81/2015, è anzi stata pensata sul presupposto della rintracciabilità di situazioni di autonomia, connotate dal requisito della occasionalità, nello svolgimento della prestazione dei ciclo-fattorini, e per questo, come si è rammentato sopra, è stata concepita in termini residuali rispetto alla disciplina della etero-organizzazione e suppletivi rispetto alle regole introdotte dalla contrattazione collettiva.

Il citato contratto collettivo stipulato da *Assodelivery* e Ugl poggia evidentemente su questo presupposto ed è infatti diretto a sfruttare – invero con notevole spregiudicatezza – tutti i margini di deroga consentiti dalla legge. Il contratto collettivo stipulato il 15 settembre 2020 da *Assodelivery* e Ugl – subito contestato da Cgil, Cisl e Uil, oltre che dalle rappresentanze sindacali di base dei *riders* partecipanti al tavolo di confronto aperto dal Ministro del lavoro (e oggetto, peraltro, come rammenteremo tra poco, di una serie di rilievi critici anche da parte dell'Ufficio legislativo del Ministero) – contiene, infatti, regole minime, in particolare in tema di compenso, che sono deliberatamente preordinate a metter fuori gioco le tutele legali previste, per i *riders* autonomi, dal capo *V-bis* del d.lgs. n. 81/2015 e segnatamente dal secondo comma del suo art. 47-*quater* (che, nel vietare il cottimo puro, impone un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari dei contratti collettivi nazionali di settori affini, ovvero, in pratica, della logistica). Tale contratto presuppone, quindi, che l'attività dei ciclo-fattorini sia inquadrata nell'ambito dell'autonomia.

L'idoneità di quel contratto collettivo a derogare alle norme di

legge (in particolare alle tutele minime previste dall'art. 47-*quater* del d.lgs. n. 81/2015) è stata peraltro subito contestata. Come ha puntualmente rilevato l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro con la circolare n. 17 del 19 novembre 2020, difettano, infatti, nei soggetti stipulanti, i requisiti di legittimazione prescritti dalla legge: da un lato, in quanto deve trattarsi di una pluralità di agenti negoziali e, dall'altro, in quanto le stesse parti debbono comunque poter vantare (e dimostrare) una maggiore rappresentatività comparata all'interno della categoria produttiva di riferimento. Ma nella specie risulta controvertibile anche l'idoneità oggettiva di tale disciplina collettiva a derogare alle tutele legali, visto che – come ha sempre precisato la circolare n. 17/2020 – «deve ritenersi che all'interno della delega alla contrattazione collettiva non rientri la facoltà di fissare il compenso del *rider* autonomo facendo esclusivamente riferimento al sistema del cottimo (c.d. “puro” o “integrale”)» (mentre l'accordo stipulato da *Assodelivery* e Ugl, al di là di qualche ambiguità terminologica, introduce un meccanismo di remunerazione basato soltanto sulle consegne effettuate e non sul tempo di lavoro).

Se dunque l'accordo collettivo in questione è già oggi di controversa legittimità (nel senso che ne è discussa la idoneità a superare le previsioni dettate dal d.lgs. n. 81/2015 con l'art. 2 e le disposizioni del capo V-*bis*), è indubitabile come esso verrebbe completamente spiazzato ove dovesse affermarsi l'orientamento qualificatorio accolto dal Tribunale di Palermo, visto che ad essere travolto – in tal caso – risulterebbe il presupposto stesso dell'accordo, ovvero l'inquadramento nel campo dell'autonomia delle prestazioni di lavoro dei *riders* delle piattaforme digitali. Le implicazioni di questa sentenza sono, quindi, almeno potenzialmente, considerevoli.

## 5. Conclusioni

La scelta del legislatore del *Jobs Act*, come confermata ed anzi rafforzata da quello della l. n. 128/2019, è indubbiamente innovativa, non solo rispetto alle tradizionali linee di politica legislativa perseguite nel nostro Paese, ma anche rispetto a quanto emerge sul piano della comparazione giuridica. La decisione di estendere a talune categorie di rapporti etero-organizzati, ma di natura autonoma, l'intero statuto protettivo del lavoro subordinato, trovando sicuramente giustificazione nell'art. 35 cost., supera infatti l'approccio selettivo sino ad allora seguito dal legislatore italiano (ad esempio con la disciplina del lavoro a progetto, coerentemente abrogata dal

d.lgs. n. 81/2015) ed appare originale anche sul piano comparato, dove prevalgono senz'altro le opzioni selettive e modulari.

Il legislatore italiano, peraltro, con la l. n. 128/2019, nell'introdurre uno specifico statuto protettivo in favore dei *riders* autonomi delle piattaforme digitali (che prestino occasionalmente la loro opera e non ricadano, quindi, nell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015), ha seguito anche tale ultimo approccio. Si tratta di una scelta sicuramente opportuna, in quanto diretta ad assicurare tutele minime nelle ipotesi in cui non sia possibile invocare la disciplina dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 (o senz'altro il "mantello protettivo" dell'art. 2094 c.c.).

Tuttavia, la sentenza del Tribunale di Palermo ci ricorda che, di fronte alla variabilità morfologica in cui può essere svolto il lavoro tramite piattaforma, il problema qualificatorio rimane aperto e che la nozione di subordinazione – anche grazie alla capacità adattiva ed evolutiva del criterio della etero-direzione "attenuata"<sup>23</sup> (e ancor più nella prospettiva, sostenuta da Massimo Roccella, della valorizzazione del criterio della dipendenza come «doppia alienità»)<sup>24</sup> – può ancora esercitare una notevole forza attrattiva.

L'ordinamento italiano ha dunque reagito alla «crisi della subordinazione», e a ciò che Guy Davidov ha chiamato lo spiazzamento funzionale del diritto del lavoro, dovuto alla «*coverage crisis*»<sup>25</sup>, in due direzioni che ci appaiono tra di loro complementari.

Da una parte, ha proseguito lungo quella linea – da più tempo coltivata – di articolazione della nozione di subordinazione e, più

<sup>23</sup> Ove siamo, in sostanza, «di fronte a quella "subordinazione attenuata" che valorizza la presenza della dipendenza e dell'alienità nell'integrazione del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa»: M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione*, cit., p. 12. In termini analoghi anche M. PALLINI, *La subordinazione*, cit., p. 85, sia pure nel contesto di una diversa interpretazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 in rapporto all'art. 2094 c.c.

<sup>24</sup> Cioè valorizzando, come scriveva M. ROCCELLA, *Manuale*, cit., p. 51, una nozione «dietro la quale si può agevolmente scorgere [...] l'idea di lavoro "alle dipendenze", [che] coincide con una condizione di doppia alienità del lavoratore: essa si verifica [...] quando la prestazione lavorativa è destinata a svolgersi nel contesto di un'organizzazione produttiva altrui e in vista di un risultato di cui il titolare dell'organizzazione (e dei mezzi di produzione) è immediatamente legittimato ad appropriarsi».

<sup>25</sup> G. DAVIDOV, *Setting Labour Law's Coverage: Between Universalism and Selectivity*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano 2018, p. 49 ss., qui p. 53. E v. *amplius* ID., *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford 2016, p. 116 ss.

propriamente, di de-standardizzazione della disciplina del lavoro subordinato, che, oltre ad assecondare istanze di flessibilità regolativa, risponde a esigenze di governo della crescente complessità e diversificazione dei modi stessi di lavorare alle dipendenze e sotto la direzione di altri; modi che, per lo meno nei contesti maggiormente dinamici e innovativi, grazie alle potenzialità offerte dalle nuove tecnologie, sono improntati a modelli sempre meno costrittivi e autoritativi, con un'oggettiva ibridazione di autonomia e subordinazione. Il lavoro "agile" da remoto – cui l'emergenza pandemica ha dato una centralità prima inimmaginabile (e certamente impronosticabile per la debole figura prevista dall'art. 18 della l. n. 81/2017) – si colloca su questa linea di tendenza, valorizzando positivamente l'autonomia del lavoratore *nella* subordinazione.

D'altra parte, la recente legislazione, invertendo una tendenza di lungo corso, ha, in specie con la l. n. 128/2019, riscoperto e in qualche modo rilanciato la «reattività garantista»<sup>26</sup> del diritto del lavoro, con una decisa opzione estensiva dello statuto protettivo della subordinazione al di là dei suoi confini, verso una serie di situazioni e di rapporti che – concretizzando una significativa condizione di asimmetria di potere negoziale nei confronti dell'impresa committente nella cui struttura organizzativa la prestazione è strettamente integrata – sono stati per ciò stesso ritenuti meritevoli di una più intensa protezione legale.

Questo secondo movimento reattivo attua un'opzione di politica del diritto certamente diversa (anzi, per certi versi persino opposta), non solo rispetto alla lunga e tormentata stagione del lavoro a progetto (d.lgs. n. 276/2003) e della normazione per indici presuntivi a finalità anti-fraudolenta (l. n. 92/2012), ma anche rispetto alla progettualità riformistica e alle indicazioni di *policy* maggiormente dibattute (e dottrinalmente accreditate) degli ultimi lustri nel nostro Paese. Ad essere superate dall'impianto complessivo della recente legislazione protettiva – che riscopre, evidentemente, ma in un contesto normativo assai più articolato, la dicotomia tra autonomia e subordinazione<sup>27</sup> – sono, infatti, tutte le proposte di un *tertium genus* di lavoro coordinato, quale fattispecie intermedia su cui imbastire una rimodulazione graduata delle tutele.

Anche la variante diretta a enucleare ipotesi di lavoro autonomo

<sup>26</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 467.

<sup>27</sup> M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione*, cit., p. 5 ss.

economicamente dipendente<sup>28</sup>, su cui costruire un'analoga rivisitazione selettiva della funzione protettiva del diritto del lavoro oltre la subordinazione, risulta smentita dalla scelta di assegnare alle collaborazioni coordinate e continuative etero-organizzate, di carattere prevalentemente personale, l'intero statuto protettivo valevole per i lavoratori subordinati, salvo l'intervento del contratto collettivo. La l. n. 128/2019 ha piuttosto sperimentato una diversa tecnica di estensione selettiva di talune fondamentali tutele tipiche del rapporto di lavoro subordinato a quella particolare area di prestazioni autonome occasionali cui si rivolge il nuovo capo V-*bis* del d.lgs. n. 81/2015<sup>29</sup>.

Questa tendenza espansiva del diritto del lavoro oltre la subordinazione non mette tuttavia fuori gioco la questione della qualificazione del rapporto alla luce dell'art. 2094 c.c. Essa rimane centrale<sup>30</sup>, ancorché l'allargamento del perimetro delle tutele operato dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 ne stemperi i problemi applicativi nei casi forse di maggior rilievo. Come rimane ineludibile l'invito di Massimo Roccella ad evitare – anche nelle operazioni di qualificazione, mai neutrali – qualunque frattura tra norma giuridica e realtà sociale.

<sup>28</sup> V. per tutti M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova 2013, p. 39 ss.

<sup>29</sup> Per un confronto problematico con la scelta in parte analoga del recente legislatore francese, cfr. A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso nuove tutele?*, in ID. (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, cit., p. 115 ss., spec. p. 141 ss.

<sup>30</sup> Come ha scritto M.V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione*, cit., p. 11, «la tensione qualificatoria non si è allentata; al contrario, resta al centro della scena».





FAUSTA GUARRIELLO

## L'accesso alla contrattazione collettiva per i lavoratori delle piattaforme: una corsa a ostacoli

SOMMARIO: 1. La guerra dello *status*: lo *status* di lavoratore subordinato come porta di accesso alla contrattazione collettiva. – 2. Il diritto di contrattazione collettiva come diritto umano. – 3. L'uso del paradigma antidiscriminatorio come esempio di *strategic litigation* anche nella dimensione collettiva. – 4. L'ostacolo costituito dal diritto della concorrenza. – 5. Verso un (parziale) superamento dei limiti derivanti dal diritto della concorrenza: l'iniziativa della Commissione europea.

### 1. *La guerra dello status: lo status di lavoratore subordinato come porta di accesso alla contrattazione collettiva*

L'accesso alla rappresentanza e alla contrattazione collettiva costituisce ancor oggi un percorso a ostacoli per i lavoratori delle piattaforme. L'assenza di una disciplina legislativa *ad hoc* in molti paesi europei e la sua incerta qualificazione giuridica, rimessa alle oscillanti valutazioni delle corti, sinora per lo più inclini a qualificarlo come lavoro autonomo, pur se con significative eccezioni, implica che anche l'accesso ai diritti collettivi sia spesso revocato in dubbio. D'altronde, l'attività di contrattazione collettiva come strumento tipico di regolazione dei rapporti di lavoro per i lavoratori delle piattaforme sconta difficoltà non solo di carattere giuridico, ma anche di ordine fattuale in considerazione del contesto in cui viene svolta la loro attività, spesso in condizioni di solitudine e isolamento (ciò vale soprattutto per i lavoratori delle piattaforme *on-line* rispetto a quelli che svolgono prestazioni *on location*, ancorate a un determinato contesto fisico), in cui risulta difficile coalizzarsi e creare forme stabili di rappresentanza collettiva. La stessa natura parziale quando non occasionale dell'attività svolta dai lavoratori delle piattaforme non favorisce il radicamento di forme di rappresentanza idonee a costruire solidi legami di appartenenza a una comunità di per sé dispersa, mutevole e precaria.

Le difficoltà di aggregazione attorno a un interesse collettivo sono, da un lato, quelle proprie del lavoro *non standard*, dall'altro, appaiono accresciute dalle forme di controllo esercitate dalla piattaforma (il capitalismo della sorveglianza, di cui parla Shoshana Zuboff<sup>1</sup>) e dalla percezione individualistico-competitiva del rapporto con la piattaforma che smista occasioni di lavoro tra quanti si rendono disponibili a svolgerlo. La situazione si presenta tuttavia in movimento perché, da un lato, le strategie giudiziarie perseguite in questi anni hanno iniziato a riconoscere, in alcuni casi, non solo la natura subordinata dell'attività svolta da alcune specifiche tipologie di lavoratori digitali, con particolare riguardo alla consegna di cibo e altri beni a domicilio (*Deliveroo* & al.) o al trasporto privato (*Uber*)<sup>2</sup>; dall'altro, perché alcune legislazioni nazionali sono intervenute a regolare il lavoro tramite piattaforme digitali imponendo tutele minime per tali lavoratori, in particolare in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali, salario minimo, salute e sicurezza, indennità di malattia, tutela antidiscriminatoria e protezione dei dati personali (Italia, Francia, Regno Unito).

La stessa Commissione europea ha assunto l'iniziativa di consultare le parti sociali europee, ai sensi dell'articolo 154 TFUE, per chiedere il loro parere sull'opportunità di un'azione comune che definisca un quadro di tutele per i lavoratori delle piattaforme. Nel documento di consultazione del 24 febbraio 2021<sup>3</sup> tra le sfide da affrontare viene richiamata la questione della rappresentanza e della contrattazione collettiva, allo stato ancora sporadica e limitata, nonché l'informazione e consultazione come strumento per superare l'opacità della gestione tramite algoritmo e l'asimmetria informativa tra piattaforme digitali e lavoratori che vi accedono per realizzare prestazioni di lavoro. Il dibattito istituzionale, le pronunce giudiziali e le esperienze sviluppate in questi anni hanno portato a una maggiore consapevolezza delle esigenze di protezione di queste attività di lavoro, oggetto di erronea qualificazione e di elusione di regole legali.

<sup>1</sup> S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma 2019.

<sup>2</sup> Tra le decisioni di legittimità più rilevanti si segnalano quelle del Tribunal Supremo spagnolo del 25 settembre 2020; della Corte di Cassazione italiana, Sez. lavoro, 24 gennaio 2020, n. 1663; della Corte federale del lavoro tedesca del 6 dicembre 2020; della Corte Suprema del Regno Unito del 19 febbraio 2021.

<sup>3</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Consultation Document First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, Brussels, 24 febbraio 2021 C(2021) 1127 final.

Il ruolo che la contrattazione collettiva può svolgere è, da un lato, di introdurre forme di tutela collettiva per i lavoratori delle piattaforme adeguate agli specifici bisogni di questa nuova categoria di lavoratori; dall'altro, di intervenire su delega del legislatore per integrare o modulare le tutele normative definite dalla legge – ove presente – adattandole ai modelli organizzativi imposti dalle piattaforme digitali. Nel dibattito presente in alcuni paesi europei (es. Francia, Italia) la funzione derogatoria riconosciuta alla contrattazione collettiva dalle riforme del lavoro degli ultimi anni sembra ipotecarne il ruolo anche con riguardo alla disciplina del lavoro tramite piattaforme, così da consentire deroghe alle previsioni legali in funzione adattiva, ad esempio in materia di orario o di retribuzione<sup>4</sup>.

Nella prima fase di consultazione, la Commissione ha interpellato le parti sociali sulla natura stessa della disciplina europea oggetto di consultazione, invitandole ad esprimersi sull'eventuale opzione in favore di un negoziato volto alla stipula di un accordo-quadro europeo. L'esito della consultazione non ha portato a una manifestazione di interesse per l'opzione negoziale per la contrarietà delle organizzazioni datoriali, diversamente da quanto accaduto nel 2020, quando le organizzazioni sindacali e datoriali europee ETUC, *Eurobusiness*, CEEP e *Sme United* hanno sottoscritto, dopo un lungo negoziato avviato prima dell'emergenza pandemica, un importante accordo-quadro europeo sulla digitalizzazione<sup>5</sup>. Per detto accordo-quadro, come già per l'accordo-quadro del 2002 sul telelavoro<sup>6</sup>, le parti sociali non hanno avanzato richiesta congiunta (*ex art.* 155, par. 2, TFUE) di recepimento in direttiva, prevedendo che venga implementato attraverso processi negoziali a cascata, a livello nazionale, settoriale o aziendale, secondo i diversi modelli nazionali di relazioni industriali.

L'obiettivo dichiarato dell'attuale processo di consultazione riguarda più specificamente un'azione «to improve the working conditions of people working through digital labour platforms active in the EU», con l'ambizione di fornire un modello di riferimento

<sup>4</sup> Per l'Italia, si veda il contratto collettivo firmato da *Assodelivery* e Ugl il 9 settembre 2020, che introduce deroghe alla disciplina legale del compenso definita dall'art. 47-*quater*, comma 2 del d.lgs. n. 81/2015, introdotto dalla legge n. 128/2019.

<sup>5</sup> ETUC, EUROBUSINESS, CEEP, SME UNITED, *European Social Partners Framework Agreement on Digitalisation*, June 2020.

<sup>6</sup> CES, UNICE/UEAPME, CEEP, *Accordo-quadro europeo sul telelavoro*, 16 luglio 2002.

su scala mondiale per la protezione di tali lavoratori. Le questioni più rilevanti sottoposte all'attenzione delle parti sociali riguardano: la corretta qualificazione del rapporto (*the question of correct employment status classification*), l'accesso alla contrattazione collettiva e alla protezione sociale, opportunità di formazione e di sviluppo professionale per i lavoratori che hanno uno statuto precario, criticità peraltro condivise con altre forme di lavoro *non standard*, oltre a questioni che riguardano nello specifico il lavoro tramite piattaforme digitali, come il *management* algoritmico e la natura transnazionale delle piattaforme digitali, che richiedono un adattamento del quadro regolativo al modello organizzativo delle piattaforme e alle notevoli difficoltà di assicurarne l'effettività, in una situazione peraltro aggravata dall'emergenza pandemica, che ha aumentato i rischi di vulnerabilità sotto il profilo sanitario e occupazionale.

Secondo i dati forniti dalla Commissione, circa 24 milioni di persone (l'11% della forza lavoro) hanno fornito servizi almeno una volta attraverso piattaforme digitali: di questi, per l'1,4% questa costituisce l'attività principale, per il 4,1% rappresenta una fonte secondaria di reddito, mentre per 3,1% è una fonte marginale e per 2,4% una fonte del tutto sporadica di integrazione del reddito. Un terzo delle piattaforme ha carattere transnazionale (vi rientrano le grandi piattaforme internazionali) mentre i restanti due terzi sono composti da piattaforme nazionali o locali. Gli addetti sono in maggioranza uomini, mediamente più giovani e più scolarizzati dei lavoratori tradizionali, spesso stranieri e immigrati. Le previsioni danno il fenomeno in crescita continua nei prossimi anni e ciò, di per sé, giustifica l'interesse dell'Unione europea a coordinare il quadro regolativo di questo eterogeneo settore.

Nel decennio trascorso dalla sua diffusione come nuova forma di organizzazione del lavoro, i lavoratori delle piattaforme digitali hanno iniziato a praticare forme di lotta e di rappresentanza collettiva, a volta tradizionali, più spesso inedite, per rivendicare il riconoscimento dello *status* di lavoratore (la guerra dello *status*<sup>7</sup>) rispetto all'idea veicolata dai giganti della *Silicon Valley*<sup>8</sup> di un'attività svolta da volontari *freelance* o *self-employed* nel quadro della *sharing economy*.

<sup>7</sup> A. DUFRESNE, C. LETERME, *Apps workers united. The struggle for rights in the gig economy*, Brussels 2021, p. 20 ss.

<sup>8</sup> Cfr. l'articolo di R. LUNA, *I lavoretti sono un lavoro*, in *La Repubblica*, 25 febbraio 2021, p. 26.

Il mito dell'economia condivisa è durato poco e si è rivelato, appunto, un mito ingenuo, un falso mito, di cui si sono impadroniti i colossi che gestiscono le piattaforme digitali e che sulla diffusione di questa nuova economia dello scambio di beni e servizi (personalizzati, veloci, recapitati fino al proprio domicilio) hanno costruito un'immensa fortuna, che ha portato tali imprese in vetta alle classifiche delle più ricche del pianeta. L'iniziale inconsapevolezza della dimensione economica globale che il fenomeno stava assumendo ha portato a una sottovalutazione, da un lato, dell'appropriazione privata di dati personali diffusi in rete o sugli strumenti *social* dagli utenti; dall'altro, dello sfruttamento a fini commerciali di queste tracce delle nostre personalità e dei nostri bisogni, pronti a essere soddisfatti con una organizzazione diffusa e capillare di servizi da parte di un esercito di manodopera volontaria, un'enorme riserva di persone disposte a soddisfarli per realizzare opportunità di guadagno e di accesso a nuovi mercati creati dall'uso di *app* digitali.

La diffusione su scala planetaria della pandemia, che ha imposto per lunghi periodi divieti di spostamento per evitare la diffusione del contagio, ha segnato in modo indelebile il passaggio a un nuovo modello economico che generalizza su vasta scala le caratteristiche della c.d. *gig economy*, accrescendo in modo esponenziale i canali di *e-commerce* utilizzati dalle imprese per assicurare accesso al mercato ai propri prodotti e servizi.

Ma, mentre il massiccio ricorso al lavoro digitale da parte di lavoratori tradizionali di imprese e amministrazioni pubbliche che hanno adottato su vasta scala la soluzione organizzativa del lavoro digitale nell'emergenza pandemica pone certo nuovi problemi in termini di formazione digitale, tutela della salute, nuove forme di controllo, tempo di lavoro e tempo di vita, diritto alla disconnessione, meccanismi di valutazione, senza tuttavia mettere in discussione le fondamenta stesse del diritto del lavoro<sup>9</sup>; al contrario, l'applicazione di regole basilari del lavoro è stata radicalmente contestata nella strategia giudiziaria perseguita dalle piattaforme digitali, che hanno negato la natura stessa di committente/datore di lavoro e di lavoratore rispettivamente in capo a chi organizza l'attività economica e a chi esegue le singole prestazioni. Si è parlato di guerra dello *status* per alludere alla battaglia giudiziaria giocata davanti alle corti nazionali, di merito

<sup>9</sup> Come evidenziato dai contenuti dell'accordo-quadro europeo sulla digitalizzazione 2020, che intende affrontare in un'ottica di gestione congiunta tra parti sociali le questioni riguardanti la transizione digitale del lavoro tradizionale.

e di legittimità, per affermare la sussistenza di un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo, tra lavoratore e piattaforma che organizza il servizio raccogliendo gli ordini dei clienti, determinando i turni, stabilendo le tariffe, fissando gli itinerari, ricevendo i pagamenti, esercitando tramite algoritmo un potere di controllo sull'esecuzione della prestazione e sanzionando l'eventuale inadempimento. La battaglia giudiziaria per il riconoscimento dello *status* di lavoratore davanti alle diverse giurisdizioni ha avuto come posta in gioco non solo l'accesso al salario minimo o a condizioni di sicurezza, ma anche il riconoscimento del diritto di rappresentanza e di azione collettiva.

## 2. *Il diritto di contrattazione collettiva come diritto umano*

La qualificazione giuridica del lavoro tramite piattaforme digitali come subordinato, effettuata da alcune corti nazionali o realizzata dal legislatore, come la recente proposta di legge spagnola del 10 marzo 2021, frutto di concertazione tra governo e parti sociali, costituisce la porta di accesso al diritto di contrattazione collettiva. Tale diritto è però riconosciuto dalle fonti internazionali e da alcuni ordinamenti nazionali (tra cui Svezia, Italia, Germania, Spagna, Regno Unito, Paesi Bassi) anche oltre la sfera della subordinazione ai lavoratori *non standard*, compresi i lavoratori parasubordinati e i lavoratori autonomi economicamente dipendenti, in ragione dello squilibrio di potere nella determinazione delle condizioni di svolgimento dell'attività oggetto del contratto e dell'esercizio di prerogative unilaterali nel corso del rapporto (potere organizzativo, di controllo, disciplinare). Il riconoscimento di questo diritto fondamentale, diretta derivazione della libertà di associazione sindacale<sup>10</sup>, stenta però a essere universalmente accettato e ricompreso tra i diritti umani alla stessa stregua del divieto di lavoro minorile e del divieto di discriminazione, misconoscendo la sua essenziale funzione di *enabling right*, un diritto la cui titolarità *di per sé* garantisce l'effettiva realizzazione di altri diritti<sup>11</sup> attraverso la capacitazione collettiva all'esercizio degli stessi.

<sup>10</sup> A partire dalle sentenze Corte EDU, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, e Corte EDU, 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, su cui cfr. G. RAIMONDI, *Il diritto di sciopero è elemento essenziale della libertà di associazione? Evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Lav. dir. Europa*, 2019, n. 1.

<sup>11</sup> V. DE STEFANO, A. ALOISI, *La libertà sindacale e il diritto alla contrattazione*

Il riconoscimento della libertà di associazione e del diritto di contrattazione collettiva da parte delle Convenzioni fondamentali nn. 87 e 98 OIL riguarda lavoratori e datori di lavoro «*without distinction whatsoever*» (art. 2, Conv. 87/48): la convenzione n. 87 autorizza i lavoratori a costituire o aderire a organizzazioni sindacali di loro scelta senza preventiva autorizzazione, riconoscendo massima libertà alle diverse opzioni organizzative<sup>12</sup>. La Convenzione n. 98 rafforza e completa il principio di libertà di organizzazione sindacale attraverso l'obbligo imposto agli Stati di allestire meccanismi di protezione dei lavoratori contro atti di discriminazione sindacale «*in respect of their employment*» (art. 1, Conv. 98/49) sia nell'accesso al lavoro (da intendersi nell'accezione di occupazione<sup>13</sup>) che nello svolgimento del rapporto, e di incoraggiare e promuovere la contrattazione collettiva volontaria tra datori di lavoro e sindacati dei lavoratori.

Le due Convenzioni privilegiano tale particolare forma di dialogo sociale qualificandola come diritto fondamentale di tutti i lavoratori, a prescindere dalla qualificazione del contratto con cui sono impiegati<sup>14</sup>. Attraverso questa forma di *joint regulation* imprese e organizzazioni dei lavoratori possono determinare in via autonoma le regole applicabili ai rapporti di lavoro, in particolare tariffe salariali, tempi di lavoro e pause, modalità di prevenzione e protezione dai rischi per la salute e sicurezza, sistemi condivisi di valutazione delle prestazioni, meccanismi di risoluzione delle controversie. La consistente letteratura in materia testimonia tuttavia una generale

*collettiva dei lavoratori non-standard e dei lavoratori su piattaforma*, in A. BAYLOS GRAU, L. ZOPPOLI (a cura di), *La libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi*, Napoli 2019, in part. p. 152 ss. Nel suo manuale di diritto comunitario del lavoro, Massimo Roccella auspicava il sostegno comunitario ai diritti collettivi di associazione, contrattazione collettiva e sciopero, definiti i «tre diritti umani» fondamentali del diritto del lavoro moderno e democratico, in sintonia con il rilievo che la (allora) Comunità ha attribuito ai diritti fondamentali e utile a sostenere anche gli altri diritti individuali dei lavoratori: M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 4<sup>a</sup> ed., Padova 2007, p. 191.

<sup>12</sup> OIL, *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association*, 6<sup>a</sup> ed., Genève 2018, § 502.

<sup>13</sup> N. COUNTOURIS, V. DI STEFANO, *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*, Brussels 2019.

<sup>14</sup> La giurisprudenza degli organismi di supervisione dell'OIL ha adottato un'interpretazione molto ampia ed evolutiva di tali diritti fondamentali, supportata da storiche decisioni della Corte di Strasburgo sull'art. 11 della CEDU e dai pareri del Comitato per i diritti sociali della Carta sociale europea.



tendenza delle piattaforme digitali a contrastare l'adesione dei lavoratori a forme di organizzazione sindacale e ad avversare la negoziazione di contratti collettivi in favore di condizioni di lavoro unilateralmente definite e come tali imposte ai lavoratori digitali, anche tramite la programmazione dell'algoritmo che le incorpora.

### 3. *L'uso del paradigma antidiscriminatorio come esempio di strategic litigation anche nella dimensione collettiva*

Di particolare interesse al riguardo appaiono alcune recenti decisioni di giudici nazionali, che hanno affermato il diritto dei lavoratori, a prescindere dalla qualificazione del rapporto, a non essere discriminati dall'algoritmo utilizzato per rilevare le assenze connesse a motivi di appartenenza sindacale o di partecipazione allo sciopero<sup>15</sup>, condannando la piattaforma a rimuovere gli effetti discriminatori modificando l'impostazione dell'algoritmo per evitare una discriminazione per convinzioni personali (*ex* direttiva n. 2000/78 e decreto legislativo di attuazione n. 216/2003), a cui l'appartenenza al sindacato o la partecipazione allo sciopero viene ricondotta<sup>16</sup>.

La decisione del Tribunale di Bologna, la prima in questo campo a quanto consta, riconosce inoltre alle organizzazioni sindacali ricorrenti il diritto *jure proprio* al risarcimento del danno non patrimoniale subito «a fronte di condotte che, oltre ad incidere sulla sfera soggettiva di ciascuna vittima, sono idonee ad inficiare la capacità rappresentativa del sindacato in relazione all'interesse protetto e dunque ad indebolirne l'efficacia di azione a scapito dell'intera collettività». La quantificazione del danno in via equitativa, cui il giudice riconosce natura di danno comunitario e pertanto da determinarsi

<sup>15</sup> Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, *Filcams Cgil Bologna, Nidil Cgil Bologna, Filt Cgil Bologna c. Deliveroo Italia S.r.l.*

<sup>16</sup> Cass., 2 gennaio 2020, n. 1 afferma: «Sicuramente l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati [...] Nell'ambito della categoria generale delle convinzioni personali, caratterizzata dall'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica estesa alla sfera dei rapporti sociali, può essere ricompresa, diversamente da quanto sostiene la società convenuta, anche la discriminazione per motivi sindacali, con il conseguente divieto di atti o comportamenti idonei a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione dell'affiliazione o della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali».

in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività, tiene conto della diffusione su tutto il territorio nazionale della condotta discriminatoria realizzata dalla piattaforma, della sistematicità della sua attuazione e della pubblicità della stessa.

Sotto il profilo esaminato, di repressione del comportamento discriminatorio della società che gestisce la piattaforma digitale, è di particolare interesse l'utilizzo delle disposizioni antidiscriminatorie di derivazione europea, che legittimano l'azione in giudizio del sindacato quale ente esponenziale dell'interesse a proteggere le vittime di discriminazione per motivo sindacale o partecipazione allo sciopero, a prescindere dalla qualificazione del rapporto<sup>17</sup>, dall'adesione alle organizzazioni ricorrenti e dalla concreta individuazione dei lavoratori discriminati, in quanto l'azione in giudizio del sindacato da un lato «è a diretta tutela dell'interesse collettivo proprio dell'ente esponenziale legittimato a farne valere la lesione», dall'altro, riguarda discriminazioni a carattere collettivo o seriale anche quando non siano individuati i soggetti lesi dal comportamento discriminatorio<sup>18</sup>.

L'efficacia di tale azione, sperimentata in Italia nella controversia che ha opposto il sindacato metalmeccanico Fiom-Cgil all'impresa Fiat per la mancata ri-assunzione nella *new-company* Fabbrica Italia Pomigliano dei lavoratori iscritti al sindacato Fiom<sup>19</sup>, costituisce una delle lezioni apprese dal sindacato italiano e dai suoi legali dopo un'iniziale diffidenza nei confronti del diritto antidiscriminatorio, ritenuto a torto meno efficace rispetto alle tutele presidiate da nor-

<sup>17</sup> La tutela antidiscriminatoria è espressamente richiamata dalla legge italiana sui *riders* lavoratori autonomi dall'art. 47-*quinquies* del d.lgs. n. 81/2015 come modificato dalla l. n. 128/2019.

<sup>18</sup> Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, cit., infatti «ritiene che, anche nel caso di specie, a fronte di una platea di *riders* non identificati né identificabili che hanno subito un pregiudizio per effetto della prassi discriminatoria adottata dalla piattaforma resistente, deve potersi dispiegare l'azione autonoma del sindacato».

<sup>19</sup> Trib. Roma, 21 giugno 2012, *Fiom Cgil c. Fiat-Fpi*, confermata in appello e in Cassazione. Sulla sentenza v. M. BARBERA, V. PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 2, II, p. 163 ss.; nonché, in generale sulla tutela rimediata costituita dal paradigma antidiscriminatorio: M. BARBERA, *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. BONARDI, (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma 2017, p. 27; ID., *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Torino 2019, pp. 64-65.

me sostanziali. L'uso in funzione di *strategic litigation* delle azioni e degli strumenti rimediali previsti dal diritto antidiscriminatorio ha segnato quindi l'acquisizione di maggiore consapevolezza da parte del sindacato, dei suoi avvocati e dei giudici circa le potenzialità applicative del "nuovo" paradigma antidiscriminatorio rispetto all'azione tradizionale di repressione della condotta antisindacale (ex art. 28 Statuto dei lavoratori), che rischia di non dare buona prova in presenza di assetti organizzativi fluidi come quelli delle piattaforme digitali, dell'evanescenza della nozione di luogo di lavoro e della incerta qualificazione giuridica dei lavoratori, determinando un quadro di incertezza circa l'applicabilità di tale tutela al comportamento antisindacale nei confronti dei *riders*<sup>20</sup>.

#### 4. *L'ostacolo costituito dal diritto della concorrenza*

Tra gli ostacoli di ordine giuridico al diritto di associazione e di contrattazione collettiva dei lavoratori delle piattaforme digitali il più rilevante è costituito dalla disciplina europea della concorrenza, che considera i lavoratori autonomi alla stregua di imprese e gli accordi collettivi stipulati da organizzazioni sindacali che agiscono in loro tutela come cartelli tra imprese o intese restrittive della concorrenza in quanto, attraverso la fissazione di tariffe minime, rischiano di provocare un danno sociale trasferendo il sovrapprezzo sui consumatori.

Il quadro europeo non è sostanzialmente mutato dopo la sentenza *Albany* del 1999<sup>21</sup>, con cui la Corte di giustizia ha riconosciuto l'immunità dal diritto della concorrenza del contratto collettivo che stabilisce condizioni di protezione del lavoro subordinato<sup>22</sup>. In ef-

<sup>20</sup> Cfr. Trib. Firenze, 9 febbraio 2021, *Nidil Cgil Firenze, Filt Cgil Firenze e Filcams Cgil Firenze c. Deliveroo Italia S.r.l.* secondo cui «il riferimento espresso al soggetto attivo della condotta antisindacale, che il legislatore identifica specificamente nel datore di lavoro, restringe il perimetro di azione del procedimento per repressione della condotta antisindacale *ai soli conflitti che si sviluppano all'interno dei rapporti di natura subordinata* e che vedono comunque come controparte il datore di lavoro, non rientrando, invece, nel campo di applicazione della norma statutaria *de qua* i conflitti che coinvolgono eventuali diritti di libertà, attività sindacale o astensione dal lavoro di lavoratori autonomi o parasubordinati».

<sup>21</sup> Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International*.

<sup>22</sup> Anche nella successiva sentenza Corte giust., 21 settembre 2000, C-222/98, *Hendrik Van der Woude*, la Corte ha posto il contratto collettivo al riparo delle norme sulla concorrenza, riservandosi il potere di valutarne oggetto e finalità.

fetti, sebbene la sentenza *FNV* del 2014<sup>23</sup> abbia allargato le maglie dell'immunità includendo i c.d. falsi autonomi, nel caso di specie gli orchestrali supplenti autonomi, le cui condizioni di lavoro sono paragonabili a quelle degli orchestrali titolari di un contratto di lavoro subordinato sotto il profilo della condizione di sotto-protezione sociale, rimane scolpito nel cuore della disciplina europea di rango primario e nell'attività dei suoi interpreti, Commissione e autorità nazionali garanti della concorrenza e del mercato, la secolare diffidenza nei confronti del contratto collettivo come strumento potenzialmente lesivo della libertà di concorrenza. E ciò, malgrado l'affermazione del diritto di negoziazione e di azioni collettive come diritto fondamentale ad opera dell'articolo 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui valore giuridico è equiparato a quello dei Trattati, e nonostante l'interpretazione evolutiva fornita dalla giurisprudenza CEDU, al cui *standard* il giudice comunitario deve attenersi *ex art. 52*, comma 3, della Carta.

Le condizioni poste per la deroga al diritto della concorrenza, ai sensi della giurisprudenza *Albany*, sono due: a) la fissazione di tariffe salariali deve derivare dal dialogo tra parti sociali ed essere disposta nell'ambito di un contratto collettivo tra le organizzazioni dei datori di lavoro e quelle dei lavoratori; b) essa deve contribuire direttamente al miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori.

La Corte di giustizia nella richiamata sentenza *FNV* circoscrive in modo riduttivo l'ipotesi di esenzione dall'applicazione del diritto della concorrenza, limitandola al solo caso in cui «la disposizione di un contratto collettivo di lavoro [...] contenente tariffe minime per i prestatori autonomi di servizi, affiliati a una delle organizzazioni di lavoratori parti del contratto, che svolgono per un datore di lavoro, in forza di un contratto d'opera, la stessa attività dei lavoratori subordinati di tale datore di lavoro, esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE solo qualora tali prestatori siano "falsi autonomi", ossia prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella di detti lavoratori».

Condividendo il rilievo, avanzato dall'Avv. gen. Wahl nelle sue conclusioni, e ripreso in udienza dal sindacato *FNV*, dalla Commissione e dal Governo olandese, che non è sempre agevole identificare nella situazione economica attuale lo *status* di impresa di taluni prestatori autonomi (punto 32), la Corte ricorda come, sulla base di una sua giurisprudenza costante, un prestatore di servizi possa perdere

<sup>23</sup> Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*.

la qualità di operatore economico indipendente, e quindi di impresa, qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente<sup>24</sup> (punto 33). Sulla base di tali criteri, spetta al giudice nazionale verificare la ricorrenza di lavoro autonomo genuino o falso lavoro autonomo.

Tracciata questa incerta linea di confine, l'esenzione dal diritto della concorrenza riguarda solo il contratto collettivo che, in considerazione della sua natura e del suo oggetto, attraverso la determinazione di tariffe minime, contribuisca direttamente al miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro di lavoratori qualificati come «falsi autonomi» (punto 39). Resta quindi incompatibile con la disciplina della concorrenza il contratto collettivo volto al miglioramento delle condizioni di lavoro di lavoratori autonomi “genuini” e la stessa legittimazione dell'organizzazione rappresentativa a trattare in loro nome e per conto, che non agirebbe – secondo la Corte – come associazione sindacale e dunque come parte sociale, ma come associazione di imprese (punto 28).

La negazione della natura di parti sociali delle organizzazioni rappresentative di lavoratori autonomi e la loro esclusione dalle disposizioni del Trattato volte a promuovere il dialogo sociale e la stipula di accordi collettivi, porta la Corte a concludere che il contratto collettivo riguardante il miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi “genuini” non costituisce il risultato di una trattativa collettiva tra parti sociali e non può quindi, in considerazione della sua natura, essere escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, par. 1, del Trattato (punti 29 e 30).

Tale lettura pone in insanabile contrasto il diritto della concorrenza con il diritto di associazione e di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, come osservato criticamente dal Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni OIL sul caso olandese *FNV* e su un caso analogo di annullamento del contratto collettivo applicato ai lavoratori, anche autonomi, del settore cinematografico, radio-televisivo e delle arti visive da parte dell'autorità *antitrust* irlandese<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. Corte giust., 14 dicembre 2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, punti 43 e 44.

<sup>25</sup> V. DE STEFANO, *Non-standard work and limits on freedom of association: A human rights-based approach*, in *Industrial L. J.*, 2017, 46, 2, p. 185 ss.

L'obiezione di incompatibilità con il diritto della concorrenza è stata ancora di recente sollevata dall'autorità nazionale *antitrust* danese nei confronti del primo accordo collettivo a livello mondiale siglato nell'aprile 2018 tra il sindacato 3F e la piattaforma che organizza servizi domestici e di pulizia *Hilfr*, accordo che consente ai lavoratori della piattaforma di transitare dalla posizione di *freelance* a quella di lavoratore subordinato dopo cento ore di attività, con applicazione di tutele più robuste, come salari più elevati, ferie, contributi pensionistici, indennità di malattia, mentre per tutti è prevista la copertura assicurativa, garanzie di trattamento dei dati ai fini della profilazione e del *rating* e forme di composizione stragiudiziale delle controversie. L'autorità *antitrust* danese nell'agosto 2020 ha contestato l'applicazione di tariffe salariali minime a detti lavoratori in quanto «that minimum hourly fee may create a price floor which may limit the competition between the freelance Hilfr». Alla contestazione la piattaforma ha risposto precisando che le condizioni previste dal contratto collettivo si applicano ai soli lavoratori che esercitano l'opzione in favore della subordinazione, per i quali l'impresa assume la veste formale di datore di lavoro con assunzione del rischio professionale, mentre per i *freelance* ha dovuto cancellare dalla piattaforma la tariffa minima oraria<sup>26</sup>.

La crescente consapevolezza della vulnerabilità di tali lavoratori ha, d'altra parte, portato la nuova legge irlandese del 2017 (*Oireachtas*) ad escludere espressamente alcune categorie di lavoratori *non standard*, compresi i *self-employed*, dall'ambito di applicazione della legislazione *antitrust* legittimando la contrattazione collettiva a disciplinare le loro condizioni di lavoro<sup>27</sup>, mentre la *loi travail* francese dell'agosto 2016 ha modificato il codice del lavoro (articoli da L. 7341-1 a 7342-11) per riconoscere ai lavoratori autonomi delle piattaforme digitali un diritto di azione e di organizzazione collettiva, tutelato rispetto a comportamenti ritorsivi delle piattaforme. Un esplicito richiamo ai contratti collettivi nazionali stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale è contenuto nella legge italiana n. 128/2019, che ha integrato il d.lgs. 81/2015 stabilendo che ai lavoratori che collaborano in modo continuativo tramite piattaforme digitali possano applicarsi discipline contrattuali specifiche «in ragione delle partico-

<sup>26</sup> [www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20200826-commitment-decision-on-the-use-of-a-minimum-hourly-fee-hilfr](http://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20200826-commitment-decision-on-the-use-of-a-minimum-hourly-fee-hilfr).

<sup>27</sup> La legge irlandese del 2017 ha fornito la nozione di falso lavoratore autonomo (*false self-employed worker*) e di lavoratore autonomo economicamente dipendente (*fully dependent self-employed worker*).

lari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore», così come deve essere definita da contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali e datoriali rappresentative a livello nazionale o, in mancanza, parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti, la determinazione del compenso di lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altri in ambito urbano con uso di biciclette o motociclette tramite *app* digitali.

##### 5. *Verso un (parziale) superamento dei limiti derivanti dal diritto della concorrenza: l'iniziativa della Commissione europea*

Consapevole degli ostacoli giuridici e della situazione di incertezza derivante dal possibile conflitto tra disciplina europea della concorrenza e legislazioni nazionali che consentono aperture alla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, la Commissione ha lanciato un'ampia consultazione con tutti gli *stakeholders* per raccogliere suggerimenti sulla possibile dimensione di un'azione europea volta ad esentare dalla disciplina della concorrenza la contrattazione collettiva e gli accordi collettivi riguardanti le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi, limitatamente a coloro che non hanno personale alle loro dipendenze (c.d. *solo self-employed*). Per questi, infatti, il confine tra lavoro autonomo e lavoro subordinato tende ad essere sfumato e più forte appare la condizione di vulnerabilità e il bisogno di tutela collettiva soprattutto in presenza di attività poco qualificate e facilmente sostituibili, come tipicamente quelle dei ciclofattorini (*riders*) o degli addetti a servizi domestici o di cura alla persona, spesso immigrati.

La contrattazione collettiva è considerata in tali casi uno strumento di rafforzamento della posizione dei lavoratori rispetto a situazioni di precarietà occupazionale e bassi salari, e di affermazione della dignità di chi vive del proprio lavoro offrendo servizi sul mercato, anche tramite piattaforme digitali (i dati *Eurofound* 2017 attestano che un quarto dei lavoratori autonomi vive in condizioni di incertezza e precarietà). L'obiettivo di miglioramento delle condizioni di lavoro attraverso la contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi senza personale alle dipendenze deve tuttavia essere bilanciata con l'esigenza di consumatori e PMI di (continuare a) beneficiare rispettivamente di prezzi e costi competitivi e di modelli organizzativi innovativi, come quelli dell'economia digitale.

La protezione dei lavoratori autonomi vulnerabili incontra quindi, malgrado le recenti aperture, il consueto limite delle libertà di mer-

cato: al riguardo la Commissione sottolinea che «The negotiations and resulting agreements should be confined to the improvement of the working conditions (including fees) of the self-employed. Neither collective negotiations/agreements concerning trading conditions (such as prices charged) to private consumers nor unilateral price fixing would be covered by this initiative. In addition, the initiative *would not introduce any obligation on any of the parties to enter into such negotiations or to conclude collective agreements*: it would merely clarify that EU competition law would *not stand in the way* of such agreements where the parties concerned chose to enter into them» (corsivo mio). La precisazione appare superflua, considerata anche l'assenza di competenza normativa in capo all'Unione in materia di libertà di associazione *ex art.* 153, par. 5 del Trattato: l'iniziativa, viene ribadito, ha il solo scopo di rimuovere l'ostacolo costituito dalla normativa anticoncorrenziale in presenza di un processo di contrattazione tra le parti interessate, che rimane libero e volontario.

L'esenzione dal diritto della concorrenza, nell'ipotesi sottoposta a consultazione, contempla quattro possibili scenari, dal più limitato riguardante i soli lavoratori delle piattaforme, a scenari via via più estesi che includono *self employed* tradizionali che svolgono servizi anche di carattere tecnico o intellettuale per clienti professionali o piccole e medie imprese, da considerare quali controparti nelle procedure di contrattazione collettiva, che potrebbero anche avere un campo di applicazione settoriale, con esclusione di intese unilaterali di fissazione delle tariffe.

Tale iniziativa procede separatamente rispetto alla consultazione delle parti sociali sull'opportunità di un'azione comune sulle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme, pur se presenta indubbe connessioni con questa per la prevista apertura alla contrattazione collettiva per i *self-employed*, che costituiscono la maggioranza dei lavoratori delle piattaforme.

La recente apertura della Commissione va letta come un segnale necessario ma non sufficiente. Essa prelude alla mera rimozione dell'ostacolo costituito dal diritto della concorrenza nei confronti di accordi collettivi volti alla tutela di condizioni di lavoro di lavoratori autonomi senza dipendenti, alla condizione che tali accordi siano siglati da organizzazioni di natura sindacale (generali o di mestiere) con controparti costituite da rappresentanze organizzate di utenti/consumatori/PMI. Si tratta di condizioni non realizzabili senza il sostegno dell'attore istituzionale e senza il riconoscimento del diritto di associazione, di contrattazione collettiva e di sciopero



come diritti umani fondamentali «*without distinction whatsoever*» (*supra*). Massimo Roccella, all'indomani della sentenza *Albany*, nel richiamare il nuovo quadro normativo previsto dal Trattato di promozione della contrattazione collettiva e il riconoscimento "costituzionale" della stessa contenuto nella Carta dei diritti, rammentava come uno sviluppo della contrattazione non fosse concepibile se non sostenendo i diritti di associazione e di azione collettiva che ne stanno alla base e come apparisse necessario garantire il sostegno a tali diritti tramite iniziative politiche di stimolo al riconoscimento reciproco fra le parti sociali e alla pratica del metodo negoziale<sup>28</sup>, iniziative particolarmente necessarie per rafforzare il debole tessuto delle relazioni collettive. Tali osservazioni appaiono oggi tanto più calzanti in un settore del tutto privo di tradizioni nel campo delle relazioni industriali, in cui l'apertura alla contrattazione collettiva non può essere solo frutto della rimozione dell'ostacolo giuridico costituito dal diritto alla concorrenza, bensì di un attivo sostegno istituzionale alla rappresentanza di tali interessi e a una cornice giuridica di promozione del dialogo tra gli stessi.

Il problema dell'ostacolo costituito dal diritto della concorrenza sulla regolazione collettiva del lavoro tramite piattaforme digitali costituisce anche sul piano internazionale una delle criticità maggiori, come testimoniano le vicende giudiziarie che hanno visto contrapposta la Camera di Commercio U.S. (e la piattaforma *Uber*, che ha sostenuto un'aggressiva campagna mediatica) alla municipalità di Seattle, contro l'ordinanza municipale che ha permesso la costituzione di sindacati dei lavoratori autonomi nei servizi di trasporto al fine di negoziare accordi collettivi. L'argomento utilizzato dalla Camera di commercio U.S. del conflitto con la normativa federale *antitrust* è stato respinto dalla Corte in nome dell'interesse pubblico all'attuazione dell'ordinanza municipale, da considerare esentata dalla disciplina della concorrenza in virtù dell'eccezione prevista dal *Consumer Protection Act* per cui «labor is not an article of commerce».

Analoghi riconoscimenti del diritto di contrattazione collettiva per alcune categorie di lavoratori autonomi in deroga al diritto della concorrenza sono previsti dalla legislazione canadese, australiana e giapponese e, in via interpretativa, dalla normativa argentina<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro*, cit., p. 392.

<sup>29</sup> H. JOHNSTON, C. LAND-KAZLAUSKAS, *Organizing on demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*, in *ILO Conditions of*

Tuttavia, il mancato riconoscimento in via generale della libertà di associazione e del diritto di contrattazione collettiva continua a costituire un ostacolo al miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori *on demand*, che ora la Commissione europea sembra decisa a rimuovere, stando alle dichiarazioni della commissaria alla concorrenza Margrethe Vestager secondo cui «bisognerà assicurarsi che non vi sia nulla, nelle regole della concorrenza, che impedisca ai lavoratori della *gig-economy* di costituire un sindacato e di contrattare salari adeguati come in qualunque altro settore»<sup>30</sup>.

*Work and Employment Series*, 2019, n. 94, p. 26 ss.; OIL, *Work employment and social outlook, The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, Genève 2021, p. 213.

<sup>30</sup> *Financial Times*, 24 ottobre 2019.



FEDERICO MARTELLONI

## La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica

SOMMARIO: 1. Massimo Roccella e la nozione di lavoro subordinato. – 2. Il primo riconoscimento della subordinazione del *rider* in una recente pronuncia di merito. – 3. La *doppia alienità* come condizione comune al lavoro subordinato e alle collaborazioni etero-organizzate. – 4. La *doppia alienità* come fondamento della tutela giuslavoristica.

### 1. Massimo Roccella la nozione di lavoro subordinato

Massimo Roccella, cui è dedicato questo volume, non ha fatto in tempo a ordinare cibo a domicilio attraverso una piattaforma di *food-delivery*. Se n'è andato prima dell'avvento della *gig economy* e, con ogni probabilità, se fosse rimasto più a lungo con noi, avrebbe comunque avvertito un certo disagio nel fruire di un simile servizio, consapevole della qualificazione impropriamente assegnata ai rapporti di lavoro dei ciclofattorini, del loro trattamento economico e normativo e, più in generale, delle condizioni di lavoro che contraddistinguono ampi settori dell'odierna «economia dei lavoretti»<sup>1</sup>, a partire dal lavoro dei *rider*.

Stesso potrebbe dirsi per Luigi Mengoni, maestro cui si deve – notoriamente – un'idea alla quale Massimo Roccella era tanto affezionato da dedicarvi pagine tra le più dense e appassionante del suo

<sup>1</sup> V., tra i tanti, P. TULLINI, *La salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che lavora nella gig-economy*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, n. 1; A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Bari-Roma 2020; M.L. BIRGILLITTO, *Lavoro e nuova economia: un approccio critico. I molti vizi e le poche virtù dell'impresa Uber*, in *Lab. Law Iss.*, 2016, vol. II, 2; G. PACELLA, *Il lavoro nella "gig economy" e le recensioni "on line": come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *Lab. Law Iss.*, 2017, 1, p. 34.

*Manuale di diritto del rapporto di lavoro: quelle in tema di subordinazione*<sup>2</sup>.

Si tratta – come si sarà intuito – della nozione di *subordinazione in senso stretto*, da intendersi come *doppia alienità*, secondo l'insegnamento consegnato da Mengoni alle pagine di un agile e raffinato volumetto pubblicato nel 1971 da una piccola casa editrice milanese<sup>3</sup> e molto opportunamente ripubblicato, dopo la scomparsa del maestro, da parte dell'allievo Mario Napoli<sup>4</sup>. Quest'idea è ben nota ai giuslavoristi, essendo stata testualmente ripresa dall'Autore nelle vesti, autorevoli quanto meritate, di giudice della Corte costituzionale, in una rilevante decisione di metà anni '90<sup>5</sup>. A quella pronuncia, tuttavia, come Massimo Roccella non si stancava di denunciare, è stata inopinatamente accordata la stessa attenzione che potrebbe riservarsi alla decisione di un modesto tribunale di provincia<sup>6</sup> pur promanando dal più autorevole dei giudici, lo stesso che, pochi anni prima, aveva già contribuito a consolidare il nesso tra la fattispecie descritta all'art. 2094 c.c. e gli effetti di tutela alla medesima imputabili, attraverso due importanti decisioni in tema d'*indisponibilità del tipo lavoro subordinato*<sup>7</sup>, sulle quali si esercitò, con tempestività, una delle migliori penne dei giuslavoristi dello scorso secolo: quella di Massimo D'Antona<sup>8</sup>.

La «subordinazione in senso stretto», per Luigi Mengoni, peculiare del rapporto di lavoro inteso come nucleo concettuale dotato di specifico rilievo del nostro diritto costituzionale positivo, *ex artt.* 1, 4, e 35 cost.<sup>9</sup> «è un concetto più pregnante e insieme qualitati-

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di Diritto del lavoro*, a cura di D. GOTTARDI e F. GUARRIELLO, 6<sup>a</sup> ed., Torino 2010, p. 40 ss.

<sup>3</sup> L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano 1971.

<sup>4</sup> L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano 2004, pp. 3-48, e qui p. 34.

<sup>5</sup> Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 30, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 616.

<sup>6</sup> M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 53.

<sup>7</sup> Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, p. 2432 e Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2656.

<sup>8</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, n. 1, pp. 63-94. Più di recente, cfr. M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, p. 397.

<sup>9</sup> Sul punto cfr. M. LUCIANI, *Il lavoro nella Costituzione*, in B. PEZZINI, M. BARONCHELLI (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo 2007, p. 139 ss., nonché ID., *Radici e conseguenze della scelta*

vamente diverso dalla subordinazione riscontrabile in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti. La differenza è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'*alienità* (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) *del risultato* per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'*alienità dell'organizzazione produttiva* in cui la prestazione si inserisce. Quando è integrata da queste due condizioni – conclude Mengoni – la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, «comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato».

L'indicazione di Mengoni, ove seguita, avrebbe certo consentito di ampliare il raggio d'azione della tutela giuslavoristica, sbarrando la strada alla “fuga dal diritto del lavoro” operata tramite il ricorso al lavoro parasubordinato come mero sostituto commerciale del lavoro dipendente. La lezione è stata, tuttavia, largamente disattesa dalla giurisprudenza del lavoro la quale ha, per contro, privilegiato un indirizzo assai più restrittivo, teso a riconoscere la subordinazione in caso di accertata sussistenza della soggezione agli ordini del datore di lavoro<sup>10</sup>. In assenza di eterodirezione della prestazione lavorativa, insomma – fatti salvi i limitati casi di c.d. “subordinazione attenuata” – i giudici hanno ritenuto del tutto compatibile con la natura giuridicamente autonoma del rapporto di lavoro l'inserimento stabile di una prestazione di lavoro personale nell'altrui organizzazione, anche quando detta organizzazione fosse unilateralmente predisposta dal suo titolare e l'inserimento funzionale della prestazione al suo interno avesse, tra i suoi effetti, quello di limitare in ampia misura l'autonomia operativa del prestatore di lavoro.

La fuga dall'area protetta, ricercata e ottenuta attraverso una qualificazione del rapporto di lavoro estranea allo schema descritto

*costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 632 ss.

<sup>10</sup> Cfr., per una ricognizione puntuale e aggiornata, S. BRUN, *Il rapporto di lavoro subordinato. Percorsi di lettura e casi scelti*, Padova 2020.

nell'art. 2094 c.c., è questione nota alla dottrina giuslavoristica, al punto che neppure il legislatore ha potuto ignorarla. Lo testimoniano i numerosi interventi susseguiti, nei primi anni del nuovo secolo, attorno alla c.d. zona grigia tra subordinazione e autonomia: è accaduto nel 2003 e nel 2012 con il lavoro a progetto<sup>11</sup>; accade, dal 2015 con le collaborazioni etero-organizzate ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015<sup>12</sup>.

Quest'ultimo intervento normativo assume particolare rilevanza nell'economia di questo contributo, atteso che, come vedremo, intreccia l'idea di doppia alienità come sopra riassunta, benché in termini diversi da come sia stata tradizionalmente intesa.

Per chiarire questo elemento val la pena prendere le mosse da

<sup>11</sup> Per una ricostruzione dell'istituto, con corredo di richiami a dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a F. MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bologna 2012.

<sup>12</sup> La letteratura in materia è sterminata. I primi commenti "a caldo" figurano in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, Milano 2015. Tra i tanti, nel primo biennio 2015-2016, v. A. PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino 2015, p. 279 ss.; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 265/2015; L. NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità dal punto di vista giuridico"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 267/2015; V. NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 280/2015; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, p. 1130; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, p. 53 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 3, p. 321 ss.; O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle "collaborazioni organizzate dal committente"*, in *Labor*, 2016, 1-2, p. 7 ss.; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *Labor*, 2016, 3-4, p. 163 ss.; L. TRIA, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" tra diritto europeo e giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 1, p. 37 ss.; M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, *ivi*, p. 65 ss. Più di recente, con riferimento alla novella operata con l. n. 128/2019 v. i contributi in U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, Roma 2020; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni eteroorganizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, p. 345; A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, p. 267 ss. nonché, da ultimo, ID., *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino 2021.

una nota e recente pronuncia di merito: la sentenza del Tribunale di Palermo (n. 3570 del 24 novembre 2020)<sup>13</sup> che, per la prima volta in Italia, ha riconosciuto la natura subordinata di un rapporto di lavoro di un *rider*, facendo espresso richiamo – come vedremo (*infra*, § 3) – alla nozione di doppia alienità.

## 2. Il primo riconoscimento della subordinazione del rider in una recente pronuncia di merito

Nel caso giunto all'attenzione del Tribunale di Palermo, il giudice ha accertato la natura subordinata del rapporto di lavoro intrattenuto da un ciclofattorino di *Glovo* con la nota piattaforma di *food-delivery*, ne ha disposto la reintegrazione e deciso l'inquadramento come operaio di 6° livello Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del settore Terziario Distribuzione e Servizi (c.d. CCNL del Commercio) applicato dalla società. Se i Giudici di legittimità, con la nota sentenza del 24 gennaio 2020, n. 1663<sup>14</sup> che ha concluso la

<sup>13</sup> Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570. La sentenza, per la sua indiscutibile rilevanza, ha già ricevuto diversi commenti a caldo (V. POSO, *Qual è la natura giuridica dei rider? Sono subordinati, bellezza! Commento a prima lettura della prima sentenza-zibaldone che farà discutere*, in *Labor*, 1 dicembre 2020; M. DEL CONTE, *Rider, il potere direttivo si incarna nella app*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° dicembre 2020; P. TOSI, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in *Guida lav.*, 2020, n. 48, p. 12 ss.; A. PICCININI, *Il rider come lavoratore subordinato*, in *Collettiva*, 18 dicembre 2020; S. GIUBBONI, *La subordinazione del rider*, *Menabò di Etica ed Economia*, 2020, n. 140) e altri più analitici e meditati (G. CAVALLINI, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziacivile.com*, 21 dicembre 2020; M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nella sentenza di Palermo sui riders*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, vol. 6, n. 2, p. 62, che parla, forse con un pizzico di enfasi, de' «la persistente vitalità e il luminoso futuro che attende la subordinazione») cui molti altri, realisticamente, si aggiungeranno nei prossimi tempi; P. ALBI, *La subordinazione algoritmica nell'impresa-piattaforma*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 826; V. NUZZO, *Sulla subordinazione dei rider: un'innovativa pronuncia del Tribunale di Palermo*, *ivi*, p. 835.

<sup>14</sup> Si tratta di una delle pronunce più commentate di sempre. Cfr. R. BELLOCCHIO, *Collaborazioni etero-organizzate: la Cassazione chiarisce la disciplina*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*, *ivi*; F. CARINCI, *L'art. 2 d.lgs. n. 81/2015 ad un primo vaglio della Suprema Corte: Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663*, *ivi*; M.T. CARINCI, *I contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro alla luce di Cass. n. 1663/2020*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 50-59; ID., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass.*



saga del *riders* torinesi<sup>15</sup>, ha ritenuto di sciogliere il dilemma qualifi-

*n. 1663/2020: verso un nuovo di sistema di contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 2, pp. 488-498; E. DAGNINO, *Guardando l'altra parte del campo: la sentenza di Cassazione n. 1663/2020 al di fuori del food delivery*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; M. FAIOLI, *Situazione italiana delle tutele del lavoro nella gig-economy: i ciclo-fattorini (riders) tra giurisprudenza del 2020 e legislazione del 2019*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, n. 2, II, pp. 252-265; G. FAVA, *Cassazione: ai riders le stesse tutele previste per i lavoratori subordinati*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; G. FERRARO, *Collaborazioni e subordinazioni*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 2; P. ICHINO, *Gli effetti della sentenza della Cassazione sul lavoro dei rider, 25 gennaio 2020*, in *lavoce.info*; M. MAGNANI, *Al di là dei cicofattorini. Commento a Corte di Cassazione n. 1663/2020*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, n. 1, I, pp. 146-152.; ID., *Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, pp. 73-87; F. MARTELLONI, *Le collaborazioni eteroorganizzate al vaglio della Cassazione: un allargamento del raggio d'azione della tutela giuslavoristica*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; V. MARTINO, *Brevi note alla sentenza n. 1663/2020 della Cassazione*, *ivi*; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di cicofattorini e modelli contrattuali*, in *Labor*, 2020, n. 1; A. PERULLI, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; R. ROMEI, *I riders in Cassazione: una sentenza ancora interlocutoria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, pp. 89-100; V. SPEZIALE, *Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione n. 1663 del 2020 sui riders*, in *Lav. dir. Europa*, 2020, n. 1; C. SPINELLI, *Le nuove tutele dei riders al vaglio della giurisprudenza: prime indicazioni applicative*, in *Lab. Law. Iss.*, 2020, n. 1, pp. 87-105. Vedi anche il numero straordinario di *Mass. Giur. lav.*, 2020, interamente dedicato ai commenti alla sentenza da parte di P. ALBI; E. ALES; M. BALLISTRERI; P. BELLOCCHI; M.N. BETTINI; G.I. VIGLIOTTI; M. CINELLI e P. PARISELLA; S. CIUCCIOVINO e L. MONTEROSI; V. FERRANTE; L. FIORILLO; E. GRAGNOLI; A. LASSANDARI; A. MARESCA; M. MOCELLA; P. PASSALACQUA; A. PERULLI; R. PESSI e A.D. ZUMBO; C. PISANI; G. SANTORO PASSARELLI; R. SANTUCCI; G. SIGILLÒ MASSARA; A. TAMPIERI; A. TOPO; A. VALLEBONA; L. VENDITTI; L. ZOPPOLI. Vi tornano anche M. BARBIERI, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura* e A. PERULLI, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente le tutele del lavoro autonomo tramite piattaforme digitali*, entrambi in U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders*, cit., rispettivamente pp. 75-105 (specie pp. 95-105) e pp. 27-74, (specie pp. 61-74).

<sup>15</sup> Cfr. Trib. Torino, 5 luglio 2018, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, p. 371 ss., con nota di C. SPINELLI; M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, n. 4-5, p. 1227 ss.; M. DEL CONTE, O. RAZZOLINI, *La gig economy alla prova del giudice: la difficile reinterpretazione della fattispecie e degli indici denotativi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, 159, 3, p. 673 ss. che, in primo grado, respinge il ricorso dei *rider*, negando tanto la sussistenza del vincolo di subordinazione quanto l'inquadramento dei rapporti dei cicofattorini nello schema della collaborazione etero-organizzata ex art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015, facendo

catorio optando per l'inquadramento dei ricorrenti nella figura delle collaborazioni etero-organizzate ex art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015, il giudice palermitano, a fronte della puntuale ricostruzione degli elementi di fatto, ha considerato più adeguata la fattispecie descritta nell'art. 2094 c.c. qualificando come lavoratore subordinato un *glover* che aveva svolto attività di consegna di cibo a domicilio per quasi due anni consecutivi, lavorando, in media, 8 ore giornaliere per complessive 40 ore settimanali.

Prima di approfondire le concrete modalità di svolgimento di un rapporto di lavoro indubbiamente continuativo, il Giudice palermitano si è soffermato sull'attività della piattaforma, per svelarne la reale natura. L'agile conclusione a cui il Tribunale è pervenuto, col conforto dalla più recente giurisprudenza dalla Corte di giustizia<sup>16</sup> e di alte corti nazionali anche straniere, a partire dalla Suprema Corte francese<sup>17</sup>, riguarda, innanzitutto, la natura giuridica della società, ri-

propria la tesi che ricostruiva detta disposizione come «norma apparente» (P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015*, cit., p. 1130). Esito rovesciato da App. Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 340 con note di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada... sulle ruote dei riders di Foodora*, e R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*; U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 95 ss.

<sup>16</sup> Corte giust., 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL* ma v. anche, in senso conforme, Corte giust., 22 aprile 2020, C-629/19, *B. vs Yodel Delivery Network*.

<sup>17</sup> Cour de Cassation, 4 marzo 2020, n. 374, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, n. 41, II, con nota di L. ZOPPOLI, in corso di pubblicazione. V., in proposito, le acute riflessioni di A. DONINI, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, n. 1, pp. 1-15. Per i giudici francesi, che hanno confermato la decisione della Corte d'appello Parigi, 10 gennaio 2019, n. 18-08357, il prestatore di lavoro di Uber France «non è un partner commerciale; al contrario, nel momento della stipulazione del contratto, egli aderisce ad un servizio di trasporto interamente organizzato da Uber attraverso la piattaforma digitale» di tal che «l'autista che ricorre all'infrastruttura tecnologica non ha la possibilità di crearsi una propria clientela, né di determinare liberamente la tariffa da applicare», collocando la propria attività lavorativa «entro un quadro di regole determinato dall'esterno». Secondo i giudici di legittimità, «può costituire indice di subordinazione il lavoro che si svolge in un *service organisé* allorquando il datore di lavoro determina unilateralmente le condizioni di esecuzione della prestazione. Il conducente è integrato in un servizio di prestazione di trasporto creato ed interamente organizzato dalla piattaforma digitale, servizio che non esiste se non grazie a questa piattaforma, attraverso il cui utilizzo il conducente non costituisce la propria clientela, non fissa liberamente le proprie tariffe e non determina le condizioni di prestazione del

conosciuta – anche sulla base di un ciclo produttivo organizzato «attraverso un algoritmo che, sulla base di previsioni statistiche, calcola il fabbisogno di manodopera necessario per soddisfare la domanda dell’utenza di una determinata area e in una determinata fascia oraria» – nella sua qualità d’*impresa di distribuzione di cibo e bevande a domicilio* realizzata attraverso una fitta rete di collaboratori e non mera intermediaria tra pubblici esercenti, consumatori e trasportatori (come dichiarato dalla Società in sede d’individuazione del proprio oggetto sociale). Come noto, infatti, anche nel caso di *Glovo*, al pari di quanto accade per *Deliveroo*, *Foodora*, *Just Eat*, ecc., l’affidamento delle consegne ai ciclofattorini avviene attraverso la piattaforma digitale, il cui algoritmo provvede a gestire il complesso sistema di pianificazione, distribuzione e gestione dei flussi di lavoro.

Da un attento esame delle modalità di organizzazione delle prestazioni di lavoro dei *glover*<sup>18</sup> sono poi emersi una serie di elementi che, per il Giudice, sono indubbiamente sintomatici dell’esistenza di vero e proprio vincolo di subordinazione, poiché attestano, in positivo, la sussistenza dei tre poteri tipici del datore di lavoro in capo alla piattaforma, ivi compreso il potere disciplinare; in negativo, l’insussistenza di un’autentica libertà di scegliere se e quando svolgere attività di consegna per la piattaforma, in capo al lavoratore.

Quanto al potere direttivo e di controllo, l’applicativo da installare, per ogni *rider* della flotta, si rivela particolarmente invasivo, in quanto controlla a distanza la sua geolocalizzazione e persino il livello di carica della batteria dello *smartphone*, inibendo l’accesso alla sessione di lavoro in caso di carica inferiore al 20% ovvero di distanza dall’area di lavoro. Tale applicativo costringe, nei fatti, i *rider* a seguire le istruzioni del *software* per tutta la durata della prestazione, non essendo possibile svolgere l’attività lavorativa senza essere connessi e senza seguire pedissequamente le tempistiche e le fasi imposte dal programma, ivi compreso l’itinerario da percorrere per perfezionare la consegna nel minor tempo possibile.

proprio servizio di trasporto; il conducente si vede imposto un itinerario specifico; la destinazione finale della corsa è a volte sconosciuta dal conducente; la società ha la facoltà di disconnettere temporaneamente l’applicazione dopo tre rifiuti alle corse e il conducente può perdere l’accesso al proprio account in caso di superamento di un tasso di annullamento delle richieste o di segnalazione di un “comportamento problematico”. Per il più autorevole precedente cfr. Cour de Cassation, 13 novembre 1996, n. 94-13.187, *Société générale*.

<sup>18</sup> Di «meticolosissimo lavoro di ricostruzione del fatto» dà atto anche M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico*, cit., p. 71.

Peraltro, come già accertato in tutte le pronunce di merito e legittimità, nazionali e internazionali, si conferma, anche nel caso dei rapporti intrattenuti con *Glovo*, l'integrazione dei lavoratori «in un servizio di prestazione di trasporto creato e interamente organizzato dalla piattaforma digitale, servizio che non esiste se non grazie a questa piattaforma, attraverso il cui utilizzo il conducente non costituisce la propria clientela, non fissa liberamente le proprie tariffe e non determina le condizioni di prestazione del proprio servizio di trasporto»<sup>19</sup>.

Un secondo elemento dirimente, nell'economia del giudizio, concerne il grado di autonomia del lavoratore nello stabilire non solo l'*an* della prestazione, ma anche il *quando*. Del resto, oltre alla giurisprudenza nazionale che ha, prima della sentenza palermitana, sempre escluso la natura subordinata del rapporto di lavoro dei *riders*<sup>20</sup>, è la stessa Corte di giustizia a ritenere ostativa, rispetto a tale qualificazione, la libertà di decidere se e quando lavorare. Ciò, a condizione che, in primo luogo, tale indipendenza non risulti fittizia (Corte giust., ord. 22 aprile 2020, C-692/19) e, in secondo luogo, non sia possibile stabilire la sussistenza di un vincolo di subordinazione sulla base di altri elementi, peraltro effettivamente riscontrati, in diverse circostanze, da parte di giudici stranieri (v. spec. Sala dello Social, Pleno, N. 805/2020 Fecha de sentencia 25/09/2020, più volte ripresa in motivazione anche per la sua funzione nomofilattica). Accertamento non agevole e da condurre in concreto, valutando attentamente le conseguenze della "scelta" sulle future occasioni di lavoro e ponderando ogni elemento di coazione indiretta.

È noto, infatti, che le piattaforme, inclusa la società coinvolta

<sup>19</sup> Così, testualmente, Cour de Cassation, 4 marzo 2020, n. 374, cit., più volte richiamata dal Giudice palermitano. Anche in questo caso, infatti, il giudice rileva che «il lavoro del ricorrente veniva gestito e organizzato dalla piattaforma (come detto organizzata unicamente da parte datoriale e nel proprio esclusivo interesse), nel senso che solo accedendo alla medesima e sottostando alle sue regole il ricorrente poteva svolgere le prestazioni di lavoro».

<sup>20</sup> Oltre alla saga dei *riders* torinesi v. Trib. Milano, 10 settembre 2018, (con nota di M. FORLIVESI, *Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. "riders"*, in *Labor*, 2019, 1, pp. 112-120; M. TURRIN, *Dopo il Tribunale di Torino anche il Tribunale di Milano esclude la subordinazione per i riders*, in *Labor*, 20 ottobre 2018), secondo cui non sussiste subordinazione né etero-organizzazione del lavoro del *riders* in quanto «la scelta fondamentale in ordine ai tempi di lavoro e di riposo era rimessa all'autonomia del ricorrente, che la esercitava nel momento in cui manifestava la propria disponibilità a lavorare in determinati giorni e orari e non in altri».

nel processo di Palermo, stabiliscono fasce orarie – *slot* nel gergo maggiormente ricorrente nelle piattaforme di consegna di pasti e bevande – all'interno delle quali s'inseriscono i *riders* e i *drivers* in base a meccanismi di auto-assegnazione, influenzati tuttavia anche da scelte dell'impresa, mediante l'applicazione di algoritmi<sup>21</sup>.

Nel caso di *Glovo*, in particolare, tale "scelta" risulta condizionata da una molteplicità di elementi idonei a limitare, se non escludere del tutto, ogni effettivo margine di libertà, atteso che il *rider* viene costantemente profilato dall'algoritmo che, nell'attribuire un punteggio (il c.d. "parametro di eccellenza"), ne determina l'accesso prioritario nella prenotazione delle sessioni di lavoro<sup>22</sup>. Sulla scorta di tali elementi, secondo il Tribunale, l'opzione degli *slot* da parte dei componenti della flotta e la libertà dei lavoratori di scegliere se e quando lavorare, su cui si fonda la natura autonoma della prestazione, non è reale, ma solo apparente e fittizia, poiché, a tutto concedere, il *rider* può scegliere di prenotarsi per i turni che la piattaforma (e quindi il datore di lavoro che ne è titolare o ne ha il controllo) mette a sua disposizione in ragione del suo punteggio.

Anche il giudice palermitano, beninteso, come avvenuto in una circolare del Ministero del lavoro del 19 novembre 2020<sup>23</sup>, considera astrattamente plausibile l'inquadramento del lavoro svolto dai ciclofattorini nello schema di nuovo conio delineato dall'art. 2, comma 1. E tuttavia, nel caso di specie, «al di là dell'apparente e dichiarata (in contratto) libertà del *rider*, e del ricorrente in particolare, di scegliere i tempi di lavoro e rendere o meno la prestazione, l'organizzazione del lavoro operata in modo esclusivo da parte della società convenuta sulla piattaforma digitale nella propria disponibilità si traduce, oltre che nell'integrazione del presupposto dell'eteroorganizzazione, anche nella messa a disposizione del datore di lavoro da parte del lavoratore delle proprie energie lavorative per consistenti perio-

<sup>21</sup> Cfr. G. CAVALLINI, *Foodora, Deliveroo & Co. Le fattispecie della gig-economy italiana tra previsioni contrattuali e concrete modalità di esecuzione del rapporto*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale. Atti del convegno di Brescia 12-13 ottobre 2017*, Bari 2019, p. 712 s.

<sup>22</sup> Più in dettaglio, ai fini del punteggio di eccellenza, calcolato in 100/100, il sistema di valutazione prevede i seguenti parametri: a) attività in c.d. "alta domanda" del *partner* convenzionato che incide nella misura del 35%; b) efficienza che incide nella misura del 35%; c) il *feedback* dell'utente che incide nella misura del 15%; d) esperienza che incide nella misura del 10%; e) il *feedback* dei *partner* che incide nella misura del 5%.

<sup>23</sup> Circolare del Ministero del lavoro del 19 novembre 2020.

di temporali (peraltro non retribuiti) e nell'esercizio da parte della convenuta di poteri di direzione e controllo, oltre che di natura latamente disciplinare, che costituiscono elementi costitutivi della fattispecie del lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*».

### 3. *La doppia alienità come condizione comune al lavoro subordinato e alle collaborazioni etero-organizzate*

Al netto del condivisibile esito cui perviene la richiamata sentenza, non sempre persuade l'argomentazione giuridica impiegata dal decisore. Questi, nel ricostruire la fattispecie descritta nell'art. 2094 c.c. osserva che il noto articolo del codice civile «venne scritto per la prima Rivoluzione Industriale, in cui il modello di lavoro subordinato era quello dell'operaio della fabbrica e del fordismo; esso – prosegue il giudicante – deve necessariamente essere interpretato in modo evolutivo per applicarlo o escluderne l'applicazione al lavoro su piattaforma digitale, che, in sé, ben può essere subordinato, se solo si tenga presente il contenuto dell'ultima direttiva europea in tema di lavoro, che contempla anche il lavoro su piattaforma ed è destinata a trovare applicazione nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato»<sup>24</sup>.

Pacifico che anche il lavoro mediato da piattaforme digitali possa presentare tutti i caratteri della subordinazione<sup>25</sup>(come riconosciuto, da ultimo, anche in sede istituzionale<sup>26</sup>), sul piano della ricostruzione non è affatto pacifico il nesso tra la nozione di prestatore di lavoro subordinato accolta nella norma codicistica e il sistema fordista-taylorista: la genesi della disposizione, riconducibile alla sistemazione barassiana d'inizio novecento<sup>27</sup>, precede di molto il trentennio d'oro del secolo breve, così come lo precede il Codice civile che finì per accoglierla e sistematizzarla nel 1942, specie a fronte dei noti ritardi del capitalismo italiano<sup>28</sup>. Altro è dire, invece, che il tipo nor-

<sup>24</sup> Il riferimento è alla direttiva n. 2019/1152 relativa alle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili in UE, che dovrà essere recepita dall'Italia entro il 1° agosto 2022.

<sup>25</sup> Per tutti, A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna 2019, specie p. 145 ss.

<sup>26</sup> Circolare del Ministero del lavoro del 19 novembre 2020, cit., p. 1.

<sup>27</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1901, ristampato a cura di M. NAPOLI, Milano 2003.

<sup>28</sup> V. in tal senso, proprio M. ROCCELLA, *Manuale di Diritto del lavoro*, cit. nonché L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lav. dir.*, 2016, pp. 585-644,

mativo ben si adatterà al socialtipo dominante al tempo della grande fabbrica, comunque richiedendo, per vero, anche in tempi risalenti, l'interpretazione evolutiva che ogni norma giuridica pretende. Basti pensare alla già richiamata ipotesi della c.d. subordinazione attenuata, riconosciuta della giurisprudenza sia al cospetto di attività di lavoro contrassegnate da particolare semplicità, elementarità e ripetitività, sia dinanzi a mansioni e compiti particolarmente complessi, tali da esigere professionalità particolarmente elevate (come quella di insegnanti, giornalisti, medici e giuristi d'impresa e, più in generale, ruoli dirigenziali all'interno di quest'ultima<sup>29</sup>).

L'aspetto meno convincente della pronuncia da cui si sono prese le mosse risulta, tuttavia, proprio l'insistente richiamo alla nozione di «doppia alienità»<sup>30</sup> (pp. 31-33 della motivazione), forse indotto, in qualche misura, dai cospicui rinvii alla giurisprudenza spagnola la quale è condizionata da un preciso riferimento testuale presente nell'ordinamento giuridico di quel Paese: l'art. 1 dell'*Estatuto de los Trabajadores* del 1980, infatti, stabilisce che la legge «sarà applicata ai lavoratori che volontariamente prestano la loro attività retribuita *per conto altrui*» e nell'ambito della sua organizzazione e direzione, sicché l'*alienidad* si configura come requisito fondamentale del contratto di lavoro.

Beninteso, non s'intende certo, qui, contestare l'idoneità del concetto di *doppia alienità* a selezionare effetti di tutela nel quadro costituzionale italiano né la sua adeguatezza nel guidare l'opera di adeguamento della normativa alla mutata realtà sociale<sup>31</sup>. Chi scrive

spec. par. 7.1, e, di recente, M. BARBIERI, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *La nuova legge sui riders*, cit., pp. 75-105, qui p. 94, ripreso da ultimo, in M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico*, cit., p. 84, nt 50.

<sup>29</sup> Benché sia consueto, almeno in seno alla più avvertita dottrina, il rilievo che tra le categorie legali indicate all'art. 2095 c.c. già vi siano i dirigenti, la qual cosa avrebbe dovuto portare a ridimensionare, per tempo, la rilevanza ascritta dalla giurisprudenza (e dalla prevalente dottrina) al requisito dell'eterodirezione.

<sup>30</sup> Richiamo apprezzato specialmente da A. PICCININI, *Il rider*, cit., e M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico*, cit., il quale, tuttavia, una volta osservato che «bene ha fatto la giudice palermitana a richiamarne l'insegnamento autorevolissimo», lo considera – giustamente – «esorbitante», perché, «nell'economia della ricostruzione e del giudizio del caso concreto, persino la più piatta adesione alle convenzioni interpretative sedimentatesi nei decenni intorno alla disposizione dell'art. 2094 c.c. avrebbe portato ugualmente alla conclusione che si tratta pianamente di lavoratori subordinati», p. 80.

<sup>31</sup> *Ex multis*, M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 63 ss.

concorda, anzi, col *j'accuse* da Roccella rivolto alla giurisprudenza italiana, giustamente ritenuta artefice di una sorprendente sottovalutazione di quel contributo<sup>32</sup>.

Tuttavia, per un verso quell'impianto esegetico è piuttosto risalente, essendo maturato all'apice, per così dire, del trentennio fordista, in coincidenza col varo dello Statuto dei lavoratori, per poi essere puntualmente e testualmente ripreso in Corte cost. n. 30/1996. Per altro verso – ciò che più conta – la condizione di doppia alienità è, oggi, senza dubbio *comune a due diverse fattispecie*: il lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.* e le collaborazioni etero-organizzate *ex art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015*.

L'incorporazione della prestazione di lavoro in un'organizzazione produttiva altrui, del cui risultato altri è immediatamente legittimato ad appropriarsi è, infatti, sostanzialmente, analoga a quella ritratta dall'odierno art. 2, comma 1, tanto che la stessa richiamata Cassazione n. 1663/2020 non esita a rappresentare il relativo rapporto come una «collaborazione funzionale con l'organizzazione del committente, così che le prestazioni del lavoratore possano, secondo la modulazione unilateralmente disposta dal primo, opportunamente inserirsi ed integrarsi con la sua organizzazione di impresa» (punto 32 della motivazione). Ciò che avviene, regolarmente, nel caso del lavoro mediato da piattaforme digitali, atteso che, per un verso, i servizi che dette piattaforme rendono sono nella loro piena ed esclusiva responsabilità, per altro verso, la proiezione organizzativa di tali infrastrutture limita l'autonomia del collaboratore escludendo ogni suo potere o controllo sull'organizzazione nella quale è inserito<sup>33</sup>.

Peraltro il legislatore – proprio in sede di conversione del c.d. decreto *rider*, con le modifiche apportate all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 da parte della l. n. 128/2019<sup>34</sup> – ha sciolto ogni ambiguità,

<sup>32</sup> La “denuncia” ricorre anche in M. ROCCELLA, *Lavoro autonomo e lavoro subordinato, oggi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 65/2008, laddove l'A. non manca di segnalare e valorizzare i rari casi in cui la Cassazione ha impiegato il concetto. Non dissimile l'opinione di M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico*, cit., il quale, mettendo sul banco degli imputati pure il «miso-neismo che contraddistingue la dottrina italiana di questo secolo», osserva che non nulla toglie alla pregnanza della ricostruzione il fatto che «sia stata presto, più che criticata, ignorata».

<sup>33</sup> Sul punto v., diffusamente, A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, cit.

<sup>34</sup> La disposizione oggi prevede che «a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative



forse autorizzata dall'originaria formulazione della norma, sicché non pare oggi revocabile in dubbio l'idea che l'ordinamento sia pervenuto ad un ampliamento del campo d'applicazione della protezione giuslavoristica<sup>35</sup>, oggi spettante a qualunque collaborazione personale e continuativa, funzionalmente iscritta in un'organizzazione unilateralmente predisposta dal suo titolare, anche quando manchi un assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo del creditore.

#### 4. *La doppia alienità come fondamento della tutela giuslavoristica*

Se le conclusioni cui si è pervenuti nel paragrafo che precede sono corrette, la condizione di *doppia alienità* si rivela, oggi, finalmente idonea, più di ogni altro elemento, a determinare l'integrale applicazione della tutela giuslavoristica, in perfetta consonanza con un ordinamento costituzionale cui è sconosciuto ogni richiamo al concetto di eterodirezione, non certo adeguato, oggi più di prima, a distinguere il lavoro che il Costituente intende proteggere (art. 4, 35-40 cost.) ed emancipare (art. 3, comma 2)<sup>36</sup> dal resto delle attività produttive di beni e servizi.

Non è invece utile a distinguere due figure che, equiparate negli effetti, conservano il discrimine (non più) fondamentale nelle forme di soggezione all'altrui potere unilaterale: meramente organizzativo, nel caso della figura di nuovo conio; propriamente direttivo, nel caso di quella tradizionale. Quest'ultima, anzi, dovrebbe a rigore interpretarsi in modo meno (e non più) elastico che in passato, avendo il legislatore postulato, a fronte del tenore letterale dell'art. 2, comma 1, che *non* è subordinata una collaborazione che si concreti in prestazioni di lavoro personali e continuative, «le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente», eventualmente «mediante piattaforme anche digitali»<sup>37</sup>.

e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali».

<sup>35</sup> Cfr., da ultimo, A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino 2021.

<sup>36</sup> Per una più diffusa argomentazione sul punto, sia consentito rinviare a F. MARTELLONI, *La tutela del lavoro nel prisma dell'art. 35 Cost.*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 399 ss.

<sup>37</sup> *Contra* M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclotattorini*, in *Lab. Law Iss.*, 2019, 2, pp. 1-56.

Intesa in questi termini, com'è stato recentemente constatato, «la l. n. 128/2019 prosegue il progetto di piena attuazione legislativa dell'art. 35 Cost.»<sup>38</sup>, accostando l'ordinamento giuridico del lavoro italiano<sup>39</sup> a un'idea cara a Massimo Roccella quanto a Massimo D'Antona, alla cui guisa il diritto del lavoro avrebbe dovuto occuparsi dell'intera gamma delle modalità attraverso cui «si realizzi, nelle molteplici forme consentite da una organizzazione produttiva oggi assai meno rigida del passato, un'integrazione del lavoro prevalentemente personale nell'attività economica altrui»<sup>40</sup>.

Se a tale risultato hanno contribuito – com'è pacifico – le lotte dei cicofattorini impegnati nella consegna di cibo a domicilio, cui è stato riconosciuto, nella stagione dell'emergenza sanitaria, il meritato titolo di “cavalieri della pandemia”, un riconoscimento almeno altrettanto significativo dovrebbero tributare ai *riders* i giuslavoristi, poiché, anche grazie alla loro sovraesposizione mediatica e, soprattutto, alle battaglie per il riconoscimento di diritti e tutele, l'odierno oggetto del diritto del lavoro e, dunque, il suo campo d'applicazione risultano più adeguati alle istanze di tutela che promanano dal sociale, oltre ad essere più conferenti con l'ispirazione di fondo di una carta fondamentale che ha posto il lavoro, in tutte le sue forme, alla base dell'edificio repubblicano.

«Non per noi ma per tutti» avevano detto i *riders* in mobilitazione: uno *slogan*, quanto mai congruente con gli effettivi sviluppi dell'assetto sistematico della materia, che a Massimo Roccella sarebbe piaciuto.

<sup>38</sup> A. ROTA, *La tutela prevenzionistica dei riders nella legge n. 128/2019*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, p. 76.

<sup>39</sup> In consonanza, peraltro, con l'evoluzione del diritto UE: S. GIUBBONI, *Ap-punti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, 4, p. 960 ss.; B. CARUSO, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 4, p. 1010 ss.

<sup>40</sup> M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, p. 311.



ORONZO MAZZOTTA

## Statuto dei lavoratori e statuti dei lavori cinquant'anni dopo

SOMMARIO: 1. Come eravamo: i pesi e i contrappesi. – 2. Le nuove regole: i rapporti sindacali. – 3. Le nuove regole: l'impianto garantista. – 4. Poteri e contro-poteri oggi. – 5. Che ne sarà di noi?

### 1. *Come eravamo: i pesi e contrappesi*

Il cinquantennio che ci separa dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori vede una realtà sociale, giuridica, politica profondamente mutata se non stravolta. La legge del '70, così iconica – per il significato che ha avuto al momento della sua emanazione e che ha mantenuto nel corso degli anni – è calata in una temperie lontanissima da quella propria degli anni sessanta, durante i quali è stata concepita.

Ma non è solo il rapporto (relativo) con il mondo circostante che invita a riflessioni nuove e lontane da quelle che hanno caratterizzato le precedenti celebrazioni. Sono anche i valori (assoluti) intrinseci che la legge esprime oggi, valori che hanno subito significative torsioni a seguito delle operazioni di restauro (restaurazione?) che si sono susseguite nell'ultimo decennio.

Lo Statuto si reggeva infatti su un delicato equilibrio di pesi e contrappesi, così che le profonde modificazioni che hanno subito alcuni elementi-chiave sbilancia l'apparato complessivo fino a restituire un'immagine assai lontana da quelle delle origini.

Come eravamo dunque?

Sull'impianto di fondo dello Statuto non vi sono sostanziali dissensi. La legge mise d'accordo sia chi riteneva che la protezione dei lavoratori dovesse collocarsi fuori dal contratto individuale con un rafforzamento del ruolo dell'autonomia collettiva sia chi invece puntava sui diritti individuali e la loro inderogabilità (o la inderogabilità delle norme che li contenevano).

Come sappiamo l'anima garantista e quella promozionale furono adoperate come leve per raggiungere il medesimo obiettivo. La presenza del sindacato dentro l'impresa – o meglio: «i luoghi di lavoro» come con gergo pragmatico voleva lo Statuto, marcando fortemente il tratto dell'effettività della legge – si faceva garante di quei diritti di rango costituzionale propri della cittadinanza industriale e consentiva loro di «varcare i cancelli della fabbrica».

Certo non si può negare che quella dell'intreccio fra individuale e collettivo fosse un'idea suggestiva, così suggestiva da indurre qualcuno a prenderla tanto sul serio da proporre una rivisitazione della stessa categoria fondamentale del diritto del lavoro – la subordinazione – fino ad includervi anche la coalizione<sup>1</sup>.

Sappiamo però che si tratta di realtà incommensurabili. Nel contratto individuale di lavoro non possono essere per così dire incorporate istanze di democrazia industriale, semplicemente perché «tra coalizione e subordinazione non può esservi se non una relazione da regola a regolato. Dopo la l. n. 300 del 1970 nel rapporto individuale di lavoro il *pendant* dei poteri dell'imprenditore è il diritto di coalizione nei luoghi di lavoro attribuito dall'art. 14 ai lavoratori *uti singuli*»<sup>2</sup>. Tutto qui. Nessuna interferenza reciproca e nessuna intrusione dell'una nell'altra; la coalizione è collocata all'esterno della subordinazione e funziona piuttosto da contro-potere (per usare un'espressione in voga all'epoca).

È dunque perfettamente calzante a questo scenario l'idea di un lavoratore visto come un produttore-antagonista, non una persona astratta, ma un uomo in carne ed ossa, corrispondente alla figura fatta propria dalle norme costituzionali. A partire dall'art. 1 cost. che ha inteso sostituire «all'astratta figura del cittadino indifferenziato quella dell'essere reale, visto nella concretezza dei bisogni che ricercano nuovi strumenti di soddisfazione»<sup>3</sup>.

Sappiamo, ancora, che lo Statuto non promuove una rappresentanza sindacale puramente aziendale o, meglio, aziendalistica (sul modello delle Commissioni interne), ma seleziona nel panorama

<sup>1</sup> M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Potere e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano 1985.

<sup>2</sup> L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, riedizione a cura di M. NAPOLI, Milano 2004, p. 104; v. anche V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino 2004, p. 22 ss.

<sup>3</sup> C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in *Comm. Cost. Branca, Principi fondamentali*, Bologna-Roma 1975, p. 10.

dall'associazionismo sindacale quei sindacati storicamente dotati dei caratteri di serietà ed affidabilità e tali caratteri rinviene nel sindacalismo confederale.

La legge si muove quindi in controtendenza rispetto agli anni in cui viene discussa: mentre nelle fabbriche, nelle piazze, nelle università si professa l'assemblearismo e la democrazia diretta lo Statuto promuove la democrazia rappresentativa, schierandosi dalla parte delle istituzioni.

Inoltre la volontà di affidare la rappresentanza ad organismi collegati con il sindacato esterno incardinato nelle strutture confederali conferisce alla scelta il sapore del rifiuto di un rivendicazionismo di stampo aziendalistico, con la valorizzazione *anche* di interessi solidaristici di rilevanza generale.

Sappiamo, infine, che la cifra caratteristica della legge del '70 è l'*effettività*, perché in essa «i diritti vengono inseguiti fin nei luoghi in cui si devono realizzare»<sup>4</sup>.

E mi sia consentito aggiungere che un ruolo rilevante a questo fine lo assolve la *tecnica giuridica*, perché lo Statuto si avvale di forme inedite, tanto inusitate da scatenare fra due amici fraterni (Giuseppe Pera e Gino Giugni) una notissima polemica all'insegna della protesta del primo contro una "legge malfatta" e delle difese del secondo contro un retrivo giuspositivista.

Ma un briciolo di verità c'era nella posizione di Pera, non tanto perché la legge fosse davvero fatta male, ma perché essa superava in più di una circostanza il formalismo del diritto civile tradizionale: il pensiero va ovviamente all'art. 28, ma non solo. Lo Statuto supera infatti l'autonomia negoziale come unica cerniera fra ordinamento dei privati e Costituzione, procedendo ad un controllo dei poteri privati con tecniche perfettamente allineate ai principi costituzionali.

## 2. Le nuove regole: i rapporti sindacali

Quello Statuto si muoveva entro uno spazio specificamente definito dalle relazioni sindacali dell'epoca e su assetti associativi dati, che si facevano garanti di una evoluzione condivisa dei modi di governo dell'impresa.

<sup>4</sup> O. MAZZOTTA, *La dignità umana come diritto fondamentale e il sistema delle fonti*, Atti del convegno nazionale «Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro», 2010, [www.caspur-ciberpublishing.it](http://www.caspur-ciberpublishing.it), p. 33.

È accaduto però che di lì a poco le strutture normative della legge sono entrate nel cono d'ombra della prima delle tante emergenze che hanno caratterizzato il diritto del lavoro a partire dalla seconda metà degli anni settanta. L'impianto complessivo, in cui tutto si teneva, per un po' ha retto; ben presto però ha dovuto arrendersi all'onda montante delle critiche al cuore della scelta promozionale: quella che privilegiava sì il ruolo del sindacato nella rappresentanza di fabbrica, ma di un sindacato che si muovesse all'interno di strutture rappresentative esponenziali di interessi più ampi.

Di qui la riscrittura dell'art. 19, piegato ad una maggiore aderenza agli interessi specifici della categoria di riferimento, se non dello spazio rappresentativo coperto dall'impresa.

Gli sviluppi successivi sono noti. Da una parte le organizzazioni sindacali contrapposte hanno ripreso in mano il bandolo delle forme rappresentative dei lavoratori dentro l'impresa introducendo nuovi soggetti (le RSU), mentre dall'altra, a seguito del *referendum* abrogativo del 1995, l'unico criterio selettivo della rappresentanza è rimasto quello della sottoscrizione di un contratto collettivo purchessia applicato nell'unità produttiva.

Il che significa che, in ragione della modifica referendaria, il potere di accreditamento è stato attribuito, se pure indirettamente, al datore di lavoro.

La questione sarebbe però restata sullo sfondo se non fossero intervenuti due importanti detonatori: da una parte la rottura dell'unità sindacale, con la conseguente diffusione degli accordi separati, e dall'altra il recesso dalla Confindustria della più importante impresa italiana. Quest'ultimo evento in particolare, nel calor bianco delle trattative per la stipulazione di un contratto aziendale di gruppo, ha condotto alla marginalizzazione di una associazione sindacale maggioritaria, penalizzata dalla sua stessa volontà di non voler sottoscrivere un contratto collettivo dai contenuti non condivisi.

Massimo Roccella avrebbe scritto, in modo profetico, che lì a Pomigliano sarebbe «stata effettuata, in qualche modo, una sperimentazione in vitro, cercando di accreditare, con un accordo sindacale "separato" [...] una sorta di nuovo vangelo delle relazioni industriali [...] stando al quale sarebbe ragionevole, in nome della produttività, la pretesa di introdurre nei rapporti di lavoro un principio di responsabilità collettiva, sconosciuto al nostro ordinamento»<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> M. ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?* in *Lav. dir.*, 2011, p. 429.

L'atteggiamento datoriale ha ovviamente riaperto la discussione sulla effettiva portata di quel che è restato dell'art. 19 e ci è voluta la Corte costituzionale che, con la ben nota sentenza n. 231 del 2013, ha spiegato che l'espressione «sottoscrizione di un contratto collettivo» non allude al solo atto materiale del vergare un documento con una firma, ma si riferisce ad un dato di *effettività*. La sottoscrizione è solo l'atto terminale che denuncia una partecipazione dell'organizzazione alle trattative, a prescindere dall'assenso alla sua conclusione naturale.

Tutto giusto. Sennonché una soluzione interpretativo-correttiva di pura emergenza costituzionale rende ancor più impellente una nuova regolazione legislativa ed una conseguente riformulazione dell'art. 19.

Le parti sociali ci hanno provato. Il legislatore invece latita.

### 3. *Le nuove regole: l'impianto garantista*

Ancor più significative le compromissioni dell'impianto originario che hanno riguardato il *coté* garantista. Ed è qui che il discorso incontra il tema dei poteri.

La stagione delle riforme ispirate alla flessibilità del lavoro per una maggiore efficienza delle imprese ha prodotto dapprima (nel 2012) la riscrittura della norma-simbolo della tutela contro i licenziamenti: quell'art. 18 che garantiva la reintegrazione nel posto di lavoro cioè il ripristino della relazione giuridica illegittimamente interrotta “senza se e senza ma”. L'apparato sanzionatorio – tolta una ristretta area a protezione di valori di rango costituzionale – è stato disarticolato in molti rivoli, con l'intento, per niente celato, di assecondare una sostanziale monetizzazione delle conseguenze sanzionatorie, restringendo entro un'area risicata la ricostituzione del rapporto.

La riforma renziana del 2015 (il c.d. contratto a tutele crescenti: d.lgs. n. 23/2015) ha poi inferto il colpo di grazia al sistema, dando rilievo ancor maggiore all'idea che la regola in materia debba essere il ristoro economico.

Ora non è questo il luogo per reintrodurre la complessa discussione circa le radici costituzionali della sanzione reintegratoria, quanto cogliere il senso complessivo dell'operazione, vagamente ispirata agli stilemi della c.d. analisi economica del diritto.

A questa visuale neo-liberista non è difficile giustapporre che, secondo il diritto borghese (il codice di diritto privato) e non alla



luce del contro-diritto “proletario”, la *restitutio in integrum* (la *tutela in forma specifica*) costituisce la forma *naturale* di reazione all’inadempimento dell’altra parte, mentre il risarcimento dei danni ne rappresenta solo un pallido succedaneo<sup>6</sup>.

L’operazione del 2012 è quindi consistita fundamentalmente nel definitivo ripudio di una prospettiva ancorata a logiche di equilibrio negoziale dominate dalle regole (ultracentenarie) del diritto privato a favore di una prospettiva integralmente ascrivibile ad un diritto del lavoro in cui gli equilibri di potere endo-contrattuali sono fortemente sbilanciati a favore del datore.

Ma ancor più gravi sono le prospettive eso-contrattuali che la riforma dischiude. Il che vale quanto chiedersi quali siano o possano essere gli effetti sul sistema giuslavoristico dell’eclissi della stabilità.

È quasi superfluo sottolineare che la stabilità ha un effetto eso-contrattuale di garanzia del sistema complessivo.

È sufficiente ricordare lo stato del diritto del lavoro prima delle riforme della seconda metà degli anni sessanta del secolo scorso. Tutta la coraggiosa legislazione approvata nello scorcio degli anni cinquanta (due esempi per tutti: la legge 230/1962 sul lavoro a termine, la l. 1369/1960 sul divieto di interposizione) ha avuto un peso ed un significato ben diverso prima e dopo l’introduzione del sistema di stabilità: in un sistema improntato alla libera recedibilità anche le più pregnanti discipline di garanzia dei diritti della persona del lavoratore sono destinate a liquefarsi di fronte ad un rapporto che, se pure imposto a titolo sanzionatorio, sia poi liberamente risolvibile con poca spesa.

Ed anche le tecniche di autotutela collettiva e le forme di azione diretta individuale, come l’eccezione di inadempimento, risultano fortemente ridimensionate senza la stabilità.

Per quel che più conta infine – come pensavano i promotori della legge n. 604 del 1966 – la giustificazione del licenziamento e la predisposizione di mezzi adeguati alla ricostituzione del rapporto costituisce l’unico antidoto contro il fallimento delle tecniche antidiscriminatorie.

Sappiamo infatti che a lungo la giurisprudenza si è rifiutata di apprezzare la discriminatorietà in sé degli atti di esercizio del pote-

<sup>6</sup> Utile è il richiamo a Cass., Sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, p. 704, secondo cui in materia di lavoro – in ragione dei valori immessi dal lavoratore nel contratto – è solo la reintegrazione in forma specifica che garantisce l’esatta soddisfazione della sua posizione giuridica.

re datoriale di licenziare, preferendo far rifluire il piano protettivo sul versante dell'assenza di motivazione. Ne deriva che, in linea di massima, il licenziamento discriminatorio non è represso in quanto tale, ma in quanto privo di giustificazione.

Ed allora, se ben si guarda, come ha scritto il compianto amico Mario Napoli «il vero bersaglio della critica alla stabilità è il ruolo del giudice del lavoro più che la regolazione legislativa in sé»<sup>7</sup>, sull'onda dell'opzione politica che fa da sfondo al “Collegato lavoro”.

Ciò che si vuole esorcizzare è un controllo esterno sulle scelte dell'impresa, rieditando l'anatema barassiano contro la proposta del Consiglio superiore del lavoro francese del 1915, che intendeva introdurre un controllo del giudice sulle cause del licenziamento: per Barassi «una forma d'inquisizione che può degenerare sino a diventare tirannica»<sup>8</sup>.

A non dissimili rilievi si presta la riscrittura dell'art. 13 (*id est* dell'art. 2103 c.c.) in materia di mansioni. Siamo qui nel cuore del potere di disporre della prestazione secondo gli scopi dell'organizzazione del lavoro divisati dal datore. Il lavoratore infatti «promette, nei limiti della “qualifica” oppure di un gruppo di “posizioni” di lavoro, di esplicare le sue energie in stato di subordinazione rispetto al datore di lavoro (creditore)»<sup>9</sup>.

Ora il legislatore del settanta memore del sostanziale fallimento di una strategia di limiti allo *jus variandi* incentrati sulla ambigua nozione di protezione della “posizione sostanziale”, aveva introdotto due robusti sbarramenti. Da una parte il nucleo della protezione veniva allocato sul piano della equivalenza delle mansioni rispetto a quelle di assunzione (ovvero a quelle successivamente acquisite), mentre dall'altra si poneva come cerniera di chiusura del sistema quella inderogabilità assoluta che – secondo una lettura formalmente condivisibile – rendeva impossibili spostamenti *in pejus* anche nell'interesse del lavoratore.

Quest'ultima scelta discendeva anche dalla necessità di superare quell'*acquis* giurisprudenziale che di fronte ad una modifica peggiorativa della posizione di lavoro, fingeva che essa risultasse da una scelta tacitamente accettata dal prestatore. Una giurisprudenza am-

<sup>7</sup> M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2001, n. 26, p. 17.

<sup>8</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1917, p. 836 s.

<sup>9</sup> L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 5.

piamente discutibile, non foss'altro perché il contesto generale in cui era calato il rapporto di lavoro, segnato dalla libertà di recesso, era *ictu oculi* il meno adatto ad avallare la genuinità della scelta del lavoratore di prestare il proprio consenso alla dequalificazione. Ma tant'è.

Il nucleo forte della protezione veniva allocato nello sbarramento creato sul fronte della "equivalenza": dovevano considerarsi ammissibili solo gli spostamenti a mansioni simili. E a sua volta il concetto di equivalenza ruotava, secondo una lettura ampiamente invalsa, intorno ad una magica espressione, vittima degli strali morettiani: "professionalità".

Ora non vi è dubbio che questa lettura si iscrivesse nel solco della protezione della dignità della persona, propria dello Statuto, dignità che sarebbe risultata fuor di dubbio penalizzata da una mobilità laterale verso compiti troppo distanti dal patrimonio di conoscenza ed esperienza acquisito e detenuto dal lavoratore. È altrettanto indubbio però che certe letture giurisprudenziali fortemente statiche del concetto di equivalenza professionale abbiano contribuito ad una sostanziale imbalsamazione dei processi di mobilità orizzontale. Non a caso, nella giurisprudenza più recente, venivano proposte letture evolutive del concetto, che cercavano di attenuare l'idea che la professionalità fosse acquisita dal lavoratore una volta per tutte per valorizzare, invece, la capacità professionale *potenziale*, suscettibile di sviluppi in direzioni anche nuove e diverse. Era anche un modo per dar risalto alle scelte dell'autonomia collettiva, nei casi in cui quest'ultima introducesse meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale, con la previsione della fungibilità fra le mansioni quand'anche fossero espressive di professionalità diverse<sup>10</sup>.

Senonché il processo evolutivo di matrice giurisprudenziale subisce ora un brusco arresto per effetto della novella contenuta nell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015: il nuovo art. 13 dello Statuto, *id est* il nuovo art. 2103 c.c.

A seguito della riforma lo scenario, come è noto, è completamente cambiato. La mobilità laterale non si muove più entro l'orizzonte della equivalenza professionale, ma può spaziare all'interno della più vasta area segnata dallo «stesso livello e categoria legale di inquadramento». In sostanza sono considerate equivalenti tutte quelle mansioni collocate nel medesimo livello contrattuale con il solo limite della riconducibilità alla categoria legale di inquadramento del

<sup>10</sup> V. Cass., Sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033.

lavoratore. La categoria conosce così una sua sostanziale rivitalizzazione dopo la lontana stagione sindacale che si era fatta promotrice dell'*inquadramento unico*, stagione pressoché coeva alla emanazione dello Statuto dei lavoratori.

A ciò si aggiunga che il potere di modificare le mansioni nel senso indicato è unilaterale ed insindacabile, dal momento che l'unico blando limite, costituito dall'assolvimento di un obbligo formativo, è sostanzialmente privo di sanzione, perché «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni».

Altrettanto rilevante è l'attribuzione al datore del potere di adibire il lavoratore anche a mansioni inferiori, se pure in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla relativa posizione, che andranno ovviamente dimostrati.

Ma non è tutto. La novella attribuisce alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello il potere di individuare ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti ad un livello inferiore.

Con il che si pone la pietra tombale sulla equivalenza professionale. Si ha un bel dire che, data la larghezza con cui sono concepite le declaratorie contrattuali, ad ammettere una assoluta fungibilità fra tutti i profili «si sconfinava nella manifesta irragionevolezza», compromettendo altresì l'equilibrio corrispettivo sancito dall'art. 36 cost.<sup>11</sup>. Resta fermo che ben difficilmente la giurisprudenza vorrà arbitrare un conflitto che vede (vedrebbe) al centro i frutti dell'autonomia collettiva, dotati dal legislatore di un potere ampio e pervasivo.

Così come la scelta legislativa rende meno plausibile la pur nobile idea di una professionalità del lavoratore che preesiste al contratto<sup>12</sup>, quasi si trattasse di uno *status*. Vero è invece che la latitudine con cui è concepito lo *jus variandi* nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. riporta l'obbligazione di lavoro ai primordi del capitalismo, a quella messa a disposizione di energie generiche di carneluttiana memoria.

Certo i tempi sono cambiati, non c'è più la richiesta numerica che regola il collocamento, c'è una maggiore attenzione verso la personalizzazione del contratto alla luce delle esperienze pregresse del lavoratore. Ciò non toglie però che l'allargamento dello spettro di mansioni pretendibili dal datore di lavoro rimette seriamente in

<sup>11</sup> Così V. FERRANTE, *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*, Torino 2017, p. 35; ma v. anche i rilievi di R. VOZA, *Statuto, poteri dell'imprenditore e tutele della persona del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, p. 78 ss.

<sup>12</sup> V. FERRANTE, *Potere e autotutela*, cit., p. 66, sulla scorta del pensiero di Mario Napoli.

discussione quella impostazione e le idee che hanno fatto da sfondo alla valorizzazione della professionalità quale bene suscettibile di autonoma tutela economica.

#### 4. *Poteri e contro-poteri oggi*

È tempo di tirare le fila sulla redistribuzione dei poteri all'interno del contratto di lavoro, alla stregua del *novum* che ha dato un assetto diverso allo Statuto dei lavoratori.

Partirei dal ricordare che il contratto di lavoro è un contratto peculiare nel panorama degli atti di autonomia privata regolati dal codice civile.

Nei contratti privatistici, dominati dalla libertà negoziale scolpita nell'art. 1322 c.c., l'equilibrio fra le reciproche posizioni dei contraenti è frutto dell'assetto voluto dai medesimi e in buona sostanza è il frutto delle leggi di mercato.

Ben diversa è la posizione del contratto di lavoro. Il contratto di lavoro è intessuto di norme inderogabili; il che significa che l'equilibrio fra le parti è un *a priori* predefinito dalla legge. In sostanza il bilanciamento fra poteri e contropoteri è voluto in un dato momento storico dal legislatore. E, se vogliamo, esso rappresenta la traduzione in termini di diritto positivo della contrapposizione disegnata dall'art. 41 cost., norma quest'ultima che si situa nel cuore della relazione giuridica di lavoro subordinato affidando alla legge il compito di bilanciare poteri e contropoteri così procedendo a spostare, tempo per tempo, la frontiera mobile che distanzia la posizione dei protagonisti della relazione giuridica.

Una recente conferma di questa prospettiva è leggibile nella giurisprudenza della Cassazione che si rifiuta di arbitrare il conflitto fra le parti del rapporto in materia di giustificazione oggettiva del licenziamento, rinviando al bilanciamento già operato dal legislatore<sup>13</sup>.

Si dirà che si tratti di rilievi ovvi. È scontato infatti che la frontiera mobile fra interesse dell'impresa e dignità del lavoro debba e possa essere tempo per tempo spostata dall'intervento eteronomo della legge.

Tutto giusto. Non si può nondimeno dimenticare che quanto più si sposta a favore dell'impresa quella frontiera, tanto più riprende forza l'autonomia negoziale, che nel caso del contratto di lavoro

<sup>13</sup> Emblematica di tale orientamento è Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201.

coincide con le scelte unilaterali del datore. Insomma se il diritto del lavoro si muove dalla libertà e viaggia verso l'eguaglianza, lo spostamento dei termini dello scambio fa recuperare posizioni alla libertà e quindi alla forza datoriale a discapito dell'eguaglianza sostanziale.

L'assetto originario dello Statuto, come abbiamo visto, era chiaro. Si volevano aggredire dall'esterno i poteri unilaterali del datore, sottoponendoli a limiti in funzione della salvaguardia di alcuni valori di cui è portatore il lavoro e che sono ritenuti preminenti: la riservatezza (artt. 4 e 8), il patrimonio professionale (art. 13). Ovvero vietare seccamente forme distorte ed illecite di impiego di quei poteri (artt. 2, 3, 5, 6) o, ancora assicurare, in materia disciplinare, la trasparenza ed il rispetto dei diritti di difesa (art. 7) e, infine, garantire la stabilità del posto (art. 18).

Al centro della relazione datore-lavoratore c'era sempre il contratto ed era questo che consentiva (e consente) di governare l'impresa. Era solo che i rapporti di forza tra le parti venivano redistribuiti, con una più forte limitazione dei poteri unilaterali del datore. «L'idea-madre dello statuto» chiosava Luigi Mengoni<sup>14</sup> «è che l'organizzazione tecnico-produttiva dell'impresa deve modellarsi sull'uomo, e non viceversa».

E lo stesso Mengoni dava giustamente atto che lo Statuto dei lavoratori non aveva «modificato lo schema causale del contratto di lavoro»<sup>15</sup> e quindi che le norme garantistiche non ne avevano alterato la natura.

Si tratta di una conclusione che non può che confermarsi anche di fronte alle recenti modifiche.

Senonché, se lo schema causale non ne risulta alterato, sono di certo fortemente alterati *i termini dello scambio* e dunque assume una coloritura tutta nuova e diversa quella tutela della “dignità” che campeggia nel titolo della legge. Che altro non è se non – come leggiamo nelle definizioni dei dizionari – il rispetto del lavoratore per le sue «intrinseche qualità e la sua stessa natura di uomo»: per la sua identità al postutto.

Ed è inutile ricordare le ascendenze costituzionali della protezione della dignità (artt. 3, 36 e 41 cost.)<sup>16</sup> che oggi inevitabilmente arretra di fronte all'idea – tutta da dimostrare – che un lavoro meno

<sup>14</sup> L. MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in G. PERA (a cura di), *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano 1972, p. 379, ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna 1985.

<sup>15</sup> L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 103; v. anche M.V. BALLESTRERO, *Uno statuto lungo cinquant'anni*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, p. 31.

<sup>16</sup> In argomento v. ampiamente G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro e della*

protetto possa incentivare le imprese ad allargare la base occupazionale.

Le modifiche ed anzi i veri stravolgimenti dell'idea-base statutaria non sono piovute dal cielo, ma costituiscono il frutto di una lunga serie di fattori concomitanti.

Ne abbiamo già parlato in occasione del quarantennale quando ancora non si era messo mano alle riforme e non possiamo che ripeterlo qui, anche se si tratta di valutazioni ben note e diffuse.

Del sovvertimento delle forme della rappresentanza sindacale, in una direzione ancora tutta da verificare, abbiamo detto.

Aggiungiamo che ambedue i protagonisti della relazione giuridica di lavoro hanno mutato i connotati. La redistribuzione dei ruoli fra i lavoratori ha prodotto, anzitutto, una proliferazione di compiti di basso livello professionale; pensiamo ai ciclofattorini, agli impiegati dei *call center*, agli addetti al recapito a domicilio dei prodotti, ai commessi nella grande distribuzione, ecc. Il che significa che ad una prestazione di lavoro caratterizzata dal "saper fare" si è sostituita una prestazione sempre più deprivata di contenuti per un'economia basata sulla soddisfazione immediata di bisogni elementari ed in cui il prototipo del lavoratore dipendente non è più l'operaio portatore di un proprio bagaglio professionale, ma un lavoratore dequalificato occupato in mestieri semplici e ripetitivi.

A questi ruoli si affiancano figure maggiormente professionalizzate che spesso aspirano a collocarsi fuori dall'impresa e talvolta hanno una considerazione di sé quali lavoratori autonomi ed indipendenti.

Nel mezzo c'è la fabbrica che non è più fordista, nel senso abusato dell'organizzazione fortemente gerarchizzata, ma che è e resta luogo di controllo ed organizzazione di una molteplicità di uomini da coordinare. E la fabbrica si è articolata e distribuita secondo modelli di rapporti sia verticali che orizzontali.

E il legislatore? Il legislatore ha in qualche misura assecondato la disgregazione del mercato del lavoro, lungi dal correggerla, puntando sulla salvaguardia prioritaria dell'impresa, considerato il motore dell'economia.

Si spiega così gran parte della legislazione dell'ultimo ventennio, che ha operato una torsione negli istituti giuridici giuslavoristici, piegati a divenire strumenti della concorrenza e della competitività fra le imprese. Si è quindi invertito il rapporto fra economica e diritto, con

*persona che lavora*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 633 ss. e, se vuoi, O. MAZZOTTA, *La dignità umana*, cit., p. 146 ss.

la prima che detta l'agenda del secondo. Conseguentemente vengono recuperati ulteriori spazi di libertà ed autonomia individuale nel rapporto di lavoro con un arretramento della inderogabilità della disciplina che per quasi un secolo ha caratterizzato la norma lavoristica.

### 5. *Che ne sarà di noi?*

Non è questo certo il luogo per avanzare proposte su una possibile agenda del diritto del lavoro dei prossimi anni. C'è spazio solo per domande più che per riflessioni.

Una prima domanda ha a che fare con l'attualità dell'idea di un *corpus* unitario di principi-base che devono governare le relazioni individuali e collettive di lavoro.

Si può dire, come si è detto della codificazione, che essa appartiene al "mondo delle certezze"? Che cioè possa collocarsi solo in quei momenti storici in cui il respiro dell'iniziativa politica si muove su un terreno di larghe condivisioni ed in un contesto economico stabile?

Se volgiamo lo sguardo al panorama che ci circonda non possiamo che dar credito a questi dubbi. Le difficoltà nascono già sul terreno della rappresentanza degli interessi, con un arretramento della solidarietà sociale, che va di pari passo con il declino del sindacato. Siamo passati dal modello solidaristico, che faceva da sfondo allo Statuto del '70, ad un modello basato sull'individualismo e sulla primazia del mercato e della concorrenza. Non c'è più «una temporalità protesa verso il futuro», per usare le parole di Pietro Costa.

Per la verità i patri legislatori sfornano periodicamente "statuti" e "codici", ma sono solo manifesti da vendere a fini elettorali, in realtà privi di contenuti davvero pregnanti. Pensiamo agli statuti di questo o quel lavoro (autonomo, parasubordinato, nelle piattaforme, ecc.) o ai veri o finti testi unici (si pensi al d.lgs. n. 81/2015 dedicato ad una clamorosa "disciplina organica dei contratti di lavoro").

Ciononostante siamo in molti a pensare che vi sia comunque la necessità di fissare in una carta di respiro generale i diritti primari di chi vive del lavoro proprio. Più complicato è invece trovare un accordo sull'estensione di tale carta dei diritti, se cioè limitarla al solo lavoro subordinato o allargarne l'estensione anche a forme contigue di lavoro (parasubordinato o, addirittura, autonomo)<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> V. le considerazioni di M.V. BALLESTRERO, *Uno statuto*, cit., p. 36, che richiama la legge di iniziativa popolare intitolata *Carta universale dei diritti*.



Un secondo interrogativo è ancora più radicale: è arrivato il momento della resa dei conti con l'idea stessa di lavoro subordinato che ci viene dal capitalismo delle origini? Quell'idea è ancora rappresentata dalla fattispecie di riferimento definita dall'art. 2094 c.c. o questa è stata sottoposta – e lo sarà in modo crescente – al processo disgregativo dei nuovi modi di lavorare e produrre? Dobbiamo riformularla o dobbiamo abbandonarla a favore di un diritto tutto centrato sui rimedi, più che sui presupposti definitivi? Ed ancora: quanto le nuove forme del lavoro – penso al lavoro a distanza che sta vivendo e vivrà una inedita stagione di apertura – orienteranno una rilettura dell'obbligazione di lavoro, attenuando la contrapposizione di interessi fra le parti?

Sono queste, a mio avviso, le domande centrali del dibattito di oggi e del nostro futuro immediato. Il resto seguirà.

E lo Statuto?

Lo Statuto sembra parlarci da un passato ormai remoto, anche se le sue scelte coraggiose e non convenzionali ci indicano un metodo ed alimentano una speranza.

LUIGI MENGHINI

## Termine finale e licenziamento nell'evoluzione del diritto del lavoro: dialogo con Massimo Roccella

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Termine e licenziamento nell'epoca d'oro. – 3. Le punte stagionali. – 4. La prima ipotesi acausale. – 5. L'esaltazione della contrattazione. – 6. La svolta mancata del 2001. – 7. Riforma Fornero e *Jobs Act*. – 8. Un inutile ritorno all'indietro: il "Decreto Dignità". – 9. Covid e ripartenza.

### 1. *Introduzione*

Accogliendo l'invito a rendere omaggio a Massimo Roccella nel decennale della sua scomparsa, cerco in questo scritto di riannodare il dialogo avuto con lui sui nessi tra la disciplina del contratto di lavoro a termine e quella del licenziamento, per poi farne tesoro in alcune brevi osservazioni sulla situazione attuale, protesa al "post Covid".

### 2. *Termine e licenziamento nell'epoca d'oro*

La prima tappa del nostro dialogo concerne l'atteggiamento interpretativo da assumersi nei confronti dei drastici limiti introdotti dalla legge del 18 aprile 1962, n. 30, all'utilizzo del contratto di lavoro a tempo determinato, basati sulla necessità di forma scritta, sul sistema della tassatività delle ipotesi ammesse, sulla loro eccezionalità rispetto al contratto *sine die*, sul complesso "blocco" della ripetizione delle assunzioni, sulla parità di trattamento e sulla c.d. inversione dell'onere della prova, in un contesto in cui la legge consentiva il recesso *ad nutum* dal contratto di lavoro *sine die*. Tale atteggiamento dipendeva in larga parte dalla individuazione della filosofia di fondo della legge del 1962, in merito alla quale vi erano una tesi maggioritaria, per la quale l'obiettivo del legislatore era solo quello di impedire

l'utilizzo del lavoro a tempo determinato in presenza di occasioni di lavoro stabili, ed una tesi minoritaria, che attribuiva alla legge la volontà di favorire comunque l'occupazione stabile, anche al prezzo di qualche temporaneo rigonfiamento dell'organico, che si riteneva superabile in un contesto di forte sviluppo economico. Io avevo difeso questa seconda opinione nel 1980<sup>1</sup> e Massimo, nella monografia del 1990, la riteneva fondata: le finalità meramente anti fraudolente erano smentite dal sistema della tassatività e non trovavano conferma nella debolezza delle tutele allora previste per il licenziamento illegittimo, sia perché era dimostrato che l'abuso del lavoro a termine dipendeva molto spesso proprio dalla volontà datoriale di sottrarsi alle regole sul recesso, sia perché dagli atti parlamentari risultava che la disciplina tanto restrittiva sul contratto a tempo determinato era stata introdotta nella convinzione di un imminente rafforzamento legislativo delle tutele del lavoratore in tema di licenziamento<sup>2</sup>.

Condividevamo anche l'opinione che attribuiva alla legge sui licenziamenti individuali e all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori l'effetto di far acquisire alla normativa del 1962 un'effettività che prima le mancava del tutto<sup>3</sup>. Va ricordato, infatti, che per sfuggire alle strette maglie della disciplina sui licenziamenti i datori di lavoro si misero ad assumere a termine anche nei casi dubbi o in palese violazione dei limiti di legge. Le conseguenze furono diverse da quelle del decennio precedente. Il nuovo interesse dei lavoratori ad ottenere un posto stabile e ben protetto, accompagnato dal notevole rafforzamento del ruolo del sindacato, dalla riforma del processo del lavoro e dalla gestione sindacale delle cause, condusse ad un contenzioso gigantesco che celebrò la saldatura della normativa del 1962 con quella in tema di licenziamento e condusse ad innumerevoli trasformazioni dei rapporti a termine in rapporti a tempo indeterminato, con pagamento di risarcimenti cospicui ed a volte astronomici, specie in caso di assunzioni a termine ripetute per interi decenni.

<sup>1</sup> L. MENGhini, *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni Ottanta*, Milano 1980, p. 46 ss.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in *Comm. c.c.* Schlesinger, Milano 1990, p. 82 ss.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 84 e L. MENGhini, *Il lavoro a termine*, cit., p. 61 ss. Sulla situazione a cui ha dato vita la "saldatura" tra la disciplina sul termine e quella sul licenziamento v. ora L. MENGhini, *Contratto di lavoro a termine ed a tempo indeterminato: storia ed attualità di una alternativa*, in *Studi in memoria di Sergio Magrini*, Torino 2019, p. 92 ss.

### 3. Le punte stagionali

Questa situazione non durò molto. Con il 1973 cessò la fase della consistente crescita economica, occupazionale e del benessere. Dopo il primo *shock* petrolifero, nel periodo successivo gli alti tassi di inflazione e disoccupazione, uniti alla necessità di riconversione dell'apparato produttivo, diedero vita ad una prolungata crisi economica, che sul piano della strumentazione giuridica segnò il passaggio, pur estremamente lento e graduale, spesso inteso a risolvere casi specifici di interpretazioni giudiziali restrittive della normativa vigente, dal garantismo rigido a quello flessibile. Negli anni '70 si pensava che questa transizione fosse temporanea, ma col tempo si rivelò, invece, duratura<sup>4</sup>.

Di questo processo la disciplina del lavoro a termine costituì un esempio paradigmatico. Nel nuovo contesto economico alcune sue interpretazioni restrittive crearono forti reazioni delle imprese. Era discusso, ad esempio, se le punte stagionali di attività che si verificano in dati periodi dell'anno, pur prevedibili e ricorrenti, potessero rientrare nell'ipotesi di cui alla lett. c dell'art. 1 della legge n. 230/1962, che si riferiva all'esecuzione di un'opera o servizio, definiti e predefiniti nel tempo, con carattere straordinario od occasionale. Di fronte alla prevalente soluzione negativa, in vista dell'incremento di molte attività in coincidenza con l'imminente periodo natalizio, fu emanato il d.l. 3 dicembre 1977, n. 876, poi convertito in legge 3 febbraio 1978, n. 18, che consentiva le assunzioni a termine, ma solo nei settori del commercio e del turismo, per far fronte all'intensificazione dell'attività produttiva che si verificasse in determinati e limitati periodi dell'anno alla quale non fosse possibile sopperire con il normale organico, previo accertamento della sussistenza delle condizioni richieste da parte del capo dell'Ispettorato del lavoro dopo l'acquisizione del parere non vincolante dei sindacati provinciali di categoria maggiormente rappresentativi. La novella, introdotta inizialmente per un periodo limitato ed in via sperimentale, risolse molti problemi, ma non ebbe vita facile, perché ci fu contrasto sulla sua applicabilità, tra l'altro, ai casellanti delle autostrade o ai dipendenti delle banche delle località turistiche, il che condusse (ma ci vollero 5 anni!) alla sua estensione a tutti i settori economici e all'eliminazione del suo carattere sperimentale con l'art. 8-*bis* della legge 25 marzo 1983, n. 79.

<sup>4</sup> Lo notava proprio M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2013, p. 13. Si tratta del testo portato a termine da Donata Gottardi e Fausta Guarriello dopo la scomparsa di Massimo, avvenuta nel 2010.

Il secondo momento di dialogo con Massimo Roccella riguarda proprio il significato di questa nuova disciplina. Lui ne sottolineava la forte discontinuità rispetto a quella precedente quanto alla tecnica per delimitare l'istituto e quanto all'obiettivo di alleggerire una situazione occupazionale molto difficile con la concessione alle imprese di più ampi margini di elasticità organizzativa<sup>5</sup>. La conseguenza di tutto ciò era l'infondatezza di una interpretazione della nuova normativa come se avesse la stessa *ratio legis* di quella precedente: per affermare l'insufficienza del normale organico a fronteggiare le esigenze di intensificazione produttiva dei periodi di punta non si doveva, quindi, verificare che fossero esperite dal datore di lavoro tutte le altre possibili soluzioni tecnico-organizzative, ma era sufficiente verificare che l'organico non fosse sottodimensionato durante i periodi di svolgimento dell'attività ordinaria<sup>6</sup>.

Io ero giunto alla conclusione criticata da Massimo<sup>7</sup> e smentita anche dalla Cassazione<sup>8</sup>. Forse per aver troppo esaminato la disciplina precedente ne ero rimasto risucchiato, non cogliendo le novità di una soluzione normativa che intendeva evitare costi insostenibili per le imprese pur salvaguardando l'occupazione, se pur solo temporanea, in una fase di crisi economica e occupazionale: rimanevo ancorato all'idea del lavoro a termine come *extrema ratio* e non capivo che richiedere che prima del ricorso a quest'ultimo fosse da accertare che l'intensificazione stagionale dell'attività produttiva non fosse affrontabile attraverso un più intenso impiego del personale ordinario costituiva una soluzione più pesante per tutti: per i dipendenti occupati, chiamati ad un impegno straordinario, per i senza lavoro, che sarebbero rimasti tali, e per le imprese, costrette a sforzi organizzativi scarsamente straordinari. A parte questa conclusione, tuttavia, le premesse su cui la basavo non erano molto diverse da quelle da cui muoveva Massimo. Anch'io sottolineavo la novità della tecnica delimitativa e non mi sfuggiva la volontà del legislatore di favorire l'espansione del lavoro a termine e di sottrarre al giudice la verifica della ricorrenza delle condizioni di ammissibilità; tutto ciò, tuttavia, per me non era sufficiente ad evidenziare un mutamento della funzione economico-sociale dell'istituto: le

<sup>5</sup> M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 129 s., ove viene ripresa l'opinione di M. D'ANTONA, *I contratti a termine per "punte stagionali" tra delegificazione e rilegificazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, II, p. 102.

<sup>6</sup> M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 132.

<sup>7</sup> L. MENGHINI, *I problemi interpretativi in tema di lavoro a termine nella recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, I, p. 149 ss.

<sup>8</sup> Si tratta di Cass., 14 giugno 1986, n. 3988, in *Mass. Giur. lav.*, 1986, p. 619.

ipotesi ammesse avevano ancora carattere oggettivo e le innovazioni convivevano con la tradizionale disciplina del rapporto<sup>9</sup>.

Ho sempre pensato che fosse giusto e razionale far partecipare il sindacato alle decisioni sull'ammissibilità di possibili assunzioni a termine. Su questo aspetto le norme sulle punte stagionali hanno costituito un'assoluta e rilevante novità poi rimasta impressa nel codice genetico di tutte le successive e convulse riforme (tranne quella del 2001, smentita però dai fatti). La posizione del sindacato, tuttavia, è stata ed è sempre difficile, quando gli si richiede di contemperare obiettivi generali di lotta alla precarietà con la possibilità di autorizzare (o negare) assunzioni a termine singole o relative a gruppi o territori limitati: è quasi impossibile negare possibilità di lavoro, se pur temporaneo, a chi ha bisogno di lavorare e si conosce personalmente o quasi. Per questa ragione non ricordo pareri negativi del sindacato in merito all'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro e considero opportuno che i poteri in materia siano conferiti ai livelli più elevati di contrattazione o comunque ad agenti negoziali legati a sindacati confederali o almeno nazionali.

#### 4. *La prima ipotesi acausale*

La terza tappa del dialogo tra me e Massimo attiene alla valutazione di un'altra modifica settoriale della normativa sul lavoro a termine, quella introdotta per il settore del trasporto aereo con la legge 25 marzo 1986, n. 84, da tutti considerata come reazione del legislatore ad una sentenza che aveva applicato in senso così restrittivo la normativa sulle punte stagionali all'attività dell'Aeroporto di Roma, che aveva finito per addossare stabilmente all'impresa che lo gestiva una notevole quantità di dipendenti assunti a termine nel periodo estivo, anche se del tutto inutile per il restante periodo dell'anno<sup>10</sup>. La leggina, che introduceva una ulteriore ipotesi di legittimità di assunzione a termine nell'elenco di quelle previste dall'art. 1 della legge n. 230/1962, la lett. *f*, consentiva tale assunzione quando effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende dei servizi aeroportuali e volta allo svolgimento di servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo di sei mesi nell'anno, compresi tra aprile e ottobre, e di quattro mesi per

<sup>9</sup> L. MENGHINI, *Il termine*, in *Comm. dir. lav.* Carinci, C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, 1998, pp. 423-425.

<sup>10</sup> L. MENGHINI, *Il termine*, cit., p. 427 ss.

periodi diversamente distribuiti, e nella percentuale non superiore al 15% dell'organico aziendale complessivamente adibito a tali servizi al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferivano.

Questa nuova disciplina, poi riprodotta senza modifiche nel comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001, ha chiuso il contenzioso per il quale era stata emanata e per circa vent'anni è stata quasi dimenticata, salvo poi tornare in auge dopo la sua estensione ai contratti a termine stipulati da Poste Italiane per porre fine al gigantesco contenzioso sviluppatosi sulla loro legittimità<sup>11</sup>. Alla stessa Massimo Roccella attribuiva un notevole rilievo nell'ambito del generale riconoscimento delle esigenze di flessibilità, specie nel punto in cui consentiva le assunzioni a termine oltre il lungo periodo estivo, attribuendo in tal modo alle imprese la facoltà di disporre di una quota di flessibilità pura nella gestione degli organici<sup>12</sup>. Si trattava, si direbbe oggi, di una ipotesi *ante litteram* di lavoro a termine acausale, di durata massima prestabilita, ammesso entro un preciso limite percentuale. Per anni non ho accettato questa lettura, intravedendo nella norma soltanto la volontà di chiudere ogni questione sull'ammissibilità di assunzioni a termine in certi settori, servizi e periodi per soddisfare le esigenze poste da festività, eventi, fiere, olimpiadi, ecc. Sempre legato al sistema di cui alla legge n. 230/1962, non pensavo di essere di fronte ad una soluzione nuova con potenziale generalizzazione per il futuro<sup>13</sup>. L'intuizione in questa direzione va dunque riconosciuta a Massimo D'Antona e Massimo Roccella.

##### 5. *L'esaltazione della contrattazione*

Una quarta fase di confronto ha riguardato il significato da attribuire alla disciplina introdotta con l'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, che attribuiva alla contrattazione collettiva il potere

<sup>11</sup> Era stato il comma 558 dell'art. 1 della Legge finanziaria per il 2006 (l. n. 266/2005) ad introdurre, dopo il comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001, un comma 1-*bis*, che estendeva le disposizioni di cui al comma precedente alle imprese concessionarie dei servizi nei settori delle poste. Sul contenzioso di Poste Italiane rinvio a L. MENGhini, *Contratto a termine e Poste italiane tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 509 ss., V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Milano 2009, p. 142 ss. e L. MENGhini, *Durata del contratto di lavoro*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, O. CAGNASSO, A. VALLEBONA (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro*, Torino 2013, pp. 616 ss., 625 ss. e 697 ss.

<sup>12</sup> M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 141, che anche qui riprendeva la tesi di M. D'ANTONA, *I contratti a termine*, cit., p. 104.

<sup>13</sup> L. MENGhini, *Il termine*, cit., p. 428 ss.

di introdurre nuove ipotesi di lavoro a termine, ulteriori rispetto a quelle già ammesse dalla legislazione precedente, nei limiti di una percentuale dei dipendenti a tempo indeterminato da determinarsi ad opera delle parti negoziali. Si trattava di una tecnica normativa del tutto inedita che richiedeva alle parti sociali l'assunzione di importanti responsabilità.

Lo sfavore nei confronti del lavoro a termine risultava molto attenuato, ma la novella, a mio avviso, disponeva di strumenti utili per garantire un equilibrato utilizzo dell'istituto qualora fosse stata interpretata nel senso che la contrattazione potesse introdurre nuove ipotesi di assunzione a termine solo in presenza di occasioni di lavoro temporanee e nel senso che l'individuazione delle percentuali fosse doverosa, con invalidità delle clausole dei contratti che le superassero<sup>14</sup>. Così intesa, la nuova norma avrebbe certamente ampliato il lavoro a termine, ma non segnato una radicale svolta dell'ordinamento nel senso di una sua piena liberalizzazione<sup>15</sup>.

Nella parte introduttiva della monografia del 1990 Massimo quasi si meravigliava di questa mia opinione, contestandola a fondo<sup>16</sup>. Approfondendo il discorso, tuttavia, lui stesso ammetteva che il legislatore, ampliando le possibilità di ricorrere all'istituto in esame purché l'estensione del fenomeno fosse socialmente controllata, abbandonava l'antico e radicale sfavore mantenendo però la diffidenza nei suoi confronti<sup>17</sup>. E se affermava, come poi confermato dai giudici e dalla prassi contrattuale, che la contrattazione potesse introdurre anche ipotesi di carattere "soggettivo", che l'indicazione delle percentuali non fosse necessaria e che la loro violazione non avesse riflessi sul contratto individuale<sup>18</sup>, di fronte al proliferare di contratti collettivi con ipotesi oggettive interferenti con quelle legali, o di carattere "soggettivo" o molto generiche e indefinite, riteneva che l'esperienza negoziale concreta fosse andata oltre a quanto si potesse prevedere, con un salto di qualità nella concezione dell'istituto potenzialmente gravido di implicazioni pericolose<sup>19</sup>.

Mi pare importante segnalare, infine, che Massimo giudicasse positivamente il fatto che la norma del 1987 affidasse l'introduzione di nuove ipotesi di lavoro a termine a contratti collettivi «stipulati

<sup>14</sup> L. MENGHINI, *o.u.c.*, pp. 431-433.

<sup>15</sup> L. MENGHINI, *o.u.c.*, p. 415.

<sup>16</sup> M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 77.

<sup>17</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 143.

<sup>18</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 145 ss.

<sup>19</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 161 s.



con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale». Riteneva autorizzati accordi di qualsiasi livello, anche aziendale, ma per la garanzia della genuinità della contrattazione considerava decisivo il riferimento della maggiore rappresentatività a livello confederale<sup>20</sup>. Condivido in pieno questo spunto e rilevo la differenza tra la norma in esame e quella di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito in legge n. 48/2011, nella quale la c.d. contrattazione di prossimità è affidata, ai soli livelli aziendale e territoriale, a sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o territoriale. A prescindere dai modi in cui si intendeva attribuire efficacia generale a queste "intese" ed agli effetti, sul terreno che qui interessa, del successivo art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, voglio solo dire che questa contrattazione, oltre che maggiori problemi di genuinità derivanti dal mancato riferimento alle confederazioni, poteva accentuare le difficoltà del sindacato a resistere alle possibilità di lavoro non stabile per persone rispetto alle quali si sentiva molto vicino: in queste condizioni non era facile, infatti, svolgere la sua funzione di individuazione dei livelli quantitativi e qualitativi di lavoro precario socialmente tollerabili<sup>21</sup>.

## 6. *La svolta mancata del 2001*

Il dialogo con Massimo è proseguito, con una sostanziale coincidenza di vedute, con riguardo alla riforma della disciplina del lavoro a tempo determinato introdotta dal d.lgs. n. 368/2001. Nel suo *Manuale* la considerava «il biglietto da visita» del secondo Governo Berlusconi entrato in carica nella primavera del 2001 e la inseriva nell'ambito del venir meno della flessibilità controllata dal sindacato e dell'avvento della diffusa deregolamentazione del mercato del lavoro, con moltiplicazione delle forme di accesso all'occupazione, forte incremento della precarietà, emarginazione del sindacato, aumento delle disuguaglianze e della povertà; le tutele del lavoratore in tema di licenziamento erano state difese da un'aspra lotta condotta dalla Cgil, ma sul terreno dei limiti al contratto di lavoro a tempo

<sup>20</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 155 s. Ricostruendo le esperienze passate, una valutazione simile è espressa anche da L. ZOPPOLI, *La disciplina post-vincolistica del contratto a termine in Italia*, in P. SARACINI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Riforme del lavoro e contratto a termine*, Napoli 2017, p. 17.

<sup>21</sup> Era questa la funzione attribuita alle parti sociali dall'art. 23 della legge n. 56/1987 secondo M. ROCCELLA, *Manuale*, cit., p. 155.

determinato, abrogata tutta la disciplina precedente, si era giunti ad una «liberalizzazione incontrollata»<sup>22</sup>.

A mio parere, questa era stata la volontà del Governo di centro destra di quel periodo, ma l'attuazione concreta della riforma è giunta a risultati più articolati, tanto è vero che i governi che si sono succeduti sino al 2011 hanno continuato a modificarla, nel senso di maggiori chiusure o aperture a seconda che fossero di centro sinistra o centro destra, nell'ambito di quella evoluzione ondivaga del diritto del lavoro che faceva intravedere a Massimo una involuzione dell'ordinamento lavoristico caratterizzato dalla compresenza di regole ispirate a valori diversi e confliggenti<sup>23</sup>.

All'inizio il decreto è parso a tutti modificare radicalmente la disciplina della materia, ampliando moltissimo le ipotesi di lavoro a termine, se non addirittura parificandolo con quello a tempo indeterminato, ciò venendo colto nelle parti in cui abbandonava il sistema di tassatività (sostituendolo con un sistema basato su una clausola o formula generale: «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»), nulla diceva sui rapporti tra le due tipologie contrattuali, sulla prova e sulle conseguenze della violazione dei limiti di ammissibilità ed eliminava, almeno testualmente, le protezioni in caso di reiterazione delle assunzioni con intervalli superiori a determinati giorni<sup>24</sup>. L'esperienza applicativa degli anni successivi ha dimostrato, tuttavia, che le novità non erano così radicali e che il decreto rimaneva nel solco del tradizionale atteggiamento di cautela e prudenza nei confronti dell'istituto<sup>25</sup>. Da un lato, in vero, la giurisprudenza ha ridimensionato di molto le aperture che potevano derivare dall'uso della clausola generale, enfatizzando al massimo l'obbligo (che a prima vista poteva apparire poco rilevante) di specificare nel contratto le ragioni della singola assunzione, *considerando* permanente l'obbligo di provarle in capo al datore di lavoro, ribadendo il carattere di deroga dell'istituto rispetto alla regola del contratto *sine die*, confermando la «sanzione» della conversione in caso di clausola illegittima;

<sup>22</sup> M. ROCCELLA, *Manuale*, cit., p. 17 s.

<sup>23</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 18.

<sup>24</sup> Su queste opinioni rinvio a L. MENGhini, *Il termine*, cit., p. 620.

<sup>25</sup> L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 613; M. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 468 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino 2008, p. 93; L. MENGhini, *Il termine*, cit., p. 620.

dall'altro, la contrattazione collettiva ha continuato a individuare casi di ammissibilità del termine, non solo specificativi delle "ragioni" previste dal decreto, ma anche autonome da esse<sup>26</sup>.

Il contenzioso, ad ogni modo, è tornato a livelli altissimi ed a mio avviso l'insuccesso dell'innovazione in esame è dipeso da due suoi vizi d'origine. Il primo risiede nel fatto che il decreto recepiva un accordo sindacale che, come spesso avviene, siccome "doveva" essere concluso, conteneva molti silenzi sui punti in cui non vi era intesa, senza dire che, essendo un accordo "separato", la Cgil lo ha apertamente contestato spingendo i lavoratori a rivolgersi ai giudici. Il secondo sta nel fatto che il decreto doveva recepire l'accordo quadro europeo, con la conseguenza che se lo avesse fatto male, alla violazione del diritto comunitario si sarebbe sommata la sua illegittimità costituzionale. Tutto ciò ha determinato svariati problemi di conformità della disciplina interna a quella comunitaria, con frequenti rinvii alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale ed un intreccio del tutto particolare tra le loro decisioni<sup>27</sup>.

Il decreto del 2001 ha subito negli anni successivi molte modifiche ed integrazioni. La riforma del *Welfare* (l. n. 247/2007), ha, tra l'altro, introdotto il limite dei 36 mesi per le successive assunzioni a termine dello stesso lavoratore per mansioni equivalenti ed inserito la formula "manifesto" per la quale «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di norma a tempo indeterminato». Il Governo Berlusconi del 2008 ha emanato un decreto legge che, tra l'altro, ha precisato che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che legittimano l'assunzione a termine la giustificano «anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro». Sia io che Massimo consideravamo queste innovazioni poco significative. Già prima, infatti, era acquisito in giurisprudenza che il contratto a termine manteneva carattere di deroga alla regola<sup>28</sup>, mentre le incertezze sulle conseguenze di reiterate assunzioni (a prescindere dall'estrema scarsità di interventi giudiziali sul punto) potevano

<sup>26</sup> Rinvio ancora a L. MENGHINI, *Durata del contratto di lavoro*, cit., p. 620 s., cui adde M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017, p. 104 ss.

<sup>27</sup> Per questo intreccio v. L. MENGHINI, *Durata del contratto di lavoro*, cit., p. 642 ss.; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 104 ss.

<sup>28</sup> La Riforma Fornero del 2012 non ha mutato il significato della formula cambiandola in quella per la quale il contratto *sine die* costituisce «la forma comune di rapporto di lavoro» (v. l'art. 1, comma 9, lett. a, della legge n. 92/2012), dizione poi mantenuta dall'art. 1 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

essere superate ricorrendo al contratto in frode alla legge; quanto all'ultima precisazione, poi, la stessa non eliminava la necessità che la ragione dell'assunzione avesse carattere obiettivamente temporaneo, potendo solamente consentire riferimenti a ragioni di carattere non straordinario o ammettere anche la temporaneità mite, derivante, cioè, da scelte organizzative dell'imprenditore<sup>29</sup>.

Tra il 2010 e il 2011, infine, la disciplina a cui ha dato vita il decreto del 2001 è stata investita da modifiche ben più importanti e discusse. La legge 4 novembre 2010, n. 183 ha posto termini di decadenza per l'esercizio dell'azione di nullità del termine ed ha trasformato il risarcimento del danno che accompagnava la conversione del rapporto in una indennità di importo piuttosto contenuto. Il famoso articolo 8 della legge n. 148/2011 ha introdotto la possibilità di accordi aziendali e territoriali pure nella materia in esame, anche in deroga alle norme di legge e di contrattazione nazionale. Il primo intervento, specie dopo l'espressa esclusione di riparazioni sul piano previdenziale, ha avuto l'effetto di attenuare di molto il ristoro del lavoratore in caso di reiterate assunzioni per lunghi periodi, facendo pesare sulle sue spalle il rischio della maggior durata del processo<sup>30</sup>, ma ha anche evitato enormi risarcimenti nel caso di brevi contratti la cui (magari oggettivamente dubbia) illegittimità venga accertata in giudizio dopo molti anni (ne passano anche dieci!) dalla scadenza del termine; il secondo ha avuto effetti a me sconosciuti, potendo comunque porre, in teoria, il problema che le innovazioni negoziali in deroga (in linea generale ben ammissibili) siano introdotte da soggetti autenticamente rappresentativi e con procedure democratiche<sup>31</sup>.

## 7. Riforma Fornero e Jobs Act

Massimo non ha potuto commentare la "rivoluzione" che in materia di licenziamento e lavoro a termine (e in tutto il diritto del lavoro) vi è stata a partire dal 2012. Non è possibile dire come l'avrebbe

<sup>29</sup> M. ROCCELLA, *Manuale*, cit., pp. 158-166 e L. MENGhini, *Durata del contratto*, cit., pp. 623-627.

<sup>30</sup> Chi ha aggiornato il *Manuale* di M. ROCCELLA, cit., p. 71, ha colto il problema e ricordato come la norma sia stata censurata di violazione del canone di ragionevolezza, non colto, però, dalle nostre Corti superiori. Per il confronto tra tutte queste innovazioni ed il diritto eurounitario v. ancora M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 109 ss.

<sup>31</sup> L. MENGhini, *Durata del contratto*, cit., pp. 627-633.

valutata, ma qualche riflesso del suo pensiero può essere colto nei giudizi di chi ne ha proseguito l'opera di ricerca su questo tema<sup>32</sup>.

Da quell'anno, e sino al 2018, le aperture nei confronti delle tipologie di lavoro a termine sono state accompagnate da un contenimento delle conseguenze a carico del datore di lavoro in caso di licenziamento illegittimo. La complessa vicenda è nota, è stata seguita da tutti i lavoristi ed ho cercato anch'io di coglierne la portata e gli effetti<sup>33</sup>. Si è partiti nel 2012 con l'ammissione di un primo contratto a termine acausale sino a 12 mesi, compensata da un modesto aggravio sul piano contributivo e dal rafforzamento del limite dei 36 mesi<sup>34</sup>, accompagnata da una contestuale, complicata e difficilmente decifrabile prima attenuazione delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento<sup>35</sup>. Per evitare che le assunzioni a termine acausali per un massimo di 12 mesi non provocassero un fitto alternarsi di lavoratori per periodi brevi su posti sostanzialmente stabili<sup>36</sup>, l'anno seguente si è affidata alla contrattazione collettiva, anche aziendale, la possibilità di introdurre ipotesi acausali di ogni tipo e senza limiti<sup>37</sup>. L'aggravarsi della situazione occupazionale ha indotto all'e-

<sup>32</sup> Mi riferisco in particolare alla monografia di M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017.

<sup>33</sup> Anche per i riferimenti bibliografici posso rinviare a L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 1221 ss.; ID., *Lavoro a tempo determinato (artt. 1, 19-29 e 55)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie flessibili e lo jus variandi*, in *Boll. Adapt*, 2015, n. 48, p. 159 ss.; ID., *Jobs Act e lavoro stabile: l'obiettivo sarà raggiunto?*, in L. CALCATERRA (a cura di), *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Napoli 2018, p. 65 ss.; ID., *Trasformazioni dell'impresa ed effettività delle tutele*, in M. TREMOLADA, A. TOPO (a cura di), *Liber Amicorum Carlo Cester*, Bari 2019, p. 623 ss., pubblicato anche in *Variuz. dir. lav.*, 2019, n. 2, p. 733 ss.; ID., *Contratto di lavoro a termine ed a tempo indeterminato: storia e attualità di una alternativa*, in *Studi in memoria di Sergio Magrini: un discorso sullo stato del diritto del lavoro*, Torino 2019, p. 104 ss.

<sup>34</sup> Entravano nel computo anche i periodi di missione per mansioni equivalenti.

<sup>35</sup> Le misure sono state introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 212 (Riforma Fornero) ad opera del Governo Monti, retto dalle "grandi intese", ma incapace di far raggiungere sul terreno del licenziamento un onesto e chiaro compromesso da parte delle forze politiche che lo sostenevano, le quali hanno, invece, preferito giungere ad un testo oscuro, rispetto al quale ciascuna di esse potesse dire ai suoi elettori che aveva vinto.

<sup>36</sup> M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 120.

<sup>37</sup> V. l'art. 7, comma 1, del decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, conv. in legge 9 agosto 2013, n. 99; il decreto prevedeva varie misure per incentivare l'occupazione dei giovani e nelle aree del Mezzogiorno.

manazione nella primavera del 2014 del decreto Renzi-Poletti che, modificando il d.lgs. n. 368/2001 e pur mantenendo la premessa per la quale il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro, ammetteva contratti a termine senza alcuna causale per un massimo di tre anni e cinque proroghe e nel limite del 20% dei lavoratori a tempo indeterminato, modificabile in via negoziale ed il cui superamento comportava solo una sanzione economica amministrativa. Non consideravo sbagliato dare una forte “scossa normativa” per smuovere anche solo un po’ la drammatica situazione occupazionale del momento<sup>38</sup>, ma l’obiettivo non è stato raggiunto. È seguita la grande riforma del *Jobs Act* n. II. La legge delega del 10 dicembre 2014, n. 183, intendeva far promuovere «il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti» ed a tal fine la legge di stabilità per il 2015 ha introdotto forti sconti contributivi per le assunzioni *sine die*. A ciò si sono aggiunti gli effetti del d.lgs. n. 23/2015 che, per i lavoratori assunti dal 7 marzo, ha introdotto una nuova disciplina del licenziamento che negava ogni spazio alla reintegra nel posto di lavoro in caso di recesso per giustificato motivo oggettivo e ne restringeva ulteriormente quello conservato per il recesso per giustificato motivo soggettivo, ridimensionando gli importi degli indennizzi e legandoli rigidamente all’anzianità di servizio, di modo che il costo del licenziamento ingiustificato fosse esattamente prevedibile. I risultati sul piano dell’occupazione sono stati subito raggiunti: nel 2015 è aumentata sia quella generale che quella con contratto a tempo indeterminato. La legge di stabilità per il 2016 ha conservato i precedenti incentivi, ma per ragioni di equilibrio della finanza pubblica ha dovuto ridurli, con conseguente immediato freno, nel 2016, delle assunzioni a tempo indeterminato ed aumento di quelle a termine. Poiché la situazione più critica era quella dei giovani, su di essi si è concentrata la decontribuzione prevista dalla legge di stabilità per il 2017, con l’effetto, però, di una forte crescita delle assunzioni a termine e consistente calo di quelle a tempo indeterminato. La legge di stabilità per il 2018 ha voluto allora rafforzare questa linea, prevedendo a partire dal 1° gennaio 2018 un esonero contributivo strutturale per le assunzioni a tempo indeterminato con il contratto a tutele crescenti, sia a tempo pieno

<sup>38</sup> Rinvio sul punto a L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 1221 ss.

che a tempo parziale (comprese le trasformazioni di contratti a termine in contratti *sine die*), di soggetti che non avessero compiuto 35 anni nel 2018 e 30 anni nel 2019. Ancora una volta i risultati, nel 2018, sono stati deludenti, con ulteriore aumento delle assunzioni a termine e calo di quelle a tempo indeterminato<sup>39</sup>.

Queste vicende comprovano che i grandi problemi economici e del mercato del lavoro non si possono avviare a soluzione cambiando solo le norme. Senza un generale taglio del cuneo fiscale e senza una forte crescita economica la situazione non poteva migliorare ed il rapporto a tempo indeterminato non poteva costituire la variante statisticamente prevalente di rapporto di lavoro solo per le nuove norme sul licenziamento, se il lavoro a termine era praticamente ammesso senza limiti<sup>40</sup>. Certo, il sistema lavoristico aveva assunto una notevole maggior certezza, sia per la possibilità di calcolare il costo di un licenziamento in futuro giudicato ingiustificato, sia per la facilità di rispettare i pochi vincoli di durata e percentuali per le assunzioni a termine, rispetto alle quali, per di più, era divenuto scarso l'interesse ad una conversione giudiziale che faceva ottenere un rapporto *sine die* comunque poco stabile. Il contenzioso, infatti, è di molto calato davanti ai giudici di merito, mentre in Cassazione rimangono delle sorprendenti code sul d.lgs. n. 368/2001.

## 8. *Un inutile ritorno all'indietro: il "Decreto Dignità"*

Queste considerazioni valgono anche per l'ultima tappa del percorso qui riassunto, quella costituita dalle innovazioni introdotte dalla maggioranza giallo-verde uscita vincitrice dalle elezioni del 2018, che con c.d. il "Decreto Dignità" (d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito in l. 9 agosto 2018, n. 96) ha proclamato la fine della precarietà del lavoro. Le innovazioni hanno toccato, innanzitutto, la materia del licenziamento, e la più importante è quella che, all'art. 3, ha elevato da 4 a 6 l'indennità minima e da 24 a 36 l'indennità massima dovuta per il caso di licenziamento privo di giusta causa

<sup>39</sup> Per questi sviluppi della situazione occupazionale v. L. MENGHINI, *Trasformazioni dell'impresa ed effettività delle tutele*, cit., p. 655 ss.

<sup>40</sup> Questa contraddizione è ben colta da L. ZOPPOLI, *La disciplina post-vincolistica*, cit., p. 26 ss. e M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 125 ss., la quale si chiede se con il *Jobs Act* si sia in presenza di una competizione aperta tra un contratto a tempo indeterminato precariamente stabile e un contratto a termine stabilmente precario, entrambi instabili, ma in misura diversa.

o giustificato motivo soggettivo od oggettivo, per il quale non sia prevista la reintegra. Dopo la sentenza della Corte costituzionale del 18 novembre 2018, n. 194 tale indennità non va più quantificata sulla base della sola anzianità (due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio), ma sulla scorta di una serie più ampia di elementi. Con ciò, da un lato, si rafforza un po' la tutela della "vittima" del recesso ingiustificato; dall'altro, si altera la conoscibilità dei costi del licenziamento. La situazione mi pare cambiata, non nel senso di una tutela economicamente forte, sufficientemente dissuasiva e compensativa, ma come primo passo verso il ripristino di un meccanismo indispensabile per la garanzia dell'effettività di tutto il diritto del lavoro<sup>41</sup>. Apprezzo molto la restituzione al giudice di margini di discrezionalità, utili in questa materia perché, essendo pacifico il fortissimo legame tra "sanzione" ed illecito, non si deve togliere la possibilità di modulare la prima (il *quantum* dell'indennità) anche in relazione a tutto ciò che rientra nel «comportamento e condizioni delle parti», compresa la gravità del secondo e la sua evidenza più o meno netta<sup>42</sup>. Rispetto a questa pronuncia non mi sembra contraddittoria quella più recente, del 1° aprile 2021, n. 59<sup>43</sup>, che ha di-

<sup>41</sup> Per varie opinioni sulla portata anche generale della sentenza rinvio alle indicazioni rinvenibili in L. MENGHINI, *La Corte costituzionale frena il cambio di senso del diritto del lavoro italiano*, in *Festschrift Franz Marhold*, Vienna 2020, p. 646 ss.

<sup>42</sup> L'abbandono della precedente certezza è criticato, invece, ad es., da C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, in *Arg. dir. lav.*, 2019. Mi pare comunque esagerato il timore che ora il datore di lavoro sia esposto, in virtù della vastissima e incontrollabile discrezionalità del giudice, a condanne di importo elevatissimo non conoscibili *a priori* e non sindacabili (così F. BASENGHI, *Modelli analogici e digitali nella regolazione del rapporto di lavoro: qualche spunto minimo di riflessione*, in F. BASENGHI, L. DI STEFANO, A. RUSSO, I. SENATORI (a cura di), *Le politiche del lavoro della XVIII Legislatura: dal Decreto Dignità alla gestione dell'emergenza Covid-19*, Torino 2020, p. 9), dato che ci sono i paletti quantitativi, i criteri da seguire ed i vincoli della motivazione; è anche scontato che i fatti debbano essere provati e che ci debba essere sicurezza nella loro riconducibilità o no al giustificato motivo.

<sup>43</sup> La censura è di P. ICHINO, *Licenziamenti. Le incoerenze della legge e quelle della Consulta*, in *www.pietroichino.it*, 4 marzo 2021. Anche in questo caso va tenuta presente la sua critica, rivolta nei confronti della precedente sentenza (ID., *Licenziamenti: quando la Consulta pecca di provincialismo*, in *newsletter@pietroichino.it*, 12 novembre 2018), di mancata considerazione dei sostegni economici e dei servizi di assistenza nel mercato offerti a chi è licenziato. Da decenni siamo, però, sempre allo stesso punto: un po' di sostegno economico c'è, ma si continua a dire che i servizi non ci sono, ma che dovranno esserci e ci saranno; faccio ancora fatica a crederci, ma sarei molto contento se cominciassero a funzionare.



chiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, secondo periodo, dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla Riforma Fornero, laddove rimetteva alla discrezionalità del giudice la scelta tra reintegra o solo indennità nel caso di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». La Corte è intervenuta non all'interno della "sanzione", ma sul tipo di sanzione, ritenendo il comportamento di chi si inventa letteralmente i fatti che pretende riconducibili ad una giustificazione oggettiva omologo, sul piano della gravità, a quello di chi licenzia disciplinarmente per un fatto che poi risulta insussistente, richiedendo l'identica sanzione della reintegra.

Se il rapporto di lavoro *sine die* è divenuto un po' meno fragile, il decreto in esame ha inteso restringere gli spazi per l'utilizzabilità del contratto a tempo determinato e della somministrazione di lavoro (artt. 1 e 2), ha ridato un minimo fiato al sistema dei *voucher* (art. 2-*bis*), proseguito gli incentivi per le assunzioni stabili dei giovani (art. 1-*bis*) e posto delle norme di contrasto alle delocalizzazioni (art. 5). Ora nel settore privato le assunzioni a termine acasuali sono limitate al primo contratto e ad una durata che non vada oltre l'anno; il contratto può avere una durata superiore, ma comunque non oltre i due anni, in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: *a*) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, o necessità sostitutive; *b*) esigenze connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria; al di fuori di questi limiti si verifica la conversione del rapporto; la durata massima dei rapporti successivi con lo stesso datore di lavoro non può superare i 24 mesi (prima 36 mesi); la forma scritta non può più risultare anche indirettamente da un atto diverso dal contratto (in tal senso l'art. 1 modifica l'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015). Il contratto può essere rinnovato solo se sussistono le condizioni di cui alle lett. *a* e *b*; può essere liberamente prorogato nei primi 12 mesi e successivamente solo in presenza di dette condizioni; le proroghe possono comunque avvenire solo se la durata iniziale del contratto non supera i 24 mesi e sono ammesse fino a quattro; fuori da questi limiti si verifica la conversione del rapporto (così l'art. 1 modifica l'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015). Il termine per l'impugnazione è spostato da 120 a 180 giorni dalla cessazione del singolo contratto (così l'art. 1 modifica il comma 1 dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2015).

Le confuse restrizioni appena riassunte sono state da tutti criticate perché controproducenti. Oggi si può assumere a termine senza causali con un contratto fino a 12 mesi; se la durata iniziale è inferiore, non lo si può più rinnovare liberamente con lo stesso

lavoratore, ma lo si può solo prorogare fino a raggiungere l'anno, ma per non più di quattro volte. Per ulteriori utilizzi entro il limite massimo dei 24 mesi per l'unico contratto o i successivi contratti è necessaria la presenza di una delle ragioni indicate le quali, salvo quelle sostitutive, sono davvero difficili da inverarsi, comportando un ritorno alla lett. c dell'art. 1 della legge n. 230/1962. Era scontato che i datori di lavoro si sarebbero limitati a contratti acausali fino ai 12 mesi e poi avrebbero cambiato lavoratore. E così è avvenuto. L'ulteriore aggravio contributivo dello 0,5% previsto dal nuovo decreto (art. 3), anche accompagnato dal perdurare degli sgravi contributivi a favore delle assunzioni *sine die* dei giovani, non ha fatto propendere i datori di lavoro per l'opzione a tempo indeterminato, ma ha fatto scegliere il continuo *turn over* di liberi contratti a termine con personale sempre diverso e sempre più precario<sup>44</sup>. Ne è risultata esaltata la distinzione tra i contratti-trampolino, in cui l'occupazione flessibile ha una valenza positiva perché costituisce un mezzo per giungere alla stabilità, ed i contratti-trappola, in cui la precarietà non è destinata a modificarsi per il succedersi di attività di breve durata e di bassa qualità<sup>45</sup>.

## 9. Covid e ripartenza

Con il 2020 è iniziata la Pandemia. Salvo un periodo in cui anche i contratti a tempo determinato sono stati prorogati<sup>46</sup>, il legislatore

<sup>44</sup> L. FIORILLO, *La rivisitazione delle regole sui contratti temporanei: un tentativo (maldestro) di combattere la precarietà del lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), "Decreto Dignità" e Corte Costituzionale n. 194 del 2018: come cambia il Jobs Act, Torino 2019, p. 24 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Vol. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino 2019, p. 34; F. BASENGHI, *Modelli analogici*, cit., p. 13; G. FRANZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in R. PESSI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Torino 2021, p. 80 s.

<sup>45</sup> Sul punto v. L. ZOPPOLI, *La disciplina post-vincolistica*, cit., p. 21; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 1 ss.

<sup>46</sup> Il comma 1-bis dell'art. 93 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77, aveva stabilito una proroga automatica del termine apposto ai contratti di lavoro a tempo determinato per il periodo di sospensione dell'attività lavorativa per la quale tali contratti erano stati stipulati. La norma è rimasta in vigore dal 19 luglio al 14 agosto 2020, riguardando ogni tipo di sospensione e ponendo seri problemi in relazione alle assunzioni sostitutive e a quelle effettuate per lavorazioni stagionali (v. A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*

della fase emergenziale ha voluto allentare i limiti posti all'utilizzo di questa tipologia negoziale, fortemente calato all'interno della generale contrazione dell'occupazione. A tal fine prima ha consentito, in deroga al divieto di cui all'art. 20, lett. c, del d.lgs. n. 81/2015, la proroga o il rinnovo dei contratti a termine, nell'ambito degli altri limiti vigenti, anche da parte dei datori di lavoro che beneficiassero degli ammortizzatori sociali (v. l'art. 19-*bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con l. 24 aprile 2020, n. 27)<sup>47</sup>; poi ha legittimato, sino alla fine del 2020, proroghe e rinnovi, una sola volta e per un massimo di 12 mesi, anche in deroga all'art. 21 del decreto n. 81/2015, e cioè, per le proroghe, anche senza causali pure nel caso di proroga che porti la durata complessiva del contratto oltre i 12 mesi; per i rinnovi, anche in assenza delle causali. Si è passati, quindi, da una proroga automatica dei contratti, che comportava mille problemi di coordinamento con la disciplina generale, ad una prosecuzione del rapporto rimessa, entro certi limiti, alla volontà delle parti, evidentemente in presenza di attività da poter affidare al lavoratore anche nel periodo epidemico<sup>48</sup>.

Il Covid-19 ha portato terribili conseguenze sul piano economico e sociale, aggravando tutte le negatività già presenti. Si è ulteriormente appesantita la situazione occupazionale, molte attività si sono fermate, sono aumentate povertà e disuguaglianze. Ora i Paesi europei ne stanno venendo fuori e si pensa alla ripartenza. Finirà la situazione in cui si è promesso tutto a tutti e si dovranno fare scelte molto difficili. La società italiana è attraversata da livelli di rancorosità mai visti, da egoismi di gruppo, frammentazioni e bassezze un tempo impensabili. Cosa si farà alla fine del blocco dei licenziamenti, che ha "nascosto" la perdita di quasi un milione di posti di lavoro? Rispetto al 2019, nel 2020 ci sono stati in meno circa 220.000 contratti a tempo indeterminato e 370.000 contratti a termine<sup>49</sup>. Cessata la breve proroga automatica, molti rapporti a tempo determinato

*all'epoca dell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in S. BELLOMO, A. MARESCA, G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid 19*, Torino 2020, p. 39 ss.). La norma è stata abrogata dal comma 1, lett. a, del d.l. 14 agosto 2020, n. 104, convertito in l. 13 ottobre 2020, n. 126.

<sup>47</sup> Per A. PRETEROTI, *o.l.u.c.*, ci sarebbe anche l'esonero dai limiti temporali tra un contratto e l'altro di cui al comma 2 dell'art. 21 del decreto stesso.

<sup>48</sup> Non è facile dire, tuttavia, se va rispettato comunque il limite complessivo dei 24 mesi e delle 4 proroghe (sul punto v. ancora A. PRETEROTI, *o.l.u.c.*, p. 38 ss.).

<sup>49</sup> Traggo questi dati dal Bollettino n. 95 di *Mercato del Lavoro News* del 9 aprile 2021.

non sono stati rinnovati o non vi è stato il passaggio ad altri datori di lavoro per la sospensione o chiusura di molte attività. La ripartenza richiederebbe molta solidarietà, lungimiranza e capacità di decisione.

Ci potrebbe essere, dunque, poco ottimismo, però qualche speranza ci viene data dalle novità europee e italiane degli ultimi mesi.

L'Unione europea sta dando buone sorprese<sup>50</sup>. Molti interventi ed iniziative (la risoluzione del Parlamento europeo della fine del 2020, il *SURE*, il *Recovery Plan*, il *Next Generation Plan*, condizionato al rispetto dello Stato di diritto, la sospensione dei vincoli del Patto di stabilità e le nuove possibilità di manovra della BCE) mostrano il superamento della logica dell'austerità e la possibilità di un reale sviluppo del Pilastro europeo dei diritti sociali, cui si confida daranno impulso i *summit* di Porto dei primi di maggio 2021<sup>51</sup>. Il Governo Draghi ha presentato in questi giorni a Bruxelles il Piano italiano di Ripresa e Resilienza che dovrebbe assicurare, insieme a quelle previste dall'ultima legge di bilancio, un'enorme mole di risorse finanziarie che si spera vengano in concreto spese bene per i vari tipi di investimenti, che dovrebbero portare crescita economica e occupazionale, e per gli obiettivi previsti, tra cui i sostegni per la transizione digitale, per la formazione e la crescita effettiva della professionalità, il rafforzamento dei Centri per l'impiego e in generale dei servizi per mercato del lavoro.

Le risorse europee richiedono, come in passato, varie riforme sul piano interno. Quelle sul lavoro sono ancora un po' generiche, ma già si prospettano alcune misure da inserire in un decreto legge della seconda metà di maggio (Decreto sostegni *bis*), tra le quali assumono rilievo nell'ambito del discorso sin qui condotto quella che prevede l'introduzione di un «contratto di rioccupazione», a tempo indeterminato, legato a formazione e con patto di prova di sei mesi, con sgravio di tutti i contributi previdenziali per lo stesso periodo, da restituirsì però in caso di non prosecuzione. Sono previsti anche

<sup>50</sup> Di fronte ad una situazione di straordinaria drammaticità, l'Unione «ha rivelato una capacità di risposta crescente, così testimoniando l'importanza determinante della sua presenza, come forse mai prima, sì da tacitare molte delle voci critiche correnti» (così F. CARINCI, *Origine ed evoluzione storica dell'ordinamento comunitario*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino 2021, p. 39).

<sup>51</sup> Queste novità sono ben riassunte da F. CARINCI, *o.u.c.*, p. 39 ss., ed una valutazione positiva delle stesse si rinviene anche nel documento su "Futuro Europa Sociale", inteso come base di discussione interdisciplinare per l'implementazione delle molte potenzialità della nuova Europa sociale.

incentivi contributivi per le aziende del settore del commercio e del turismo che alla fine del periodo di cassa integrazione riammetteranno al lavoro i propri dipendenti, un rafforzamento dei contratti di solidarietà ed il potenziamento dei contratti di espansione. In generale vi è oggi la consapevolezza che l'occupazione e la stabilità del lavoro si ottengono con la ripresa economica, gli investimenti, la crescita della produttività e della formazione. Quanto all'alternativa tra la variante del lavoro a termine e quella *sine die*, partendo dalla distinzione tra i contratti "trappola" e quelli "trampolino" e riprendendo un'idea già formulata<sup>52</sup>, potrebbe attribuirsi al lavoratore già impiegato a termine presso vari datori per un periodo complessivo di 24 mesi il diritto di precedenza per rapporti stabili nei confronti di tutte le aziende di una certa zona e settore, da gestirsi dai centri per l'impiego con possibili misure di formazione, tutela del reddito e di sostegno alle aziende. È chiaro, ad ogni modo, che per far crescere l'occupazione stabile non bastano il volontarismo del legislatore o dei sindacati, né particolari soluzioni normative intese a piegare le logiche economiche e del mercato<sup>53</sup>. Particolarmente utili, infine, risultano le osservazioni volte a sottolineare come i termini "stabilità" e "precarietà" abbiano cambiato significato. Anche il contratto a tempo indeterminato può avere aspetti di precarietà, per i bassi salari e la bassa professionalità, la facile recedibilità, la scarsa tutela previdenziale, infortunistica e della salute; ed anche i contratti a termine possono tendere alla stabilità, se si riesce a superare la ghetizzazione del rimanere sempre a tempo determinato in un circuito di bassi salari, impossibilità di crescita professionale, ecc.<sup>54</sup>. Bisogna, dunque, superare la logica manichea della netta distinzione e tendere ad un lavoro di qualità in entrambe le varianti del termine e del *sine die*.

<sup>52</sup> L. ZOPPOLI, *La disciplina post-vincolistica*, cit., p. 38 ss.

<sup>53</sup> Lo ribadisce anche F. BASENGHI, *Modelli analogici*, cit., p. 12.

<sup>54</sup> Così M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 3 ss.

ADALBERTO PERULLI

## Il diritto del lavoro, al di là della subordinazione

SOMMARIO: 1. Che cosa è il lavoro? – 2. Il lavoro autonomo e il lavoro subordinato in una prospettiva storica. – 3. Elementi di comparazione. – 4. La tendenza espansiva del diritto del lavoro: il caso dei *riders*.

### 1. *Che cosa è il lavoro?*

Nel ricordare la figura di studioso di Massimo Roccella ho scelto di esprimere il mio pensiero su un tema che ricorre nei suoi scritti, benché con impostazioni di politica del diritto molto distanti rispetto ai miei. Diversamente da Massimo, io credo che il diritto del lavoro del XXI secolo debba comprendere fino in fondo le diverse forme di lavoro non subordinato. E penso, soprattutto, che il compito del giurista oggi sia quello di tornare ad interrogarsi su cosa significhi il lavoro: del resto, come ha scritto Maurizio Ferraris, si potrebbe sostenere che, con la scomparsa dei caratteri identificativi della produzione industriale, il lavoro sia «niente più che ciò che una comunità di esperti – diciamo un *labourworld* – definisce come “lavoro”»<sup>1</sup>. Con un approccio molto più pragmatico Sara Horowitz, nel suo libro *Mutualism*, si chiede «What does it mean to be a worker?» e la risposta è molto semplice: senza distinguere tra lavoro subordinato e autonomo, tra lavoro professionale e lavoro manuale, tra lavoro povero o lavoro retribuito correttamente, il lavoro è ciò che ti consente di avere del cibo sulla tua tavola, dei vestiti per il tuo corpo, un tetto sulla tua testa, e ciò grazie allo scambio del tuo tempo, lavoro, abilità, verso una retribuzione. Tuttavia, siamo istintivamente portati a ritenere che le diverse categorie di lavoratori non condividano uno stesso *set* di interessi, con la conseguenza di

<sup>1</sup> F. FERRARIS, *Documanità. Filosofia del nuovo mondo*, Bari-Roma 2021, p. 88.

dividere la forza-lavoro indebolendo non solo le rispettive identità, ma anche il loro potere negoziale. Questa visione, continua Sara, è esattamente il contrario di quella espressa da Karl Marx, secondo cui i lavoratori sono definiti dal loro rapporto con i mezzi di produzione: un taxi *driver freelance* e un *designer* di UX sono accomunati dalla mancanza di controllo sui mezzi di produzione, ed entrambi creano un valore maggiore rispetto al loro *income*. I datori di lavoro e i committenti (in una parola, le imprese) non esitano a spingere per questa “*misconception*”, capitalizzando sulla divisione della forza-lavoro<sup>2</sup>. I giuristi, dal loro conto, rimangono legati alle opposizioni storiche, più che alle sintesi trascendentali: legati al diritto positivo, più che alla prospettiva di una ricomposizione del lavoro nel suo “insieme”. Se poi il giurista è “di sinistra”, tenderà, nuovamente, a fare esattamente il contrario di quanto indicato da Karl Marx circa il superamento del lavoro salariato e l’avvento del lavoro liberato, continuando a perpetuare una narrazione autoreferenziale sul lavoro dipendente come unico oggetto di interesse. Il filosofo Bernard Stiegler ha ben messo in luce questa «profonda contraddizione» e questo «storico malinteso»<sup>3</sup>, mentre la sociologa Dominique Méda ha così sintetizzato il punto di vista delle sinistre del XX secolo: «lungi dall’essere abolito, il legame salariale diviene al contrario il luogo in cui ancorare i vari diritti: diritto del lavoro, diritto della protezione sociale, ma anche diritto di consumare [...]». Invece di sopprimere il rapporto salariale, il discorso e la pratica socialdemocratici finiscono al contrario per fare del salario il canale attraverso il quale si ripartiranno le ricchezze e attraverso il quale si instaurerà progressivamente un ordine sociale più giusto»<sup>4</sup>. In tal modo la sinistra si preclude non solo la prospettiva di liberare il lavoro, ma soprattutto di guardare al di là dell’“impiego” per cogliere le nuove vulnerabilità sociali e la degradazione del valore sociale del lavoro in alcune sue forme di autorealizzazione, al di là della sfera del lavoro salariato.

Questo modo di intendere la nozione di lavoro è frutto di una visione unilaterale, che esclude dal campo di applicazione del diritto del lavoro diverse tipologie di lavoro socialmente necessario, a partire da quello autonomo. È una visione largamente prevalente nella dottrina italiana, e non solo, basata sulla grande dicotomia che se-

<sup>2</sup> S. HOROWITZ, *Mutualism*, New York 2021, p. 162.

<sup>3</sup> B. STIEGLER, *La società automatica, 1. L'avvenire del lavoro*, Milano 2019.

<sup>4</sup> D. MÉDA, P. VENDRAMIN, *Réinventer le travail*, Paris 2013, p. 22.

para i due mondi del lavoro. Massimo Roccella, pur consapevole dei bisogni di tutela espressi dal lavoro autonomo (o almeno da alcune sue fasce deboli) condivideva a fondo questa visione: non credeva alla tesi, espressa da Massimo D'Antona, della riunificazione del lavoro come istituto giuridico, focalizzava l'attenzione sul rapporto di lavoro subordinato (caratterizzato dalla doppia alienità) e riservava ad alcuni segmenti di lavoro autonomo debole tutele minime, senza "scimmiettare" quelle tipiche del lavoro subordinato<sup>5</sup>. La tesi che cercherò di sostenere è diversa, e si collega alle posizioni che, con diverse impostazioni metodologiche, guardano ad una ricomposizione del lavoro nel senso indicato da Sara Horowitz: «we are all workers»; la costruzione di una nuova alleanza tra lavoratori basata su solidarietà, rappresentanza collettiva degli interessi e su un nuovo contratto sociale richiede di costruire «a safety net that works for all of us, regardless of how we're classified». Nell'attuale realtà socio-economica il lavoro autonomo e il lavoro subordinato rappresentano universi sempre più comunicanti, in stretta relazione osmotica, proiettati in un futuro che vede le diverse forme del lavoro scomporsi e ricomporsi secondo un "alfabeto del lavoro" ricombinatorio, ove le diverse tipologie contrattuali ed i relativi statuti differenziati si trasformano in un puzzle di *obligationes in faciendo*, apprezzabili per il bisogno di tutela sociale che esprimono, a prescindere dall'accidentale collocazione contrattuale in cui le prestazioni si trovano collocate.

In questa ricomposizione del lavoro viene superata una malintesa distinzione che attraversa la cultura giuridica (ma anche in parte quella sociologica ed economica) in base alla quale il confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo consiste in ciò, che l'*operari dipendente* sia una forma di lavoro "per altri", mentre il prestatore d'opera svolge un'attività "per proprio conto" (la giurisprudenza inglese parla di *business on his own account*). Da cosa deriva questa distinzione, e qual è la sua reale portata? È evidente che l'idea di svolgere un'attività lavorativa "per conto proprio" deriva dall'assimilazione concettuale del prestatore autonomo con la figura dell'imprenditore, di un *Beruf* che domina la tecnica e organizza la produzione per il mercato, in vista di un profitto. In realtà, anche il lavoratore autonomo che realizza un'opera o un servizio svolge un'attività "per altri", ed è per questo motivo molto più vicino alla figura del lavoratore su-

<sup>5</sup> Cfr. M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 65/2008.



bordinato rispetto all'imprenditore. Di questa assimilazione esistono importanti tracce normative; basti pensare all'attribuzione di un *ius variandi* in capo al committente sul presupposto che i contratti di lavoro autonomo danno luogo ad una preminenza dell'interesse del committente su quello del prestatore: difatti, nella misura in cui l'*opus* è destinato ad appartenere al *conductor operis*, quest'ultimo potrà disporre della "sua" opera modificandone le caratteristiche in corso di esecuzione con la mera *voluntas*. Il contrordine modificativo nel contratto di trasporto di cose (art. 1685 c.c.) o il potere di modificazione per atto unilaterale dell'oggetto del mandato (arg. ex art. 1710 c.c.), così come la variazione quantitativa nel contratto di appalto (art. 1661, comma 1., c.c.), sono altrettanti esempi di questa dipendenza del *perficere opus* dalla volontà del committente, ed è evidente che un simile potere modificativo non spetta a chi, sul mercato e nei rapporti contrattuali, si relaziona con un imprenditore, il quale controlla pienamente il proprio processo produttivo e che, producendo beni per il mercato nell'ambito di una "organizzazione di mezzi" e di persone preordinata e non modificabile da volontà esterne, non subisce modificazioni idonee a sconvolgere discrezionalmente il programma negoziale inizialmente concordato.

Il retroterra ideologico più profondo, che consente di cogliere in questa alternativa tra lavorare "per altri" e lavorare "per conto proprio" una falsa alternativa storica e sociale, ci porta al cuore della visione moderna del lavoro descritta da Kojève nella sua introduzione alla Fenomenologia dello Spirito, in cui il Borghese – che pure non lotta e non rischia la vita – viene rappresentato come colui che deve lavorare, come lo Schiavo, ma, a differenza di quest'ultimo, non avendo un Padrone, non deve lavorare al servizio di un *altro*: per questo egli *crede* di lavorare "per conto proprio"<sup>6</sup>. Nella visione hegeliana il lavoro segue un progetto, un'idea di fondo, che è quella di *Maître* e di Servizio (*Dienst*), ovvero di Comunità e di Stato; si lavora per rendere un servizio per un Padrone, o si lavora per lo Stato. Ma il Borghese non può fare né l'uno né l'altro, non ha un Maestro da servire e non ha ancora uno Stato, nella misura in cui il mondo borghese è un agglomerato di individui privati, isolati gli uni dagli altri e privi di una vera comunità. Il problema del Borghese sembra dunque insolubile: deve lavorare per un *altro*, ma non può che lavorare per *se stesso*. In realtà, grazie al principio (borghese) della proprietà privata, il Borghese può lavorare per se

<sup>6</sup> A. KOJÈVE, *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris 1947, p. 190.

stesso in quanto *persona giuridica*, onde lavora per la Proprietà, che si è trasformata in moneta, quindi lavora per il Capitale. Difatti, per Hegel, e così per Marx, il fenomeno centrale del mondo borghese non è l'asservimento dell'operaio, del borghese *povero* al borghese ricco, ma l'asservimento di entrambi al Capitale<sup>7</sup>.

Come bene aveva visto Kojève, anche il Borghese-lavoratore autonomo lavora dunque "per altri"; la sfera economica ha reso l'uomo "cosa utile per l'uomo", definendo uno spazio sociale dove i lavori sono diventati commensurabili ed interscambiabili<sup>8</sup>. Il capitalismo "per progetti", che coinvolge le persone mettendo in gioco le competenze relazionali e l'autonomia dei soggetti, ha trasformato il lavoratore in un «imprenditore-forza lavoro, o in un imprenditore di se stesso, che non prende più parte alle pratiche capitalistiche sotto la pressione di costrizioni o di stimoli esterni, ma in virtù della forza della sua stessa autonoma motivazione alla prestazione»<sup>9</sup>. E in questa ambigua valorizzazione capitalistica dell'orizzonte auto-realizzativo delle persone si realizza uno dei più acuti paradossi del capitalismo neo-liberale, tale per cui il lavoro autonomo accentua il suo essere un lavoro "in produzione", integrato nei processi produttivi altrui, coordinato e/o organizzato entro spazi di libertà fittizia, economicamente dipendente, costretto a pretese eccessive, disciplinamento e insicurezza che descrivono un orizzonte di «desolidarizzazione sociale»<sup>10</sup>. Come dire, da un lato, che l'ambito di azione del lavoro autonomo è sempre più "programmato", etero-organizzato, allineato a "progetti" su cui la sfera della produzione soddisfa i bisogni fondamentali dell'uomo economico<sup>11</sup>, e che, dall'altro, in questa riconduzione del lavoro autonomo ai progetti del mercato totale si destrutturano i nessi che collegano il lavoro (subordinato e autonomo) alla sua identità (sempre più fittizia) e alla cittadinanza sociale<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> A. KOJÈVE, *o.m.c.*, p. 191.

<sup>8</sup> C. LAVAL, *L'homme Économique*, Paris 2007.

<sup>9</sup> H. HONNET, *Capitalismo e riconoscimento*, Firenze 2010, p. 61.

<sup>10</sup> H. HONNET, *o.l.u.c.*

<sup>11</sup> Cfr. L. BOLTANSKI, *Gli attuali cambiamenti del capitalismo e la cultura del progetto*, in *Studi di sociologia*, 2005, n. 4, p. 369 ss.; sul capitalismo per progetti, che completa lo spettro teorico delle sei "Città" contemplato da L. BOLTANSKI e L. THEVENOT in *De la Justification*, Paris 1991, vedi L. BOLTANSKI, E. CHIAPPELLO, *Le nouvel Esprit du Capitalisme*, Paris 1999.

<sup>12</sup> S. BOLOGNA, *Prefazione*, in R. SEMENZA, A. MORI, *Lavoro apolide. Freelance in cerca di riconoscimento*, Milano 2020.

## 2. *Il lavoro autonomo e il lavoro subordinato in una prospettiva storica*

Per comprendere appieno il valore del superamento della “grande dicotomia” che assegnava il lavoro autonomo ad una sfera regolativa del tutto esterna al perimetro delle tutele tipiche del diritto del lavoro è necessario ripercorrere le complesse ragioni storico-giuridiche di un pensiero “duale” che definisce il lavoro autonomo *in negativo*, come una prestazione resa «senza vincolo di subordinazione» (art. 2222 c.c.); con la conseguenza di sottrarre l’universo indistinto di attività economico-produttive e professionali caratterizzate dal «lavoro prevalentemente proprio» (art. 222 c.c.) dal campo di applicazione del diritto del lavoro.

La ragione storica di questa separatezza affonda le radici nella moderna forma di organizzazione del lavoro che chiamiamo “impresa”, la quale ha svolto il ruolo di potente catalizzatore del lavoro umano «che si compie nella sfera di attività del destinatario perché questi abbia a utilizzarlo per il raggiungimento dei suoi scopi»<sup>13</sup>. La narrazione tradizionale ci racconta che l’artigiano dell’epoca preindustriale, persa la sua autonomia, entra nel grande circuito dell’organizzazione capitalistica del lavoro per diventare “subordinato”, mentre una parte di esso, dai confini a dir poco sfumati, continuerà a gravitare in un ambito diverso, quello della *locatio operis*, in cui si affastellano una serie di figure che il codice civile ottocentesco definisce «artefici», «muratori» o «fabbrici» (artt. 1465, 1646 c.c. del 1865), «imprenditori» «appaltatori» o «cottimisti».

Questa ricostruzione piuttosto semplice e di immediata percezione è senz’altro parziale ed incompleta. La nascita del moderno diritto del lavoro, che nel corso del XX secolo coincise con il riconoscimento giuridico del contratto di lavoro subordinato, non può oscurare il fatto che nella tradizione continentale ogni attività lavorativa resa “per altri” ha trovato collocazione nell’ambito della *locatio et conductio*, mentre nel mondo anglosassone proto-capitalistico veniva amministrata da quella specie di “codice del lavoro” rappresentato dallo *Statute of Artificiers* del 1563 e dal sistema della *Poor Law*. Queste leggi, che nel loro complesso Karl Polanyi non ha esitato a definire un «codice del lavoro»<sup>14</sup>, prescindevano da “tipologie” contrattuali e si riferivano tanto ai lavoratori agricoli quanto agli artigiani in ragione

<sup>13</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2ª ed., Milano 1915, vol. I, p. 643.

<sup>14</sup> K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Torino 1974, p. 112.

dell'obbligazione universale di lavorare da parte di tutti i soggetti abili al lavoro. Per un lungo periodo la sfera giuridica ha riflettuto, come in uno specchio opaco, forme indistinte e indifferenziate di attività a favore di altri, che trovano nello schema del *lougae d'ouvrage* e del mandato il proprio paradigma di base: «faire quelque chose pour autrui» (artt. 1710 e 1784 Code Nap.). I lavori preparatori del *Code Napoleon* dimostrano che gli operai sono accomunati ai minori, accostati ai domestici, posti senza identità accanto a mestieri antichi e indipendenti, mentre negli articoli del codice la parola *ouvrier* indica un lavoro di tipo artigianale, e chiude l'elenco dei mestieri: «Les macon, chapeutiers et autres ouvriers [...] les achitectes, entrepreneurs, macon et autres ouvriers», a dimostrazione che la parola *ouvrier* è al contempo sinonimo di “maestro”, nella misura in cui si riferiva normalmente a chiunque operasse, facesse un'opera, sia in qualità di capo che di subalterno, sia di *artifex*, cioè di colui che esercita un lavoro in modo non servile, coltivando un'arte (ed infatti il codice civile italiano del 1865 utilizza sovente il termine artefice, mentre menziona una sola volta gli artigiani)<sup>15</sup>.

Secondo la pandettistica ogni prestazione di lavoro veniva collocata nello schema romanistico della *locatio operis*, al suo interno tripartita in *locatio rei*, *locatio operis*, *locatio operarum*; ma la storiografia contemporanea ha chiarito che *locatio-conductio* costituiva in realtà uno schema unitario, sia nel periodo medioevale – ove si pone in relazione alle attività svolte nelle città da artigiani liberi – sia nella fase precedente le codificazioni, per venire infine recepito dai glossatori che identificavano nel *conduttore* colui che si impegna a dare un corrispettivo in cambio del godimento di cose, opere e servizi offerti dal *locatore*. Le prime codificazioni non hanno creato un modello autonomo di contratto di lavoro, cosicché i rapporti di lavoro hanno continuato indifferentemente a gravitare nell'ambito della *locatio conductio operis faciendi*, contratto avente ad oggetto il fare qualcosa per qualcuno e considerato una specie di affitto: «*insula aedificanda* (building contracts) or *operae* (jobs of work) are not considered as separate categories»<sup>16</sup>. Solo molto più tardi, con le successive codificazioni, la categoria omogenea del lavoro inizierà ad appannarsi, per seguire un progressivo processo di scomposizione nell'ambito

<sup>15</sup> G. CAZZETTA, *Nell'età delle macchine. Artefici, operai, telegrafisti: diritto codificato e incertezze classificatorie dei giuristi*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 447.

<sup>16</sup> B. VENEZIANI, *The Evolution of the Contract of Employment*, in B. HEPPLER (a cura di), *The Making of Labour Law in Europe*, London-New York 1986, p. 58.

del diritto dei contratti, e, in seguito, con una ri-articolazione interna a ciascun tipo contrattuale. Le fonti storico-sociologiche di questo processo di particolarismo giuridico del lavoro sono state individuate da Max Weber nella differenziazione delle professioni e nella crescente considerazione che i gruppi sociali interessati al commercio e alla produzione industriale in forma di impresa sono riusciti a guadagnarsi<sup>17</sup>. Tuttavia, sino a tutto il XIX secolo, tale particolarismo è quasi impercettibile sia sul piano sociale, sia quello giuridico, mentre la riconduzione di tutti i lavori al contratto di locazione è presentata come realistica accettazione della legge della domanda e dell'offerta e come espressione della comune identità giuridica ed economica che caratterizzava le diverse prestazioni di lavoro. Come dire che la distinzione tra le prestazioni di lavoro non attiene alla tipologia del contratto, né tanto meno alla natura subordinata o autonoma di quest'ultimo, ma dipende dalla natura dell'attività: nelle parole di un giurista italiano dell'Ottocento, il rapporto tra l'avvocato e il cliente e quello fra "l'operaio e il fabbricante" si può distinguere soltanto per la natura del servizio reso e non per la natura del contratto. Si tratta, peraltro, di una distinzione che non emerge dal tenore letterale delle norme, ed è proposta dai giuristi dell'epoca in base al discutibile distinguo tra lavoro manuale e lavoro intellettuale, tipico delle professioni liberali: una ripartizione a sua volta revocabile in dubbio se riguardata in una prospettiva storico-filosofica, giusta la quale la moderna distinzione tra lavoro intellettuale e manuale non corrisponde all'antica distinzione tra arti liberali e arti servili<sup>18</sup>.

Nell'interpretazione dei giuristi francesi del tempo, l'unità concettuale del *louage d'ouvrage et d'industrie* non esclude una disciplina specifica per il mandato (artt. 1984-2010 del *Code*) che, in ragione del suo carattere gratuito, può accogliere le prestazioni intellettuali costituite dalle *operae liberales* escluse dal *louage d'ouvrage* in quanto attinenti alla sfera più nobile e inestimabile dell'uomo: «l'intelligence de l'homme» – scriveva Guillouard – «n'est point dans le commerce», mentre Troplong, sancendo la distinzione tra attività manuali e intellettuali, colloca nel *louage d'ouvrage* le arti meccaniche, le quali, diversamente da quelle liberali o dotte, si prestano ad uno scambio sul mercato. Ma anche questa distinzione, peraltro discussa, non segnava alcuna linea di demarcazione netta in un mer-

<sup>17</sup> M. WEBER, *Economia e Società*, I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Milano 1980, p. 187.

<sup>18</sup> H. ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, Milano 1966, p. 65.

cato del lavoro in cui la stessa attività degli operai e in genere degli addetti alle “arti meccaniche” è descritta come un’attività rude ma capace di far conservare una certa indipendenza, perché gli operai «non servono un padrone e non dipendono dai di lui capricci»<sup>19</sup>.

Sia pure con i necessari distinguo, anche la regolazione del lavoro nei sistemi di *common law* non ha contemplato una chiara distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. In Inghilterra, fino al XIX secolo, il sistema normativo non riconosce la distinzione tra *dependent employment* e *self-employment*, mentre il campo di applicazione della legislazione del lavoro non dipende dal tipo di contratto con cui una persona è impiegata, ma dalla natura del lavoro prestato a favore di altri<sup>20</sup>. La legislazione sui salari, così come quella relativa ad altre materie del rapporto di lavoro, si applicava a specifiche categorie di lavoratori, quali gli *agricultural labourers*, *artificiers*, *colliers*, ecc. Il principale test adottato dalla legge *Master and Servant* era basato sul criterio dell’*exclusive service*, che in linea di principio avrebbe dovuto escludere dal campo di applicazione della legge i *task contract* e il *causal hiring*, ma le Corti applicavano il test con flessibilità, accontentandosi di verificare l’esistenza di un’obbligazione reciproca tra *master and servant* “to serve and to provide work” per un periodo definito (così nasce il *mutuality of obligation test*, tutt’ora in uso nella giurisprudenza inglese). Questa interpretazione ha consentito di far gravitare nel campo di applicazione della legge anche gruppi di artigiani professionisti con tradizione di indipendenza e un ampio grado di potere sul mercato. La mancanza di una chiara concezione del contratto di lavoro (e quindi di una netta distinzione tra il *servant* e l’*independent contractor*) fece sì che la legge *Master and Servant* trovasse applicazione nei confronti di figure eterogenee di “*workman*”, come *labourers*, *artisans or servant*, con l’esclusione dei lavoratori di *status* più elevato, come *managers*, *agents and clerks*.

In questo contesto, la moderna dottrina giuridica traeva dalla più ampia e ancora indifferenziata nozione di prestatore di lavoro una categoria più ristretta e distintiva – in Germania la distinzione è tra *Arbeiter* e *Arbeitnehmer*, in Barassi è tra *locatio operis* e *locatio operarum* – che ha consentito ai sistemi di diritto del lavoro di elevare la subordinazione ad oggetto selettivo di protezione, affidando

<sup>19</sup> G. CAZZETTA, *Nell’età delle macchine*, cit., p. 440.

<sup>20</sup> S. DEAKIN, *The Contract of Employment: A Study in Legal Evolution*, in *University of Cambridge Working Paper*, 2001, n. 203.

alla disciplina del diritto civile o commerciale le fattispecie di lavoro autonomo che acquisivano in negativo, per differenza specifica, una loro fisionomia peculiare. In questo modo verrà accreditata l'esistenza, *in rerum natura*, di un sistema binario e oppositivo tra *locatio operis* e *locatio operarum*, tra la figura dell'*employee* e quella dell'*independent contractor*, che in realtà non sembra suffragata dall'analisi storica. Le «*gens de travail*» di cui parla Pothier, identificate con coloro che «se livrent à un travail rude et pénible, comme le manouvriers, les gens de bras, les terrarisiers, les moissonneurs, les vendangeurs, et en général tout ceux dont on exige un travail purement matériel», sono lavoratori autonomi che rendono servizi oggetto di quella particolare *locatio* «*des domestiques et ouvriers*» prevista dal codice civile francese. E in questa stessa categoria rientrano anche i *domestic servant*, i lavoratori domestici inglesi, esclusi dalle legislazioni sul lavoro dell'epoca (*Employment and Workmen Act* del 1875, *Shop Hours Act* del 1882) in ragione della potestà patriarcale del *servant* sul proprio *household* che connotava il rapporto in termini specialità rendendolo immune dall'intervento della magistratura<sup>21</sup>. Ma si trattava, a ben vedere, di una prospettiva piuttosto diffusa: l'idea innovativa che pervadeva i codici di fine ottocento, secondo cui il contratto di *employment* era «a broader social phenomenon which included persons economically dependent on others, such as workers from home and the self-employed»<sup>22</sup> è, in fondo, contraddetta solo dall'opera di Ludovico Barassi, il quale, tuttavia, pur avendo per primo tematizzato la distinzione sistematica tra lavoro autonomo lavoro subordinato, afferma che il diritto del lavoro «si presenta con una notevole insolita ampiezza, poiché comprende in genere tutte le forme pratiche di lavoro retribuito; non si limita al solo lavoro industriale degli operai, cui solamente si riferisce per lo più la designazione di “contratto di lavoro”, ma abbraccia, oltre a tutti gli altri casi di locazione d'opere, anche la *locatio operis* in tutte le sue forme e gli altri rapporti intermedi, come il mandato o la commissione commerciale»<sup>23</sup>. Nel volume del 1915 Barassi, pur senza aver superato la contrapposizione con Lotmar, scrive che tutte le molteplici forme di lavoro retribuito, dovuto a contratto, abbiano elementi comuni che ne permettono la sussunzione entro il mede-

<sup>21</sup> E. ALBIN, *From 'Domestic Servant' to 'Domestic Worker'*, in J. FUDGE, S. MCCRYSTAL, K. SANKARAN, *Challengin the Legal Boundaries of Work Regulations*, Oxford-Portland 2012, p. 233 ss.

<sup>22</sup> B. VENEZIANI, *The Evolution*, cit.

<sup>23</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1901.

simo tipo fondamentale. La tendenza all'unificazione concettuale, propria del pensiero di Barassi, comprende dunque anche il lavoro autonomo: «non è che una miopia scientifica» – egli scrive – «che possa ormai far credere che le due grandi branche del contratto di lavoro appartengano a due diversi tipi fondamentali»<sup>24</sup>. E benché la tendenza dell'epoca portasse ad intendere per contratto di lavoro solo quello operaio, manuale o industriale, questo punto di vista della legislazione sociale «non coincide necessariamente con quello di un'ampia e sintetica ricostruzione giuridica del rapporto complesso di prestazione di lavoro, qualunque essa sia, contro mercede»<sup>25</sup>.

La stessa consapevolezza dell'esigenza di tutela sociale per il lavoro autonomo non può dirsi assente nel pensiero di Barassi, il quale riporta, sul punto, gli orientamenti legislativi francesi tendenti ad equiparare al trattamento giuridico del lavoro subordinato (locazione di opere) anche certe forme economicamente elementari di lavoro autonomo (locazione d'opera, appalto). Non è quindi solo la difesa ideologica della supremazia del diritto comune civilistico a spingere Barassi a guardare, ad un tempo, alla subordinazione e “oltre” la subordinazione: la configurazione del contratto di lavoro in termini più ampi, e comprensivi dei diversi tipi di prestazione lavorativa, nasceva anche dalla visione complementare delle forme contrattuali nell'ambito delle trasformazioni sociali in atto.

Dal suo canto, nei suoi due monumentali volumi sul contratto di lavoro, Philipp Lotmar<sup>26</sup> ricostruisce l'autonoma categoria del contratto di lavoro, come forma di sviluppo di un diritto del lavoro moderno fondato sul principio della personalità del lavoro, attribuendo la medesima dignità a tutte le forme contrattuali di scambio che includono una prestazione di lavoro. Consapevole com'era della «assoluta trasversalità socio-economica di una distinzione che non gli appare affatto netta e che, in ogni caso, non condivide»<sup>27</sup>,

<sup>24</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1915, p. 44.

<sup>25</sup> L. BARASSI, *o.u.c.*, p. 10.

<sup>26</sup> P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, Lipsia 1902 (1908 2<sup>a</sup> ed.). Sulla figura del giurista tedesco cfr. L. NOGLER, *Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 129 ss.; sull'influsso di Lotmar sul diritto del lavoro italiano cfr. M. PEDRAZZOLI, *Philipp Lotmar e il diritto del lavoro italiano*, in I. FARGNOLI (a cura di), *Philipp Lotmar: letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, Francoforte 2014, p. 145 ss.

<sup>27</sup> L. GAETA, *Barassi, Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro. “Il contratto di lavoro” di Lodovico Barassi cent'anni dopo. Novità, influssi, distanze*, Milano 2003, p. 175.



Lotmar separa il diritto del lavoro dallo schema della locazione, negando che nel codice civile i contratti si differenzino per diversità nella posizione economica delle parti e che la distinzione tra lavoro a cottimo (autonomo) e lavoro a tempo (subordinato) indichi un criterio di imputazione delle tutele tipiche della legislazione sociale. Per questo può dirsi che il giurista tedesco abbia elaborato un concetto di lavoro onnicomprensivo, precursore del lavoro *sans phrase*, «atemporale e svincolata dal riferimento obbligato al capitalismo novecentesco»<sup>28</sup>.

Il problema della “grande dicotomia” tra subordinazione ed autonomia, alquanto dibattuto dalla dottrina successiva, affonda quindi le sue radici in quel modo tipicamente moderno di concepire la *vita activa* in cui non rileva tanto la distinzione tra “lavoro” e “opera”, tra *animal laborans* e *homo faber*, quanto la dicotomia tra “lavoro produttivo” e “lavoro improduttivo”. Su questo ceppo comune del lavoro produttivo si innesta la divisione del lavoro di matrice taylor-fordista e la relativa trasformazione dell’opera in lavoro parcellizzato: ma anche questo percorso tipicamente novecentesco di definizione del lavoro dipendente non può occultare, da un lato, la subordinazione del lavoro (di ogni lavoro umano) all’agire finalistico che caratterizza la prassi sociale e di cui costituisce la “forma originaria”, e, dall’altro il processo di livellamento di *tutto il lavoro* (subordinato e autonomo) a quel denominatore comune opposto all’idea di “gioco”, consistente «nell’assicurare le cose necessarie alla vita e nel provvedere alla loro abbondanza», con la conseguenza di abbassare e livellare tutte le “attività serie” (nel senso di non ludiche) al livello del “guadagnarsi la vita”<sup>29</sup>. È questa collocazione del lavoro nel paradigma antropologico complessivo, in cui la persona è apprezzata per la sua funzione produttiva *anche quando il produrre cui la persona è funzionalizzata diventa un auto-prodursi*<sup>30</sup> ad accreditare l’idea secondo cui i rapporti disciplinati nel libro V del codice civile riguardano il lavoro considerato come “attività personale produttiva”, indipendentemente dalle forme in cui è reso, onde non è consentito escludere la disciplina del lavoro autonomo

<sup>28</sup> L. GAETA, *L’influenza delle culture giuridiche straniere sul diritto del lavoro italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015, 6, p. 215, che si riferisce alla tesi di L. NOGLER, *Lotmars Aufklärung der Arbeitsverträge: «manches Unrecht kann den Verlust seines Inkognitos nicht überleben»*, in I. FARGNOLI (a cura di), *Philipp Lotmar*, cit., p. 101.

<sup>29</sup> H. ARENDT, *Vita activa*, cit.

<sup>30</sup> A. GORZ, *L’immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Torino 2003.

dall'ambito del diritto del lavoro, «i cui principi generali devono ritenersi ad esso applicabili»<sup>31</sup>.

### 3. *Elementi di comparazione*

Il principale portato dell'analisi sin qui compiuta conferma non solo la relatività storica della "grande dicotomia" tra lavoro subordinato e autonomo nei maggiori sistemi giuridici europei, ma anche la natura sostanzialmente artificiale del modello imposto in una ben più complessa realtà dei rapporti sociali di produzione. Nel sistema italiano il lavoro autonomo è in linea di principio definito per sottrazione del vincolo di subordinazione (art. 2222 c.c.), ed esprime la visione, in larga parte ideologica, di un legislatore pronto ad esasperare l'idea di indipendenza del prestatore d'opera, espressione della piccola borghesia e dotato di un «profilo sociale» (evocato nella relazione ministeriale al codice civile, n. 914) che lo distingue dall'imprenditore anche piccolo (art. 2083 c.c.), a fronte dell'assoluta dipendenza gerarchica del lavoro reso "sotto la direzione" dell'imprenditore. Ma molteplici sono le contraddizioni che, in realtà, quel modello astratto e per molti versi bugiardo aveva già espresso nel periodo corporativo. Quell'idea di autonomia veniva poi immediatamente ridimensionata nella stessa costruzione sistematica del codice civile. È sufficiente percorrere il ponte che dal libro V conduce ai contratti nominati del Libro IV per avvedersi che l'agente, uscito dalle fila degli impiegati (ausiliari) dell'imprenditore, continua in realtà ad agire in conformità alle "istruzioni" ricevute dal preponente, assurgendo così ad icona di un «illusorio miraggio dell'autonomia giuridica»; e ciò a dispetto dell'impiego di una struttura giuridico-contrattuale profondamente diversa da quella del contratto di lavoro subordinato, alla quale, tuttavia, viene riservata una disciplina contrattuale collettiva sul modello del lavoro dipendente<sup>32</sup>.

Più in generale, il lavoro autonomo è sospinto a gravitare nell'orbita del diritto del lavoro perché la sua disciplina di base è «destinata a sfarinarsi al contatto di situazioni in cui l'assenza di

<sup>31</sup> G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger-Busnelli, Milano 2007, p. 16.

<sup>32</sup> G. GHEZZI, *Del contratto di agenzia*, in *Cod. civ. Comm.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma 1970, p. 13.

vincolo di subordinazione legislativamente caratteristica del contratto d'opera non è sinonimo di autonomia», ma solo «un guscio vuoto» riempito da disposizioni impartite dal creditore oppure «con modalità del *perficere opus* accostabili a quelle proprie del *facere* svolto alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore (art. 2094 c.c.)»<sup>33</sup>. Difatti, a volerlo rintracciare, c'è un filo rosso, risalente nel tempo, che collega i diversi ordinamenti europei evidenziando la consapevolezza che l'artificiale dicotomia eretta per tutelare il lavoro subordinato non può occultare le forme di dominio che il creditore di una prestazione di lavoro esercita sulla controparte ben oltre la sfera della subordinazione giuridica, da cui la necessità di decongestionare un modello protettivo eccessivamente focalizzato sul lavoro dipendente, spingendo l'azione regolativa verso altre forme di attività personale rese a favore di altri, benché classificate come autonome o, comunque, non subordinato.

La Francia è un esempio della proliferazione di regimi regolativi estensivi, in cui figure di lavoratori autonomi e addirittura soggetti imprenditoriali, che hanno alle loro dipendenze dei lavoratori subordinati e conservano tutte le prerogative del datore di lavoro (come i gerenti non subordinati di succursali, concessionari esclusivi, gestori di stazioni di servizio, *franchisée*, ecc.), vengono "assimilati" ai lavoratori dipendenti con applicazione selettiva del *Code du travail*, senza necessità di stabilire l'esistenza di un *lien de subordination*. Il meccanismo di assimilazione ha consentito di estendere le principali tutele del lavoro subordinato (salario minimo, congedi retribuiti, disciplina del licenziamento) a lavoratori autonomi la cui attività consiste essenzialmente nel vendere prodotti forniti da un'impresa commerciale o industriale, laddove fossero riunite tre condizioni cumulative: un legame esclusivo o quasi esclusivo con il fornitore, la fissazione da parte di quest'ultimo del prezzo di vendita e delle condizioni di vendita, lo svolgimento dell'attività in un locale fornito o autorizzato dallo stesso *partner* principale. Questa legislazione è chiaramente basata sulla constatazione che i lavoratori autonomi versano in una situazione di "dipendenza economica" (e parzialmente "organizzativa") tale da giustificare una loro (limitata o totale, a seconda dei casi) assimilazione ai lavoratori subordinati<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> U. ROMAGNOLI, *Arriva un bastimento carico di "A"*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, Napoli 1990.

<sup>34</sup> G.J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendence. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris 1986, p. 182.

Anche in Germania, seppure con una intensità minore rispetto alle tecniche francesi di assimilazione, il lavoro autonomo “parasubordinato” riceve una serie di tutele selettive, specie sotto il profilo dei diritti collettivi: si tratta della categoria degli *arbeitnehmerähnliche Personen* introdotta all’inizio degli anni ’70 del secolo scorso (par. 12a TVG)<sup>35</sup>, benché l’idea di provvedere alla tutela dei lavoratori autonomi risalga addirittura alla *North German Federation (Norddeutscher Bund)*, la prima organizzazione federale tedesca istituita nel 1866. Ai sensi del par. 12a TVG, qualora l’opera o il servizio sia reso personalmente da un lavoratore autonomo che versa in una condizione di dipendenza economica (in quanto ricava almeno la metà del proprio reddito complessivo da un unico committente), si applicano normative di tutela processuale, previdenziale, in materia di ferie, di molestie sui luoghi di lavoro e di contrattazione collettiva.

Perfino nel Regno Unito la “grande dicotomia” non è più tale almeno a partire dall’introduzione, negli anni ’90 del secolo scorso, della nozione di *worker*, figura di lavoratore non subordinato che svolge «personally any work or service for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual». Attorno a tale figura di prestatore indipendente (equiparabile al lavoratore parasubordinato di *civil law*) si condensano alcune tutele di base del lavoro subordinato, fornite dall’*Employment Rights Act* del 1966 e dall’*Equality Act* del 2010, a conferma del carattere tipicamente “cumulativo” assunto dall’evoluzione del diritto del lavoro nel suo lungo percorso assiologicamente orientato. Secondo una parte della dottrina, la categoria di *worker* dovrebbe essere riformulata e ampliata per definire uno *status* normativo di “*dependent contractor*”, anche al fine di meglio caratterizzare questa figura, maggiormente esposta al rischio di vulnerabilità sociale e di sfruttamento, rispetto all’*independent contractor*<sup>36</sup>.

La legislazione inglese ha ispirato altri sistemi di *common law*,

<sup>35</sup> I lavoratori “simil-dipendenti”, oltre ad essere caratterizzati dall’assunzione volontaria del rischio d’impresa, non sono *persönlich abhängig*, né *weisungsgebunden*, *id est* non si identificano né per la dipendenza personale né per l’assoggettamento alle direttive del datore di lavoro (ed al suo potere disciplinare) bensì per il carattere della “dipendenza economica”, il cui criterio legale di accertamento ruota attorno, in primo luogo, al lavoro “svolto prevalentemente per una persona” (par. 12a TVG).

<sup>36</sup> Cfr. *Good Work. The Taylor Review of Modern Working Practices*, July 2017, p. 34 ss.

come quello australiano e americano che pure non conoscono categorie intermedie come quella di *worker*. Nell'ambito del dibattito dottrinale statunitense, alcuni Autori, partendo dai limiti imposti ai lavoratori autonomi in materia di contrattazione collettiva dalla giurisprudenza *Hinton* in applicazione del *Clayton Act*, puntano all'introduzione della categoria di "*independent workers*", intermedia tra gli *employees* e gli *independent contractors*, per fornire tutele selettive ai lavoratori autonomi che impiegano piattaforme o intermediari, come, in particolare, il diritto di organizzazione sindacale o il pagamento dei contributi di sicurezza sociale e assistenza medica da parte del committente. In Australia la situazione normativa è sicuramente più avanzata: l'*Independent Contractor Act* del 2006 consente alle Corti di vagliare l'equità del compenso del lavoratore autonomo, per stabilire, anche in relazione al potere negoziale delle parti, se il contratto prevede un corrispettivo inferiore rispetto a quello corrisposto ad un lavoratore subordinato che svolge un'attività simile (*Section 15*). Il *Fair Work Act* del 2009 contiene una sezione 342, relativa a "*adverse action*" subite dai lavoratori autonomi, il cui oggetto riguarda soprattutto i divieti di discriminazione nei luoghi di lavoro in materie quali la cessazione del rapporto, i termini e le condizioni del contratto, mentre la legislazione di stati come Victoria (*Equal Opportunity Act* del 2010) sono ancora più espliciti nell'estendere il divieto di discriminazione ai lavoratori autonomi per quanto attiene a promozioni, trasferimento, formazione e altri *benefits*, licenziamento e ogni altro istituto che possa riguardare il rapporto di lavoro subordinato. Su queste basi la dottrina australiana più recente propone di estendere ulteriormente il campo di applicazione dei principi di tutela a tutti i rapporti di lavoro, inclusi i diritti di informazione, la sicurezza del reddito, il diritto di contrattazione collettiva, l'accesso alle *dispute resolution*, trasformando così il diritto del lavoro in un sistema normativo rivolto a tutti coloro che hanno «the power to impact upon another's capacity or ability to work»<sup>37</sup>.

L'analisi comparata potrebbe continuare con riferimento alla Spagna, dove è stato coniato il concetto di «lavoratore autonomo economicamente dipendente» (*trabajador autónomo econòmicamente dependiente*), al quale viene riconosciuto un ampio paniere di diritti,

<sup>37</sup> A. BLACKHAM, "We are All Entrepreneurs Now": Options and New Approaches for Adapting Equality Law for the "Gig Economy", in *Inter. Jour. Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, 2018, 34, n. 4, p. 431.

comprendente il salario minimo, riposi annuali, rimedi in caso di risoluzione illegittima del rapporto, permessi per motivi familiari e di salute, nonché il diritto di contrattazione collettiva; alla Svizzera, ove la giurisprudenza ha creato una categoria intermedia di contratti di lavoro qualificati come contratti misti (*gemischte Verträge*); alla Svezia, che – pur presentando la nozione di lavoratore subordinato probabilmente più ampia in Europa – conosce anch'essa sin dal 1940 la categoria del *dependent contractor* (*jämställda/beroende uppdragstagare*), attualmente definito dalla Sezione 1(2) del *Codetermination Act* (1976) come colui che «lavora per altri senza essere subordinato (*“employed by them”*), pur avendo una posizione che in sostanza è la stessa di un lavoratore subordinato», con la conseguenza che tali lavoratori autonomi fruiscono del diritto di contrattazione collettiva, particolarmente diffusa nel settore del giornalismo *freelance*, nonché dei diritti di informazione, consultazione, codeterminazione e di sciopero al pari dei lavoratori subordinati.

#### 4. La tendenza espansiva del diritto del lavoro: il caso dei riders

Gli esempi comparati dimostrano come il diritto del lavoro non abbia mai cessato di guardare verso il complesso mondo del lavoro autonomo con una tensione universalistica. Il “superamento” della subordinazione come categoria esclusiva del diritto del lavoro viene quindi da lontano, e perfino nella più matura fase industriale-fordista, che maggiormente ha contrapposto le categorie del lavoro per rispondere alle esigenze della gerarchia, della standardizzazione e stabilizzazione del lavoro salariato, il diritto del lavoro ha continuato a tessere il *fil rouge* che lega i due universi oppositivi, ma in realtà comunicanti, per diventare la “cifra” attuale di un diritto del lavoro capace di estendere le sue tutele oltre l'area del lavoro subordinato, costruendo un terreno normativo comune per il lavoro in tutte le sue forme e articolazioni (art. 35 cost.).

Consolidando una tendenza all'estensione delle tutele che assume una maggiore consistenza con il *Jobs Act*, anche il diritto del lavoro italiano si è incamminato verso l'impiego di tecniche di “assimilazione” tipiche del diritto francese, sino ad allargare lo spettro applicativo della disciplina del rapporto di lavoro subordinato a talune fattispecie di lavoro autonomo. Con la norma sulla collaborazione organizzata dal committente (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015), il legislatore, mantenendo ferma la nozione di “etero-direzione” presente nell'art. 2094 c.c., ha introdotto il diverso concetto di etero-or-

ganizzazione con l'intenzione di estendere la disciplina del lavoro subordinato a fattispecie collocate nell'area grigia tra subordinazione e autonomia, le quali, in mancanza di quella nuova categoria, avrebbero continuato a gravitare nell'alveo del lavoro autonomo, senza adeguate tutele. Come dire che una componente di lavoro autonomo particolarmente esposta all'influenza dell'organizzazione del committente e socialmente vulnerabile, dopo aver vissuto lunghe traversie normative (dalle collaborazioni coordinate e continuative ex art. 409, n. 3, c.p.c., al lavoro a progetto ex art. 61, d.lgs. n. 276/2003) è finalmente approdata ad un porto sicuro, quello dello statuto regolativo del rapporto di lavoro subordinato, con piene tutele.

Il caso dei *riders* di *Foodora* dibattuto nelle aule di giustizia sino alla sentenza della Corte di Cassazione n. 1663/2020 esemplifica molto bene questa tendenza espansiva del diritto del lavoro verso lavoratori autonomi "assimilati" ai subordinati ed illustra la tendenza, ormai diffusa, a somministrare i diritti sociali "oltre" l'ambito della subordinazione in senso stretto. Se ai lavoratori subordinati ed ai collaboratori autonomi etero-organizzati si applicano le medesime garanzie, anche ai *riders* autonomi delle piattaforme spettano alcune tutele *ad hoc* (talune delle quali indistinte rispetto a quelle tipiche della subordinazione, come ad esempio, quelle in materia di compenso, tutela della salute e sicurezza, divieto di discriminazione, tutela della *privacy*, ecc.) non previste per altre fattispecie tipiche di lavoro autonomo, onde il sistema del diritto del lavoro da un lato si ricompone attorno ad una base saldamente universalistica, capace di coagulare un *corpus* di tutele e principi validi a prescindere dal singolo contratto e dalla sua collocazione nell'alveo dei due paradigmi storici, dall'altro accentua i connotati di un "multiverso normativo" differenziato quanto a livelli e tecniche di tutela.

Il sistema del diritto del lavoro può quindi essere ricostruito a partire dalla necessaria distinzione, che va introdotta nell'analisi scientifica ed acquisita anche in una prospettiva *de iure condendo*, tra due livelli normativi interrelati: il primo (civilistico-contrattuale) di costruzione delle singole fattispecie "discrete" ed il secondo (giuslavoristico) in cui l'aggregazione delle tutele e la loro distribuzione razionale, pur senza prescindere del tutto dal primo livello, avviene sulla base di movimenti transtipici e di nuovi criteri socialtipici di espressione della vulnerabilità sociale.

UMBERTO ROMAGNOLI

## Verso la normalizzazione del lavoro a distanza

SOMMARIO: 1. Premessa sui limiti tematici e sul metodo della ricerca. – 2. Lo *smart working*, oggi. – 3. Conclusione (provvisoria).

### 1. *Premessa sui limiti tematici e sul metodo della ricerca*

Non mi occuperò dello *smart working* nell'attuale situazione di emergenza epidemiologica massicciamente introdotto nell'ordinamento dal diritto eccezionale posto in essere da una copiosa sequenza di DPCM. Pressoché indistinguibile dal preesistente tele-lavoro in base al quale si lavora *sempre e soltanto* da casa in connessione per *tutto* l'orario d'ufficio e non sostenuta dalla strumentazione necessaria né preceduta da un'adeguata formazione professionale, quella che si è diffusa in questi mesi con la rapidità di un fulmine coinvolgendo l'intera pubblica amministrazione e la generalità delle organizzazioni produttive di beni o servizi non è che una forma di *working from house*. Il proposito di promuoverla su larga scala risponde prioritariamente all'esigenza di difesa preventiva della salute pubblica riducendo il rischio causato da contatti fisici tra individui assembrati nell'abituale luogo di lavoro, pur garantendo simultaneamente – nei limiti del possibile – la continuità dell'attività produttiva. L'esperienza si è avviata per effetto di una scelta seccamente autoritativa consigliata ai governanti dai virologi e prescinde completamente dalla volontaria adesione dei governati; casomai, alcuni di costoro si sono visti attribuire il diritto di lavorare *from house* per i medesimi motivi sanitari che giustificano l'imposizione della modalità lavorativa. Insomma, è come se nel Palazzo avessero deciso di scaraventare in acqua gente che non sa nuotare. Non c'è da stupirsi perciò se il nostro *smart worker* galleggia e, chissà per quanto tempo, galleggerà con la goffaggine di un giovane anatroccolo. Del tutto assente è tanto la finalità di realizzare nuovi (nel senso di migliori)



equilibri tra lavoro e vita privata quanto quella di accrescere la produttività aziendale, che viceversa corrispondevano alle motivazioni compresenti nella legge istitutiva (l. n. 81/2017) dello *smart working* in senso proprio e, costituendone la *ratio*, dovrebbero caratterizzare la sua versione post-pandemica.

Quanto al metodo che seguirò, devo avvertire che la cornice in cui si situa il tema da affrontare è quella del declino del diritto che nel Novecento dal lavoro prese il nome; un declino che, curiosamente, pare una replica della sua lunghissima e opaca fase aurorale. L'indeterminatezza degli scenari autorizza a leggervi la cifra, oggi come allora, sia dell'esuberante vitalità del nuovo che avanza sia della gradualità della decomposizione del vecchio che se ne va. Infatti, è realistico supporre che la sperimentazione di un improvvisato *smart working* sia destinata a proseguire ben oltre la fine della pandemia che gli ha messo le ali. Dopotutto, l'industrializzazione ha richiesto più di un secolo per distogliere dalle loro abitudini masse di artigiani non più del tutto artigiani e di contadini non più del tutto contadini, rieducandoli al lavoro sincronizzato e accentrato nelle macro-strutture della produzione. Per questo bisogna ascoltare la saggezza di Antonio Machado: «el camino se hace al andar» («il sentiero si fa camminando»). Come dire che solamente col passare del tempo conosceremo l'effettiva portata di un'innovazione giuridico-organizzativa rimasta fino a poco tempo fa allo stato di un fenomeno di nicchia e soltanto alla fine ne scopriremo latitudine e impatto, vantaggi e svantaggi di varia natura. Essa infatti non è un affare di moltitudini (per lo più) impreparate e delle loro rappresentanze sindacali; punto e basta. Quello che si preannuncia è un autentico passaggio d'epoca che avrà un'infinità di ricadute dirette e indirette sul territorio, sulla mappa degli stili di vita di interesse collettività, sul volto stesso delle città coi loro quartieri-dormitorio pensati per operai semi-analfabeti. Per adesso, invece, siamo ancora in piena transizione e bisogna barcamenarsi in un paese caratterizzato da un'estesa arretratezza tecnologica. Per questo stiamo tutti vivendo in un tempo sospeso. È il tempo dell'adattamento, durante il quale i comuni mortali predestinati a subire i mutamenti del mondo reale ricorrono alla sola forma di autotutela che possono attivare: irrigidirsi nella difesa dell'esistente. Non importa che il processo di cambiamento continuerà egualmente il suo corso. Come ha scritto Karl Polanyi, «ciò che è inefficace nell'arrestare completamente una linea di sviluppo non è per ciò solo completamente inefficace. E il ritmo del cambiamento spesso non ha minore importanza della direzione del cambiamento stesso». Nessuno può dire con certezza

quanto durerà il tempo dell'adattamento. È soltanto ovvio invece che non potrà essere gestito in maniera efficace da arrabbiati epigoni del luddismo e da disperati sprovvisti di capacità di autodeterminazione. Per pensare il contrario al punto di disconoscere e mortificare il ruolo del sindacato ci voleva proprio il candore (?) del legislatore che nel 2017, introducendo nell'ordinamento lo *smart working*, ne subordina l'adozione unicamente all'accordo intervenuto tra le parti del contratto di lavoro. A sua giustificazione può addurre il fatto che nella pratica l'innovazione aveva dimensioni limitate pressoché elitarie e non era in agenda la sua esplosione. Di sicuro, sarebbe sbagliato (e comunque ridicolo) enfatizzare il richiamo ad una costituzione che protegge l'inviolabilità del domicilio come il più personale dei diritti (art. 14). L'argomento infatti non tiene conto che da più di un quarto di secolo c'è un fondamentale diritto della persona la cui valenza è qualitativamente identica a quella ascrivibile al diritto all'inviolabilità del domicilio ed è oggetto di negoziazione a livello collettivo-sindacale. È il diritto di sciopero nella vasta area dei servizi pubblici essenziali.

Come è noto, da quando è entrata in vigore la legge n. 146/1990, lavoratori e sindacati non possono più considerare il diritto di sciopero come un bene non negoziabile e, contemporaneamente, lo Stato ha rinunciato alla pretesa di monopolizzare con le sue leggi la regolazione del conflitto come, peraltro, gli permetterebbe di fare l'art. 40 cost. Lo Stato tuttavia non ha certo ritenuto di affidarne l'elaborazione all'autonomia contrattuale privato-individuale. Ha imposto un confronto tra sindacati ed enti erogatori dei servizi pubblici tenuti a cooperare alla determinazione delle regole del conflitto, pur riservandosi la potestà di pronunciarsi in via definitiva sulla regolazione pattizia per il tramite di un'Autorità indipendente nominata dai Presidenti delle Camere che ne giudica l'idoneità a garantire la soddisfazione degli interessi dell'utenza. Non si capisce allora perché non sia stato prima d'ora ipotizzato un analogo percorso per certificare la validità di atti dispositivi del diritto dei singoli cittadini all'inviolabilità del domicilio, magari scomodando il Garante della *privacy*.

Un noto uomo di teatro ha osservato che la parola "lavoro" è diventata (non solo da noi) «una realtà straniera», un'entità lontana, estranea alla nostra cultura. Secondo Stefano Massini, infatti, il *latinorum* allarmava uno stralunato Renzo Tramaglino non più di quanto oggi impensierisca il comune mortale il lessico che anglicizza il linguaggio del lavoro ricorrendo ad un repertorio impressionante di locuzioni. *Job sharing. Job on call. Smart working. Nearworking. Coworking*. E via di questo passo.

Non so se l'intenzione fosse proprio quella di continuare a spaventare, fatto sta che anche il Parlamento italiano ha provato ad esprimersi in inglese, come deve avergli suggerito un astuto *spin doctor* esperto nell'arte della comunicazione di massa. La sua *performance* stilistica di maggior successo è senz'altro il provvedimento che, all'epoca di un governo presieduto da un rinomato anglofono come Matteo Renzi, è stato consegnato all'opinione pubblica con un'etichetta che involontariamente si prende gioco delle più vecchie generazioni di giuristi del suo paese ossessionate dal complesso di inferiorità nei confronti della sofisticata *Begriffsjuristerei* dominante nella Germania d'anteguerra. Sto alludendo al *Jobs Act*.

La paura del tranello, però, è nascosta non tanto nelle parole quanto piuttosto nell'uso cui esse si prestano. In proposito, il caso dello *smart working* è esemplare.

## 2. *Lo smart working, oggi*

Di per sé, lo *smart working* non è che una modalità consensuale di svolgimento di un'attività esigibile in base ad un ordinario contratto di lavoro dipendente destinato ad attuarsi al di fuori della gabbia di una postazione materialmente occupabile in fasce orarie giornaliere e/o settimanali prefissate e collocata dentro il perimetro dell'impresa.

È esattamente questa la faccia con cui lo *smart working* è entrato anche nel nostro ordinamento giuridico del lavoro. Almeno finora.

Tuttavia, maturata in un contesto confusamente attraversato da dinamiche striscianti e al tempo stesso dirompenti che interessano i tradizionali schemi negoziali, la clausola testé descritta ha un DNA che non lascia presagire facilmente come si concluderà l'imponente metamorfosi in corso. Gli esiti potrebbero anche essere di segno opposto.

Così, nella misura in cui si accentueranno i profili attinenti all'autonomia individuale e alla responsabilità operativa dello *smart worker*, si finirà per metterne in discussione l'appartenenza alla categoria dei lavoratori subordinati e inserirlo in quella di coloro che lavorano più *con* che *per* l'imprenditore. Se questo fosse l'assestamento definitivo dello *smart working* sbucato dalla pandemia, si può scommettere che lancerebbe una sfida al più sarcastico interprete delle nuove forme di lavoro. Ken Loach, infatti, sarebbe invogliato a denunciare l'artificioso moltiplicarsi di falsi autonomi, narrando gli effetti rovinosi che è capace di produrre l'autosfruttamento che l'abolizione

di fatto di qualsiasi barriera tra spazio-tempo di lavoro e vita privata rischia di incentivare. Non a torto un rispettabile gentiluomo dell'età vittoriana, Samuel Butler, annotò che «ci sono molti che si ammazzano di lavoro per la pura incapacità di frenare questa loro passione; una passione rovinosa che li domina come la brama dell'alcol domina l'ubriaco». Poi ci sono i tanti “nuovi poveri” che hanno il problema di sbarcare il lunario. In queste condizioni, sarebbe una ben magra consolazione accontentarsi di segnalare che ci sono molti disposti a rinunciare alla garanzia costituzionale dell'inviolabilità del domicilio.

Peraltro, la prassi evolutiva della pattuizione di cui sto parlando potrebbe orientarsi in direzione opposta. Non è escluso cioè che diventi irresistibile la pressione a ribadire che essa non è che una clausola additiva di un contratto di lavoro subordinato; una pressione che si spinge al punto di sopprimere la necessità della sua sottoscrizione ad opera della controparte riconducendo l'imposizione unilaterale di questa modalità lavorativa ad un'ordinaria forma d'esercizio discrezionale dello *ius variandi* (art. 2103 c.c.). Pertanto, il luogo della prestazione di lavoro finirebbe per configurarsi a stregua di una cellula organizzativa dell'impresa persino nella più frequente delle ipotesi: quella in cui lo *smart worker* lavora in casa propria. È in questa prospettiva che il ricorso alla pratica dello *smart working* verrebbe agganciato alla mediazione dell'autonomia collettiva: in deroga, ovviamente, allo *ius conditum*. Il che basterebbe per suscitare un ilare delirio da onnipotenza. Conosco vecchi sindacalisti che esclamerebbero: «è il massimo del potere sindacale», direbbero. Ed avrebbero ragione.

Dettato in un momento di particolare difficoltà dell'economia allo scopo di accrescere la competitività del sistema industriale, l'art. 8 della legge n. 148/2011 attribuisce alla contrattazione collettiva periferica (“di prossimità”, nel felpato linguaggio legislativo) la licenza di derogare non solo alla contrattazione di livello superiore, ma anche a gran parte della stessa legislazione – ivi compresa, quindi, anche la norma che sancisce la necessità del previo consenso al lavoro agile da parte del diretto interessato in ossequio all'art. 14 cost. il quale, tutelando l'intimità della vita privata che si svolge in una privata dimora, assegna esclusivamente al titolare dell'interesse protetto la decisione di sacrificarlo.

Sarebbe però imperdonabile tacere che il varco aperto nel sistema delle fonti del diritto del lavoro alla vigilia del crollo dell'ultimo governo di centro-destra può piacere soltanto a professionisti del gioco d'azzardo che si divertono un mondo a vedere l'effetto che fa sugli

astanti sentirsi dire che a questo *corpus* normativo tocca morire nella medesima condizione che lo aveva visto nascere: nell'anonimato e senza gloria. Non per caso, parecchi giuristi-scrittori si sono affrettati a riesaminare l'art. 8 alla luce delle prescrizioni costituzionali fino a contare una mezza dozzina di violazioni; la Cgil proclamò immediatamente uno sciopero di protesta e la stessa Fiom si mobilitò a sostegno di un *referendum* abrogativo della norma che sponsorizza il primato dell'autonomia dispositiva dei privati nel sistema delle fonti regolative del rapporto di lavoro. Ciononostante, è onesto riconoscere che il clima creato dall'anomala giuridificazione sia stato nel complesso più permissivo che di rigetto. Il segretario generale *pro tempore* della Cisl definì «demenziale» l'azione di lotta decisa dalla Cgil – mentre c'era semplicemente da chiedersi «se non ora, quando?», come inutilmente replicò un'indispettita Susanna Camusso. L'istanza referendaria fu giudicata «inopportuna, scriteriata, populista» e fu boicottata dall'assordante silenzio dei *mass media*. Insomma, la norma è rimasta.

La verità è che essa è sorretta dalla trasversalità della condivisione di una prassi circondata da un ampio consenso. Essa esprime l'idea che la regolazione dello scambio tra chi vende lavoro e di chi lo compra spetta a soggetti che agiscono in base ad una concezione proprietaria della contrattazione collettiva. Non che, ci tengo a sottolineare, l'art. 8 ne sia il necessario completamento. Tuttavia, la sua spudorata radicalità finisce per accentuare la continuità con la politica del diritto che ha egemonizzato il dopo-costituzione in materia sindacale e del lavoro. Non è infatti azzardato congetturare che nemmeno l'eventuale soppressione dell'art. 8 avrebbe potuto, né potrebbe in futuro, civilizzare l'*habitat*. Anzi, è ragionevole presumere che *coeteris paribus* non equivarrebbe né al blocco né all'inversione di una tendenza di lungo periodo. Come dire: la norma si situa all'interno di un più ampio orizzonte di senso ove è rinvenibile la chiave di lettura che permette di riconoscervi l'estremizzazione della logica sulla quale si è costruito l'impianto politico-culturale dell'esperienza giuridica post-costituzionale. Il dato da cui partire è che essa pesca nel profondo e, poiché valorizza in misura esponenziale la dimensione privatistica, patrimonialistica e mercatistica degli interessi in gioco, simboleggia il processo di de-costituzionalizzazione che ha fatto defluire ed allontanato il lavoro, le sue regole nonché la sua stessa rappresentanza sociale, dalla sfera di un superiore interesse presidiato dallo Stato. Non a caso, la norma contestata, ma sopravvissuta intatta alle contestazioni, ha smesso di essere interpretata a stregua di una seria minaccia anche nel settore dello schieramento

sindacale che la considerava una diavoleria paragonabile all'avvelenamento dei pozzi ordinato cinicamente dallo stato maggiore degli eserciti occupanti prima dell'evacuazione. Infatti, ha cominciato a pensare (anche senza dirlo) che possono presentarsi imprevedibili situazioni che consigliano di valutare l'art. 8 in questione un'opportunità che tocca ai sindacati non tanto rimuovere quanto piuttosto gestire "responsabilmente", senza vergognarsi e anzi con la convinzione di compiere il loro dovere. Allora, è proprio vero: le vie del Signore sono infinite. Ne costituisce una testimonianza anche la casistica contrattuale finora disponibile in materia di *smart working*.

Riguardo ad essa devo confessare che una prima occhiata ha acuitizzato il disagio che (non solo a me) procura quello che Massimo D'Antona chiamava il non detto dello Statuto dei lavoratori. Esso attiene al cono d'ombra che, con la complicità dell'inattuazione dell'art. 39 cost. cui si deve l'informalità in cui ama muoversi il sindacato-istituzione, persiste sull'esercizio del potere che il sindacato detiene in qualità di rappresentante dell'interesse collettivo.

Come è noto, lo Statuto è la legge delle due cittadinanze. Del sindacato e, al tempo stesso, del lavoratore in quanto cittadino. E ciò perché sancisce la non-espropriabilità anche nel luogo di lavoro di diritti che spettano al lavoratore in quanto cittadino. Per questo, lo Statuto riconosce al lavoratore più di ciò che può dare un contratto a prestazioni corrispettive. Molto di più; e può farlo perché il legislatore statutario prende sul serio un evento privo di testuali riscontri in sistemi giuridici omogenei al nostro: issandosi nelle zone alpine del diritto costituzionale fino a diventare, da noi, il formante dello Stato, il lavoro è entrato nell'età della sua de-mercificazione. Non era mai successo che il diritto del lavoro – né quello legificato né quello giurisprudenziale né quello di cui è artefice il sindacato – fosse sospinto a ricalibrare il centro gravitazionale della figura del cittadino-lavoratore spostando l'accento dal secondo sul primo: ossia, dal debitore di lavoro sul cittadino.

Ciononostante, le direttrici di un'esperienza applicativa ormai cinquantennale mettono in evidenza uno sviluppo diseguale delle linee di politica del diritto cui si ispira il provvedimento legislativo. Infatti, lo Statuto come legge di cittadinanza dei sindacati in azienda ha assunto fin dall'inizio un rilievo preminente sullo Statuto come legge di cittadinanza dei singoli nei luoghi di lavoro. E ciò anche perché, mentre si preoccupa di proteggere il lavoratore dalle ingerenze del potere dell'impresa, il legislatore statutario non ne definisce la posizione di fronte ai rappresentanti sindacali. Il che significa implicitamente (ma non oscuramente) che lo stesso legislatore esonera

il sindacato da verifiche del consenso e non è nemmeno sfiorato dal dubbio che blindarne il potere possa causare inconvenienti di non poco conto. Di sicuro, è documentabile che non lo ha incentivato ad attivare tempestivamente le antenne per stabilire se il canale unico della rappresentanza affermatosi dopo l'estinzione delle commissioni interne si fosse logorato né lo ha impegnato a sciogliere, con non inferiore velocità, il nodo dell'ambigua coabitazione di RSU e RSA.

Fatto sta che ha prevalso l'uso di un'ottica autoreferenziale basata su principi pre-constituzionali, e anzi pre-moderni, che fanno del sindacato-istituzione più un tutore che un mandatario e del suo rappresentato un soggetto a metà strada tra il capace e l'incapace, meritevole di essere considerato più che altro nella sua qualità di «destinatario finale di decisioni vincolanti assunte in suo nome e per suo conto». Per questo, a monte dei «temi di un diritto sindacale possibile», Massimo D'Antona collocava quello – «strettamente apparentato coi problemi di governabilità di una democrazia adulta» – che attiene al «modo di essere rappresentati». Un modo da ridefinire tendo conto della crescente esigenza di andare incontro al «generale bisogno di ridisegnare nel sistema giuridico l'immagine dell'individuo, con le sue istanze di autodeterminazione di fronte ad ogni potere, anche se protettivo e benefico».

Basterebbe ciò che ho appena finito di dire per dimostrare l'infondatezza dell'opinione secondo la quale lo Statuto li dimostrerebbe tutti, i suoi cinquant'anni. Chi ragiona così è prigioniero di un sillogismo che è facile sbugiardare.

*Premessa maggiore:* il contesto ambientale dello Statuto dei lavoratori è la fabbrica fordista. *Premessa minore:* il sistema produttivo si è radicalmente trasformato. *Ergo,* lo Statuto è da buttare.

Il sillogismo è falso e la deduzione che se ne ricava una sciocchezza. Lo Statuto non ha mai legato la sua vitalità ad un modo di produrre storicamente determinato. Si riconnette invece a valori la cui vulnerabilità al contatto con le ragioni dell'impresa era simboleggiata in forma paradigmatica dal fordismo. Ma si tratta di valori che vanno protetti indipendentemente dal variare nel tempo del modello prevalente di produzione e di organizzazione del lavoro.

Piuttosto, è vero che la linea di politica del diritto di cui lo Statuto è stato l'apri-pista non ha avuto gli svolgimenti che avrebbe dovuto avere. Infatti, prevale tuttora il metodo, non opportunistico né contingente, di un pragmatismo sensibile ad una concezione manageriale del lavoro. Essa dà per scontato che la dimensione mercatistica dello stato occupazionale-professionale acquisibile per contratto finisca per schiacciare la dimensione politico-istituzionale

dello *status* di cittadinanza acquisibile secondo i principi del diritto pubblico. Anzi, ha contribuito in maniera determinante a precludere al diritto del lavoro di assumere come proprio referente sociale non più il produttore subalterno cui si chiede più obbedienza che consenso, bensì un soggetto col suo patrimonio di diritti di cittadinanza sempre meno negoziabili.

In effetti, lo Statuto aveva gettato le premesse necessarie per imprimere una violenta torsione all'evoluzione del diritto del lavoro. Avrebbe voluto che quest'ultima non fosse più polarizzata sullo scambio contrattuale di utilità economiche e dominata dall'esigenza di disciplinare i comportamenti del lavoratore in conformità con gli *standard* di prestazione imposti al lavoro organizzato. L'avrebbe voluta più attenta ai valori *extra*-contrattuali ed *extra*-patrimoniali di cui il lavoro è portatore. Viceversa, l'esortazione del legislatore statutario a ripensare le connessioni che si stabiliscono tra lavoro e cittadinanza è caduta nel vuoto. Soltanto Massimo D'Antona intuì che, per il diritto del lavoro, era «una questione di ridefinizione strategica». Perciò, quella che lo Statuto racchiude è una virtualità rimasta inespressa nella misura in cui ha spaventato l'impresa più di quanto non abbia sollecitato il sindacato. Infatti, tanto l'impresa quanto il sindacato hanno rifiutato la sfida a rilegittimarsi mediante l'adeguamento dei rispettivi modelli di comportamento alla trama dei diritti del lavoratore dipendente che Bruno Trentin disegnò per la sua ideale *Città del lavoro*.

Pertanto, visto che quello del lavoro dipendente continua ad essere un diritto le cui oscillazioni tra il diritto dei beni materiali e il diritto della persona ne compromettono libertà, dignità, sicurezza, non è retorico affermare che c'è un Nuovo Mondo che sta ancora aspettando il suo Colombo. Per avvistarlo e sbarcarvi, il diritto del lavoro sarà costretto ad allentare i suoi ormeggi identitari.

La svolta è raffigurabile graficamente come un contro-movimento, perché – esaurita la transizione dallo *status* al contratto, di cui Henry S. Maine colse per primo la portata rivoluzionaria, e incassato ciò che essa poteva dare – si dovrà tornare allo *status*. Uno *status* che, non potendo più coincidere con lo stato occupazionale-professionale caratteristico dell'industrialismo, nemmeno può dipenderne. È lo *status* di cittadinanza riconosciuto e protetto da una democrazia costituzionale vigente in una società in cui, come diceva Gérard Lyon-Caen, «on restera nécessairement industriel, si non industriel».

Tutto ciò significa che la cultura giuridica del lavoro dovrà riallacciare discorsi mai iniziati davvero col diritto del *welfare* pubblico



modellato sul prototipo del lavoro culturalmente e politicamente egemone nella società industriale. Quello che verrà dovrà intensificare la protezione dello *status* di cittadinanza indipendentemente non solo dallo svolgimento del lavoro “regolare”, la nozione del quale è stata memorizzata da intere generazioni nell’arco di due secoli di esperienza industriale, ma anche dalla stessa occupabilità. Non per caso incontra consensi la proposta d’ispirazione *beveridiana* di passare dalla garanzia del reddito di chi il lavoro ce l’ha alla garanzia del reddito spettante al cittadino in quanto tale: al cittadino che il lavoro lo ha perduto o lo cerca, ma non lo trova. Infatti, ciò che deve cambiare è anche il modo di affrontare il problema della disoccupazione; e ciò perché nel post-industriale la crescita del Pil e della produttività non va a braccetto con la crescita dell’occupazione. Per questo, il problema è non solo il lavoro che cambia. È soprattutto il lavoro che manca: non più congiunturale, la disoccupazione si è trasformata in un dato strutturale.

Certo, nel frattempo non può non sgomentare che le cose si siano messe in modo da incrinare la fiducia che il lavoro dipendente sia l’unico strumento di riscatto possibile per moltitudini di comuni mortali e la piena occupazione sia dietro l’angolo. Sconcertati, del resto, erano anche i tolemaici, quando si sparse la voce che il pianeta terrestre non aveva mai avuto il privilegio di collocarsi al centro dell’universo. Ma, alla fine, i tolemaici dovettero rassegnarsi a restare in minoranza. Oppure, come fecero i più vispi e intelligenti, si sono decisi ad imparare a disimparare ciò che avevano appreso dai testi che avevano studiato. Proprio come (suppongo) faranno quanti ritengono possibile che il novecentesco diritto del lavoro inteso come diritto della cittadinanza definita *industriale* – perché (suppongo) odorava di petrolio, sudore, vapore di macchine – riuscirà ad inglobare il diritto “per il” lavoro inteso come diritto della cittadinanza *industriosa*.

Come dire che, vista la crescente scarsità di lavoro nella forma che rese possibile farne il passaporto per la cittadinanza riconosciuta e protetta dalle costituzioni contemporanee, occorre riplasmare lo statuto giuridico del cittadino-lavoratore su quel che sta raggomitato nel sottosuolo dell’età post-industriale e gli scavi porteranno in superficie. Probabilmente, i materiali finora estratti non sono pregiati. Questa, però, non è una buona ragione per desistere. Anzi, se non avremo il testardo ottimismo del cercatore d’oro che setacciava l’acqua dei torrenti dell’Alaska per trovare nella fanghiglia una scheggia di metallo giallo, ci attarderemo per chissà quanto tempo a rimpiangere la cittadinanza *industriale*, senza sapere quel che la cittadinanza *industriosa* può dare.

### 3. Conclusione (provvisoria)

Lo *smart working* è diventato il simbolo del lavoro nell'età post-industriale per motivi che specialmente in Italia appaiono due volte casuali. Una prima volta perché (osservazione banale, ma sensata) il fenomeno ha fatto massiccia irruzione nell'ordinamento giuridico per contenere le proporzioni di una tragedia imprevista come l'attuale pandemia. Una seconda volta perché in Italia l'irruzione è stata legittimata, e dunque resa possibile, da una norma emanata nel 2011 per affrontare un'immane crisi del debito sovrano che aveva fatto schizzare lo *spread* a livelli impressionanti, ma giustamente contestata anche da un importante settore del movimento sindacale che non esitò a promuovere l'istanza referendaria (poi rientrata) di abrogarla. È la norma che, rovesciando le gerarchie proprie del sistema delle fonti normative, concede alla contrattazione collettiva la potestà di derogare alla stessa legislazione del lavoro. Infatti, la generalizzazione dello *smart working* si è sviluppata nel segno di una contrattazione collettiva in deroga della legge istitutiva del medesimo che subordina l'adozione di questa modalità lavorativa esclusivamente all'accordo intervenuto tra le parti del contratto di lavoro individuale. Però, desta non poche riserve l'imbarazzato silenzio di tutti i sindacati sulla loro scelta di trasformare in salvifica opportunità proprio ciò che volevano cancellare in ragione d'una vera o presunta illegittimità costituzionale.



GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI

## I *riders* nella giurisprudenza italiana, nelle sentenze delle Corti Supreme di taluni paesi europei e nella ordinanza *Yodel* della Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. La Corte di appello di Torino. – 2. La Cassazione 24 gennaio 2020 n. 1663 e il successivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 anche ai lavoratori autonomi deboli. – 3. I lavoratori che operano mediante piattaforme digitali e in particolare i *riders*. – 4. La sentenza del Tribunale di Palermo. – 5. Ordinanza del Tribunale di Bologna. – 6. La procura della Repubblica di Milano. – 7. La *Cour de Cassation* francese. – 8. Il *Tribunal Supremo* spagnolo. – 9. La Corte Federale tedesca. – 10. L'ordinanza della Corte di giustizia europea del 22 aprile 2020, emessa a seguito del rinvio pregiudiziale del *Watford Employment Tribunal* del Regno Unito. – 11. Conclusioni.

### 1. *La Corte di appello di Torino*

Come è noto, i rapporti tra lavoro subordinato e lavoro autonomo sono divenuti progressivamente più complicati. Infatti al binomio artt. 2094 e 2222 c.c. sancito dal codice civile, nel 1973 la riforma del processo del lavoro aggiunse la fattispecie processuale delle collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3 c.p.c., che presto divenne, in forza dell'art. 1322, comma 2, una fattispecie negoziale diffusissima perché assicurava al committente, attraverso una forma di lavoro autonomo continuativo, una prestazione molto simile a quella del lavoro subordinato senza i costi di quest'ultimo. Alle collaborazioni continuative e coordinate non si applicava infatti la disciplina del licenziamento illegittimo, e cioè la reintegrazione, e neppure i contributi previdenziali, inizialmente al 10% per cento rispetto al 33% del lavoro subordinato. Non solo: dottrine autorevoli teorizzarono che il committente fosse titolare di un potere unilaterale di coordinamento nei confronti del collaboratore<sup>1</sup>, in realtà

<sup>1</sup> Per una compiuta definizione del potere di coordinamento del committente e per la individuazione del *tertium genus* poi accolto dal d.lgs. n. 276 del 2003 v. R.

spesso non facilmente distinguibile dal potere direttivo del datore di lavoro nei confronti del lavoratore subordinato. A mio avviso, la tesi del potere unilaterale di coordinamento nei rapporti di collaborazione continuativa e coordinata ha contribuito a favorire l'elusione della disciplina del lavoro subordinato. Fino a quando nel 2003 il d.lgs. n. 276 introdusse il nuovo tipo legale del lavoro a progetto che, ahimè, continuava a riconoscere al committente un potere di coordinamento, ma individuò il progetto come criterio discrezionale tra le collaborazioni continuative e coordinate genuine e quelle false senza dettare una definizione di progetto, con il risultato che questo criterio non conseguì l'obiettivo di identificare le collaborazioni veramente genuine. Soltanto nel 2015 l'art. 52 del d.lgs. n. 81 ha abrogato la disciplina del lavoro a progetto ma ha mantenuto in vita le collaborazioni continuative e coordinate di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c.; e l'art. 15 della legge n. 81 del 2017 ha dettato l'interpretazione autentica del termine "coordinazione", chiarendo finalmente che in questo tipo di rapporti non è configurabile un potere unilaterale di coordinamento del committente, riconoscendo il coordinamento in capo ad entrambe le parti, anche al fine di contenere il più possibile forme elusive di lavoro subordinato. Nonostante questo intervento normativo chiarificatore del 2017, il quadro non si è completamente ricomposto perché l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 aveva introdotto la figura delle *collaborazioni organizzate dal committente*.

La norma, a mio avviso, ha una funzione essenzialmente antielusiva e non ha spazio una nozione giuridica di etero-organizzazione distinta dalla etero-direzione.

Come è noto, invece, la Corte di Appello di Torino ha qualificato il rapporto di lavoro dei *riders* di natura autonoma perché questi ultimi non solo erano liberi di non accettare di essere inseriti nei turni di lavoro ma, anche quando erano stati inseriti in un turno orario, potevano non presentarsi e quindi non effettuare le consegne richieste nel turno di lavoro senza essere soggetti ad alcuna sanzione disciplinare. Per questa ragione anche la Corte di Appello ha respinto la domanda volta al riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro. Secondo questo giudice le collaborazioni

DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della subordinazione della sua idoneità selettiva nei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione del tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 21, p. 331 ss. Critico verso questa ricostruzione, R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, I, p. 273 ss. e in part. pp. 291 s.

organizzate dal committente devono qualificarsi come “*un tertium genus*” che viene a porsi tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all’art. 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall’art. 409, n. 3 c.p.c., evidentemente per garantire, rispetto al lavoro autonomo genuino, una maggiore tutela alle nuove fattispecie di lavoro che si stanno sviluppando a seguito della evoluzione e della relativa introduzione sempre più accelerata delle recenti tecnologie.

Anche dottrine autorevoli sostengono che l’art. 2, comma 1, avrebbe individuato uno spazio normativo per la etero-organizzazione<sup>2</sup>, che sarebbe costitutiva di una nuova fattispecie tra lavoro subordinato e le collaborazioni continuative e coordinate<sup>3</sup>, e di una disciplina che dovrebbe essere individuata dal giudice. Ma l’art. 2, comma 2, consente solo ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative di individuare una disciplina diversa da quella del lavoro subordinato e non anche al giudice. Secondo le suddette dottrine, le collaborazioni organizzate dal committente ai sensi dell’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 darebbero vita ad un *quartum genus*, accanto al lavoro subordinato, a quello autonomo, e alle collaborazioni continuative e coordinate dell’art. 409, n. 3 c.p.c.

E tuttavia va ricordato quanto afferma un’acuta dottrina<sup>4</sup> secondo la quale «tutte le costruzioni che si basano sulla nozione di lavoro eterorganizzato nascono, per così dire, con un vizio di origine: dichiarando di prestare fede al dettato normativo, in realtà propongono proprie (legittime e magari condivisibili) visioni di politica del diritto». C’è da chiedersi, con un interrogativo retorico, se una «simile operazione può essere compiuta dall’interprete sulla base dell’esile dato contenuto nell’articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015».

Bisogna infatti essere avvertiti che, al di là di ogni argomentazio-

<sup>2</sup> Si legga sul punto T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, n. 146, p. 155 ss.

<sup>3</sup> V. in questo senso A. PERULLI, *La nuova definizione di collaborazione organizzata dal committente. Note al d.lgs. n. 81/2015*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, p. 163 ss., e di recente anche A. MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni etero-organizzate*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 3, p. 3; ID., *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 146 ss.; prima della modifica dell’art. 2, comma 1, operata dal d.l. n. 101/2019, R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 282/2015, p. 15 ss.

<sup>4</sup> M. MAGNANI, *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, pp. 111 e 113.

ne tecnica, il confronto è tra chi valorizza la etero-organizzazione, o se si preferisce il potere organizzativo rispetto al potere direttivo al fine di individuare una disciplina per questo tipo di rapporto parzialmente diversa da quella del lavoro subordinato (ma in concreto meno favorevole, basti pensare alla non applicazione della disciplina del licenziamento), così come era previsto dalla disciplina del lavoro a progetto ora abrogata; e chi invece nega autonoma rilevanza all'etero-organizzazione e ritiene che a questi rapporti continuativi e organizzati dal committente, anche se autonomi deboli, debba essere applicata, ai sensi dell'art. 2, comma 1, la disciplina del lavoro subordinato, salva, ai sensi dell'art. 2, comma 2, una diversa disciplina dettata dalla contrattazione collettiva.

Da ultimo il d.l. n. 101 del 2019 ha modificato l'art. 2, comma 1 e ha sostituito "esclusivamente" con "prevalentemente", ha eliminato l'inciso «anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro» e ha aggiunto una seconda parte al primo comma, secondo cui «le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali».

2. *La Corte di Cassazione 24 gennaio 2020 n. 1663 e il successivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 anche ai lavoratori autonomi deboli*

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

Non a caso la Cassazione in una sentenza del 24 gennaio 2020, n. 1663, che pure prende in considerazione il caso *Foodora* regolato dalla normativa anteriore alle modifiche legislative del 2019 appena richiamate, non solo respinge la qualificazione accolta dalla Corte di Appello di Torino come *tertium genus*, ma non esita ad affermare al par. 27 che la disciplina del lavoro subordinato si applica «anche a prestatori ritenuti in condizione di debolezza economica operanti in una zona grigia tra autonomia e subordinazione ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea»<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> V. la recentissima Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, secondo la quale, con ri-

Se così è, ben si può dire che la Cassazione preferisce utilizzare la categoria della subordinazione socioeconomica anziché quella della eteroorganizzazione<sup>6</sup>.

È vero che nel 2012 una nozione di dipendenza economica fu accolta dal legislatore (art. 1, commi 23-26, legge n. 92 del 2012) con la norma che estendeva l'applicazione integrale del diritto del lavoro subordinato ai rapporti caratterizzati da una durata superiore alla soglia minima prestabilita, dalla monocommittenza e da un livello retributivo medio basso. Ma come è noto, questa norma ha avuto una modesta applicazione perché le fattispecie concrete non presentano sempre congiuntamente i tre requisiti e in generale il ricorso ad indicatori efficaci è estremamente difficoltoso da determinare<sup>7</sup>. Secondo un Autore<sup>8</sup>, se fosse stata in vigore una norma del genere avrebbe potuto essere applicata ai *pony express* di trenta anni fa e ora ai rapporti di lavoro dei ciclofattorini<sup>9</sup>.

ferimento alle modifiche introdotte dal d.l. n. 101 del 2019, l'intento protettivo appare confermato dalla recente novella la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza, per l'applicabilità della norma, di prestazioni prevalentemente e non più esclusivamente personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme digitali e, quanto all'elemento dell'etero-organizzazione, eliminando le parole «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», così dimostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione (par. 27 della sentenza).

<sup>6</sup> Infatti come afferma uno dei più autorevoli sostenitori della subordinazione socioeconomica, R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato*, cit., p. 299 la relativa indeterminatezza e l'ampia apertura della definizione proposta del lavoro subordinato, e cioè il dovere dipendere da altri per lavorare, rendono possibile e sollecitano anzi, la comprensione nel suo ambito di modelli diversi di rapporti di lavoro e di prestazioni, eventualmente caratterizzate da rilevanti differenze di trattamento. Del resto sia pure in un'altra prospettiva e con riferimento al lavoro esclusivamente personale la Corte costituzionale, con la famosa sentenza n. 30/1996, relatore Luigi Mengoni, aveva identificato la subordinazione nella c.d. doppia alienità, intesa come destinazione esclusiva ad altri del risultato per il cui conseguimento la prestazione è utilizzata e come alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce, sicuramente più ampia di quella ricavabile dall'art. 2094 c.c.

<sup>7</sup> Sull'esperienza spagnola del TR.A.D.E. (*Trabajo autonomo dependiente economicamente*) e per un tentativo di individuazione di indici di dipendenza o debolezza economica si v. G. SANTORO-PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole ma genuino: due nozioni a confronto*, in *Riv.it. dir. lav.*, 2013, p. 103 ss.

<sup>8</sup> P. ICHINO, *Subordinazione autonomia e protezione del lavoro nella Gig-Economy*, nota in *Riv.it. dir. lav.*, 2018, II, p. 294.

<sup>9</sup> Trib. Torino, 7 maggio 2018, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 283.



### 3. I lavoratori che operano mediante piattaforme digitali e in particolare i riders

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

Va però segnalato un difetto di coordinamento tra norme laddove la previsione del potere della piattaforma di determinare le modalità esecutive della prestazione previsto dall'art. 47-*bis*, comma 2, si sovrappone, sia in astratto sia in concreto, con l'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 1, e persino con l'etero-direzione *ex art.* 2094 c.c. Ma poiché non sembra realistico arrivare ad un'*interpretatio abrogans* (e comunque non si può considerare residuale l'ambito di applicazione delle norme appena varate degli art. 47-*bis* e ss.) risulta ragionevole utilizzare il criterio della continuità-occasionalità della prestazione per distinguere i *riders* che prestano la loro opera continuativamente, ai quali si applica l'art. 2, comma 1 (seconda parte aggiunta dal d.lgs. n. 101/2019), da quelli che la prestano occasionalmente, ai quali si applicano gli artt. 47, comma 2-*bis* e ss.<sup>10</sup>

Come è noto, di recente è stato sottoscritto un contratto collettivo *Assodelivery/Ugl* che regola alcuni istituti del rapporto di lavoro dei *riders*, ma che qualifica come lavoratori autonomi i *riders* e non elimina il cottimo. Sugli altri diritti, come i diritti sindacali, il diritto alla *privacy*, alla sicurezza e agli infortuni sul lavoro, il contratto si attesta sui minimi e li specifica ma non prevede le ferie né i congedi per malattia. Sulla legittimità di questo contratto sono stati espressi dubbi perché non concluso da organizzazioni sindacali comparativamente rappresentative.

<sup>10</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 410/2020, il quale, da una parte, afferma che «la continuità o meno della prestazione non può certo essere un criterio ragionevole per differenziare in modo così radicale i trattamenti» (pag. 21, nota 27); dall'altra, in modo non dissimile da quanto sopra riferito, chiarisce che «mentre il rapporto di lavoro etero-organizzato è continuativo, l'art. 47 bis non richiama questo elemento, onde, benché tenue, un primo criterio distintivo tra le due fattispecie e relative discipline potrebbe essere rintracciato in questa distinzione tra prestazioni continuative e lavoro autonomo occasionale» (pag. 60).

#### 4. *La sentenza del Tribunale di Palermo*

Di recente una sentenza del Tribunale di Palermo n. 3570/2020 ha qualificato il rapporto dei *riders* di lavoro subordinato. La qualificazione del rapporto dei *riders* come lavoro subordinato sempre ed in ogni caso desta qualche dubbio per una serie di motivi. Come non sembra corretto qualificare il rapporto del *rider* sempre e comunque di lavoro autonomo perché può rifiutare la prestazione, allo stesso modo qualificarlo sempre come subordinato può essere fuorviante. In primo luogo perché, come si è detto, questa categoria è eterogenea e perciò bisogna avere riguardo alle modalità di esecuzione della prestazione. E anche nell'ipotesi in cui le modalità di esecuzione siano determinate dalla piattaforma digitale, a mio avviso è preferibile applicare la disciplina del lavoro subordinato, non sulla base dell'art. 2094 c.c., ma sulla base dell'art. 2, comma 1, seconda parte. In secondo luogo perché questa disposizione prevede espressamente per i lavoratori che operano nelle piattaforme anche digitali l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato. In terzo luogo perché la riconduzione del rapporto di lavoro continuativo del *rider* all'art. 2, comma 1, consente alla contrattazione collettiva, in virtù dell'art. 2, comma 2, di applicare un trattamento economico e normativo anche diverso da quello subordinato. E in quarto luogo perché l'art. 2, comma 1, va interpretato congiuntamente con l'art. 47-*bis* che prende in considerazione i *riders* autonomi e applica ad essi solo una parte della disciplina.

#### 5. *Ordinanza del Tribunale di Bologna*

Ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 216 del 2003 la Filt Cgil, la Filcams Cgil e la Nidil Cgil hanno convenuto in giudizio la società *Deliveroo* per l'accertamento della natura discriminatoria delle condizioni di accesso alla sessione di lavoro tramite piattaforma digitale. Il giudice bolognese, con ordinanza del 31 dicembre 2020, ha concluso che l'algoritmo utilizzato dalla società al fine di stabilire le modalità di accesso alla prenotazione delle sessioni di lavoro tramite piattaforma digitale ha carattere discriminatorio, in base al fatto che l'algoritmo sanziona con perdita di punteggio i *riders* che non rispettano le sessioni di lavoro, penalizzando senza alcuna distinzione tutte le forme di astensione dal lavoro. In questo modo vengono penalizzati i lavoratori che si astengono, in termini di diminuzione del punteggio e conseguente retrocessione nella fascia

di prenotazione e minori occasioni di lavoro. In tal modo viene di conseguenza penalizzato chi si assentava dal lavoro per esercitare il diritto di sciopero o per ragioni di malattia, i quali assistevano ad una diminuzione del proprio *ranking* reputazionale e delle opportunità lavorative. L'ordinanza condanna la società *Deliveroo* al risarcimento del danno non patrimoniale di euro 50.000 a favore dei soggetti collettivi che hanno promosso il ricorso. Infine, come osserva la stessa ordinanza, trattandosi di condotta discriminatoria già conclusa ed essendo stato il sistema di prenotazione dismesso in tutto il territorio nazionale a far data dal 2 novembre 2020, non può essere ordinata la cessazione del comportamento ma soltanto la rimozione degli effetti che si quantifica nella pubblicazione della sentenza sul proprio sito *internet* e sul quotidiano la Repubblica.

#### 6. *La procura della Repubblica di Milano*

In data 24 febbraio 2021 la Procura della Repubblica di Milano, a seguito di alcuni infortuni stradali che avevano coinvolto i *riders*, ha delegato la verifica del rispetto della normativa antinfortunistica di questi lavoratori e, alla luce di un primo monitoraggio, ha iscritto il proc. n. 7296/19 r.g., mod. 45, per eseguire ulteriori controlli, nel corso dei quali veniva proposto ai soggetti controllati un questionario idoneo a far emergere le caratteristiche dell'attività di lavoro dagli stessi svolta come, ad esempio, il loro orario di lavoro, i mezzi utilizzati e le modalità di retribuzione.

Inizialmente la verifica era limitata alla città di Milano, ma successivamente è stata estesa a tutto il territorio nazionale (arrivando ad esaminare oltre 60mila *riders* dal 1° gennaio 2017 al 31 ottobre 2020). Ad oggi è stato possibile verificare che la maggioranza dei *riders* ha contratti di lavoro autonomo di tipo occasionale, ma i controlli svolti sul campo hanno evidenziato che questa qualificazione è smentita dalla realtà dei fatti. Secondo le indagini, infatti, i *riders* risultano inseriti nell'organizzazione di impresa e la loro autonomia risulta essere molto limitata (ad esempio, scelta delle fasce orarie in cui svolgere la propria attività, condizionata in base al *ranking*). Il *ranking*, ad esempio, determina la continuità del rapporto e durante gli accertamenti è emerso che spesso i *riders* sono costretti a lavorare anche in caso di infortunio, pena la perdita di fatto del lavoro; nel caso in cui siano impossibilitati totalmente, talvolta cedono temporaneamente l'*account* a terzi. I dati raccolti hanno condotto a ritenere che i *riders* sono qualificabili come lavoratori *ex art. 2*, comma 1, lett.

a, d.lgs. n. 81/2015 (a loro si estende l'intera disciplina del d.lgs. n. 81/08) e che è necessaria una riqualificazione contrattuale del rapporto (da art. 2222 c.c. a art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015). Sono stati, infine, notificati ai legali rappresentanti delle società (d.lgs. n. 81/08) i verbali di riqualificazione della posizione lavorativa dei *riders* con recupero delle somme contributive e dei premi assicurativi; i verbali di prescrizione con cui viene intimato ai datori di lavoro di provvedere ad adempiere a tutti gli obblighi in materia di sicurezza entro 90 giorni (altrimenti le ammende saranno pari a 733 milioni di euro).

### 7. *La Cour de Cassation francese*

La *Chambre sociale* della *Cour de Cassation* nella sentenza n. 374 del 4 marzo 2020 a proposito degli *Uber Drivers* – dopo avere richiamato la storica sentenza della *Société Generale*<sup>11</sup> (secondo la quale la sussistenza del rapporto di lavoro è accertata dal potere del datore di lavoro di supervisionare l'esecuzione della prestazione, di impartire direttive e di esercitare il potere disciplinare) – per confermare la decisione del giudice di appello (anziché ricercare la corrispondenza tra le caratteristiche della prestazione in esame e gli indici della subordinazione) si sofferma sugli elementi sintomatici del potere datoriale e afferma che è la piattaforma a determinare unilateralmente le condizioni di svolgimento della prestazione, escludendo quindi che il *driver* fosse libero di scegliere se e quando lavorare dal momento che quest'ultimo era costretto a rendersi costantemente disponibile e ad attenersi senza riserve alle direttive impartite dall'applicazione.

La motivazione della sentenza mette altresì in evidenza che la piattaforma è il vero datore di lavoro: tale accertamento è stato possibile perché la Corte, se così si può dire, non ha adottato il metodo della sussunzione ma quello tipologico.

### 8. *Il Tribunal Supremo spagnolo*

Secondo la *Sala de lo Social Pleno* spagnola del 25 settembre 2020, n. 805, la *Glovo* non è una piattaforma di mera intermediazione e i *glovers* sono lavoratori subordinati.

<sup>11</sup> Cour de Cassation, sentenza n. 94-13187 del 13 novembre 1996.

Come è stato rilevato<sup>12</sup>, in Spagna risulta un contenzioso giudiziario molto variegato tra i giudici che qualificano i rapporti dei *riders* di lavoro autonomo o “*laboral*”. La diversità di qualificazioni affermata dai diversi giudici ha perciò reso necessario l'intervento del *Tribunal Supremo*. Nella motivazione molto articolata si richiama, tra l'altro, l'art. 3, comma 1, del codice civile spagnolo, secondo il quale le norme devono essere interpretate, secondo il senso delle loro parole, in relazione al contesto, agli antecedenti storici e legislativi e alla realtà sociale del tempo in cui devono essere applicate, tenendo conto fondamentalmente dello spirito e delle finalità di quelle regole. Il *Tribunal Supremo* ha poi escluso che al *rider* potesse essere riconosciuta la qualifica di lavoratore autonomo economicamente dipendente, poiché non sussistevano le condizioni previste dall'art. 11.2 del *Trade*, dal momento che il *rider* non possedeva una propria struttura organizzativa che gli permettesse di operare da solo, ma sempre secondo le istruzioni ricevute dall'applicazione della *Glovo*. E se anche il *rider* poteva rifiutare l'incarico senza ricevere alcuna sanzione, veniva penalizzato dal meccanismo del punteggio. Rifiutando di lavorare nelle ore di punta c.d. diamante subiva una pesante riduzione del punteggio con conseguente riduzione delle occasioni lavorative e del compenso.

In altri termini la Corte ribadisce che *Glovo* non si limitava a fornire un servizio di intermediazione tra consumatori e lavoratori autonomi ma svolgeva un'attività di coordinamento e di organizzazione del servizio produttivo, fissando il prezzo e le condizioni di pagamento del servizio. Il *rider* pertanto non riceveva il corrispettivo direttamente dai clienti finali. La Corte a chiare lettere conferma che si trattava di una prestazione autonoma fittizia. Anche questa pronuncia si inserisce in una sorta di dialogo tra le Corti dei diversi paesi europei, orientate a riconoscere la natura subordinata del rapporto dei *riders* con le grandi compagnie come la *Glovo*.

## 9. La Corte Federale tedesca

Anche in Germania la giurisprudenza di merito ha qualificato il rapporto di lavoro del *rider* di natura autonoma, ma il 1° dicembre 2020 l'ufficio addetto alle comunicazioni della Corte Federale tedesca ha reso noto l'esito della decisione AZR 102/20, avente ad

<sup>12</sup> A. TODOLI SIGNES, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo español que considera a los Riders empleados laborales*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, 2, VI, p. 4.

oggetto la qualificazione del rapporto di lavoro svolto da un lavoratore a favore di una piattaforma *crowdsourcer* per la quale eseguiva microlavoretti.

Secondo questo giudice il lavoratore, attore al momento del recesso cautelare della convenuta, era parte di un rapporto di lavoro subordinato, dal momento che si deve ritenere che sussiste la subordinazione anche se il datore di lavoro organizza la collaborazione mediante la piattaforma e il collaboratore svolge, come nel caso di specie, la prestazione secondo modalità paragonabili a quelle di un dipendente. Si aggiunga che la piattaforma non consentiva al collaboratore di accettare più incarichi contemporaneamente e conseguentemente questo sistema induceva il *crowdworker* a lavorare con continuità per mantenere un punteggio di esperienza che gli consentisse di ricevere una retribuzione adeguata.

Per completezza va detto che la Corte Federale ha tuttavia respinto in parte il ricorso dell'attore perché il recesso della convenuta aveva di fatto posto fine al rapporto di lavoro tra le parti e ha rinviato la causa al Tribunale del lavoro di Monaco per la determinazione delle differenze retributive che dovranno essere calcolate in base alla sezione 612, comma 2, BGB, ai sensi del quale se il suo ammontare non è pattuito, questo deve corrispondere alle tariffe oppure, in assenza di queste ultime, al corrispettivo abitualmente praticato.

Come è stato rilevato<sup>13</sup>, per commentare questa sentenza è importante attendere la pubblicazione del testo integrale; tuttavia si può già rilevare che il giudice federale ha sottolineato il fatto che la piattaforma favorisce la costituzione di rapporti di durata ponendo il lavoratore nelle condizioni di impegnarsi continuativamente per conseguire una retribuzione accettabile. Inoltre si sottolinea opportunamente che il BAG non abbia considerato la qualificazione del rapporto come subordinato come una semplice possibilità, come ha sostenuto la nostra Cassazione, ma come necessaria conseguenza.

In ogni caso, è appena il caso di ricordare che la Cassazione italiana esclude il *tertium genus* perché non riconosce autonoma rilevanza al potere organizzativo del committente. *Tertium genus* che invece è normato nell'ordinamento tedesco con la dizione «*Arbeitnehmerähnliche Personen*» (lavoratori simildipendenti)<sup>14</sup>. Secondo la giu-

<sup>13</sup> L. NOGLER, *La Corte federale del lavoro tedesca risolve il rompicapo della qualificazione dei lavoratori delle piattaforme*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, n. 168, p. 837.

<sup>14</sup> I criteri per identificare tale figura sono indicati nella Sezione 12°, comma 1 dell'atto sugli accordi della contrattazione collettiva (TVG).

risprudenza della Corte Federale tedesca, questi lavoratori esplicano il lavoro personalmente e principalmente a vantaggio di una sola persona che può essere anche una società dalla quale percepiscono più di metà del reddito e pertanto necessitano di una tutela paragonabile a quella assicurata ai lavoratori subordinati.

10. *L'ordinanza della Corte di giustizia europea del 22 aprile 2020, emessa a seguito del rinvio pregiudiziale del Watford Employment Tribunal del Regno Unito*

I giudici europei si pronunciano sulla nozione di *worker* ai sensi dell'applicazione del diritto comunitario, ritenendo in controtendenza che la direttiva n. 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione del lavoro, debba essere interpretata nel senso che preclude la possibilità di qualificare come lavoratore subordinato, ai fini dell'applicazione della suddetta direttiva, una persona assunta dal suo presunto datore di lavoro in virtù di un contratto che stabilisce che egli è un lavoratore autonomo, se a tale persona è concesso il potere discrezionale: 1) di avvalersi di subappaltatori o sostituti per eseguire il servizio che si è impegnato a fornire; 2) di accettare o non accettare i vari incarichi dal suo presunto datore di lavoro o fissare unilateralmente il numero massimo di essi; 3) di fornire i propri servizi a terzi, inclusi i diretti concorrenti del presunto datore di lavoro; 4) di determinare le proprie ore di lavoro entro determinati specifici parametri conformati alle proprie esigenze piuttosto che a quelle del presunto datore di lavoro. A condizione che l'indipendenza di tale persona non risulti fittizia e che non sia possibile accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la suddetta persona e il suo presunto datore di lavoro. Spetta in ogni caso al giudice del rinvio, tenuto conto di tutti gli elementi relativi a tale persona e all'attività economica che svolge, qualificarne lo *status* professionale.

Come è noto, lo stato di *worker* è considerato in posizione intermedia tra il lavoratore subordinato e quello autonomo, per la sussistenza del quale non va provato il vincolo di subordinazione come nel caso dell'*employee*, ma che alla stregua di quest'ultimo deve eseguire la prestazione in forma esclusivamente personale. D'altra parte il *worker* si distingue dal libero professionista "*self-employed*" perché quest'ultimo lavora non per un solo committente e ha la facoltà di farsi sostituire. Al *worker* viene garantito un salario minimo, le ferie, l'applicazione delle norme sulla discriminazione e

quelle sull'orario di lavoro, ma allo stesso non si applica la disciplina contro il licenziamento illegittimo, né quella previdenziale, né quella assicurativa, essendo previste le relative discipline unicamente per l'*employee*.

Sebbene il contratto di servizi concluso tra la *Yodel* e il corriere lo qualificasse come lavoratore autonomo, il lavoratore sosteneva di avere lo *status* del *worker*. Ma la Corte non ha accolto questa richiesta. Tuttavia un'agevole critica può essere mossa a questa interpretazione: la Corte ha escluso la natura subordinata del rapporto limitandosi ad analizzare i termini del contratto, mentre aveva affermato la necessità di esaminare le circostanze e i fatti concreti, richiamando diversi precedenti giurisprudenziali che avevano rimarcato l'esigenza di analizzare gli elementi fattuali ai fini dell'individuazione della categoria del *worker*.

## 11. *Conclusioni*

Si può dire che questa ordinanza della Corte di giustizia si pone in controtendenza affermando il primato della nozione classica della subordinazione fondata sulla etero-direzione rispetto ai diversi approcci delle Corti Supreme di diversi Paesi europei, presi in esame precedentemente, che hanno interpretato invece opportunamente in chiave evolutiva la nozione di subordinazione e hanno sottolineato il bisogno di contestualizzare questa nozione, tenendo conto per l'appunto della diversa realtà economica e sociale che muta la fisionomia delle imprese e le stesse attribuzioni dei lavoratori che comunque restano subordinati per l'applicazione delle relative tutele.





SEZIONE TERZA

Spigolature sull'Europa sociale



MARIAPAOLA AIMO

## Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?

SOMMARIO: Premessa. – 1. Lo *status* di lavoratore nella giurisprudenza della Corte di giustizia: la formula *Lawrie-Blum*. – 2. Le espansioni della formula. – 3. Il “rinvio condizionato” al diritto nazionale. – 4. Il lavoratore “falsamente autonomo” nel sistema binario subordinazione-autonomia. – 5. Il *work on demand via apps*: dai casi *Uber* all’ordinanza *Yodel*. – 6. Verso una coerenza complessiva del campo di applicazione dell’*acquis social*? – Epilogo, in memoria.

### *Premessa*

Nel saggio intitolato *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi Massimo Roccella – dopo aver rivisitato il dibattito giuslavoristico sulla prospettiva del c.d. *tertium genus* e aver argomentato i suoi rilievi critici – dedica qualche riflessione a «ciò che l’Europa (non) ci dice», prendendo in particolare in esame il Libro verde della Commissione Europea del 2006 e concludendo che l’Europa «non ci dice nulla di conclusivo a proposito della questione in esame, né, men che meno, obbliga i legislatori nazionali ad introdurre, nei rispettivi ordinamenti giuridici, una categoria intermedia di rapporti di lavoro da insediarsi nella zona grigia fra autonomia e subordinazione»<sup>1</sup>. Da un diverso ma connesso punto di vista – quello della portata della c.d. nozione comunitaria di lavoratore – nel Libro verde si è anche letto un «timido auspicio a ridimensionare l’ampio margine di manovra»<sup>2</sup> affidato ai diritti interni per definire, in virtù del principio

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *Quad. sociol.*, 2008, n. 46, p. 71 ss. e in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 65/2008 (da cui le citazioni, rispettivamente pp. 20 e 22).

<sup>2</sup> R. SANTAGATA, *Qualificazione del lavoro dipendente e mobilità in ambito comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 548.

“costituzionale” di sussidiarietà, l’ambito di applicazione *ratione personae* delle direttive sociali.

Nei molti anni trascorsi da allora, caratterizzati da profonde trasformazioni del lavoro, *in primis* legate al massiccio utilizzo delle tecnologie digitali, il dibattito giuslavoristico nostrano sui concetti-base di subordinazione e autonomia non si è mai sopito ed è anzi stato rilanciato, in un vero e proprio crescendo, a seguito dell’ingresso nell’ordinamento delle collaborazioni etero-organizzate e di tutto ciò che ne è seguito nel diritto vivente, soprattutto (ma certamente non solo) in collegamento con le note vicende – giudiziarie, legislative e contrattual-collettive – dei *riders*. Quel dibattito non si esaurisce, oggi più che mai, dentro i confini nazionali: seppur con le dovute differenze, le preoccupazioni e le sfide sono simili su scala globale e in particolare negli Stati membri dell’Unione, come testimoniano sia le soluzioni legislative e giurisprudenziali nazionali adottate in questi ultimi anni con specifico riferimento al lavoro tramite piattaforma, sia le prospettive di regolazione che si stanno affacciando in sede europea.

Per queste ragioni vale la pena tornare ora a chiedersi se in questo dibattito allargato l’Unione europea abbia “qualcosa da dire”, analizzando in particolare se e come quel diritto e i suoi giudici hanno affrontato la delicata questione della nozione di lavoratore subordinato.

L’interrogativo da cui è opportuno partire – affrontato da Massimo nelle pagine del manuale di diritto del lavoro europeo sin dalla sua prima edizione<sup>3</sup> – investe il «significato comunitario»<sup>4</sup> (oggi unieuropeo) del termine “lavoratore subordinato”. L’approccio definitorio di tipo casistico che, in mancanza di una fattispecie generale e unitaria di riferimento<sup>5</sup>, caratterizza sul punto l’ordinamento dell’Unione si distingue da quello dei sistemi nazionali di diritto del lavoro per una «diversità originaria di impostazione»<sup>6</sup>. Com’è noto, alla base dell’ampia nozione di lavoratore subordinato compiutamente elaborata dalla Corte di giustizia sin dalla metà degli

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 1992, p. 74 ss.

<sup>4</sup> È nel caso *Unger* (Corte giust., 19 marzo 1964, 75/63) che la Corte affermò per la prima volta che il Trattato, ai fini di cui si dirà fra breve nel testo, conferisce all’espressione “lavoratore subordinato” un «significato comunitario».

<sup>5</sup> Su cui v. P. COURSIER, *La notion de travailleur salarié en droit social communautaire*, in *Dr. soc.*, 2003, p. 305 ss.

<sup>6</sup> S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, Padova 2017, p. 122.

anni '80 del secolo scorso ai fini dell'accesso alla garanzia della libera circolazione, ai sensi dell'art. 48 del Trattato istitutivo (oggi art. 45 TFUE), vi sono la logica del mercato unificato del lavoro e del lavoratore migrante come operatore economico<sup>7</sup> e i connessi obiettivi di garanzia e di promozione del diritto fondamentale di libera circolazione nel mercato comune fondato sulla libera concorrenza. E in tale contesto è necessario e sufficiente il profilo della parità di accesso alle occasioni di lavoro disponibili<sup>8</sup>. Questa peculiare connotazione risulta geneticamente diversa da quella propria degli ordinamenti nazionali, incentrati invece su nozioni (legali o meno) di subordinazione sempre funzionali a «immettere nel contratto di lavoro uno statuto protettivo»<sup>9</sup> capace di correggere l'asimmetria di poteri fra le sue parti<sup>10</sup>.

Questa differenza di impostazione certamente ha segnato le scelte compiute dalla Corte nelle sue decisioni, ma non ha impedito ai frutti di quel percorso, come si dirà, di influenzare via via campi diversi da quelli di origine, soprattutto (ma non solo) in una prospettiva di valorizzazione dei diritti fondamentali dei lavoratori.

### 1. *Lo status di lavoratore nella giurisprudenza della Corte di giustizia: la formula Lawrie-Blum*

La Corte di giustizia, più di vent'anni fa, ha affermato che «la nozione di lavoratore nel diritto comunitario non è univoca, ma varia a seconda del settore di applicazione considerato»<sup>11</sup>: benché da allora lo scenario sia in parte cambiato e si possa concordare, come si vedrà, con chi ha osservato che oggi più che la nozione stessa di lavoratore è «l'intensità della sua europeizzazione» che cambia in base al

<sup>7</sup> Si v. A. SUPIOT, *Les notions de contrat de travail et de relations de travail en Europe*, Luxembourg 1992, p. 17.

<sup>8</sup> M. ROCCELLA, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, p. 276, sottolinea come sia questo l'unico significato di "diritto al lavoro" che può emergere nel contesto in esame.

<sup>9</sup> S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 124.

<sup>10</sup> Come ben esprime G.F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e nell'ordinamento italiano*, Padova 1988, p. 24, quando afferma che il diritto del lavoro comunitario «non nasce dalla critica di un rapporto diseguale e generatore di grandi conflitti nel cuore del sistema capitalistico».

<sup>11</sup> Corte giust., 12 maggio 1998, C-85/96, *Martinez Sala*, punto 8.

settore considerato<sup>12</sup>, è ancora vero che «le diversità nell'estensione delle definizioni di "lavoratore" sono difficilmente conciliabili con gli obiettivi di politica sociale della Comunità»<sup>13</sup> e pongono un problema di coerenza del sistema.

La questione si è anzitutto posta, com'è noto, a metà degli anni '60 del secolo scorso quando si è trattato di determinare la sfera di applicazione dell'art. 48 del Trattato ed è subito emerso il bisogno di dare un «significato comunitario» all'espressione "lavoratore" per evitare che ogni Stato col suo diritto interno, come affermato nel caso *Unger*, potesse unilateralmente «modificare la portata della nozione di "lavoratore migrante" ed escludere a suo piacimento determinate categorie di persone dalle garanzie offerte dal Trattato»<sup>14</sup>. A fronte della mancanza di una definizione di tale concetto cardine nel diritto sia primario che derivato, la Corte è prima giunta ad affermare, nel caso *Levin*, la necessità di avvalersi «dei principi interpretativi generalmente ammessi, assumendo come base il senso che correntemente si attribuisce»<sup>15</sup> all'espressione "lavoratore" nel diritto degli Stati membri e alla luce delle finalità del Trattato, e poi, con «un ulteriore passo avanti» rappresentato dalla celebre sentenza *Lawrie-Blum*, ha per la prima volta esplicitato il senso del richiamo ai principi generali isolando una "formula" composta di «tre criteri idonei ad identificare in tutti gli Stati membri il rapporto di lavoro dipendente: svolgimento di una prestazione lavorativa, in condizione di subordinazione, dietro pagamento di una retribuzione»<sup>16</sup>. In questo *leading case* la Corte, una volta ribadito che le norme sulla libera circolazione si applicano solo in caso di «esercizio di attività reali ed effettive», ha infatti individuato come caratteristica oggettiva essenziale del rapporto di lavoro «la circostanza che una persona fornisca prestazioni di indiscusso valore economico ad un'altra per-

<sup>12</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Chronique Politique sociale de l'Union européenne. Le droit social de l'Union est-il capable de réduire la fragmentation de la catégorie des travailleurs?*, in *Revue trim. droit eur.*, 2012, p. 480.

<sup>13</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde. Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 22 novembre 2006, COM(2006) 708 definitivo, p. 15. Sulla frammentazione della nozione v. N. KOUNTOURIS, *The Concept of "Worker" in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, in *Ind. Law J.*, 2018, vol. 47, 2, p. 193.

<sup>14</sup> Corte giust., *Unger*, cit.

<sup>15</sup> Corte giust., 23 marzo 1982, 53/81, *Levin*, punto 9.

<sup>16</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 76. Sul punto v. almeno L. NOGLER, *The Concept of «Subordination» in European and Comparative Law*, Trento 2009.

sona e sotto la direzione della stessa, ricevendo come contropartita una retribuzione»<sup>17</sup>.

La necessità – esplicitata in *Lawrie-Blum* e ripetuta innumerevoli volte – di fare riferimento ai «criteri oggettivi» che caratterizzano il rapporto di lavoro sotto il profilo dei concreti diritti e obblighi delle parti esclude inoltre che queste ultime «abbiano qualunque potere sulla qualificazione giuridica della loro relazione»<sup>18</sup>, così come determina l'irrelevanza, ai fini del riconoscimento dello *status* di lavoratore, della qualificazione operata dal legislatore nazionale<sup>19</sup>: il c.d. principio del primato dei fatti è costantemente affermato dai giudici di Lussemburgo – in linea con la maggior parte degli ordinamenti nazionali<sup>20</sup> e con quanto raccomandato dall'OIL<sup>21</sup> – e deve sempre guidare la valutazione dei giudici domestici<sup>22</sup>.

Dei tre criteri distintivi individuati nel citato *leading case* quelli che nel corso dell'evoluzione della giurisprudenza in tema di libera circolazione hanno avuto maggior «peso specifico» sono il criterio del carattere oneroso del rapporto (letto dalla Corte «alla stregua d'un concetto molto elastico di retribuzione») e soprattutto quello della reale ed effettiva natura economica delle prestazioni svolte, mentre minore interesse ha rivestito il criterio dell'assoggettamento al potere di direzione del destinatario della prestazione; è principalmente grazie all'interpretazione estensiva dei primi due criteri che la Corte ha infatti potuto ricomprendere «nel raggio applicativo dell'art. 45 TFUE i lavoratori a tempo parziale, a chiamata, occasionali e intermittenti, temporanei o stagionali, impegnati in attività formative o solo di *stage*»<sup>23</sup> e altre figure *sui generis*. I criteri in-

<sup>17</sup> Corte giust., 3 luglio 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, punto 17.

<sup>18</sup> A. SUPLOT, *Les notions de contrat de travail*, cit., p. 46.

<sup>19</sup> V. ad es. Corte giust., 31 maggio 1989, 344/87, *Bettray*, punto 16.

<sup>20</sup> Tra cui il nostro, ove tale principio (c.d. di «indisponibilità» del tipo) è garantito a livello costituzionale in nome del carattere imperativo e inderogabile della normativa a tutela del lavoro subordinato (v. Corte cost., 23 marzo 1994, n. 115). Cfr. B. WAAS, G.H. VAN VOSS (ed. by), *Restatement of Labour law in Europe. The concept of employee*, Oxford-Portland (OR) 2017, p. li ss.

<sup>21</sup> Ai sensi del par. 9 della Raccomandazione n. 198/2006, «the determination of the existence of (an employment) relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterised in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties».

<sup>22</sup> V. ad es. Corte giust., 6 novembre 2003, C-413/01, *Ninni-Orasche*, punto 27.

<sup>23</sup> Tutte le citazioni sono di S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 136. Come ci ricorda la Commissione nella sua Comunicazione *Un'agenda europea*



interpretativi utilizzati in tale contesto, come ha giustamente rilevato Massimo Roccella, «possono apparire un po' troppo semplificati», ma si spiegano in ragione del fatto che la preoccupazione principale «non è tanto quella di tracciare una linea di discriminazione fra subordinazione e autonomia, quanto piuttosto di distinguere, al fine di delimitare la sfera operativa delle norme comunitarie in materia di libera circolazione, fra lavoratori (subordinati) e soggetti economicamente non attivi»<sup>24</sup>, questi ultimi potenzialmente destinati a gravare sui regimi di *welfare* del paese ospitante. D'altronde, com'è noto, sia ai lavoratori subordinati che a quelli autonomi è garantita la libertà di circolazione nel mercato comune e per entrambi «vale una disciplina largamente omogenea»<sup>25</sup>, mentre è ai fini dell'applicazione del diritto unieuropeo della concorrenza che la distinzione tra i due tipi normativi torna invece ad assumere rilevanza, come si dirà, visto che i lavoratori autonomi costituiscono imprese e come tali sono soggetti alle regole *antitrust*.

Tornando al componente “minore” della formula, quello dell'eterodirezione, la Corte non ha fornito sul punto – comprensibilmente visto il diverso *focus* – indicazioni precise, facendone però emergere negli anni un concetto ampio ed elastico, tale da avvicinarsi, come è stato sostenuto, all'etero-organizzazione<sup>26</sup>, sebbene rischi di essere fuorviante utilizzare espressioni riassuntive di questo tipo che rimandano a tipizzazioni legislative nazionali aventi finalità loro proprie. La Corte, tra i tanti esempi che si possono fare, ha ritenuto

*per l'economia collaborativa* del 2 giugno 2016, COM(2016) 356 final, facendo riferimento a specifiche pronunce della Corte, «la breve durata, l'orario di lavoro ridotto, il lavoro discontinuo o la bassa produttività non possono di per sé escludere l'esistenza di un rapporto di lavoro»; v. anche M. RISAK, T. DULLINGER, *The concept of “worker” in EU law*, Brussels 2018, p. 28 ss.

<sup>24</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 2007, p. 80.

<sup>25</sup> Consistente *in primis* nella dir. n. 2004/38 e nel reg. n. 883/2004; v. S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 138.

<sup>26</sup> Sul carattere “sfumato” del concetto di potere direttivo vi è concordanza di opinioni: v., ad es., A. ALOISI, *Time Is Running Out. The Yodel Order and Its Implications for Platform Work in the EU*, in *It. Lab. Law E-J*, 2020, vol. 13, n. 2, p. 73; S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 133 (che fa espresso riferimento all'etero-organizzazione); F. PERRONE, A. SITZIA, *Lavoro autonomo e indicatori di subordinazione nel diritto europeo: l'integrazione del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in F. BASENGHI E A., *Le politiche del lavoro della XVIII Legislatura*, Torino 2020, p. 154 ss.; E. MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract: The role played by the European Court of Justice*, in *Eur. Lab. Law J.*, 2020, p. 46.

che si dovesse tener conto – per decidere se un pescatore retribuito “in partecipazione” (ossia in base al ricavato della vendita delle sue catture) fosse un prestatore di servizi ovvero un lavoratore – di elementi quali la partecipazione ai rischi d'impresa, la libera scelta del proprio orario di lavoro o la libertà di assumere i propri collaboratori<sup>27</sup>, mentre, con riferimento all'incarico di presidente di un'autorità portuale, ha dato rilievo alla sussistenza di «poteri di direzione, controllo e, ove opportuno, sanzionatori» da parte dell'autorità ministeriale<sup>28</sup>. Non sono però mancate occasioni, come si vedrà, in cui la distinzione fra lavoro subordinato e autonomo è stata oggetto di specifica attenzione: e, «allorché il nodo da sciogliere ha riguardato tale distinzione, il ragionamento della Corte si è fatto significativamente più articolato»<sup>29</sup>.

## 2. Le espansioni della formula

La nozione propriamente unieuropea di lavoratore subordinato ai fini dell'attuazione della libera circolazione è esportabile al di fuori di quel contesto, vale a dire nel *corpus* normativo delle direttive sociali? La domanda, più in particolare, verte sul se tale nozione autonoma possa essere utilizzata per demarcare il campo di applicazione soggettivo delle norme protettive del diritto del lavoro europeo che si collocano nella c.d. ottica dell'armonizzazione «coesiva»<sup>30</sup>.

Lasciando da parte, in ragione delle sue peculiarità, la nozione previdenziale di lavoratore ai fini della disciplina sul coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale (centrata sullo *status* di “persona coperta da assicurazione”), si può cominciare col rispondere che la formula *Lawrie-Blum* non è rimasta confinata nell'originario terreno di selezione dei beneficiari della libera circolazione, ma si è espansa in ambiti regolativi diversi e in funzione dell'applicazione

<sup>27</sup> Corte giust., 14 dicembre 1989, C-3/87, *Aegeate*.

<sup>28</sup> Corte giust., 10 settembre 2014, C-270/13, *Iraklis Haralambidis*, punto 30; per differenza rispetto alle «caratteristiche tipicamente associate alle funzioni di un fornitore di servizi indipendente, ossia una maggiore flessibilità riguardo alla scelta del tipo di lavoro e dei compiti da svolgere, alla maniera in cui tale lavoro o tali compiti debbano essere svolti nonché all'orario e al luogo di lavoro, e una maggiore libertà nella selezione dei propri collaboratori» (punto 32).

<sup>29</sup> M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 80.

<sup>30</sup> Cfr. M. D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 700 ss.

di vari statuti protettivi, in primo luogo quando ad entrare in gioco è un diritto fondamentale garantito dall'ordinamento dell'Unione.

Ciò è vero, anzitutto, nel campo della tutela antidiscriminatoria, a fronte, anche in questo caso, della mancanza di una definizione di lavoratore: già a partire dal caso *Nolte*<sup>31</sup>, come sottolinea Massimo Roccella, quella formula è stata ritenuta operante anche ai fini del principio di parità di trattamento, con la palese «volontà di evitare che le regole comunitarie possano essere eluse dai legislatori nazionali attraverso la manipolazione della nozione di subordinazione» e a conferma della «tendenza della Corte a disegnare, nel campo delle discriminazioni di sesso e di cittadinanza, un modello di tutela antidiscriminatoria sostanzialmente unitario»<sup>32</sup>. Sia l'art. 45 che l'art. 157 TFUE esprimono infatti un diritto sociale fondamentale di parità di trattamento e non discriminazione, tutelato come principio generale nell'ordinamento dell'Unione, e ciò – in un'ottica di sistema – «giustifica il ricorso alla stessa ampia definizione euro-unitaria e funzionale di lavoratore»<sup>33</sup>, vale a dire quella elaborata in relazione alla libera circolazione dei lavoratori. A chiare lettere nella sentenza *Allonby* del 2004 si sottolinea che il termine “lavoratore” di cui all'attuale art. 157 TFUE «non può definirsi mediante rinvio al diritto degli Stati membri, bensì ha una portata comunitaria [...] e non può essere interpretato restrittivamente», appunto precisando che dev'essere assunta a riferimento l'ormai classica formula *Lawrie-Blum*<sup>34</sup>.

Ancora in funzione dell'applicazione di un fondamentale statuto protettivo la formula ha messo radici nella materia della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Con riferimento, in primo luogo, alla direttiva “madre” n. 89/391 il legislatore ha compiuto una scelta definitoria che, per quanto ampia e generica<sup>35</sup>, manca nelle altre di-

<sup>31</sup> Corte giust., 14 dicembre 1995, C-317/93, *Nolte*, in relazione all'applicazione *ratione personae* della dir. n. 79/7, relativa alla graduale attuazione del principio della parità uomo-donna in materia di sicurezza sociale.

<sup>32</sup> M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997, p. 134.

<sup>33</sup> S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 145 ss.

<sup>34</sup> Corte giust., 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, punti 64-67. Va peraltro ricordato che di buona parte del diritto antidiscriminatorio derivato dell'Unione beneficiano da tempo anche i lavoratori autonomi, secondo una prospettiva *in progress* di tutela del lavoro senza aggettivi.

<sup>35</sup> L'art. 3, lett. a, della dir. n. 89/391 qualifica come lavoratore qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro, compresi i tirocinanti e gli apprendisti, ad esclusione dei domestici.

rettive sociali e «implica che il significato dell'espressione lavoratore non possa essere desunto da ciascun ordinamento nazionale»<sup>36</sup> ma debba avere portata comunitaria; e pure in questo caso – nuovamente in un'ottica di sistema – la chiave di lettura è quella della nozione elaborata ai fini dell'art. 45 TFUE<sup>37</sup>.

Con riguardo in particolare alla direttiva “figlia” n. 92/85 sulla tutela delle lavoratrici gestanti e puerpere, la Corte di giustizia ha chiaramente affermato che il legislatore «ha inteso fornire una definizione comunitaria della nozione di lavoratrice gestante»<sup>38</sup>, con rinvio alle legislazioni e/o prassi nazionali solo per uno degli aspetti di tale definizione (quello relativo alle modalità secondo cui la lavoratrice informa del suo stato di gravidanza il datore di lavoro), sottolineando di conseguenza – per la prima volta nel caso *Kiiski* e poi nel caso *Danosa* – la portata comunitaria della nozione di lavoratore e richiamando per analogia la consueta “formula-base”. Nel caso *Danosa*, però, la Corte ha compiuto un passo in più e ha prestato specifica attenzione al significato da attribuire al vincolo di subordinazione compreso nella formula. Dovendo in quel caso pronunciarsi sull'applicabilità o meno del divieto di licenziamento nel c.d. periodo protetto nei confronti di una lavoratrice gestante componente di un consiglio di amministrazione di una società di capitali, la Corte ha adottato un approccio “inclusivo-espansivo”<sup>39</sup>: dopo aver individuato vari elementi di fatto del rapporto da prendere in considerazione – quali le funzioni assegnate al membro del consiglio, «il contesto in cui queste ultime sono svolte, la portata dei poteri dell'interessato e il controllo cui è soggetto all'interno della società, così come le circostanze in cui può essere revocato» –, la Corte ha affermato che un soggetto che è parte integrante della società, esercita la propria attività sotto la direzione e il controllo di un organo della società stessa e, «in qualsiasi momento, può essere revocato dalle sue funzioni senza limitazioni, soddisfa, a prima vista,

<sup>36</sup> S. MARETTI, *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro*, Torino 2003, p. 150.

<sup>37</sup> Anche in relazione a quest'ambito regolativo e a quello dell'orario va tenuta presente la tendenza «a varcare i confini della subordinazione in considerazione della natura dei beni protetti»: così S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 158.

<sup>38</sup> Corte giust., 20 settembre 2007, C-116/06, *Kiiski*, punto 24.

<sup>39</sup> L'importanza della pronuncia è messa in risalto da molti, tra cui V. FEVRIER, *The Concept of 'Worker' in the Free Movement of Workers and the Social Policy Directives: Perspectives from the Case Law of the Court of Justice*, in *Eur. Lab. Law J.*, 2020, p. 7, e N. KOUNTOURIS, *The Concept of "Worker" in European Labour Law*, cit., p. 203.

le condizioni per essere qualificato lavoratore»<sup>40</sup> ai sensi del diritto dell'Unione.

Con analoghi intenti di uniformità applicativa “allargata” delle tutele, la formula *Lawrie-Blum* è comunemente utilizzata dalla Corte al fine di determinare, ancora «per analogia», l'ambito di applicazione della disciplina in materia di orario di lavoro, sulla base della premessa che la nozione di lavoratore, anche qui in mancanza di definizioni ma anche di espressi rinvii agli ordinamenti interni, debba rivestire «una portata autonoma propria del diritto dell'Unione» ed essere dunque indipendente dalla normativa nazionale<sup>41</sup>. Fornisce un'interpretazione estensiva della formula la pronuncia resa nel caso *Fenoll* con cui la Corte, con riguardo alla sfera di applicazione soggettiva del diritto fondamentale a ferie annuali retribuite – garantito sia dalla direttiva n. 2003/88 che dall'art. 31.2 CDFUE e invocato nella fattispecie da persone con disabilità collocate in un centro di aiuto attraverso il lavoro<sup>42</sup> – «pushes the boundaries of the “worker” concept further, partly on the back of the fundamental nature of the right in question»<sup>43</sup>. Va rimarcato, infatti, che in questo come in altri casi la Corte ha applicato ed espanso la formula anche per interpretare l'espressione “lavoratore” utilizzata dalla Carta di Nizza<sup>44</sup>: un segnale ulteriore a conferma della propensione della giurisprudenza a «estendere la

<sup>40</sup> Corte giust., 11 novembre 2010, C-232/09, *Danos*, punti 47 e 51. L'Avvocato generale Bot ha anche sottolineato che la diversa posizione assunta dalla Corte nel precedente *Asscher* (Corte giust., 27 giugno 1996, C-107/94) – in cui si è ritenuto che il direttore e unico azionista di una società non esercitasse la sua attività nell'ambito di un vincolo di subordinazione ai sensi dell'art. 39 CE – si giustificava proprio col fatto che tale dirigente non fosse sottoposto alla direzione di un'altra persona né di alcun organo da lui stesso non controllato (Conclusioni, punto 74). A favore di questa estensione della nozione ha anche contato la posta in gioco, cioè, oltre al tema della salute, il principio di parità uomo-donna.

<sup>41</sup> Corte giust., 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère*, punti 28 e 30 (in relazione al diritto a un periodo minimo di riposo giornaliero non concesso a lavoratori occasionali e stagionali). Nello stesso senso si è pronunciata la copiosa giurisprudenza successiva, tra cui ad es. Corte giust., 7 aprile 2011, C-519/09, *Dieter May*, punti 21-22 (ove la Corte precisa che la formula *Lawrie-Blum* «vale anche per la medesima nozione utilizzata negli atti normativi considerati dall'art. 288 TFUE»).

<sup>42</sup> Corte giust., 26 marzo 2015, C-316/13, *Fenoll*.

<sup>43</sup> N. KOUNTOURIS, *The Concept of “Worker” in European Labour Law*, cit., p. 216; nello stesso senso E. MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract*, cit., p. 41.

<sup>44</sup> V. Corte giust., 20 novembre 2018, C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*.

nozione uniforme di lavoratore a tutti gli ambiti in cui sia in gioco un diritto fondamentale dell'Unione»<sup>45</sup>.

Sull'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva n. 2003/88 la Corte è peraltro tornata a pronunciarsi in diverse occasioni in questi ultimi anni<sup>46</sup>: lasciando per il momento da parte l'ordinanza *Yodel*, che per la prima volta ha messo la Corte a confronto con il mondo dei *riders* (e di cui si tratterà *infra*), vale qui la pena ricordare il caso *UX* relativo alle rivendicazioni avanzate, non solo in materia di tempi di lavoro e riposi, dai giudici di pace onorari italiani<sup>47</sup>. Ancora una volta la Corte, partendo dal *leading case* *Lawrie-Blum*, ha ribadito che «l'esistenza del vincolo di subordinazione deve essere valutata caso per caso, in considerazione di tutti gli elementi e di tutte le circostanze che caratterizzano i rapporti tra le parti», con riferimento anche alle modalità di organizzazione del lavoro, e, sulla scorta del precedente caso *O'Brien*<sup>48</sup> (su cui si tornerà *infra*), ha messo in risalto il fatto che i giudici di pace, nonostante possano organizzare il loro lavoro in modo più flessibile rispetto a chi esercita altre professioni, sono tenuti a rispettare le tabelle di composizione dell'ufficio, di assegnazione dei fascicoli e di fissazione delle udienze e hanno obblighi disciplinari simili a quelli dei magistrati ordinari, e pertanto «svolgono le loro funzioni nell'ambito di un rapporto giuridico di subordinazione sul piano amministrativo»<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> F. PERRONE, A. SITZIA, *Lavoro autonomo e indicatori di subordinazione*, cit., p. 170. V. anche R. SANTAGATA, *Qualificazione del lavoro dipendente*, cit., p. 555; a questo proposito v. le osservazioni di J. UNTERSCHÜTZ, *The concept of the employment relationship*, in F. DORSEMONT ET AL. (ed. by), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford 2019, p. 92 s., che sottolinea la necessità di un'interpretazione la più ampia possibile del termine *worker*, anche in considerazione delle fonti internazionali che hanno ispirato la Carta.

<sup>46</sup> Cfr. la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulla dir. n. 2003/88 (2017/C-165/01), p. 9.

<sup>47</sup> Corte giust., 16 luglio 2020, C-658/18, *UX*. Sulla compatibilità col diritto dell'UE della normativa italiana sul trattamento economico e giuridico dei magistrati onorari è al momento pendente un'altra domanda pregiudiziale (causa C-236/20), mentre la domanda proposta dal Tribunale di Vicenza nella causa C-834/19 è stata cancellata dal ruolo a seguito della sentenza *UX* e il giudice remittente si è pronunciato sul punto il 29 dicembre 2020 (in [wikilabour.it](http://wikilabour.it)).

<sup>48</sup> Corte giust., 1° marzo 2012, C-393/10, *O'Brien*.

<sup>49</sup> Corte giust., *UX*, cit., spec. punti 103, 109 e 112. Non potendo essere sviluppate in questa sede le articolate e complesse questioni legate a tale figura, ci si limita a ricordare la rilevante pronuncia con cui Corte cost., 9 dicembre 2020, n. 267,

Al di fuori delle sfere elettive d'influenza della formula *Lawrie-Blum* sin qui esaminate, quella nozione è stata anche utilizzata per stabilire chi debba essere considerato lavoratore ai sensi della direttiva n. 98/59 sui licenziamenti collettivi, in assenza di indicazioni specifiche al riguardo: nella sentenza *Balkaya* la Corte ha infatti abbracciato la nozione "leggera" di subordinazione del già ricordato caso *Danosa* (entro cui ha collocato il membro di un organo direttivo di una società di capitali), dopo aver significativamente sottolineato che la definizione di lavoratore «deve trovare autonoma ed uniforme interpretazione nell'ordinamento giuridico dell'Unione» poiché, alla luce dell'obiettivo perseguito di rafforzamento della tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, rimetterla alla discrezione degli Stati consentirebbe «di alterare l'ambito di applicazione della direttiva, privandola in tal modo della sua piena efficacia»<sup>50</sup>.

Nei contesti citati, dunque, il diritto vivente europeo non permette agli ordinamenti interni di escludere dallo statuto protettivo di volta in volta garantito i lavoratori che rientrano nell'ampia formula, producendosi di conseguenza un vincolo conformativo allargato in capo agli Stati<sup>51</sup>; nonostante l'accorgimento tecnico di prenderla in prestito per semplice analogia, senza un'esplicita generalizzazione, la formula *Lawrie-Blum*, via via evoluta, «sembra comunque affermarsi come un riferimento trasversale, suscettibile di imporsi in tutto il campo del diritto dell'Unione, salva specifica precisazione delle norme»<sup>52</sup>.

In quest'ultimo caso – a fronte cioè di direttive contenenti un espresso rinvio definitorio al diritto nazionale di cui si dirà nel prossimo paragrafo – è attorno al c.d. argomento dell'effetto utile del diritto dell'Unione (già ricordato in relazione al caso *Balkaya*) che si è sviluppato il ragionamento della Corte sul «rinvio condizionato»<sup>53</sup>.

anche sulla base della sentenza *UX*, ha riconosciuto ai giudici onorari il rimborso delle spese di difesa nei giudizi di responsabilità connessi alla funzione.

<sup>50</sup> Corte giust., 9 luglio 2015, C-229/14, *Balkaya*, punto 33.

<sup>51</sup> V. F. PERRONE, A. SITZIA, *Lavoro autonomo e indicatori di subordinazione*, cit., p. 170.

<sup>52</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Chronique Politique sociale de l'Union européenne*, cit., p. 480.

<sup>53</sup> È l'Avvocato generale Poiares Maduro che, a proposito della clausola 2.1 dell'accordo sul lavoro a tempo determinato allegato alla dir. n. 1999/70, parla di «rinvio condizionato» al diritto nazionale (Conclusioni alla causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punto 15).

### 3. Il “rinvio condizionato” al diritto nazionale

Il migliore esempio di norma che fa uso della tecnica del rinvio al diritto nazionale per la definizione della nozione di lavoratore subordinato è rappresentato dalla direttiva sul trasferimento d'impresa (n. 87/187, poi sostituita dalla direttiva n. 2001/23), rispetto alla cui interpretazione – sotto il profilo del campo di applicazione *ratione personae* – si è efficacemente parlato di una “ortodossia *Danmols*”<sup>54</sup>, dal nome della sentenza con cui per la prima volta, nel 1985, la Corte di Lussemburgo mise in evidenza, alla luce dell'obiettivo di armonizzazione solo parziale della direttiva in questione, che la nozione di lavoratore «va intesa nel senso che essa comprende chiunque, nello Stato membro interessato, sia tutelato in quanto lavoratore dal diritto nazionale del lavoro»<sup>55</sup>. In tale pronuncia, come in altre successive<sup>56</sup>, il rinvio al diritto interno – espressamente codificato con la direttiva di revisione n. 98/50 – è letto come incondizionato e pertanto tale da comportare il rischio, emergente dalle forti riserve sollevate in varie occasioni dagli Avvocati generali, che «situazioni identiche siano trattate in modo diverso, unicamente in ragione della qualificazione del rapporto di lavoro»<sup>57</sup> secondo il diritto nazionale. Una discrezionalità che in quest'ambito è rimasta tale ed è stata solo controbilanciata dalla disposizione – aggiunta in sede di revisione nel 1998 – che ricomprende espressamente nel campo di applicazione della direttiva i *part-timers*, i lavoratori a termine e gli interinali, circoscrivendo di conseguenza sul punto la sovranità nazionale.

Analogo disposto limitativo è stato introdotto, anch'esso in sede di revisione, nella direttiva sulla tutela dei crediti in caso d'in-

<sup>54</sup> L'espressione «*Danmols orthodoxy*» si deve a N. KOUNTOURIS, *The Concept of “Worker” in European Labour Law*, cit., p. 201.

<sup>55</sup> Corte giust., 11 luglio 1985, 105/84, *Danmols*, punto 28. V. anche Corte giust., 14 settembre 2000, C-343/98, *Collino e Chiappero*, punto 36.

<sup>56</sup> V. Corte giust., 20 luglio 2017, C-416/16, *Piscarreta Ricardo*, punto 48 e 13 giugno 2019, C-317/18, *Correia Moreira*, punto 42.

<sup>57</sup> Così l'Avvocato generale Póiares Maduro che, nelle conclusioni alla causa *Celtec* (C-478/03), giudica «deplorabile» la mancanza di una definizione della nozione di lavoratore nel diritto sociale comunitario, sottolineando che il rinvio al diritto nazionale «ha ripercussioni particolarmente pesanti nei confronti dei lavoratori del pubblico impiego» qualora siano assoggettati ad uno *status* di diritto pubblico che esclude la qualificazione di lavoratore secondo il diritto interno (punto 27); nel senso della necessità di un'interpretazione conforme v. già l'Avvocato generale Alber nelle conclusioni alla causa *Collino e Chiappero*, cit., punto 80.



solvenza (n. 80/987, poi sostituita dalla direttiva n. 2008/94), in relazione alla quale però – nonostante il suo art. 2 affermi che la direttiva «non pregiudica il diritto nazionale» per quanto riguarda la definizione di “lavoratore subordinato” e il contesto regolativo rimanga quello delle implicazioni delle crisi e ristrutturazioni d’impresa sulla condizione dei lavoratori, già proprio della richiamata disciplina sul trasferimento – la linea interpretativa della Corte non ha seguito l’ortodossia *Danmols*. Nel caso *Tümer*, ad esempio, si è affermato che il potere discrezionale di cui dispongono gli Stati nel definire tale termine non è illimitato, bensì «cirscritto dal fine sociale della direttiva n. 80/987, che gli Stati membri sono tenuti a rispettare»<sup>58</sup>.

Questo ragionamento – che consente al diritto unieuropeo di recuperare spazio «in termini sostanzialmente negativi nella veste di limiti esterni»<sup>59</sup> diretti a evitare che la discrezionalità applicativa dei legislatori nazionali pregiudichi le finalità dell’Unione – è stato più compiutamente sviluppato dai giudici in un diverso ambito regolativo, quello rappresentato dalle direttive sui lavoratori non *standard*, anch’esse contenenti una definizione sussidiaria di lavoratore subordinato<sup>60</sup>. Alcune pronunce sul punto, ove risultano più evidenti le potenzialità della tecnica del c.d. rinvio condizionato, possono considerarsi paradigmatiche.

Degno di nota è anzitutto il percorso iniziato nel caso *O’Brien*<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Corte giust., 5 novembre 2014, C-311/13, *Tümer*, punti 35 e 43.

<sup>59</sup> F. PERRONE, A. SITZIA, *Lavoro autonomo e indicatori di subordinazione*, cit., p. 169.

<sup>60</sup> Non si possono qui esaminare, sotto il profilo indagato, tutte le direttive sociali; con riferimento alla dir. n. 96/71 sul distacco transnazionale e alle diverse questioni che si pongono, si rinvia almeno alle considerazioni di R. SANTAGATA, *Qualificazione del lavoro dipendente*, cit., p. 550 ss. e S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 163 s.

<sup>61</sup> Corte giust., 1° marzo 2012, C-393/10; cfr. anche quanto già osservato, seppur con molta cautela, dall’Avvocato generale Kokott nelle conclusioni alla causa *Wippel*, ove – dopo aver ricordato l’ampio potere discrezionale degli Stati in punto definitorio secondo l’ortodossia *Danmols* (poi seguita da Corte giust., 12 ottobre 2004, C-312/02, *Wippel*, punto 40) – si afferma che dal diritto comunitario si possono «desumere limiti esterni», poiché «potrebbe emergere un contrasto con l’obbligo di leale collaborazione» qualora uno Stato definisse la nozione di lavoratore «in termini a tal punto restrittivi da privare di qualsiasi efficacia pratica l’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e da rendere eccessivamente difficile la realizzazione degli obiettivi» (punto 45); in relazione all’interpretazione della dir. n. 1999/70 sul lavoro a termine la Corte aveva già rimarcato che l’efficacia pratica e l’applicazione uniforme di tale direttiva sarebbero messe a repentaglio

(riguardante i giudici inglesi non togati, i c.d. *recorders*, esclusi dalla maggior parte delle tutele lavoristiche e previdenziali) e proseguito nel citato caso *UX*. In *O'Brien* si afferma che, benché nella direttiva n. 1997/80 sul *part-time* la nozione di lavoratore sia espressamente lasciata ai diritti nazionali, il potere discrezionale concesso agli Stati non va affatto considerato illimitato, bensì risulta condizionato al rispetto dell'effetto utile della direttiva e dei principi generali del diritto dell'Unione<sup>62</sup>. La Corte non ha qui ravvisato una definizione autonoma e uniforme, ai sensi del diritto europeo, di lavoratore subordinato, ma ha significativamente affermato che un'esclusione a livello interno dal campo di applicazione della direttiva può essere ammessa solo se non «arbitraria», cioè solo qualora la natura del rapporto di lavoro dei *recorders* sia «sostanzialmente diversa» da quella dei lavoratori rientranti nella sfera della direttiva secondo il diritto nazionale; e ha precisato che il giudice domestico dovrà tener conto, conformemente alla *ratio* e alla finalità della direttiva, della distinzione tra tale categoria di lavoratori e quella delle professioni autonome, fornendogli principi e criteri guida da usare in concreto nella sua valutazione, tra cui il monito a considerare le «modalità di designazione e di revoca dei giudici, ma anche quelle di organizzazione del loro lavoro»<sup>63</sup>.

L'abilità che esprime la Corte in *O'Brien* consiste, a ben vedere, «nell'operare un controllo all'interno stesso del diritto nazionale, sulla scorta di un'esigenza di coerenza interna a tale diritto», compiendo di fatto «une européanisation partielle (mais non sans efficacité)» del concetto di lavoratore<sup>64</sup>.

Sulla stessa linea si è mossa la Corte nel caso *UX* del 2020, in cui la nozione autonoma e uniforme di lavoratore è stata ancora una volta valorizzata – ai fini dell'applicazione, in questo caso, della direttiva n. 1999/70 sul lavoro a termine – per il tramite di un analogo «passaggio

se si riservasse agli Stati la possibilità di escludere a discrezione talune categorie dal beneficio della tutela (v. Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punto 29).

<sup>62</sup> V. *O'Brien*, cit., punti 34 e 35.

<sup>63</sup> V. ancora *O'Brien*, cit., punti 42, 44-46; v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, punto 48. Un'analoga lettura estensiva del campo di applicazione, questa volta della dir. n. 1999/70, si ritrova in Corte giust., 15 marzo 2012, C-157/11, *Sibilio* e in Corte giust., 9 luglio 2015, C-177/14, *Regojo Dans*; sia consentito rinviare a quanto già detto in M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017, p. 60 ss.

<sup>64</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Chronique Politique sociale de l'Union européenne*, cit., p. 480.

intermedio»<sup>65</sup>, cioè invocando come limite esterno il dovere degli Stati di rispettare l'«effetto utile di tale direttiva e i principi generali del diritto dell'Unione»<sup>66</sup> nell'esercizio del potere discrezionale conferito loro per definire la nozione di lavoratore<sup>67</sup>.

Anche in relazione alla terza direttiva sul lavoro non *standard*, quella sul lavoro temporaneo tramite agenzia (n. 2008/104), che ripropone il ricorso alla sussidiarietà proprio delle altre direttive, la Corte ha seguito la stessa tecnica: affermando, nella sentenza *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* del 2016, che limitare la nozione di lavoratore alle persone che vi rientrano secondo il diritto nazionale rischierebbe di pregiudicare la realizzazione degli obiettivi perseguiti «compromettendo, pertanto, l'effetto utile di tale direttiva, restringendone in modo eccessivo ed ingiustificato l'ambito di applicazione»<sup>68</sup>. V'è però un aspetto in più da considerare nel ragionamento sviluppato dalla Corte laddove, in una sorta di antitesi, riconosce sì l'esistenza di un rinvio definitorio espresso al diritto nazionale ma sostiene subito dopo che quel rinvio non può essere inteso «quale rinuncia del legislatore dell'Unione a definire egli stesso la portata» di tale nozione ai sensi della direttiva, aggiungendo che deve esservi ricompresa ogni persona che – a prescindere dal *nomen juris* del suo rapporto lavorativo nel diritto nazionale e dalla natura del nesso giuridico che la lega all'altra parte – abbia un rapporto di lavoro secondo la formula *Lawrie-Blum* arricchita dalla giurisprudenza *Danosa* (espressamente richiamata) e goda di tutela, nello Stato membro interessato, a titolo della prestazione di lavoro svolta<sup>69</sup>.

Il messaggio che qui la Corte intende mandare – pur utilizzando nella trama delle sue argomentazioni, come si è detto, affermazioni

<sup>65</sup> M. DEL FRATE, *Giudici di pace e nozione "comunitaria" di lavoratore*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 1204.

<sup>66</sup> Corte giust., *UX*, cit., punto 117.

<sup>67</sup> Cfr. Trib. Vicenza, 29 dicembre 2020, cit., che, alla luce della sentenza *UX*, ha riconosciuto la qualifica di lavoratore, ai fini della disciplina dell'Unione in materia di non discriminazione dei lavoratori *part-time* e a termine, al giudice onorario, ritenendolo comparabile a tali fini al magistrato ordinario.

<sup>68</sup> Corte giust., 17 novembre 2016, C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, punto 36 (relativa a un'infermiera, non titolare di un contratto di lavoro, messa a disposizione di una struttura sanitaria pubblica da un'associazione di infermiere della Croce Rossa tedesca a cui la prima è associata).

<sup>69</sup> Corte giust., *Betriebsrat*, cit., punti 32 e 33. Come osserva A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, Bologna 2019, p. 55, la Corte «ambisce ad una nozione inclusiva» ma non abbandona completamente il riferimento ai lavoratori che siano tutelati a tale titolo dall'ordinamento interno.

«antagoniste»<sup>70</sup> – è quello per cui il campo di applicazione soggettivo della direttiva, alla luce delle sue finalità, dovrebbe essere, in ultima analisi, una questione da definirsi in autonomia dal diritto dell'Unione<sup>71</sup>. Neanche la giurisprudenza della Corte, però, riesce «a riportare la definizione sotto il pieno controllo dell'ordinamento sovranazionale»<sup>72</sup>, in virtù della logica di armonizzazione solo parziale della disciplina in questione e del sottostante principio ordinatore di sussidiarietà<sup>73</sup>. Proprio per questo il percorso argomentativo non è lineare, ma resta comunque ben distante dall'ortodossia *Danmols*<sup>74</sup> e conduce o potrebbe condurre, nella maggior parte degli ambiti regolativi, a un'importante limitazione dei margini di discrezionalità lasciati agli Stati in sede di trasposizione delle direttive sociali.

Si tratta in sostanza per questi ultimi di interpretare il proprio concetto nazionale in conformità con gli obiettivi perseguiti dalla normazione europea, prendendo come guida la formula *Lawrie-Blum* con le sue evoluzioni, che si imporrà a fronte di una limitazione arbitraria a livello domestico del campo di applicazione della direttiva di volta in volta in questione, in nome – come si è già detto parlando dell'«abilità» della pronuncia *O'Brien* – di un principio di coerenza dell'ordinamento nazionale, al proprio interno e nei suoi rapporti con l'ordinamento dell'Unione<sup>75</sup>. V'è inoltre da osservare che a favore di questa più marcata apertura della Corte verso un concetto comune e inclusivo ha certamente influito l'obiettivo di garantire l'effetto utile di una fondamentale garanzia come quella della parità di trattamento tra lavoratori *standard* e non, che costituisce principio cardine e baricentro condiviso delle direttive in questione<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> V. FEVRIER, *The Concept of 'Worker' in the Free Movement of Workers*, cit., p. 12.

<sup>71</sup> N. KOUNTOURIS, *The Concept of "Worker" in European Labour Law*, cit., p. 207, parla di una forte pretesa di autonomia che va ben oltre il più cauto approccio *O'Brien*.

<sup>72</sup> S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 130.

<sup>73</sup> Sulla sua natura di criterio politico più che di principio giuridico in senso proprio v. M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Padova 2010, p. 37 s.

<sup>74</sup> In questo senso v. N. KOUNTOURIS, *The Concept of "Worker" in European Labour Law*, cit., p. 205 ss.

<sup>75</sup> Cfr. M.Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea*, in *Foro, Nueva época*, 2018, vol. 20, n. 1, p. 304, e V. FEVRIER, *The Concept of 'Worker' in the Free Movement of Workers*, cit., p. 12 s.

<sup>76</sup> Si rinvia sul punto a M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., spec. p. 63 ss. e si v.

#### 4. *Il lavoratore “falsamente autonomo” nel sistema binario subordinazione-autonomia*

Dell'evoluzione quasi sessantennale della nozione unieuropea di lavoratore e delle sue sfere di influenza, diretta o indiretta, va infine ricostruito un ultimo “pezzo”, a cui si è sinora solo accennato: vale a dire un profilo legato all'impostazione binaria propria del legislatore dell'Unione, e mantenuta ferma dalla Corte, che vede contrapposti il lavoratore da un lato e l'impresa – alla quale è equiparato il lavoratore autonomo – dall'altro<sup>77</sup>.

Sulla scorta di questa alternativa dicotomica tra subordinazione e autonomia si comprende una doppia operazione di “aggiustamento” svolta da parte della Corte nel corso degli anni con la finalità di dilatare la prima nozione, e dunque il raggio di applicazione delle tutele sociali: da un canto attraverso la già ricordata costruzione di una nozione leggera del vincolo di subordinazione (per intenderci la definizione *Danosa*); dall'altro grazie all'utilizzo, con riguardo a fattispecie «ove veniva in rilievo la necessità di distinguere fra lavoro subordinato e (falso) lavoro autonomo, di criteri di giudizio assai più stringenti di quelli usuali in materia di libera circolazione e attenti alla sostanza effettiva del rapporto economico-sociale sottostante»<sup>78</sup>. Nella già citata sentenza *Allonby* la Corte non ha infatti avuto esitazioni a «smascherare l'utilizzo abusivo dello *status* di lavoratore autonomo»<sup>79</sup> comportante l'elusione del principio di parità retributiva di genere, affermando che «la qualificazione formale di lavoratore autonomo ai sensi del diritto nazionale non esclude che una persona debba essere qualificata come lavoratore ai sensi dell'art. 141, n. 1, TCE se la sua indipendenza è solamente fittizia»<sup>80</sup>.

Se con pronunce come *Allonby* (e *O'Brien*) la Corte si è dotata di

M. ROCCELLA, *L'evoluzione dei diritti sociali dai Trattati alla Carta di Nizza*, in AA.Vv., *Il Libro bianco e la carta di Nizza*, Roma 2002, p. 26 ss.

<sup>77</sup> N. KONTOURIS, *The Concept of “Worker” in European Labour Law*, cit., p. 199. V. in merito Corte giust., 20 novembre 2001, C-268/99, *Jany*, punti 34, 37 e 70, secondo cui «si deve qualificare come attività autonoma ai sensi dell'art. 52 del Trattato l'attività che una persona esercita senza vincolo di subordinazione» per quanto riguarda «la scelta di tale attività, le condizioni di lavoro e retributive, sotto la propria responsabilità, e a fronte di una retribuzione che gli sia pagata integralmente e direttamente».

<sup>78</sup> M. ROCCELLA, *Spigolature in tema di subordinazione*, cit., p. 138.

<sup>79</sup> R. SANTAGATA, *Qualificazione del lavoro dipendente*, cit., p. 556.

<sup>80</sup> Corte giust., *Allonby*, cit., punto 71 (relativa a una lavoratrice inglese prima docente *part-time* a termine alle dipendenze di un *college* e poi lavoratrice auto-

un sistema capace di consentirle, tramite i giudici interni, di riclassificare gli *status* lavorativi nazionali che privano arbitrariamente i lavoratori dei diritti loro garantiti dall'Unione<sup>81</sup>, la successiva sentenza *FNV* ha segnato un ulteriore passaggio, individuando espressamente la "categoria" dei lavoratori "falsi autonomi", da ricondurre, nell'ottica binaria di cui sopra, alla nozione di lavoratore ai sensi del diritto dell'Unione: quello *status* «non può essere pregiudicato dal fatto che una persona è stata assunta come prestatore autonomo di servizi ai sensi del diritto nazionale, per ragioni fiscali, amministrative o burocratiche»<sup>82</sup>, quando tale persona agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro – per quanto riguarda in particolare, come già detto in *Allonby*, la sua «libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro»<sup>83</sup> –, non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro e sia integrata nell'impresa per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica<sup>84</sup>.

Sebbene gli "indici rivelatori" della subordinazione siano qui diversificati, anche in considerazione delle specificità del caso, «l'archiviazione dell'elemento distintivo dell'"eterodirezione" non sembra esserci stata»<sup>85</sup>. La posta in gioco nel caso *FNV* è peculiare e rilevante: si discute dell'eccezionale immunità dall'applicazione delle regole *antitrust* (la c.d. eccezione *Albany*<sup>86</sup>) goduta dalla contrattazione collettiva e di quali lavoratori possano beneficiarne, domandandosi in particolare se la Corte abbia qui contemplato solo il caso del lavoratore dipendente erroneamente inquadrato come autonomo

noma messa a disposizione della stessa scuola, per le medesime prestazioni, con l'intermediazione di un'impresa di lavoro temporaneo).

<sup>81</sup> Così N. KOUNTOURIS, *The Concept of "Worker" in European Labour Law*, cit., p. 212.

<sup>82</sup> Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV*, punto 36, ove si è affermata l'esenzione dalle regole *antitrust* di un contratto collettivo contenente tariffe minime per orchestrali qualificati come lavoratori autonomi (e dunque imprese per il diritto dell'UE) laddove riguardi "falsi autonomi".

<sup>83</sup> Corte giust., *Allonby*, cit., punto 72.

<sup>84</sup> V., rispettivamente, Corte giust., *Agregate*, cit., punto 36 e 16 settembre 1999, C-22/98, *Becu*, punto 26 (entrambe riprese dalla sentenza *FNV*, punto 36).

<sup>85</sup> G. BRONZINI, *Il futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'era della share-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, III, p. 79 s.

<sup>86</sup> L'eccezione è stata infatti elaborata nel *leading case Albany considerando* che gli accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali conseguono obiettivi di politica sociale che «sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato» (Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, punto 59).

(il “falso” lavoratore autonomo in senso abusivo<sup>87</sup>) o anche la situazione più ampia in cui il prestatore di servizi perda la qualità di operatore economico indipendente, «e dunque d’impresa, qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente»<sup>88</sup> (usando le parole dell’Avvocato generale Whal, il «lavoratore autonomo economicamente dipendente da un solo cliente o da un cliente principale»). La portata della sentenza e le complesse questioni sottese meriterebbero un approfondimento che qui non è possibile svolgere, anche considerati gli articolati profili di collegamento e conflitto con altre fonti sovranazionali<sup>89</sup>; in ogni caso la soluzione del problema andrebbe più propriamente ricercata a livello legislativo grazie a una «modifica del diritto europeo della concorrenza in senso derogatorio rispetto al divieto di intese anticoncorrenziali ex art. 101 TFUE, onde far sì che quest’ultima norma cessi di costituire una barriera per la contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi»<sup>90</sup>, o di alcuni di essi, nella direzione peraltro già intrapresa dalla Commissione in quest’ultimo periodo<sup>91</sup>.

Il *focus* in *FNV*, inoltre, è ben posizionato sulla già ricordata e fondamentale tecnica interpretativa del primato dei fatti, di prevalenza della sostanza sulla forma (e sul formalismo contrattuale). Ciò non toglie che si ponga con evidenza una questione più generale: quella dell’adeguatezza, rispetto alla complessità ed eterogeneità delle forme di lavoro deboli, di una nozione giurisprudenziale che, a prescindere dai limiti del suo ambito di applicazione, presuppone

<sup>87</sup> L’Avvocato generale Whal nelle sue conclusioni parla di «lavoratori subordinati mascherati da lavoratori autonomi al fine di evitare l’applicazione di una specifica normativa» (punto 52).

<sup>88</sup> Corte giust., *FNV*, cit., punto 33. Sul dibattito scaturito dalla pronuncia v. almeno A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, Torino 2021, p. 106 ss., e V. DE STEFANO, A. ALOISI, *La libertà sindacale e il diritto alla contrattazione collettiva dei lavoratori non standard e dei lavoratori su piattaforma*, in A. BAYLOS GRAU, L. ZOPPOLI (a cura di), *La libertà sindacale nel mondo: nuovi profili e vecchi problemi*, Napoli 2019, p. 158 ss.

<sup>89</sup> Si pensi all’art. 6 CSE e all’art. 11 CEDU, oltre alle Convenzioni OIL n. 87 sulla libertà sindacale e n. 98 sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva; su questi temi v. il contributo di S. BORELLI, *Diritti sindacali, concorrenza e democraticità del processo integrazione europea*, in q. vol.

<sup>90</sup> A. PERULLI, *Oltre la subordinazione*, cit., p. 109.

<sup>91</sup> Si v. la consultazione pubblica *Contratti collettivi per lavoratori autonomi. Campo di applicazione delle norme dell’UE in materia di concorrenza* lanciata dalla Commissione il 5 marzo 2021.

comunque la presenza degli indici richiesti dalla consolidata formula *Lawrie-Blum*, e solleva di conseguenza più di un dubbio sulla sua reale capacità inclusiva delle variegate forme di lavoro vulnerabili sotto il profilo economico e sociale.

Il riferimento è in particolare al lavoro tramite piattaforma, su cui si tornerà fra breve ma solo dopo aver sottolineato che una conferma dell'approccio binario del diritto dell'Unione si ritrova nella direttiva n. 2019/1152 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili, il cui *considerando* n. 8, con riguardo all'ambito di applicazione, distingue tra «lavoratori effettivamente autonomi», che non rientrano in tale ambito poiché non soddisfano i criteri della formula, e il falso lavoro autonomo, che vi rientra in quanto «ricorre quando il lavoratore, al fine di evitare taluni obblighi giuridici o fiscali, è formalmente dichiarato come lavoratore autonomo pur soddisfacendo tutti i criteri che caratterizzano un rapporto di lavoro»<sup>92</sup>.

##### 5. *Il work on demand via apps: dai casi Uber all'ordinanza Yodel*

Anche nell'Agenda europea per l'economia collaborativa del 2016 l'Unione – nel «fornire alcuni orientamenti su come la tradizionale distinzione tra lavoratori autonomi e subordinati trov(i) applicazione» con riguardo al particolare contesto del lavoro su piattaforma<sup>93</sup> – si è dimostrata «poco ambiziosa»<sup>94</sup>: la Commissione ha infatti riproposto gli elementi della classica formula senza adattamenti, fatto salvo l'inciso ove ha espressamente sottolineato, richiamando il precedente *Danosa*, che «l'esistenza della subordinazione non dipende necessariamente dall'effettivo esercizio di una continua gestione o supervisione»<sup>95</sup>.

Il tema del potere di direzione e controllo della piattaforma sui «prestatori di servizi/lavoratori» è stato per la prima volta affron-

<sup>92</sup> Il *considerando* aggiunge inoltre, tornando al primato dei fatti, che «è opportuno che la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si fondi sui fatti correlati all'effettiva prestazione di lavoro e non sul modo in cui le parti descrivono il rapporto».

<sup>93</sup> Comunicazione del 2 giugno 2016, cit., p. 12. V. anche *Study to gather evidence on the working conditions of platform workers*, VT/2018/032, Final Report, Brussels, 13 March 2020.

<sup>94</sup> S. BORELLI, *La prospettiva europea*, in A. SOMMA (a cura di), *Lavoro alla spina, welfare à la carte*, Milano 2019, p. 104.

<sup>95</sup> Comunicazione del 2 giugno 2016, cit., p. 13.



tato dalla Corte nel 2017 nelle pronunce con cui – decidendo i noti casi *Uber* allo specifico fine di assicurare il corretto svolgimento della concorrenza nel mercato comune<sup>96</sup> – il servizio della piattaforma è stato qualificato come servizio di trasporto anziché come di mera intermediazione tecnologica: è soltanto in tale ottica, però, che la Corte si è occupata dei *drivers*, riconoscendo, in linea con le conclusioni dell'Avvocato generale Spuznar, che *Uber* «esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione»<sup>97</sup> degli autisti. Essendo dunque un'altra la materia del contendere, né la Corte, né l'Avvocato generale «si spingono ad affermare che gli autisti *Uber* sono lavoratori subordinati»<sup>98</sup>, benché il secondo, mettendo il dito nella piaga, non esiti a sottolineare che «non ci si deve far ingannare dalle apparenze» perché un «controllo indiretto, come quello esercitato da *Uber* [...], permette una gestione altrettanto, se non addirittura più efficace, di quella fondata su direttive formali impartite da un datore di lavoro ai suoi dipendenti e sul controllo diretto»<sup>99</sup>.

Nel caso *Yodel*, deciso con ordinanza nel 2020, la Corte è stata invece investita direttamente della questione dello statuto protettivo (derivante dalla direttiva sull'orario di lavoro) di un lavoratore della *gig economy*, nella specie un fattorino impiegato da una società di consegne a domicilio in base a un contratto di servizi<sup>100</sup>. La scelta dei giudici di procedere con ordinanza anziché con sentenza, avendo valutato di poter fare riferimento per la soluzione del caso ai propri precedenti, conferma, quasi per definizione, il carattere non innovativo della pronuncia, collocandola nel solco della giurisprudenza sin qui esaminata. Probabilmente la fattispecie concreta – caratterizzata sulla carta da un elevato grado di autonomia del corriere, che, non vincolato da un obbligo di esclusività, godeva della facoltà di avvalersi di sostituti, di accettare o meno gli incarichi e di stabilire il proprio orario di lavoro – non costituiva «il migliore esempio di

<sup>96</sup> V. Corte giust., 20 dicembre 2017, C-434/15, *Uber Systems Spain* e 10 aprile 2018, C-320/16, *Uber France*.

<sup>97</sup> Corte giust., *Uber Systems Spain*, cit., punto 39, ove si precisa che *Uber* fissa il prezzo massimo della corsa (che riceve dal cliente versandone una parte all'autista) ed esercita un controllo sulla qualità dei veicoli e sul comportamento dei conducenti, fino alla loro esclusione dalla piattaforma.

<sup>98</sup> S. BORELLI, *La prospettiva europea*, cit., p. 103; v. anche F. PERRONE, A. SITZIA, *Lavoro autonomo e indicatori di subordinazione*, cit., p. 165.

<sup>99</sup> Conclusioni, punto 52.

<sup>100</sup> Corte giust., 22 aprile 2020, C-692/19, *Yodel*.

subordinazione giuridica e/o economica»<sup>101</sup> da sottoporre alla Corte come prima occasione per esprimere una posizione innovativa. Dei fatti di causa e del rango della decisione va senz'altro tenuto conto nel valutarne la portata, ma vale comunque la pena svolgere qualche osservazione su una pronuncia con cui la Corte, pur in presenza di un "assist", ha in sostanza preferito farsi da parte, compiendo una scelta di cautela e di temporeggiamento in attesa dell'evolversi della situazione negli ordinamenti interni.

Sebbene su alcuni profili peculiari relativi a modalità flessibili dell'organizzazione del lavoro la Corte si fosse già pronunciata in passato – affermando, ad esempio nel caso *Allonby*, che il giudice interno, ai fini della qualificazione del contratto, deve considerare irrilevante il fatto che sul lavoratore «non gravi alcun obbligo di accettare un incarico»<sup>102</sup> –, in *Yodel* tali precedenti, seppur pertinenti, non vengono richiamati, né soprattutto si dà risposta a una connessa domanda di fondo, che è stata avanzata nell'articolato quesito pregiudiziale del giudice remittente britannico ma che poi è stata tralasciata sin dalla riformulazione dello stesso ad opera della Corte: ai fini dell'accertamento dello *status* di lavoratore nel diritto dell'Unione «conta la fase negoziale o la fase esecutiva del rapporto di lavoro?»<sup>103</sup>.

Se infatti, da un canto, la Corte ha ribadito il fondamentale approccio pragmatico che il giudice nazionale deve seguire per rilevare eventuali incongruenze tra il dato formale e quello di realtà – mettendolo espressamente sull'avviso rispetto alla necessità di verificare che l'indipendenza del corriere, malgrado le ampie facoltà di autonomia riconosciutegli, non sia fittizia<sup>104</sup> –, d'altro canto non si è essa stessa attenuta fino in fondo a questo insegnamento metodologico quando, nel suggerire la mancanza nella fattispecie di un vincolo di subordinazione, si è basata sulle sole facoltà contrattuali e non sul loro effettivo utilizzo da parte del fattorino o sulla concreta

<sup>101</sup> J.-P. LHERNOULD, S. ROBIN-OLIVIER, *Travailleurs des plateformes, état des lieux et perspectives du droit social de l'Union européenne*, in *Revue jur. soc.*, 7/20, p. 479.

<sup>102</sup> Corte giust., *Allonby*, cit., punto 72; v. anche Corte giust., 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie*, riguardante un lavoratore intermittente "senza obbligo di risposta" ai sensi del diritto del lavoro nostrano (entrambe le sentenze sono richiamate nella circ. INL n. 7/2020). Nel caso *Raulin* (Corte giust., 26 febbraio 1992, C-357/89, punto 14) la Corte aveva già sottolineato che il giudice nazionale può tener conto «del fatto che la persona sia tenuta a mantenersi a disposizione per lavorare su richiesta del datore di lavoro».

<sup>103</sup> G. PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig-economy: si pronuncia la Corte di giustizia europea*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, vol. 6, n. 1, p. 21.

<sup>104</sup> Corte giust., *Yodel*, punti 28 e 36.

possibilità di esercitarle<sup>105</sup>. In ciò sta il vero «punto debole» della pronuncia, che, «troppo concentrata sul dato cartolare dell'accordo, (ha omesso) un'indagine approfondita sulla sostanza del rapporto» e non è stata pronta a indicare al giudice del rinvio su quali elementi indagare nel suo procedimento di qualificazione, alla luce del fatto che nella realtà delle piattaforme, come ben emerge da varie controversie giurisprudenziali decise negli Stati membri, è abituale avvalersi di «clausole standard che contemplan margini di flessibilità e autonomia destinati a restare sulla carta»<sup>106</sup>.

V'è peraltro da sottolineare che in quelle controversie nazionali – che negli ultimi tempi si ritrovano a dialogare tra loro tramite reciproci richiami – un punto di contatto può essere proprio rappresentato dai riferimenti alla giurisprudenza espansiva della Corte sul campo di applicazione soggettivo delle direttive sociali che sempre più di frequente sono presenti, con implicazioni diverse a seconda dei casi, nelle argomentazioni dei giudici domestici<sup>107</sup>.

#### 6. Verso una coerenza complessiva del campo di applicazione dell'acquis social?

La giurisprudenza espansiva consolidatasi soprattutto in relazione all'ambito di applicazione *ratione personae* del diritto antidiscriminazione

<sup>105</sup> Cfr. B. GOMES, *Les travailleurs des plateformes sont-ils des travailleurs au sens du droit de l'Union?*, in *Sem. soc. Lamy*, n. 1907, 11 mai 2020, p. 14.

<sup>106</sup> Le citazioni sono tratte da J. ADAMS-PRASSL, A. ALOISI, V. DE STEFANO, N. KOUNTOURIS, *La Corte di giustizia dell'UE prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, II, p. 408 s., che parlano di «pratiche falsamente emancipatorie» alla luce dei meccanismi sanzionatori impliciti in caso di rifiuto dell'ordine e della frequente impraticabilità delle clausole di sostituzione; nello stesso senso G. PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente*, cit., p. 30. Più severo è il giudizio di A. TODOLÍ SIGNES, *El concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea y su aplicación a las nuevas realidades económicas*, in *Trab. der.*, 2020, 70, p. 4 s., sia sulla mancanza di coerenza interna nel ragionamento della Corte, sia sulla scelta di pronunciarsi con ordinanza, in ragione del contenuto considerato non in linea con i precedenti.

<sup>107</sup> Si v. Cour de cass., 4 mars 2020, n. 19-13.316 (in *Riv. giur. lav.*, 2020, II, p. 389 ss.); Trib. Supremo, Sala de lo Social Pleno, 25 septiembre 2020, n. 4746/2019 (in funzione nomofilattica); High C. of Just., Queen's Bench Division, Adm. C., 13 november 2020, n. CO/1887/2020; Trib. Palermo, 24 novembre 2020, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 802. Sulla ricerca di questo dialogo v. l'intervista a J.G. HUGLO, Doyen de la Chambre sociale de la Cour de cassation, in *Sem. soc. Lamy*, n. 1899, 16 mars 2020, p. 3 ss.

minatorio e della disciplina sui tempi di lavoro ha progressivamente condotto, come si è visto, a un rafforzamento della nozione unieuropea di lavoratore subordinato, comportando al contempo effetti di contrasto rispetto a pratiche elusive di fuga dalla subordinazione e dalle corrispondenti tutele di rango europeo. Oltre a trovare spazio in relazione a fonti dell'Unione, primarie e secondarie, che non contengono una precisa definizione di lavoratore, la formula *Lawrie-Blum* – grazie all'argomento dell'effetto utile – ha via via guadagnato «terreno, venendo in rilievo pure in relazione alle direttive che adottano espressamente una nozione “sussidiaria” di lavoratore, rimessa agli ordinamenti nazionali»<sup>108</sup>. A questo proposito si è parlato di tecniche interpretative «di resistenza»<sup>109</sup>, utili a contrastare per quanto possibile il modello del rinvio alle legislazioni interne proprio di molte direttive sociali.

Un parziale riconoscimento della forza espansiva di quella formula si è anche avuto con uno dei primi frutti legislativi del *Social Pillar*, la già citata direttiva n. 2019/1152, che – nata sotto gli auspici di fornire una risposta alle questioni irrisolte del lavoro non *standard*, discontinuo, precario e vulnerabile a cui *in primis* si rivolge<sup>110</sup> – ha peraltro compiuto una scelta (inedita) sostanzialmente compromissoria: dopo aver adottato la consueta tecnica del rinvio al diritto nazionale per la definizione del suo campo di applicazione soggettivo, ha previsto che gli Stati dovranno «tener conto della giurisprudenza della Corte di giustizia»<sup>111</sup>, quasi appunto a suggellare il compromesso raggiunto dalla Corte in questi anni.

<sup>108</sup> M. DEL FRATE, *Giudici di pace e nozione “comunitaria” di lavoratore*, cit., p. 1208.

<sup>109</sup> F. MICHÉA, *Les catégories juridiques en droit social de l'Union européenne*, in B. BRUNESSEN (sous la direction de), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles 2016, p. 268.

<sup>110</sup> Nel *considerando* n. 8 sono menzionati come potenziali destinatari (se rientranti nella formula *Lawrie-Blum*) i lavoratori domestici, a chiamata, intermittenti, a *voucher*, tramite piattaforma digitale, tirocinanti e apprendisti.

<sup>111</sup> V. l'art. 1.2. dir. n. 2019/1152; va anche considerato, con riguardo al campo di applicazione *ratione personae*, che le possibilità di deroga degli Stati sono più limitate rispetto a quelle previste dall'abrogata dir. n. 1991/533 e che si stabilisce in particolare che non possano essere esclusi i contratti in cui l'orario di lavoro è indeterminato. Più in generale ai lavoratori impegnati nelle forme di lavoro *on demand* la dir. n. 2019/1152 garantisce diritti specifici, per quanto minimi, tra cui – “ripensando” al caso *Yodel* – il diritto del lavoratore «di rifiutare un incarico di lavoro senza conseguenze negative» e il divieto di clausole di esclusività (sia consentito rinviare a M. AIMO, *Lavoro a tempo, on demand, “imprevedibile”*: alla

Il legislatore ha dunque deciso di non introdurre una definizione comune di lavoratore, a differenza di quanto previsto nella proposta originaria di direttiva, accontentandosi di una «formula “addomesticata” che riflette la difficoltà a coagulare il consenso attorno a una definizione maggiormente inclusiva e autonoma»<sup>112</sup> di lavoratore: cionondimeno non va sottovalutata la presenza di quell'espresso riferimento alla giurisprudenza unieuropea, che dovrà guidare e allineare l'attività interna legislativa e giudiziaria di recepimento della direttiva in questione e di altre che lo contengono<sup>113</sup>.

Bisognerà anzitutto vedere come la Corte interpreterà questa nuova formulazione nel dialogo con gli Stati membri, in un difficile equilibrio – che la vede due volte protagonista – tra necessità di uniformazione e coesione e rispetto del principio di sussidiarietà.

Se più di trent'anni fa Giuseppe Federico Mancini – per rispondere all'esigenza evidenziata dalla Corte di assumere come base per una definizione unitaria di lavoratore il senso che correntemente le si attribuisce nel diritto degli Stati – sottolineava che «il minimo comune denominatore dell'istituto “lavoro subordinato” nei dodici sistemi è senza dubbio la soggezione di chi presta le opere al potere direttivo di chi offre il posto»<sup>114</sup>, oggi il quadro di cui va tenuto conto è ben più articolato e complesso, come molti dei saggi raccolti nella seconda sezione di questo volume evidenziano, anche confrontandosi con la nota valorizzazione di Massimo Roccella della nozione di subordinazione in chiave di doppia alienità (a cui è dedicato ampio rilievo nel Manuale di diritto del lavoro, oltre che nel saggio da cui il presente contributo ha preso le mosse<sup>115</sup>).

Vista la scelta del legislatore europeo del 2019 di non codificare la formula *Lawrie-Blum*, bisognerà anche verificare se la Corte leggerà e svilupperà la nuova espressione come «confine interpretativo mobile, suscettibile di adattamento progressivo»<sup>116</sup> ai cambiamenti

*ricerca di una ragionevole flessibilità del lavoro non standard*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 431/2020).

<sup>112</sup> J. ADAMS-PRASSL, A. ALOISI, V. DE STEFANO, N. KOUNTOURIS, *La Corte di giustizia dell'UE prende tempo?*, cit., p. 412.

<sup>113</sup> Così è per la dir. n. 2019/1158 sul *work-life balance* e per la proposta di direttiva sui salari minimi adeguati.

<sup>114</sup> G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in *Riv. dir. eur.*, 1989, p. 27.

<sup>115</sup> V. M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino 2004, spec. p. 37 ss., e ID., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, cit.

<sup>116</sup> F. PERRONE, A. SITZIA, *Lavoro autonomo e indicatori di subordinazione*, cit., p. 158.

e alle nuove dinamiche organizzative (in relazione al lavoro tramite piattaforma ma non solo), con l'effetto di dare nuova linfa a quella formula, seppur nei limiti di ciò che è consentito dall'impostazione binaria di cui si è detto<sup>117</sup>.

In questo processo di costruzione di una nozione evolutiva, il più possibile "inclusivo-espansiva", di lavoratore subordinato, il ruolo della Corte rimane centrale, con l'obiettivo di contribuire alla coerenza complessiva del campo di applicazione dell'*acquis social*<sup>118</sup>, in linea con la preoccupazione dell'Unione di applicare in modo efficace e uniforme il suo diritto<sup>119</sup>. La Corte ha nell'insieme «giuocato la sua parte»<sup>120</sup> e ha le carte in regola per seguire a farlo e con maggiore coraggio, anche come sprone per un'azione legislativa a livello dell'Unione a tutela della crescente moltitudine di lavoratori precari che di quell'*acquis* ancora non gode<sup>121</sup>.

### *Epilogo, in memoria*

*La scrittura di questo contributo mi ha fornito l'occasione di rileggere diversi saggi di Massimo, di ricordare e di ricordarlo.*

*Il suo aver percorso i tempi negli studi del diritto del lavoro comunitario e dei suoi intrecci col diritto nazionale, e averli sempre condotti con la consapevolezza del «carattere eminentemente politico dei problemi dell'integrazione sociale»<sup>122</sup>, mi è saltato agli occhi ancora una volta, così come le sue doti di studioso attento, acuto e diretto, di giurista che rifuggiva l'astrattezza, diffidando di «concezioni un po' troppo lineari della funzione di interpretazione della norma giu-*

<sup>117</sup> Come si è già sottolineato, infatti, l'esclusione dei lavoratori "effettivamente" autonomi dal campo di applicazione della dir. n. 2019/1152 non potrà che lasciare fuori dalle tutele una parte del lavoro debole.

<sup>118</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *Chronique Politique sociale de l'Union européenne*, cit., p. 480.

<sup>119</sup> S. GARBEN, C. KILPATRICK, E. MUIR, *Towards a European Pillar of Social Rights: upgrading the EU social acquis*, CEPB series, January 2017, p. 3.

<sup>120</sup> M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 21.

<sup>121</sup> Almeno un accenno merita, a questo proposito, l'avvio da parte della Commissione, ai sensi dell'art. 154, par. 2, TFUE, della prima fase di consultazione delle parti sociali europee sulla questione di come migliorare le condizioni di lavoro delle persone che lavorano tramite piattaforme di lavoro digitali, C(2021)1127 final del 24 febbraio 2021; v. anche la risposta data da ETUC alla consultazione con la risoluzione adottata il 22 e 23 marzo 2021.

<sup>122</sup> M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, cit., p. 9.

*ridica»<sup>123</sup>, ed era invece alla ricerca di soluzioni capaci di mettere «il diritto del lavoro con i piedi per terra», in nome della sua «funzione di tecnica normativa di contrasto delle diseguaglianze sociali»<sup>124</sup>.*

*Ho sempre pensato (e ripensato) a lui come a una persona che pretendeva molto da se stesso e proprio per questo si aspettava altrettanto dagli altri. Mi sarebbe piaciuto condividere con lui questi dieci anni trascorsi e quelli futuri e mi domando spesso come avrebbe reagito a tutte le turbolenze, nel diritto del lavoro e non solo, di quest'ultimo decennio. Interrogativi che rimangono senza risposta. Restano però vivi il suo insegnamento e il suo lascito intellettuale, che meritano di continuare ad avere voce.*

<sup>123</sup> M. ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 117.

<sup>124</sup> M. ROCCELLA, *Lavori flessibili o lavori precari?*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Bologna 2006, p. 74.

EDOARDO ALES

## I diritti sindacali di controllo nell'opera di Massimo Roccella: una rilettura in dialogo postumo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le clausole di parte obbligatoria del contratto collettivo e la loro funzione di “stabilizzazione delle relazioni sindacali”. – 3. La parte obbligatoria del contratto collettivo e i diritti sindacali di controllo. – 4. Il rispetto degli impegni assunti nella parte obbligatoria. – 5. Piccola conclusione.

### 1. *Premessa*

Quando ho ricevuto da parte dalle amiche del Comitato Promotore l'invito a partecipare alla raccolta di Scritti per il decennale della scomparsa di Massimo Roccella, la mente è corsa subito a una colazione nel glorioso e decadente Hotel Continental di Genova, dove erano ospitati i partecipanti a un convegno organizzato per *Lavoro e Diritto* da Maria Vittoria Ballestrero e Gisella De Simone. Data l'ora presta, la sala era pressoché vuota. A uno dei tavoli sedeva, da solo, Massimo. Con discrezione mi accostai per salutarlo e conoscere finalmente di persona l'Autore del Manuale di Diritto del Lavoro che da qualche anno adottavo, con unanime gradimento da parte degli studenti, per i miei corsi a Cassino. Con grande piacere accettai il suo invito a fagli da commensale. Ne seguì una conversazione fitta, di una buona mezz'ora, su temi vari, a partire proprio dal Manuale e dalle ragioni del suo successo.

Dopo quell'incontro, fortuito e fortunato, non ebbi più occasione di rivederlo e fui colto da sgomento alla comunicazione straziata da parte di Mariapaola e Daniela della sua improvvisa scomparsa. Loro, Promotrici di questi Scritti, cresciute con lui, chiamate a preservare la caratteristica essenziale e più apprezzata dell'Opera di Massimo ovvero la capacità di essere esplicitamente “di parte” senza trascurare l'esegesi raffinata del dato normativo e mantenendo una lucida visione d'insieme.



Non a caso, meritoriamente, all'invito a partecipare agli Scritti, le Promotrici hanno accluso un elenco delle opere edite di Massimo, come a suggerire l'idea di una interlocuzione postuma attraverso di esse. E siccome la passione per le riletture mi è stata trasmessa, già nel secolo scorso, da Lorenzo Gaeta e Paolo Pascucci, ho colto l'occasione per ravvivarla affidandomi all'elenco, dal quale emergono fasi e stagioni della riflessione dell'Autore chiaramente definite. In particolare, hanno attratto la mia attenzione i primi due titoli che costituiscono il debutto di Massimo sulla scena scientifica. Li avevo già notati durante le ricerche in tema di partecipazione dei lavoratori nella e all'impresa.

Si tratta di due contributi del 1977, entrambi ospitati dalla Giuridica, ambedue dedicati a quelli che al tempo venivano definiti i diritti sindacali di controllo. Il primo, in ordine di pubblicazione, è il saggio *Parte obbligatoria del contratto collettivo e diritti sindacali di controllo*<sup>1</sup>; il secondo è la nota a sentenza *I diritti sindacali di controllo al vaglio della magistratura*<sup>2</sup>. Stando alle notizie bibliografiche disponibili<sup>3</sup>, Massimo li pubblica da neolaureato, presumibilmente subito dopo aver iniziato la collaborazione con Tiziano Treu alla Cattolica di Milano.

Dello stesso anno, l'elenco riporta un terzo titolo, sempre sul medesimo argomento. Si tratta di un contributo dedicato a *L'azione sindacale per il controllo degli investimenti*, inserito nel primo dei tre volumi di un'opera ormai quasi introvabile<sup>4</sup> quale *I diritti dei lavoratori*, a cura di Pier Antonio Varesi<sup>5</sup>. Oltre all'aspetto contenutistico, l'interesse dell'opera risiede anche nel costituire una raccolta di scritti, editi e inediti, riconducibili, come si evince dalla Prefazione di Paolo Tosi e Tiziano Treu, all'esperienza di due corsi universitari, da loro diretti, per lavoratori e studenti sul tema "Contrattazione collettiva e diritto del lavoro" condotti nell'ambito dei programmi delle cosiddette "150 ore" presso l'Università Cattolica e l'Università di Pavia. L'opera ha, quindi, un'ispirazione "statutaria", essendo riconducibile a quel "diritto allo studio" riconosciuto dall'art. 10, l. 20 maggio 1970, n. 300. Notano, peraltro, i Prefatori che «le diffi-

<sup>1</sup> In *Riv. giur. lav.*, 1977, I, p. 411 ss.

<sup>2</sup> In *Riv. giur. lav.*, 1977, II, p. 834 ss.

<sup>3</sup> M. AIMO e D. IZZI, *Un profilo di Massimo Roccella*, in [www.economiaepolitica.it/primo-piano/un-profilo-di-massimo-roccella](http://www.economiaepolitica.it/primo-piano/un-profilo-di-massimo-roccella).

<sup>4</sup> Fortunatamente esistono ancora librerie specializzate, raggiungibili attraverso il circuito Ibs, che trattano volumi *vintage*: nel caso di specie Libro di Faccia.

<sup>5</sup> P.A. VARESI (a cura di), *I diritti dei lavoratori. Contrattazione collettiva, diritti sindacali e forme di lotta*, Milano 1977.

coltà di affrontare alcuni degli scritti riprodotti e di coordinarli tra di loro sono apparse superabili, nell'esperienza dei corsi, anche da lettori sprovvisti di particolare preparazione giuridico-accademica, ma dotati di una grande sensibilità culturale e politica».

Oltre al contributo di Massimo e a saggi già pubblicati altrove<sup>6</sup>, nei tre volumi l'opera raccoglie interventi inediti di Treu, Napoli, Mirrella Baglioni, Ponzini e dello stesso Varesi, a testimonianza di uno sforzo corale, «frutto di un lavoro collegiale di un gruppo di ricercatori e docenti universitari, promosso dalla Fondazione P. Seveso (Istituto per la ricerca, la formazione e la documentazione sindacale)»<sup>7</sup>.

La complementarità tematica de *L'azione sindacale per il controllo degli investimenti* rispetto ai due contributi pubblicati sulla Giuridica, mi ha spinto a proporre una rilettura congiunta, anche perché, pur pensato per una platea di studenti (lavoratori), si tratta di uno scritto dotato di una precisa identità scientifica, che analizza criticamente i rinnovi del 1976 per Chimici, Metalmeccanici e Tessili con riferimento ai diritti sindacali di controllo.

Dal punto di vista della perdurante rilevanza, non deve trarre in inganno il fatto che la formula lessicale in voga negli anni Settanta (diritti sindacali di controllo, appunto) sia scomparsa dal dibattito scientifico: evocato attraverso l'espressione politicamente meno connotata di "diritti di informazione (e consultazione)" il tema continuerà a impegnare la dottrina, con periodici ritorni di fiamma, fino ai nostri giorni, anche e, forse, soprattutto, per merito del Diritto dell'Unione europea che ha fatto del coinvolgimento dei lavoratori nelle decisioni dell'impresa uno dei suoi punti fermi<sup>8</sup>.

## 2. Le clausole di parte obbligatoria del contratto collettivo e la loro funzione di "stabilizzazione delle relazioni sindacali"

La riflessione di Massimo prende spunto dalla constatazione che «l'introduzione nei principali contratti nazionali siglati nel '76 di

<sup>6</sup> Di T. TREU, E. GHERA, F. MORTILLARO e B. FERNEX, G.P. CELLA, G. GIUGNI e G.F. MANCINI, A. PROTO PISANI, V. ONIDA, P. TOSI, C. SMURAGLIA, G. GHEZZI, M.V. BALLESTRERO, B. LONGO.

<sup>7</sup> Dalla quarta di copertina.

<sup>8</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a E. ALES, *Libertà sindacale vs partecipazione? Assenze, presenze e possibilità nello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, p. 129 e ID., *La partecipazione (bilanciata) nello Statuto dei Lavoratori: riflessioni sulle rappresentanze ex art. 9*, in *Dir. lav. merc.*, 2020, p. 15.

clausole c.d. di controllo degli investimenti ripropone in una luce nuova la problematica riguardante la parte obbligatoria del contratto collettivo alla attenzione della dottrina giuslavoristica»<sup>9</sup>. Ovvero allarga l'orizzonte oltre «l'assunzione delle clausole di tregua come cardine del regolamento dei rapporti intersindacali nel nostro paese». Al «tramonto delle stesse dopo le lotte operaie dell'autunno caldo» era, infatti, corrisposto il venir meno di quell'attenzione.

A questa constatazione segue una lucida analisi delle clausole obbligatorie nel loro complesso e nella loro «diversificata tipologia» – oltre che di tregua, «di amministrazione» e «istituzionali»<sup>10</sup> – che giunge alla conclusione della loro «scarsa fortuna nell'ambito delle nostre relazioni industriali», «per motivi diversi ma convergenti». Rispetto alle clausole di amministrazione del contratto collettivo, tanto diffuse quanto prive di «concreta, generalizzata operatività [...] nella prassi», Massimo, da un lato, fa propria la posizione di Treu<sup>11</sup>, affermando che esse hanno scontato la «forte diffidenza verso le varie forme di privatizzazione della giustizia del lavoro», dall'altro, però, evidenzia l'elemento di convergenza richiamato poco fa. Ovvero «l'affermarsi di una prassi di scarsa istituzionalizzazione del conflitto collettivo, la cui soluzione si è preferenzialmente sviluppata sulla base dei rapporti di forza di volta in volta determinatisi fra le parti, piuttosto che sui binari di procedure rigidamente prefissate». Massimo vede la convergenza con le clausole di «istituzionalizzazione» nel fatto che, nonostante la loro diffusione e la loro concreta operatività (Commissioni Interne e Consigli di Fabbrica), anche loro «hanno avuto effetti scarsamente rilevanti ai fini dell'istituzionalizzazione del conflitto cui, in qualche modo, pur'esse erano funzionalizzate»<sup>12</sup>. Questo passaggio risulta cruciale per la comprensione del pensiero di Massimo sul punto: quale che sia la forma assunta, la regolazione dei rapporti collettivi attraverso le clausole di parte obbligatoria ha avuto come fine ultimo la «stabilizzazione del conflitto sociale», soprattutto quando l'introduzione di queste clausole è stata proposta dalla parte imprenditoriale. Si tratta di una elaborazione personale della posizione già espressa da Treu circa la necessità di rifuggire «la logica del riconoscimento-regolamentazione» in chiave

<sup>9</sup> M. ROCCELLA, *Parte obbligatoria*, cit., p. 413.

<sup>10</sup> L'interlocutore di riferimento è, per questa parte, G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano 1963, *passim*.

<sup>11</sup> T. TREU, *Sindacati e potere pubblico negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 189.

<sup>12</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 415.

limitativa della rappresentanza sindacale aziendale, con particolare riferimento ai Consigli di Fabbrica<sup>13</sup>. Massimo, infatti, estende il ragionamento alle c.d. clausole obbligatorie implicite ovvero, più precisamente, agli effetti obbligatori del contratto collettivo, quali il dovere di esecuzione, il dovere del sindacato stipulante di influire sulla condotta dei propri associati e l'obbligo di pace implicito che deriverebbe dal contratto collettivo stesso.

In questa prospettiva, si colloca la serrata e circostanziata critica del ventiquattrenne Roccella al "gigante" Mengoni o meglio a *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*<sup>14</sup>, nel quale vi sarebbe un ripensamento degli effetti obbligatori del contratto collettivo «non frutto di un'astratta esigenza dottrinale, ma tutt'interno ai tentativi di ridefinire un assetto "ordinato" del sistema di relazioni industriali, all'indomani di un periodo [...] di destabilizzazione massima dello stesso». Il nucleo centrale della critica è quello di «una ricostruzione alquanto formalistica del fatto giuridico, avulsa dai concreti rapporti sociali», «volta ad accreditare il contratto collettivo, in ogni tempo e sotto tutti i cieli, come strumento di stabilità sociale»<sup>15</sup>.

L'affermare con Mengoni, così come letto da Roccella, che «il dovere implicito di pace inserisca alla funzione sociale del contratto collettivo» equivale a «ritenere tale funzione come un dato fisso e immutabile, quale che sia l'evoluzione del sottostante rapporto sociale»<sup>16</sup>. La generica arbitrarità di questo procedimento logico-giuridico è aggravata da quella specifica, relativa alla natura del contratto collettivo, chiamato, invece, «a dare formalizzazione giuridica ad una materia, quale quella del conflitto fra padronato e lavoratori, di per sé instabile e fluttuante, ed esposta di continuo al variare dei rapporti di forza fra le parti»<sup>17</sup>. Alla base di questa riflessione di Massimo vi è una *concezione storicizzata* del contratto collettivo che non ammette affermazioni generalizzanti circa la funzione sociale dello stesso.

L'assunto viene supportato da un rapido quanto efficace *excursus*

<sup>13</sup> T. TREU, *Le rappresentanze sindacali nello Statuto dei lavoratori e nella contrattazione collettiva*, in P.A. VARESI (a cura di), *I diritti dei lavoratori*, vol. I, cit., p. 171.

<sup>14</sup> L. MENGONI, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, p. 167 ss.

<sup>15</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 417.

<sup>16</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>17</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 418.

della parabola del dovere di pace nell'ordinamento italiano, sintetizzata in tre fasi politico-sindacali rilevanti e incidenti, in quanto tali, sulla funzione sociale del contratto collettivo: i) la stagione dei governi centristi che favoriva «l'affermarsi della tendenza restrittiva della dottrina dominante» (ancora Mengoni<sup>18</sup>) nei confronti dell'esercizio del diritto di sciopero, da escludersi nella vigenza del contratto collettivo, a fronte di un dovere implicito di pace sindacale; ii) l'effimera esperienza del centrosinistra e della contrattazione articolata, nella quale la stipula di clausole di tregua sindacale come contropartita del via libera alla contrattazione aziendale nei limiti previsti dal contratto collettivo di categoria «implica [...] di per sé il riconoscimento dell'infondatezza della teoria del dovere implicito di pace e della considerazione delle clausole di tregua come espresse "ad abundantiam"»<sup>19</sup>; iii) le lotte sindacali dell'autunno caldo, in seguito alle quali, nei rinnovi del 1969, «viene meno ogni forma di clausola di tregua e prende avvio una nuova prassi contrattuale caratterizzata dalla negoziabilità a livello aziendale di qualsiasi materia durante la vigenza del contratto collettivo»<sup>20</sup>.

Tutto ciò porta Massimo a ritenere che la contropartita adeguata rispetto «all'impegno assunto dalle associazioni padronali di far rispettare nei contratti individuali il contenuto della parte normativa del contratto collettivo» sia costituita dall'impegno dei sindacati a porre termine al conflitto in atto e, utilizzando le parole di Scognamiglio citate da Massimo, «non già [...] nell'impedire che sorgano o si riproducano le pretese e i conflitti nella materia regolata»<sup>21</sup>.

In questo modo, risulta possibile evitare di proporre la soluzione che, al fine di ribadire la piena validità del contratto collettivo e di preservarlo dalla critica mengoniana di «contratto nullo per mancanza di accordo sulla causa»<sup>22</sup>, lo configura come unilateralmente vincolante ovvero impegnativo per i soli imprenditori. È questa la tesi sostenuta da Giugni e Mancini<sup>23</sup>, la quale, secondo Massimo,

<sup>18</sup> L. MENGONI, *Limiti giuridici del diritto di sciopero*, in *Riv. dir. lav.*, 1949, I, p. 248 ss.

<sup>19</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 419.

<sup>20</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>21</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Sindacati e contrattazione collettiva nell'ordinamento italiano*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, p. 253.

<sup>22</sup> L. MENGONI, *Il contratto collettivo*, cit., p. 193.

<sup>23</sup> G. GIUGNI e F. MANCINI, *Movimento sindacale e contrattazione collettiva*, in FLM (a cura di), *Potere sindacale e ordinamento giuridico. Diritto di sciopero, consigli di fabbrica, forme della contrattazione*, Bari 1973, p. 105.

«pur apprezzabile nel suo sforzo di enucleare una nuova teoria del contratto collettivo, rischia, però, di portare acqua al mulino della dottrina avversa, per la difficoltà di sostenerla sulla base del diritto dato». Ma la critica a Giugni e Mancini non si ferma qui. A loro il ventiquattrenne Roccella rimprovera anche il «liquidare la dottrina in esame [Mengoni] come espressione di “un modo di evitare la fatica, la pena che costa il dover assoggettare concetti e modi di pensare, provenienti da una lunga tradizione e introiettati più o meno criticamente, alla revisione resa necessaria dall'avvento del nuovo diritto”». A Massimo ciò sembra «operazione sbrigativa e, a ben vedere, non priva di pericoli». Infatti, «determinate opinioni giuridiche sono espressione di tendenze reali periodicamente riemergenti e che occorre saper cogliere. Nello specifico la tendenza, mai accantonata dal nostro patronato a recuperare le conquiste del '69 e degli anni successivi e, in particolare, a cancellare la prassi della contrattazione che ne è stato il frutto più significativo»<sup>24</sup>.

Una tendenza che si concretizza nell'operazione di ridimensionamento della contrattazione aziendale, «nel quadro della più ampia offensiva – condotta in modo intrecciato da governo e imprenditori – volta ad assumere il salario e la condizione operaia come unica variabile ai fini del contenimento del costo del lavoro»<sup>25</sup>.

### 3. *La parte obbligatoria del contratto collettivo e i diritti sindacali di controllo*

Dopo aver analizzato criticamente la parabola delle clausole di parte obbligatoria nella loro funzione di «stabilizzazione delle relazioni sindacali» ovvero, per dirla con Mengoni, di «impegno di stabilità del regolamento collettivo»<sup>26</sup> ed avere evidenziato i rischi sempre presenti di *revival* della «partecipazione e [delle] suggestioni cogestionali in essa implicite»<sup>27</sup>, Massimo può dedicarsi all'oggetto principale della sua investigazione ovvero il rinnovato interesse nei confronti della parte obbligatoria del contratto collettivo «nato, essenzialmente, dalle rivendicazioni sindacali in tema di occupazione e controllo sociale degli investimenti»<sup>28</sup>. A tale proposito, in una

<sup>24</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 420.

<sup>25</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 421.

<sup>26</sup> L. MENGONI, *Il contratto collettivo*, cit., p. 190.

<sup>27</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 421.

<sup>28</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

nota ricca di spunti e di riferimenti bibliografici<sup>29</sup>, Massimo traccia un parallelismo con i *productivity agreements* conclusi dal sindacato inglese negli anni Sessanta, nei quali aumenti retributivi veniva scambiati con l'accettazione di una notevole mobilità interna del lavoro.

Sul versante italiano, egli sottolinea come le c.d. clausole di controllo degli investimenti potrebbero rappresentare un modo di utilizzo del tutto nuovo della parte obbligatoria: in primo luogo, data la loro portata promozionale e non limitativa dei poteri sindacali, a patto di evitare il rischio cogestionale; in secondo, essendo quelle clausole riferite non ai rapporti tra le parti collettive ma al momento delle scelte imprenditoriali. Non a caso, i datori di lavoro lamentano un attentato alla libertà d'impresa e alle prerogative ritenute inviolabili del *management*, pretendendo l'inserimento di formule programmatiche con le quali le parti dichiarano di voler tenere ferma «l'autonomia dell'attività imprenditoriale e le rispettive distinte responsabilità»<sup>30</sup>.

A tale proposito, come anticipato, nel saggio *L'azione sindacale per il controllo degli investimenti*, Massimo analizza nel dettaglio i contenuti dei rinnovi del 1976, non senza, però, aver prima richiamato, con dovizia di riferimenti, i cosiddetti contratti di sviluppo, conclusi in alcune grandi imprese nel 1973 e caratterizzati «da precisi impegni di investimento volti ad ampliare la base occupazionale, soprattutto nel Mezzogiorno», accompagnati «dall'acquisizione di forme di controllo, variamente articolate, tali da permettere una puntuale verifica degli accordi raggiunti»<sup>31</sup>. Sottolinea, tuttavia, come già nel 1974, a seguito della recessione che colpisce l'Italia, emerge con chiarezza un elemento caratterizzante «costituito dall'estrema difficoltà di gestione degli accordi raggiunti», dovuta «all'estrema debolezza dell'azione sindacale nella fase applicativa», risultando gli impegni assunti «ampiamente disattesi dagli imprenditori, senza che, da parte sindacale, si riesca a ribaltare o, quanto meno, a porre un freno a questa logica»<sup>32</sup>.

Tanto premesso, Massimo passa in rassegna i rinnovi dei Chimici, dei Metalmeccanici e dei Tessili, evidenziando alcuni non trascurabili elementi di differenziazione, quali: i) il diverso grado di intensità dei diritti di controllo a seconda che si tratti del settore privato o a

<sup>29</sup> Tra i quali, spicca per la dottrina italiana, F. CARINCI, *La fine di un mito: l'Industrial Relations Act 1971*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 2.

<sup>30</sup> CCNL Chimici privati.

<sup>31</sup> M. ROCCELLA, *L'azione sindacale per il controllo degli investimenti*, in P.A. VARESI, *I diritti dei lavoratori*, cit., Vol. III, p. 127.

<sup>32</sup> P.A. VARESI, *o.u.c.*, p. 128 s.

partecipazione statale (più elevato); ii) il loro ambito di applicazione, che per i Metalmeccanici privati è limitato alle imprese con più di 500 dipendenti; iii) la loro strumentazione, consistente nell'informazione, nell'esame congiunto e nelle verifiche, la quale, ancora una volta per Metalmeccanici privati è circoscritta alla sola informazione.

Gli aspetti più propriamente teorici dei diritti di controllo sono oggetto di analisi serrata ne *La parte obbligatoria*, nella quale Massimo evidenzia gli aspetti relativi alla strumentazione resa disponibile, a livello nazionale, dai rinnovi del 1976. Con riferimento all'informazione, evidenzia la necessità che essa sia "esatta", in applicazione del principio di buona fede *ex art. 1376 c.c.*, ritenuto applicabile anche alla contrattazione collettiva. Mentre, tuttavia, con riferimento ad alcune materie (scorpori, decentramenti, spostamenti di lavoratori, appalti), l'esattezza dell'informazione si traduce nella comunicazione in concreto dei dati necessari a conoscere i relativi fenomeni, per le «prospettive produttive e di investimento delle imprese, dove si pone il problema di accertare la reale portata delle scelte imprenditoriali»<sup>33</sup>, ciò non è sufficiente. In queste circostanze, informazione esatta «deve significare per il sindacato la disponibilità di tutti gli strumenti che, in qualche modo, possano permettergli di formarsi un orientamento in tema di scelte d'impresa»<sup>34</sup>.

Risultando dubbio che il semplice accesso ai bilanci possa configurarsi tale, Massimo è dell'idea che «il diritto sindacale all'informazione esatta sugli investimenti implichi [...] per il sindacato un ulteriore, più penetrante potere di controllo: la possibilità di prendere visione dei verbali dei consigli di amministrazione delle aziende»<sup>35</sup>. A una simile soluzione non osterebbe la segretezza delle deliberazioni imposta dall'art. 2422 c.c., in quanto, avendo concordato sul diritto sindacale di controllo attraverso l'informazione esatta, si può ritenere che le imprese vi abbiano rinunciato. Consapevole dell'audacia di una simile proposizione, Massimo arriva ad auspicare un intervento legislativo che la affermi. Nel far ciò egli si pone in dialogo con Mancini, il quale, poco prima aveva dato alle stampe il volume *Costituzione e movimento operaio*, una raccolta di suoi saggi nella cui introduzione riproponeva con forza l'idea di una fase 2 della legislazione di sostegno, volta proprio a consolidare le conquiste della contrattazione collettiva in materia di diritti sindacali di controllo<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 423 s.

<sup>34</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 424.

<sup>35</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 425.

<sup>36</sup> F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna 1976, p. 13 ss.



Quella dell'intervento legislativo, è una via che la sinistra non sempre ha visto con favore, a partire dalle *Sette tesi sulla questione del potere operaio* enunciate da Libertini e Panzieri nel 1958<sup>37</sup>. Massimo, tuttavia, la fa sua, partendo dal presupposto che la possibilità di prendere visione dei verbali costituisca uno strumento efficace ma soprattutto scevro da qualsiasi istituzionalizzazione della partecipazione sindacale nei consigli di amministrazione delle imprese. Quest'ultima è da rifuggirsi in quanto, per un verso inutile, considerato che «caratteristica della moderna impresa capitalistica è lo spostamento sempre più accentuato dei poteri reali di decisione in sedi extraistituzionali»<sup>38</sup>; per l'altro, dannosa, dato che «un coinvolgimento del sindacato negli organi di gestione delle imprese rischierebbe [...] di invischiare l'organizzazione sindacale in una fitta rete di mediazioni istituzionali, attenuando la consapevolezza che, in un sistema capitalistico, la possibilità di esercitare un reale potere di condizionamento-controllo, al di là delle formule giuridiche, si gioca, in definitiva, come sempre sul piano del conflitto collettivo»<sup>39</sup>.

Si tratta di un'opzione netta in favore del contro-potere a discapito del co-potere che non deve tuttavia far dimenticare che «il contro-potere non può essere visto sotto ogni profilo come il contrario del potere, certo non in relazione alla responsabilità che richiede in quanti sono chiamati a esercitarlo»<sup>40</sup>.

Chiarite le qualità e le implicazioni del diritto all'informazione, Massimo passa ad analizzare la tematica dell'esame congiunto, senza il quale, sostiene con veemenza nella nota *I diritti sindacali al vaglio della magistratura*, il primo non va enfatizzato «come sembra fare certa dottrina, disposta a vedervi addirittura «la manifestazione anche nel mondo del lavoro di una delle attuali tecniche di redistribuzione del potere»»<sup>41</sup>. La riflessione sull'esame congiunto offre a Massimo una serie di spunti di dialogo con i contemporanei, in

<sup>37</sup> L. LIBERTINI, R. PANZIERI, *Sette tesi sulla questione del potere operaio*, in *Mondoperaio*, 1958, n. 2, p. 831 ss.

<sup>38</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 426.

<sup>39</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 427. Riprendendo la posizione di G. BAGLIONI, T. TREU, *Il controllo sindacale sul potere economico*, in *Mondoperaio*, 1976, n. 11, p. 92, anche in G. ARRIGO (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, Bari 1977, p. 207 ss.

<sup>40</sup> Così, condivisibilmente, G. AMATO, *Non cogestione ma contro-potere*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 9 ss.

<sup>41</sup> Il riferimento testuale è a S. RODOTÀ, *Diritto di informazione e controllo sull'impresa*, in *Mondoperaio*, 1977, n. 6, p. 82; tuttavia, neppure L. SILVAGNA, *Il diritto d'informazione nel rapporto di lavoro*, Milano 1977, p. 120 sfugge alla critica,

primo luogo, sul configurarsi o non di un obbligo a trattare di origine negoziale, dovendosi escludere in radice la legittimità nell'ordinamento democratico di un obbligo a contrarre, ma anche di un generale obbligo a negoziare. I riferimenti qui sono sia Montuschi<sup>42</sup> che Treu<sup>43</sup>, nella prospettiva di sottolineare come il legislatore italiano abbia preferito «incentivare l'attività contrattuale del sindacato in maniera indiretta, attraverso il riconoscimento della sua presenza in fabbrica (*ex art. 19*) e l'attribuzione di una serie di diritti in capo alle rappresentanze sindacali aziendali»<sup>44</sup>. Così facendo, si sarebbe data anche attuazione alla Convenzione OIL n. 98 del 1948, uno dei temi centrali dell'indagine di Montuschi. In una simile prospettiva, Massimo ritiene «l'ispirazione dello Statuto [...] come la più apprezzabile dal punto di vista sindacale»<sup>45</sup>. Infatti, la previsione di un obbligo generalizzato a negoziare, da un lato «presuppone una immagine di debolezza del sindacato, di incapacità cioè a imporsi sul piano dei rapporti di forza come agente contrattuale; dall'altro, ed è quel che più conta, implica una crescente interferenza esterna nel merito delle relazioni intersindacali ed una concezione [...] dell'organizzazione sindacale, vista come strumento istituzionale di mediazione sociale...»<sup>46</sup>. Di questa concezione è esempio negativo l'esperienza nordamericana che Massimo analizza sulla scorta degli scritti di Blanc-Jouvan<sup>47</sup> e Treu<sup>48</sup>, osservando conclusivamente che, avendo il sindacato italiano conquistato sul campo il diritto a porsi autorevolmente come controparte contrattuale, non vi è «da parte sua alcun interesse a sollecitare un intervento che resterebbe, comunque, carico di potenzialità negative»<sup>49</sup>.

Ancora in chiave di dialogo con la dottrina, Massimo osserva che, comunque, la presenza di specifici obblighi a negoziare non è sconosciuta alla legislazione italiana. Come esempi di maggiore rilevanza, egli porta l'art. 9, Statuto e la l. 20 maggio 1975, n. 164. Rispetto al

laddove parla del diritto d'informazione come arma dirompente e, probabilmente, strumento di liberazione.

<sup>42</sup> L. MONTUSCHI, *I limiti legali alla conclusione del contratto di lavoro*, Milano 1967.

<sup>43</sup> T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano 1974.

<sup>44</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 429.

<sup>45</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>46</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 430.

<sup>47</sup> X. BLANC-JOUVAN, *Les rapports collectifs du travail aux États-Unis*, Paris 1957.

<sup>48</sup> T. TREU, *Sindacati e potere pubblico negli Stati Uniti*, cit., *passim*.

<sup>49</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 431.

primo, in aperto contrasto con Giugni<sup>50</sup>, Massimo afferma che «il diritto riconosciuto ai lavoratori dall'art. 9 non può avere traduzione operativa se non riconoscendo alle loro rappresentanze un diritto di trattare sui problemi dell'ambiente e dell'igiene del lavoro, al di fuori di ogni arbitrio o pretesa esclusivistica dell'imprenditore»<sup>51</sup>. Rispetto alla seconda, in pieno accordo con Napoli<sup>52</sup>, egli rimarca la presenza di una trattativa sindacale, anche obbligatoria, con ad oggetto «i problemi relativi alla tutela degli interessi dei lavoratori in relazione alla crisi d'impresa». Nota ancora Massimo che neppure all'esperienza contrattuale collettiva è ignoto l'obbligo a trattare, portando a esempio più eclatante, sulla scorta di una consolidata posizione dottrinale<sup>53</sup>, le clausole di rinvio introdotte dal Protocollo ASAP del 1962.

L'elemento centrale della riflessione, tuttavia, è costituito dall'interrogativo se «la figura dell'obbligo di trattare ricorra o meno nelle varie clausole contrattuali dei recenti accordi nazionali di rinnovo che contengono la previsione di esami congiunti su svariati oggetti...»<sup>54</sup>. La risposta per Massimo è senza dubbio positiva, soprattutto in considerazione del fatto che l'esame congiunto segue l'informazione e, quindi, non può essere ridotto «ad un'ulteriore unilaterale informativa, giacché altrimenti non si capirebbe quale sia il senso della precedente [...]». In realtà la connessione normativa rende evidente come l'informazione sia funzionale all'effettuazione dell'esame congiunto: questo [...] non può avere altra concreta traduzione se non sul piano di una vera e propria trattativa sindacale»<sup>55</sup>.

Una simile posizione lo porta, ne *I diritti sindacali di controllo al vaglio della magistratura*, ad un inevitabile scontro frontale con Romagnoli, «secondo cui “esame congiunto” sarebbe un'espressione che, sebbene “accostabile a quella di ‘trattative’, non lascia presagire che si formi una volontà contrattuale e anzi il suo impiego, in luogo del termine ‘trattative’, esclude che l'eventuale convergenza di posizioni equivalga ad un incontro di consensi”»<sup>56</sup>. A quelli già indicati

<sup>50</sup> A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano 1971, p. 42.

<sup>51</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 432.

<sup>52</sup> M. NAPOLI, *La nuova legge sul salario garantito: prime riflessioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1975, I, p. 371 ss.

<sup>53</sup> U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo d'impresa*, Milano 1963, p. 51 e p. 57; G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 29; L. MONTUSCHI, *I limiti legali*, cit., p. 169; T. TREU, *Condotta antisindacale*, cit., p. 79.

<sup>54</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 434.

<sup>55</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 434 s.

<sup>56</sup> M. ROCCELLA, *I diritti sindacali di controllo*, cit., p. 836. La citazione di

in precedenza, Massimo, al fine di confutare l'autorevole opinione contraria, aggiunge un argomento sistematico di non poco momento: «se l'esame congiunto consistesse – come pare ritenere Romagnoli – in un'informale chiacchierata, fonte per il sindacato di “prestigio formale ma con ben poco potere di contrattazione e nemmeno di pressione”, sarebbe incomprensibile la mancata previsione di esso nel contratto dei metalmeccanici privati: di solito gli imprenditori non trovano difficoltà a fare concessioni puramente formali»<sup>57</sup>. La ragione dell'assenza, secondo Massimo, sta, invece, proprio nella rilevanza dell'esame congiunto al quale i Metalmeccanici, giunti alla firma del contratto collettivo «in condizioni di relativo isolamento, logorati da una lunga stagione di lotta»<sup>58</sup> furono costretti a rinunciare, ottenendo soltanto un sistema di informazioni.

Ad avviso di Massimo, «l'affermazione di Romagnoli secondo cui “non si è oltrepassato il limite al di là del quale sarebbe configurabile un diritto sindacale ad orientare in maniera giuridicamente vincolante le scelte produttive della azienda” è accettabile soltanto se si vuol significare che non si è giunti fino a stabilire un vero e proprio *obbligo a contrarre*»<sup>59</sup>. I limiti nell'attuazione non autorizzano, infatti, «a minimizzare la portata dei poteri di controllo sulle scelte d'impresa, assecondando, oggettivamente, la tendenza delle aziende ad eludere il confronto sulla prima parte dei contratti»<sup>60</sup>.

Sempre nella prospettiva dei «limiti dimostrati dalla politica sindacale in tema di occupazione e investimenti», Massimo si trova a dover contrastare la tesi di Mariucci, secondo la quale gli impegni assunti e non adempiuti dagli imprenditori in materia di investimenti «si configurano, in genere, in modo “tale da estendere ampiamente le potenzialità applicative della regola *rebus sic stantibus* di cui all'art. 1467 c.c.”»<sup>61</sup>. Forte della posizione assunta dal Pretore di Pisa nell'ordinanza che occasiona il commento, ovvero che «una politica antisin-

U. ROMAGNOLI è tratta da *Dalla contrattazione al controllo degli investimenti*, in *Il Mulino*, 1977, n. 251, p. 384 e ripresa dall'Autore in *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1055.

<sup>57</sup> M. ROCCELLA, *I diritti sindacali di controllo*, cit., p. 837.

<sup>58</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>59</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.* La citazione di U. ROMAGNOLI è tratta da *Dalla contrattazione al controllo degli investimenti*, cit., p. 384 e ripresa dall'Autore in *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, cit., p. 1055.

<sup>60</sup> M. ROCCELLA, *I diritti sindacali di controllo*, cit., p. 838.

<sup>61</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.* La citazione di L. MARIUCCI è tratta da *Autonomia sindacale, controllo operaio e nuova fase della legislazione lavoristica*, in G. ARRIGO (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, cit., p. 253.

dacale può ben essere quella di concedere, a livello di accordi collettivi, al sindacato, nei momenti in cui la situazione generale lo rende forte, e, poi, violare tali accordi come fogli di carta nei momenti di crisi economica o d'incertezza per l'occupazione», Massimo oppone a Mariucci il suo stesso argomento secondo il quale «il ritmo del ciclo nella fornice inflazione-recessione è tremendamente raccorciato e le condizioni finanziarie e di mercato mutano rapidamente»<sup>62</sup> per affermare che, rispetto ad un impegno di investimento, «il variare della situazione economica non può essere considerato avvenimento straordinario e imprevedibile ai sensi dell'art. 1467, soprattutto in una situazione di crisi»<sup>63</sup> come, appunto, quella descritta da Mariucci.

#### 4. *Il rispetto degli impegni assunti nella parte obbligatoria*

Dimostrata, «la infondatezza del richiamo alla regola *rebus sic stantibus...*», Massimo «non [...] pretende, ovviamente, di aver trovato una soluzione giuridica all'esigenza sindacale di ottenere il rispetto degli impegni assunti dalle aziende»<sup>64</sup>. Egli ha ben presente la difficoltà della questione, anche una volta ammesso il ricorso all'art. 28, Statuto a tutela dei diritti sindacali di controllo. Peraltro, al di là del piano giuridico, sul quale torneremo tra poco, Massimo evidenzia come «l'applicazione delle normative contrattuali ha mostrato una ben precisa tendenza degli imprenditori a strumentalizzare, in senso cogestionale, il diritto all'informazione, dimostrandosi pronti a fornirla nelle situazioni di crisi aziendale, con l'evidente intento di suscitare nel sindacato comportamenti "responsabili" e di coinvolgerlo nella gestione della crisi». Ciò è sintomo evidente, secondo Massimo, del «tentativo imprenditoriale di stravolgere il significato contrattuale dell'informazione, che non è certo quello di associare il sindacato alla gestione dei dissesti aziendali, ma, piuttosto, di fornirgli uno strumento di conoscenza e, in prospettiva, di condizionamento delle scelte d'impresa»<sup>65</sup>. In Massimo, il rifiuto di qualsiasi forma di coinvolgimento compromissorio è categorico.

Rimane, dunque, da chiarire, dal punto di vista giuridico, quale possa essere lo strumento attraverso cui ottenere il rispetto, da parte impren-

<sup>62</sup> L. MARIUCCI, *Autonomia sindacale*, cit., p. 253.

<sup>63</sup> M. ROCCELLA, *I diritti sindacali di controllo*, cit., p. 838.

<sup>64</sup> M. ROCCELLA, *o.l.u.c.*

<sup>65</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 839.

ditoriale, degli impegni assunti nella parte obbligatoria del contratto collettivo. Fugati i dubbi sull'utilizzabilità dell'art. 28 Statuto<sup>66</sup> e vinte le perplessità sindacali rispetto al suo ricorso, Massimo è consapevole del fatto che «non basterebbe il decreto pretorile a forzare la volontà dell'imprenditore, stante, anche, l'assoluta risibilità, nel caso specifico, della sanzione penale [...] prevista dallo stesso art. 28 nell'ipotesi di inottemperanza alla pronuncia del giudice». Da ciò deriva «la sostanziale permanenza delle scelte produttive all'interno della sfera imprenditoriale», in quanto, «non esiste, né al momento appare ipotizzabile, alcuno strumento giuridico, quale che ne sia la fonte, contrattuale o legale, in grado di assicurare il rispetto degli impegni assunti»<sup>67</sup>.

La mente di Massimo torna, allora, conclusivamente, alla proposta di Mancini sulla fase 2 della legislazione di sostegno, rispetto alla quale egli invoca la necessità che «il sindacato definisca un proprio orientamento con maggior chiarezza di quanto finora abbia fatto: respingendo, da un canto, con fermezza contenuti cogestionali che pure si potrebbe cercare di far passare attraverso una normativa siffatta; assumendo, dall'altro, come punto di riferimento la positiva esperienza dello Statuto». In quest'ottica, secondo Massimo, la nuova normativa promozionale dovrebbe costituire uno «strumento di precisazione e di consolidamento dei diritti sindacali e, soprattutto, di predisposizione di un adeguato apparato sanzionatorio a tutela degli stessi [...], in linea di continuità con l'ispirazione dell'art. 28 dello Statuto»<sup>68</sup>.

## 5. Piccola conclusione

Nello spirito della rilettura e, soprattutto, del dialogo postumo, mi piace concludere questo scritto con due domande per Massimo.

<sup>66</sup> I dubbi erano stati sollevati, in particolare, da C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova 1972, p. 315. Lo stesso M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 437, facendo propria la posizione di T. TREU, *Condotta antisindacale*, cit., p. 83, prima del commento all'ordinanza del Pretore di Pisa, esprimeva perplessità sul fatto «che l'inottemperanza degli impegni assunti in sede di contrattazione collettiva costituisca, di per sé, attività antisindacale reprimibile ex art. 28».

<sup>67</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 437, riprendendo G. BAGLIONI, T. TREU, *Il controllo sindacale sul potere economico*, in *Mondoperaio*, 1976, n. 11, p. 92, ma anche in G. ARRIGO (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, cit., p. 207.

<sup>68</sup> M. ROCCELLA, *La parte obbligatoria*, cit., p. 438.

La prima riguarda la funzione di «stabilizzazione delle relazioni sindacali» ovvero, per dirla con Mengoni, di «impegno di stabilità del regolamento collettivo» attribuibile alla parte obbligatoria. Non pensi che, negandola da parte sindacale, venga meno anche ogni possibilità che essa tenga sul versante datoriale per quel che riguarda gli impegni in materia di occupazione e investimenti? In altre parole, come potersi aspettare un comportamento virtuoso se la funzione pacificatrice del contratto collettivo si limita alla fase transeunte del conflitto in atto, senza spiegare alcun effetto in un orizzonte futuro seppur ben circoscritto? La seconda riguarda la tanto criticata cogestione. Non ritieni che sottoposta a rigide regole procedurali e provvista di diritti sindacali chiari, essa possa costituire, anche alla luce del tramonto del mai sorto “sol dell’avvenir”, un valido freno all’irresponsabilità sociale dell’impresa globalizzata, ormai priva di vincoli politici, economici e territoriali?

Sarebbe stato bello ascoltare le tue risposte, magari seduti ancora a quel tavolo di colazione genovese.

ANTONIO BAYLOS GRAU

## Europa y el derecho del trabajo. Irrupción de la crisis y reformas laborales (el caso español)

SUMARIO: 1. La idea y la crítica de Europa desde el Derecho del Trabajo en el pensamiento de Massimo Roccella. – 2. La preservación de la Unión Monetaria Europea y la gobernanza económica durante la crisis. – 3. La larga temporada de las reformas laborales en España. – 4. Un nuevo momento de excepción de signo diferente. ¿Reversibilidad de las reformas?

### 1. *La idea y la crítica de Europa desde el Derecho del Trabajo en el pensamiento de Massimo Roccella*

Massimo Roccella era bien conocido por la doctrina iuslaboralista española. Dentro de la circulación permanente de ideas que caracterizaba la relación entre ambos espacios culturales, sus trabajos formaron parte de las lecturas importantes de los académicos españoles, especialmente en la década de los 90, una vez que obtuvo la cátedra en Turín. Era a su vez un atento observador del derecho comparado y en concreto del sistema jurídico-laboral creado tras la constitución española de 1978. El contacto frecuente con los profesores españoles en encuentros y seminarios bilaterales, afianzó su presencia, también a través de sus publicaciones, traducidas para ser leídas en castellano o en catalán. Las aportaciones de Massimo Roccella para la audiencia académica española, cubrían una buena parte de los temas sobre los que desplegaba su actividad investigadora, especialmente respecto de los elementos que suponían novedades legislativas de importancia en Italia que resultaban especialmente interesantes en España.

El amplio campo del conflicto y la regulación de los servicios esenciales o las políticas de empleo, fueron objeto de la atención académica en España<sup>1</sup>, pero fundamentalmente el interés de los

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *Huelga y servicios esenciales en el ordenamiento jurídico italiano*, en *Tem. Laborales*, 1992, núm. 25, pp. 17-29; M. ROCCELLA, *La resolució*



estudiosos del derecho laboral español se concentró en sus estudios sobre la relación entre el derecho del trabajo y el derecho comunitario, un tema sobre el que su enfoque crítico y la profundidad de su análisis era especialmente atractivo para la doctrina española, y en el que además la inmediata receptividad de sus apreciaciones en la exposición de la doctrina del Tribunal de Justicia, era especialmente apreciada.

Quiere decirse que es fundamentalmente el tema europeo el que está asociado a la figura de Massimo Roccella para el laboralista español. Sus estudios sobre el derecho comunitario, o, más expresamente, la aportación del derecho comunitario al derecho del trabajo, en la que la actividad interpretativa del TJUE se había revelado portadora «de una notable influencia sobre las opciones del legislador y sobre la orientación de los jueces nacionales», aun dentro de una “relación complicada” entre ambos ordenamientos<sup>2</sup>, fueron muy relevantes<sup>3</sup>.

Pero, más allá del «fecundo encuentro entre el Derecho del Trabajo y el Derecho comunitario», lo cierto es que el devenir de las políticas europeas, más decididamente a partir de la comisión Barroso, en el 2004, pero ya antes a partir del Libro Blanco de octubre de 2001 sobre Seguridad Social<sup>4</sup>, sirvió en muchas ocasiones de excusa para justificar políticas internas en una dirección neoliberal tanto

*extrajudicial dels conflictes laborals: una anàlisi comparada*, en *Iuris: Quaderns de política jurídica*, 1995, núm. 4 (Ejemplar dedicado a: Alternativas a la resolució judicial de conflictes), pp. 149-162; M. ROCCELLA, *Una política laboral con doble rasero: relaciones laborales y relaciones sindicales en tiempos del gobierno Berlusconi*, en *Rev. der. soc.*, 2004, núm. 27, pp. 231-252.

<sup>2</sup> Es la apreciación constante en el autor de la valoración otorgada a la relación entre el derecho comunitario y los derechos del trabajo de los ordenamientos internos, que ya establecía en su importante monografía. Cfr. M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997, pp. 14-15.

<sup>3</sup> En dos trabajos muy interesantes. El primero, al comienzo de la década de los 90, M. ROCCELLA, *La Comunidad Europea y los contratos de trabajo atípicos*, en *Relac. laborales*, 1993, vol. 1, pp. 1186-1214, y el segundo, con el comienzo del nuevo siglo, M. ROCCELLA, *Tutela del trabajo y razones del mercado en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en *Rev. der. soc.*, 2000, núm. 12, pp. 93-120.

<sup>4</sup> «El caso de las pensiones constituye solamente la enésima representación de una crónica anunciada: en todas las ocasiones importantes, a partir de los contenidos del archiconocido “Libro Blanco” de octubre de 2001, Europa ha sido al mismo tiempo utilizada como escudo protector de políticas prediseñadas y como vínculo externo que predeterminaba opciones que de otra manera serían difícilmente sostenibles». M. ROCCELLA, *Una política laboral con doble rasero*, cit., p. 232.

en materia de pensiones y de gasto social, como en lo que se refiere a la “modernización” del Derecho del Trabajo<sup>5</sup> y la estrategia de la flexiseguridad, las políticas de empleo y el dumping social, como denunció en numerosas ocasiones Roccella, impugnando las líneas de evolución de la jurisprudencia del TJ y de la Comisión europea hacia un mercado de trabajo cada vez más liberalizado, que desarticulaba las garantías del «modelo social europeo»<sup>6</sup>.

Es decir, que frente a una concepción positiva de la relación entre el modelo social europeo y su relación interdependiente con los ordenamientos laborales internos de nuestros respectivos países, la evolución política de la Comisión Europea y de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, había ido deslizándose la producción normativa europea en materia social hacia derroteros que impedían seguir efectuando una síntesis provisional y dinámica entre los valores constitucionales del Estado Social y la potente consideración del mercado unificado como espacio privilegiado de circulación de derechos. En esta consideración crítica, Roccella fue uno de los autores que más polemizaron, desde su compromiso ciudadano y su conocimiento científico<sup>7</sup>, contra esta deriva de la política y del derecho europeo. No pudo sin embargo asistir a los siguientes pasos marcados por la irrupción de la crisis y la remodelación de la propia institucionalidad europea, en un cierto colapso de los bloques fundamentales de las normas que organizan el poder en Europa, que, como se ha dicho muy razonadamente, «ha acelerado y radicalizado el proceso de mutación de la constitución funcional de la Unión Europea»<sup>8</sup>, y, por lo mismo, tampoco analizar los efectos que las llamadas “políticas de austeridad” implicaron en las “reformas estructurales” de los ordenamientos internos de los países más afectados por la crisis. A estas dos cuestiones, con especial atención a la repercusión en el ordenamiento español, se dedican las páginas que siguen.

<sup>5</sup> Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, «Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI» [COM (2006) 708 - no publicado en el Diario Oficial].

<sup>6</sup> M. ROCCELLA, *L'Unione europea tra neoliberalismo e dumping sociale*, en *www.insightweb.it/web/content/l%E2%80%99unione-europea-fra-neoliberalismo-e-dumping-sociale*.

<sup>7</sup> U. ROMAGNOLI, *Massimo Roccella, uno studioso civilmente impegnato*, *Lav. dir.*, 2011, pp. 233-237.

<sup>8</sup> A.J. MENENDEZ, *La crisis existencial de la Unión Europea y la radicalización de su mutación constitucional*, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 2020, núm. 99, p. 32.

## 2. *La preservación de la Unión Monetaria Europea y la gobernanza económica durante la crisis*

Es conocido lo que significó para el derecho del trabajo – y en general para el derecho social europeo – la irrupción de la crisis financiera después del *crack* del 2008 que alimentó la burbuja inmobiliaria y el desbordamiento del crédito y que impulsó a los distintos países involucrados a inyectar ingentes sumas de dinero para sanear y reflotar las entidades financieras afectadas. Este endeudamiento generó a su vez la siguiente fase de la crisis, llamada de la deuda soberana, que dio inicio con la crisis del euro a partir del caso griego en el 2010 y que impulsó la respuesta coordinada de la Comisión europea, el Banco Central y el Fondo Monetario Internacional, la *troika*, en la coordinación y desarrollo de un proyecto de regulación social y económica sobre la base de preservar la Unión Monetaria Europea. La llamada gobernanza económica implicaba establecer unas determinadas condiciones a la concesión de créditos para subvenir a la deuda soberana que debía cumplir el país sobre endeudado, unas condiciones que se referían fundamentalmente a la regulación de los derechos laborales y de protección social y que se materializaban en el *memorándum de entendimiento* que se concluía con cada uno de los estados endeudados para obtener la liquidez ofrecida por la *troika*.

Por su parte, el proceso de revisión del sistema monetario unificado se reafirmó mediante la promulgación del llamado *Six Pack* del 2011 y el *Two Pack* del 2013, y nuevos elementos, como el *Euro-Plus Pact* del 2011 consolidaron el enfoque de la desregulación de derechos laborales y sociales y el recorte del gasto como forma de abordar los problemas económicos y fiscales de la moneda única<sup>9</sup>. La firma del Tratado para la estabilidad, coordinación y gobernanza para la Unión Monetaria Europea en el 2011 es el elemento básico de esta arquitectura normativa que se sitúa en un terreno paralelo al del derecho europeo ordinario, generando una disciplina presupuestaria y monetaria para los países que han adoptado la moneda única, sin que por tanto se incorpore al sistema jurídico europeo.

La gobernanza de la Unión Monetaria Europea a través de la creación del llamado semestre europeo obliga a que los Estados miembros discutan sus planes económicos y presupuestarios con la

<sup>9</sup> C. KILPATRICK, *Social Europe via EMU: Sovereign Debt, the European Semester and the European Pillar of Social Rights*, en *dir. lav. rel. ind.*, 2018, núm. 160, vol. 4, pp. 742-743.

Comisión para que se preparen de acuerdo con estas instrucciones los presupuestos generales de cada estado el año siguiente. A ello se une la introducción de un nuevo régimen de sanciones reforzado, lo que para los Estados de la zona euro impone una suerte de vigilancia continua sobre las políticas sociales, en especial a través del procedimiento de déficit excesivo, que pasa de ser un elemento concebido por el *Six Pack* para los países endeudados a un mecanismo para todos los Estados del área del euro que incurran en déficits excesivos mediante la concertación de Programas de Asociación Económica<sup>10</sup>.

Lo que hay que retener de estas medidas derivadas de la crisis de la deuda soberana es la “estricta condicionalidad política” de los *memorándums de entendimiento* que marcaban la relación entre el país endeudado y los préstamos que suministraba la *troika*, y que se resumían en la exigencia de “reformas estructurales” en materia laboral y social, sin que se plantearan límites de ningún tipo a esta indicación de cambio normativo por parte de los Estados afectados<sup>11</sup>. En la exigencia de estas reformas estructurales se ponía de manifiesto que la gobernanza económica – entendida como requisito para la preservación de la estabilidad monetaria – partía de la convicción de que los derechos laborales y sociales y el gasto público necesitaban «una poda radical» que permitiera «una mejor posición fiscal, un sector de servicios públicos reducidos y un sector privado más enérgico»<sup>12</sup>. Esto suponía una convicción política prioritaria frente a la cual los compromisos internacionales, comunitarios y nacionales en materia de derechos humanos y sociales no tenían cabida o eran

<sup>10</sup> En febrero de 2009, la Comisión Europea metió a España en la “lista negra” de países con déficit excesivo, un 9,6% en el 2011, un 10,5% en el 2012 ya con Rajoy, para pasar al 6% en 2014 y finalmente el 3,1% en el 2017. El gobierno de Pedro Sánchez gracias a la mejora de la recaudación lo redujo al 2,48% en el 2018, y de esta manera, España fue, el 14 de junio del 2019, el último de los países en salir de la “lista negra” de los países con déficit excesivo. Para ello se precisaron recortes de miles de millones de euros (34.753 millones entre el 2012 y el 2015, en el apogeo del gobierno Rajoy) que repercutieron fundamentalmente en educación, sanidad, pensiones, gastos sociales, tecnología, carreteras e inversiones públicas, junto con un aumento de los impuestos indirectos, especialmente el IVA, 23.000 millones más de impuestos entre el 2011 y el 2015, según la Agencia Tributaria.

<sup>11</sup> E. ALES, *Alla ricerca dei limiti giuridici alla condizionalità politica. Luci e ombre della dimensione “costituzionale” del modello sociale europeo*, en C. BERGONZINI, S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli 2016, pp. 91 ss.

<sup>12</sup> C. KILPATRICK, *Social Europe via EMU*, cit., p. 744.

en todo caso secundarios. La aplicación del llamado consenso de Washington en su clásica acepción de fundamentalismo neoliberal centrado en la reducción del Estado y exaltación del mercado y de la libertad de empresa, era el eje de estas medidas, no sólo aplicables a los países sobre endeudados del área del euro, sino también a otros países europeos no situados en esta zona, como Hungría, Letonia y Rumania durante el período 2009-2010, en donde por cierto la Comisión europea resultó ser más exigente en su formulación que el propio Fondo Monetario Internacional<sup>13</sup>.

Lo que interesa resaltar de este proceso es que el conjunto de medidas que se articularon entre el 2010 y el 2012 para Grecia, Irlanda, Portugal y Chipre, así como para Italia y España, aunque con distinto alcance y grados, fueron en una buena medida consideradas como decisiones vulneradoras de una amplia serie de derechos reconocidos internacionalmente, incumpliendo así los compromisos internacionales a los que como Estados firmantes estaban obligados. Es decir, es factible seguir la trazabilidad de las violaciones de derechos humanos que han provocado las medidas producto de la denominada “condicionalidad política” de las ayudas financieras derivadas de la deuda soberana en los países inmersos en la crisis.

Una triple dimensión internacional ha sido recorrida por otros países, denunciando la incompatibilidad de las normas impuestas con ocasión de la crisis y los derechos laborales y sociales reconocidos en los textos y convenios internacionales. En lo que respecta a la vulneración de lo que se considera como la Constitución Social de todos los países del Consejo de Europa, la Carta Social Europea, los tres grandes elementos sobre los que el CEDS considera que las medidas de la gobernanza económica en los países sobre endeudados vulneran los derechos fundamentales de carácter laboral y social reconocidos en dicho texto se refieren tanto a las nuevas reglas sobre negociación colectiva, como a las restricciones en materia de pensiones y finalmente a las normas sobre contratación y despidos, es decir al núcleo central de las llamadas políticas de austeridad impuestas<sup>14</sup>. Las quejas a la OIT se colocan fundamentalmente en el plano de la vulneración de la libertad sindical, tanto en lo referente a la negociación colectiva como en algunos casos muy significativos, como en el español, por violación del derecho

<sup>13</sup> C. KILPATRICK, *Social Europe via EMU*, cit., p. 744.

<sup>14</sup> C. SALCEDO BELTRÁN, *Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea*, en *Rev. euro. der. fundamentales*, 2013, núm. 22, pp. 110 ss.

de huelga en supuestos de conflictos de protesta frente a la aplicación de las reformas laborales urgidas por la *troika*<sup>15</sup>. Naciones Unidas, en concreto el informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, insistía en la protección de los derechos derivados del derecho al trabajo y de los derechos de Seguridad Social llamando la atención tanto sobre los recortes sociales como en la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en los pactos internacionales en especial para las personas más vulnerables<sup>16</sup>.

De forma destacada, las reformas estructurales a las que obligó el proceso de estabilización monetaria, confrontó con el sistema de derechos reconocidos en las constituciones nacionales, de manera que varios preceptos contenidos en las normas de reforma de la legislación laboral o de seguridad social urgidas por los mecanismos de estabilización monetaria, fueron declarados inconstitucionales, resaltando en este punto tanto las sentencias del Tribunal Constitucional portugués como las de la Corte Constitucional italiana. Los preceptos constitucionales de Portugal y de Italia, que se corresponden con una idea fuerte de Estado social, supusieron en algunos puntos clave un dique de contención frente a algunas medidas degradatorias de derechos. En Portugal, la reforma laboral de la Ley 23/2012, fruto del memorándum de entendimiento firmado en enero del 2012 entre el gobierno portugués y la *troika*, fue declarada inconstitucional en numerosos puntos relativos a la indeterminación de los nuevos supuestos de despido que chocaban frontalmente contra la prohibición contenida en la constitución portuguesa de un despido sin causa, así como otras disposiciones que violaban el derecho a la negociación colectiva<sup>17</sup>. En posteriores decisiones el Tribunal constitucional portugués ha abordado la inconstitucionalidad de las leyes de presupuestos que incorporaban algunas medidas importantes de recortes sociales en lo relativo a pensiones y retribuciones de funcionarios. Respecto a Italia, se han declarado inconstitucionales

<sup>15</sup> A. GUAMÁN, *Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma laboral de 2012: una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional*, en *Rev. der. soc.*, 2014, núm. 66, pp. 201 ss.

<sup>16</sup> Cfr. OHCHR, *Report on austerity Measures and Economic and Social Rights*, 2013, en [www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RightsCrisis/E-2013-82\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RightsCrisis/E-2013-82_en.pdf). También C. KILPATRICK, *Social Europe via EMU*, cit., p. 745.

<sup>17</sup> G. DRAY, *Constituição laboral: Atualidade o revisão?*, en J.J. ABRANTES (coord.), *II Congresso Europeu de Direito do Trabalho. Os desafios atuais do Direito do Trabalho*, Lisboa 2018, pp. 45 ss.

las restricciones a la negociación colectiva en el sector público<sup>18</sup>, la negociación en el sector cooperativo<sup>19</sup>, o la congelación de las pensiones superiores a 1.400 €<sup>20</sup>, pero las vicisitudes de la inconstitucionalidad de determinados preceptos se ligó al debate muy importante sobre el referéndum derogatorio que debía haberse producido a instancia de la Cgil para eliminar la reforma del régimen vigente desde 1970 de readmisión forzosa en los casos de despido improcedente, que sin embargo fue rechazada por la Corte tras una discusión muy comprometida, y que se ha prolongado hasta nuestros días con una importante sentencia – la n. 194/2018 – en la que se declara inconstitucional la determinación fija de la indemnización por despido en función de la antigüedad en la empresa por ser contraria al derecho a obtener una tutela adecuada contra el despido ilegítimo, mandato también presente en la Carta social Europea<sup>21</sup>.

La crisis de la deuda soberana desembocó por consiguiente en una crisis del Estado social y democrático, porque las políticas puestas en práctica – pomposamente llamadas políticas de austeridad – fueron causa directa de la degradación de derechos laborales y sociales. De esta manera, una línea interpretativa de estos procesos desplaza la idea de consecuencia a la de causa, de forma que lo que se sostiene es que el objetivo central de las políticas de austeridad no ha sido preservar la estabilidad monetaria del euro y recomponer las economías afectadas por el endeudamiento masivo, sino provocar el desmantelamiento de las garantías estatales y colectivas del derecho del trabajo y la reconfiguración en clave asistencialista de las estructuras de Seguridad social, a la vez que se impulsaba un poderoso proceso de privatización de servicios de interés general. Son por consiguiente muy dudosas las credenciales democráticas de estas políticas europeas<sup>22</sup>.

La gobernanza económica europea ha generado una política de

<sup>18</sup> F.J. TRILLO PÁRRAGA, *Políticas de austeridad y negociación colectiva en el Sector Público. Algunas reflexiones en torno a la experiencia italiana*, en *Rev. der. soc.*, 2015, núm. 71, pp. 201-214.

<sup>19</sup> G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte Costituzionale*, en *Lav. dir.*, 2018, p. 7 ss.

<sup>20</sup> B. SUAREZ CORUJO, *La preservación del derecho a la revalorización de las pensiones en Italia. ¿Sonrojo español?*, en *Der. relac. laborales*, 2015, núm. 4, pp. 457-463.

<sup>21</sup> El fascículo n. 2 de la revista *Lavoro e diritto*, 2019, está dedicado monográficamente al análisis de esta sentencia y sus implicaciones respecto del régimen del despido, flexibilizado por la *Job Act* del gobierno Renzi.

<sup>22</sup> M. DANI, *Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea*, en *Lav. dir.*, 2018, p. 152.

inaplicación selectiva de derechos fundamentales tanto a nivel internacional y supranacional como a nivel constitucional de los ordenamientos internos. Es selectiva porque se ha centrado en los países del sur de Europa cuyo marco constitucional era socialmente más avanzado como consecuencia de la derrota y transición de las dictaduras fascistas desde Grecia hasta Portugal, pasando por Italia y España. Las políticas emprendidas en estos países consideran el campo de los derechos como un obstáculo a la recuperación económica, a la vez que diseñan una arquitectura institucional que degrada el sistema democrático nacional-estatal. En efecto, se produce la transferencia de la autoridad sobre las decisiones fundamentales en materia de gastos e ingresos, de un nivel relativamente democrático – el nacional-estatal – a las instituciones europeas intergubernamentales en el Mecanismo Europeo de Estabilidad. Éstas son las que imponen unas reformas estructurales a cambio de permitir la solvencia y liquidez financiera del Estado endeudado. A su vez, el espacio de la producción mercantil de servicios y la capitalización financiera se “despolitiza” en el sentido de que es inmunizado frente a las decisiones de las mayorías sociales y las garantías de los derechos democráticos: los derechos sociales y laborales no pueden interferir en ese campo ni impedir las políticas de gobierno del mismo. Lo que conduce a una crisis política y democrática, porque esos procesos convergen en la desvitalización de los procesos de representación política en la medida en que tanto las opciones de centro izquierda como de centro derecha coinciden en las mismas fórmulas de regulación del trabajo en torno a una constante dirección de remercantilización del mismo. Se trata de la “inmutabilidad” de los contenidos de las decisiones políticas que en varias ocasiones – como en el caso del referéndum griego de 5 de julio del 2015 – se han mostrado directamente antidemocráticas, ignorando la decisión mayoritaria de las poblaciones afectadas<sup>23</sup> y han sido percibidas por una gran parte de la opinión pública de estos países como profundamente injustas en lo social y propiciadoras de una enorme desigualdad y de un considerable empobrecimiento de una buena parte de las clases subalternas.

### 3. *La larga temporada de las reformas laborales en España*

La crisis irrumpió en el ordenamiento español como un estado de excepcionalidad social no declarado como tal que pretendía in-

<sup>23</sup> C. KILPATRICK, *Social Europe via EMU*, cit., p. 745.



troducir, de forma abrupta, un modelo neoautoritario de relaciones laborales, alterando el equilibrio de poderes que estaba recogido en el sistema legal y convencional inmediatamente anterior. Excepcionalidad en la forma de producción normativa, a través de los poderes ejecutivos del gobierno mediante la legislación de urgencia, convalidada solo posteriormente a su adopción y en muchas ocasiones sin ni siquiera proceder a una tramitación legislativa de la norma de extraordinaria y urgente necesidad, por el Parlamento en un procedimiento sumario<sup>24</sup>. La reforma del art. 135 de la Constitución, urgida por la “*troika*”, que establecía la prohibición para todas las Administraciones Públicas de incurrir en el déficit estructural máximo y la autorización del volumen de deuda pública permitida, fue acordada por los grupos parlamentarios del PSOE y el PP en las cámaras legislativas sin someterlo al referéndum ciudadano como exigiría cualquier reforma de la Constitución, al entenderse que se trataba de una mera reforma “técnica” que no enajenaba aspectos centrales de la soberanía nacional y estaba urgida por la necesidad de salvar el sistema monetario unificado europeo puesto en peligro por la crisis. Esta excepcionalidad se mantuvo tanto con el gobierno del PSOE como con el gobierno del PP, si bien el aumento de la intensidad en la restricción de derechos se nucleó en torno a la reforma del 2012, que exhibió un compendio de medidas degradatorias de los derechos individuales y colectivos del trabajo. Por eso se puede también hablar de excepcionalidad por la violenta irrupción de las reformas en el orden democrático de las relaciones laborales imponiendo una visión autoritaria de éstas como consecuencia de la crisis económica y el desempleo masivo.

Centrándose en las reformas del marco institucional laboral, el proceso se desarrolló en tres fases. La primera, a partir de mayo del 2010, a través del RDL 10/2010, que entró en vigor el 17 de junio de ese año y que luego se convirtió en la Ley 35/2010, y que se centraba en el tema del despido, abaratando su indemnización e impulsando la idea del carácter definitivo de la decisión empresarial, con independencia de su justificación real, junto con la flexibilización de la negociación colectiva empresarial a partir del reforzamiento de la posibilidad de inaplicar el convenio sectorial en las empresas en puntos

<sup>24</sup> De esta manera se colocaba al poder legislativo en una posición de convalidación posterior de la norma ya emanada por el Gobierno y se evitaba el paso de la misma por el Consejo Económico y Social como órgano de consulta con participación de los sujetos sociales.

centrales de la regulación colectiva de condiciones de trabajo<sup>25</sup>. En el 2011, se procedió a una nueva modificación del cuadro regulativo, especialmente en materia de negociación colectiva, fortaleciendo aún más la subordinación de la capacidad sindical de articular y ordenar la negociación colectiva como sistema a las necesidades atomizadas y particulares de cada empresa<sup>26</sup>, una reforma que respondía al requerimiento epistolar del Presidente del BCE al Presidente de gobierno español, Rodríguez Zapatero, y cuyo contenido fue prontamente superado en la siguiente fase reformista, tras las elecciones generales del otoño del 2011 donde obtuvo mayoría absoluta el Partido Popular. De esta forma, el nuevo gobierno aprobaría el RDL 3/2012, de 10 de febrero<sup>27</sup>, que una vez convalidado se tramitaría parlamentariamente por el procedimiento de urgencia para convertirse en la Ley 3/2012, que marca las líneas de desarrollo del cuadro institucional en materia de relaciones de trabajo de esta etapa<sup>28</sup>.

Las reformas laborales del período 2010-2012 abrieron una seria conflictividad social, que se manifestó en la convocatoria de huelgas generales de amplísimo seguimiento que sin embargo no obtuvieron ningún reconocimiento por parte del poder público, que cabalgaba a lomos de un desplome sobrecogedor de los niveles de empleo en el marco de una crisis económica y financiera para la que se había requerido la ayuda europea en el saneamiento del sistema bancario español que conllevó la desaparición de las Cajas de Ahorro y la inyección de 60.000 millones de euros para subvenir a los bancos y cajas en riesgo. La tasa de paro había pasado del 11,3% en el 2008 al 20,1% en el 2010, y habría de subir e incrementarse durante los años sucesivos hasta llegar a niveles incompatibles con un orden político democrático que debe garantizar el derecho al trabajo de sus ciudadanos y de las personas que residen en el país<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. A. BAYLOS (coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma laboral*, Albacete 2011.

<sup>26</sup> Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*, en *Rev. der. soc.*, 2011, núm. 56, pp. 11-20.

<sup>27</sup> Al que se dedicó el número monográfico de la *Rev. der. soc.*, 2012, núm. 57.

<sup>28</sup> Sobre la Ley 3/2012, hay decenas de comentarios colectivos en el panorama del iuslaboralismo español. Una visión descriptiva general de las tres fases de la reforma en J. CABEZA, F. LOUSADA, *Derecho del Trabajo y crisis económica (Premio "Rafael Martínez Emperador")*, Madrid 2013.

<sup>29</sup> Una tasa de paro del 26,94% en el 2013, más de seis millones de parados, una cifra que fue rebajándose muy lentamente al 23,78% en el primer trimestre del 2015, cinco millones y medio de parados, 20% en el 2016, con un millón menos de desempleados, 16,55 % en el 2017, 3,75 millones, para estabilizarse finalmente

Se podía decir por tanto que una larga serie de personas no sólo perdían el trabajo, sino que éste desaparecía como posibilidad, y las reformas laborales utilizaban esta crisis de empleo – que se llamaba de “mercado de trabajo” – para imponer la receta que defendían las políticas de austeridad comandadas por autoridades políticas e instituciones financieras en Europa, la reducción de las garantías de empleo a través de la facilitación de los despidos, el abaratamiento de los mismos y el debilitamiento del control judicial, junto con transformaciones importantes en la articulación de los convenios colectivos. En este tema crucial, la ley invertía imperativamente la estructura que las partes sociales habían desarrollado promoviendo la llamada descentralización negocial en torno a la supremacía del convenio de empresa en todo el sistema de negociación y aseguraba el incremento de la asimetría de poder en el proceso de negociación con la desaparición de la ultra actividad de los convenios. A ello iba unido la reducción de controles y mediaciones colectivas en la toma de decisiones del empleador, cuya unilateralidad en la gestión de la empresa se reforzaba de manera formidable. En el área pública, la negociación colectiva desaparecía en aras del principio de estabilidad presupuestaria, y se bloqueaba y degradaba el empleo público como categoría incompatible con la recuperación económica que debía pasar por el ensanchamiento de las privatizaciones de los servicios públicos y la reducción del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

La creación de empleo estable prácticamente se descartaba tras su terrible desmoronamiento en los años de la crisis. La creación de empleo se confiaba por el contrario a categorías de contratos a término, en el arco de una intensa fragmentación empresarial y privatización de servicios públicos y a la promoción del tiempo parcial impuesto, no voluntario, ante el cual además se dificultaba el control horario. Desde la retórica ideológica que sostenía este amplio proceso de degradación de derechos de la ciudadanía que se define a partir de su condición de personas que trabajan, la referencia al empleo borró

en torno al 14,5% en el 2018 y los 3,3 millones, y finalizar en un poco más allá de los 3 millones de parados en el cuarto trimestre del 2019, 13,78%, inmediatamente antes de la irrupción de la crisis sanitaria y económica derivada del Covid-19, ya con el primer gobierno Sánchez tras la moción de censura que derribó al gobierno Rajoy del PP. Las medidas excepcionales del estado de alarma, limitaron durante todo el año 2020 la tasa de paro a casi un 16%, 3,6 millones de parados durante toda esta crisis, que contrasta fuertemente con el brutal ajuste sobre el empleo del ciclo de las políticas de la austeridad.

cualquier relación con el trabajo como eje de atribución de derechos democráticos, y se sustituyó por el elogio del “emprendimiento”, una suerte de figura ideal que sirve para honrar la autonomía e independencia de quienes son definidos poco menos como los héroes del tiempo de la crisis por ser capaces de crear empleo y oportunidades de negocio sin más apoyo que su propia iniciativa<sup>30</sup>. Incluso se creó una figura contractual atípica, con un periodo de prueba de un año con libre despido para apoyar su actividad, el contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores, cuya contraposición con el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo parecía evidente<sup>31</sup>, que finalmente fue derogado a finales de 2018 por entender cumplida su función incentivadora del empleo en la crisis<sup>32</sup>.

Las reformas laborales crearon un marco institucional que anuló una buena parte de los mecanismos correctores de la asimetría de poder existente en la relación de trabajo, favoreciendo de manera explícita una relación descompensada entre las partes de un contrato laboral y forzando el desequilibrio entre empresarios y los sujetos colectivos que representan a los trabajadores y trabajadoras en nuestro país. El sindicato, para los autores de la reforma, sólo tenía espacio en la participación de las decisiones de la empresa en la medida que las avalara de forma adhesiva y la negociación colectiva era una mera fórmula para gestionar las consecuencias de la crisis a la que se recurría en la medida en que se plegara al proyecto decidido por la parte empresarial. La nueva regulación de la negociación colectiva se resumía fundamentalmente en la regla de la derogación de estándares salariales y de condiciones de trabajo respecto de los más elevados obtenidos y acordados en convenios de sector. En el sector público, la privatización de servicios y la subcontratación de éstos tenía también este mismo objetivo devaluatorio de las condiciones salariales, a lo que se unía la proscripción de la negociación colectiva en la Administración y empresas públicas y la congelación de salarios.

El resultado de esta etapa tan terriblemente dañina de las relaciones sociales en España, fue el incremento pavoroso de la desigualdad. De-

<sup>30</sup> M. OLMO GASCÓN, *De empresarios a emprendedores: la resiliencia corporativa a través de la devastación de los derechos laborales*, en *Trab. segur. soc.*, 2014, núm. 381, pp. 13-56.

<sup>31</sup> J. PÉREZ REY, *Control constitucional económico y protección multinivel de los derechos laborales: una aproximación desde el caso español*, en *Lav. dir.*, 2018, pp. 200-203.

<sup>32</sup> RDL 28/2018, de 28 de diciembre.

sigualdad salarial, desigualdad en la distribución de la renta, desarticulación de instrumentos de redistribución. Una desigualdad impelida por una política de extrema devaluación salarial que se proyectó de manera segmentada sobre la población trabajadora, de manera que se cebó en las franjas salariales más bajas, donde la precariedad en el trabajo y la rotación en el empleo eran más constantes. Una constatación que se hace más nítida si se compara con otros países europeos, y que no se compensó suficientemente con ayudas sociales derivadas de la situación de desvalorización personal que producía la inestabilidad en el empleo. Se constata un efecto claro de desigualdad en la distribución de la renta. Las estadísticas de que dispone Eurostat calculan la distancia que se da en cada país entre las personas que tienen mayor renta disponible – fijadas en un 20% de la población – con el grupo de los que tienen menos – otro 20% – y de esta manera establecen el margen de desigualdad entre ambos. Mientras que la media europea es la de 5,2 veces la distancia de la renta de los estratos superiores a los inferiores, en España esta distancia se aumenta considerablemente a casi siete veces, por debajo de Rumania, Lituania y Bulgaria e inmediatamente por encima de Grecia<sup>33</sup>.

La reforma laboral suscitó importantes dudas sobre la constitucionalidad de algunos de sus preceptos, lo que fue recogido en un recurso de inconstitucionalidad presentado conjuntamente por los grupos parlamentarios socialista y de la izquierda plural y en una serie de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos jueces y magistrados de lo social. Pero el recurso a los mecanismos que prevía el sistema de derechos establecido en la Constitución no funcionó, con lo que se dio a entender que el sistema jurídico no daba respuesta a las muy fundadas opiniones que mantenían la inconstitucionalidad de algunos aspectos fundamentales de la reforma laboral del 2012 en concreto<sup>34</sup>. Sin perjuicio de un análisis en

<sup>33</sup> [www.ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc\\_di11/default/table?lang=en](http://www.ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ilc_di11/default/table?lang=en).

<sup>34</sup> La nota que hicieron pública CCOO y UGT tras el primer pronunciamiento del TC sobre la constitucionalidad de la norma de reforma laboral fue extremadamente dura y desencantada: «La convalidación constitucional de la Ley 3/2012 supone la expulsión del trabajo del espacio democrático de los derechos y que a partir de aquí se convalida una construcción legal que lo hace funcional al interés económico y organizativo de la empresa tal como lo define la voluntad unilateral de su titular, minorando y reduciendo al límite la presencia y la acción colectiva y sindical, y legalizando amplias zonas de desprotección y de precariedad sin ningún control normativo ni colectivo». Las decisiones del Tribunal constitucional español fueron también muy criticadas por la intelligentsia iuslaboralista europea. Umberto

profundidad de este ejemplo de «corrosión del constitucionalismo democrático»<sup>35</sup> llevado a cabo por las sentencias del Tribunal Constitucional español, es evidente que en esta doctrina constitucional convalida la institucionalización de una situación de excepción marcada por la crisis económica y de empleo, que reduce el alcance y la intensidad de los derechos laborales básicos del trabajo y la negociación colectiva, alentando un cambio de modelo de Derecho del trabajo.

Porque en efecto lo que está en el fondo de este debate sobre las reformas laborales es la función del Derecho del trabajo y su colocación en el espacio político y democrático. La fuerte componente ideológica que acompañaba a las Exposiciones de Motivos de las normas de reforma y mucho más aún a los razonamientos del Tribunal Constitucional español reposaba en la convicción profunda de que los derechos individuales y colectivos derivados del trabajo deben ceder siempre ante las exigencias inmediatas del mercado. Sucede de forma muy evidente con la regulación del despido, pero también respecto de la extinción “*ad nutum*” en el periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores, y la negociación colectiva no se contempla sino como una variante en la política económica del poder público orientada a recuperar competitividad de las empresas. Se trata en definitiva del modelo político neoliberal del derecho del trabajo, que en su versión primera aparece en el llamado libro verde para la modernización del Derecho del trabajo en Europa, y se concentra en la noción de flexiseguridad<sup>36</sup> y en el cambio progresivo de la orientación del TJUE, como ya se ha señalado, pero que en

Romagnoli, uno de los juristas del trabajo más respetados en Italia y en Europa, se manifestaba así de tajante: «El complejo mecanismo que desarticula a los sindicatos a los que se pide que negocien colectivamente aun sabiendo que podría ser un tiempo desperdiciado, tiene las propiedades de las “reformas estructurales” en la acepción que muestra Wolfgang Streeck: también éste se encuentra pre-ordenado a la finalidad de eludir, marginar y eliminar a los sujetos “de cualquier orden y grado” esto es, in primis, al sindicato, que se oponen a las dinámicas del mercado. Con toda seguridad, el corpulento mecanismo normativo tiene un olor fuerte de inconstitucionalidad, y de hecho impresiona negativamente el confuso razonamiento del Tribunal Constitucional español que, constituido en amplísima medida por magistrados designados por la derecha parlamentaria, ha rechazado los primeros recursos de inconstitucionalidad de la reforma laboral con la impasibilidad del testigo que ve como apalean a un perro que se está ahogando».

<sup>35</sup> M. DANI, *Il ruolo della Corte Costituzionale italiana*, cit., p. 149.

<sup>36</sup> Cfr. J.P. LANDA ZAPIRAIN (coord.), *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete 2009.

la versión de la gobernanza económica europea se radicaliza en el sentido de que «las normas del derecho del trabajo deben estar pura y simplemente subordinadas las exigencias del mercado y a las inmediatas y atomizadas exigencias de las empresas, fuera de cualquier visión sistémica de las perspectivas a medio y largo plazo de los equilibrios sociales»<sup>37</sup>. Una concepción intensamente fundamentalista de mercado según la cual, en síntesis, para evitar el desempleo masivo hay que facilitar los despidos y para incrementar el empleo hay que reducir las garantías de los trabajadores ocupados.

Un modelo neoliberal de derecho del trabajo que encaja en un diseño neoautoritario de las relaciones laborales que no puede sostenerse. Y que no consigue consensos en las mayorías sociales que se están produciendo en la etapa post-crisis en Europa, que, aunque sea de manera contradictoria y desigual, reclaman mayor protección social y el respeto de los derechos laborales básicos<sup>38</sup>. En la estela del pensamiento y de la presencia activa como jurista de Massimo Roccella.

#### 4. *Un nuevo momento de excepción de signo diferente. ¿Reversibilidad de las reformas?*

La situación desde luego ha cambiado.

La pérdida de legitimidad democrática del proyecto europeo y la profunda crisis política que han ido propiciando las políticas de austeridad y sus “reformas estructurales”, se intentaron mitigar mediante una suerte de compensación de las medidas de control presupuestario con un moderado empuje social en torno a la iniciativa conocida como “Pilar Social Europeo” que la Comisión Juncker quiso presentar como un cierto desagravio ante la deriva antidemocrática que había ido asociada a la puesta en práctica de la gobernanza europea<sup>39</sup>. Una etapa, ligada a una débil recuperación económica construida sobre las ruinas de la devaluación salarial y el incremento de las desigualdades en los Estados especialmente castigados por la política de austeridad que propició un amplio fenómeno de “corro-

<sup>37</sup> L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale*, en *Lav. dir.*, 2019, pp. 239-240.

<sup>38</sup> L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio*, cit., p. 240.

<sup>39</sup> M. RAMOS QUINTANA, *El pilar europeo de derechos sociales: la nueva dimensión social europea*, en *Rev. der. soc.*, 2017, núm. 77, pp. 19-42.

sión democrática” en los mismos, lo que es particularmente evidente en el caso español.

Por su parte, la situación política española ofrecía, con los avatares propios de una situación de crisis del bipartidismo imperfecto hasta ahora dominante<sup>40</sup>, una ventana de oportunidad para favorecer con urgencia medidas de corrección parcial de un modelo laboral resignado a su invariabilidad en términos generales, en un proceso en el que éste se cuestionaba de forma muy insistente, reivindicando un cambio social que implicara la reversibilidad de las reformas laborales generadas por las políticas de austeridad. Es importante destacar que la inflexión democrática producida no pretendía alterar en lo sustancial el modelo económico y su integración en el mecanismo de gobierno de la Unión Económica y Monetaria europea. Por el contrario, el cambio en el modelo laboral era una reivindicación de las fuerzas políticas de izquierda y de centro izquierda que orientaba los programas electorales y las declaraciones ante la opinión pública.

La irrupción de la crisis económica causada por la pandemia del Covid-19 ha cambiado el discurso en la Unión Europea y en las respuestas que los diversos ordenamientos nacionales han dado a la misma. Se trata de una nueva situación excepcional que ha irrumpido de manera homogénea en toda Europa – con alcance global ciertamente – y que se está abordando – no sólo en España, pero en este país de manera significativa – a través de políticas muy diferentes a la del período 2010-2013, con arreglo a un método de gobierno concertado, recurriendo al diálogo social entre sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, y estableciendo contenidos que persiguen ante todo imponer un principio de mantenimiento del empleo pese al cese de actividades en tantas ramas de producción y empresas. El ajuste temporal de empleo se impone al despido como forma tradicional de respuesta a la crisis, y la limitación de la facultad

<sup>40</sup> En España, el final de la crisis y la lenta recuperación económica no se hizo coincidir con una resolución de la crisis democrática en términos claramente alternativos a las líneas de actuación que se habían ido realizando en el período álgido de las reformas estructurales entre 2010 y 2013. Furto de las movilizaciones sociales y la emergencia de un amplio espacio de insurgencia social – el llamado movimiento del 15-M – el espacio político electoral modificó sensiblemente en el período que media entre el 2015 y 2019, y la articulación de una mayoría de progreso que permitió la moción de censura contra el gobierno presidido por Mariano Rajoy marcó una importante inflexión democrática, validada, tras diversas peripecias, primero en las elecciones generales de abril del 2019 y luego en las de noviembre de ese mismo año, con la formación de un gobierno de coalición entre PSOE y Unidas Podemos, con apoyo externo de una amplia constelación de fuerzas nacionalistas y progresistas.



rescisoria empresarial es el resultado de la política del derecho que pondera preferentemente el derecho al trabajo sobre el derecho a la libre empresa en el marco de la economía de mercado.

En la Unión europea, se ha procedido a un cambio radical de política, mediante la suspensión de los mecanismos de estabilidad financiera. Una respuesta que ha evitado la parálisis a la que le condenaba la constitución económica y monetaria europea surgida de las crisis financiera y monetaria a partir del 2009. No supone sin embargo la abolición de una política, sino su suspensión ante los motivos excepcionales. Hay que tener en cuenta que «la mera suspensión de las reglas genera sus propias patologías»<sup>41</sup>, y que el instrumento que ha puesto en marcha la Unión Europea para generar el Fondo de Recuperación y Resiliencia y otras ayudas, se basa fundamentalmente en la deuda, financiada directa o indirectamente, lo que acentúa la financiarización de la actividad económica. Es cierto asimismo que esta situación excepcional ha impulsado la producción normativa de la Unión en materia social, activando el Pilar social, y que hay un acuerdo generalizado en estimular la economía real y subir salarios frente a la devaluación salarial interna perseguida por las reformas estructurales llevadas a cabo como consecuencia de las políticas de austeridad.

La legislación de la crisis del ciclo 2010-2013 es a su vez excepcional por la legislación que se enfrenta a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia derivada del Covid-19 que en España se identifica con los períodos del Estado de alarma. En el plano nacional-estatal, coexisten ambas ordenaciones de la realidad laboral, con objetivos y valores completamente contrastantes. El resultado de esta confrontación se irá desarrollando en un futuro inmediato, en un contexto en el que el neoliberalismo como elemento propulsor de la acción política y económica está perdiendo intensidad y reduciendo su alcance. Como el futuro está oculto detrás de las personas que actúan y piensan la realidad social, la figura del jurista comprometido con los valores ciudadanos de la igualdad y de la emancipación humana, será imprescindible en este tiempo que vendrá. Una figura que representaba como ninguno Massimo Roccella, y que ha marcado de manera indeleble un modo de concebir – y de situarse – en la cultura democrática de los juristas del trabajo.

<sup>41</sup> A.J. MENÉNDEZ, *La crisis existencial de la Unión Europea*, cit., p. 38.

OLIVIA BONARDI

## Il caso *Stoeckel* 30 anni dopo

SOMMARIO: 1. Tempo di anniversari. – 2. Il rapporto tra diritto europeo e internazionale: un nodo irrisolto. – 3. Il significato del superamento del lavoro notturno: quale equilibrio tra parità e protezione abbiamo realizzato? – 4. (*Segue*) E il troppo lento cammino della conciliazione.

### 1. *Tempo di anniversari*

Il 25 luglio prossimo sarà il 30° anniversario della storica sentenza della Corte di giustizia sulla discriminatorietà del divieto di lavoro notturno femminile. Si tratta del noto caso *Stoeckel*<sup>1</sup>, a cui Massimo Roccella dedicò diversi studi, a partire dal saggio *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia* del 1993<sup>2</sup>, passando per la storica monografia *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*<sup>3</sup> e ritornando poi sul tema nel 1998 con l'ulteriore il saggio *Divieto di lavoro notturno femminile ed efficacia delle direttive comunitarie: fine della storia?*<sup>4</sup>. La sentenza per Massimo Roccella era importante non solo perché si poneva di fronte al potenziale conflitto tra esigenze di tutela e parità, scatenando un dibattito molto acceso sia in Italia, sia in altri paesi, ma anche per altre ragioni. Scrisse Massimo che il caso interessava «sia in ordine al significato della sua giurisprudenza in materia, sia con riguardo al rapporto fra diritto internazionale e diritto comunitario,

<sup>1</sup> Corte giust., 25 luglio 1991, C-345/89, *Procedimento penale c. Alfred Stoeckel*, in *Racc.*, 1991, I-04047.

<sup>2</sup> Pubblicato in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 1.

<sup>3</sup> Si v. in particolare il II capitolo, intitolato *Diritto comunitario, diritto internazionale, diritti interni. Ancora sulla questione del lavoro notturno femminile*, p. 55.

<sup>4</sup> Pubblicato in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 322 ss.

sia infine per quanto attiene alla relazione fra diritto comunitario e diritti nazionali»<sup>5</sup>. Su tutti i profili considerati da Roccella si proverà a verificare in che modo il diritto antidiscriminatorio europeo si sia evoluto in questi trent'anni.

Prima, vale la pena ricordare che il 31 marzo è stato anche il quarantennale della storica sentenza *Jenkins*, in cui per la prima volta la Corte di giustizia riconosceva l'esistenza e delineava la struttura della discriminazione indiretta, tema altrettanto caro a Massimo Roccella<sup>6</sup>. Inoltre, il 2020 ha rappresentato il ventennale del nuovo diritto antidiscriminatorio contenuto nelle storiche direttive dell'Unione europea n. 2000/43/UE e n. 2000/78/UE, che tanto hanno contribuito, oltre che ad estendere il raggio d'azione del diritto antidiscriminatorio, ad affinarne gli strumenti. Non si può chiudere questa breve rassegna di anniversari, senza ricordarne altri due: il 2021 segna infatti anche il trentennale di un'altra storica sentenza della Corte di giustizia: il caso *Barber*, che insieme al caso *Stoekel* ha segnato il confine e il fragile equilibrio esistente tra istanze di tutela delle donne nel mondo del lavoro e parità di trattamento, che, come si vedrà in prosieguo, ancora oggi richiede riflessioni e revisioni. *Last but not least* il 1° marzo scorso abbiamo avuto il decennale della storica sentenza *Tests-achats*<sup>7</sup>, C-236/09, con la quale la Corte di giustizia, comportandosi come un giudice quasi federale<sup>8</sup> ha dichiarato l'invalidità dell'art 5, n. 2, della direttiva del Consiglio 13 dicembre 2004, 2004/113/CE, sulla parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, per contrasto con gli articoli 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale decisione contribuisce notevolmente a chiarire quale sia oggi il rapporto tra il principio generale di parità, le disposizioni del diritto primario dell'Unione europea, le direttive sulla non discriminazione che vi danno attuazione e i diritti nazionali.

Tanti anniversari sono significativi degli enormi passi avanti che il diritto antidiscriminatorio europeo ha compiuto negli ultimi 30

<sup>5</sup> M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia diritto del lavoro*, cit., p. 56.

<sup>6</sup> Al tema Massimo Roccella dedicherà in particolare il capitolo V del medesimo volume, *La Corte di giustizia del diritto del lavoro*, intitolato *Discriminazioni indirette, discriminazione alla rovescia, cause di giustificazione delle discriminazioni*.

<sup>7</sup> Corte giust., 1° marzo 2011, C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri c. Conseil des ministres*, in *Racc.*, 2011, I-00773.

<sup>8</sup> L'espressione è di L. CALAFÀ, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 457.

anni. Abbiamo assistito a importantissimi progressi, sia sul piano della definizione delle fattispecie discriminatorie, sia su quello della effettività dei divieti europei, mediante il riconoscimento di efficacia diretta orizzontale del principio di parità, sia infine su quello dell'ampliamento dei soggetti protetti, tramite l'estensione dei fattori di discriminazione. Evidentemente non è possibile affrontare qui tali e tante novità; l'analisi si limiterà alle tre ristrette questioni poste da Massimo Roccella con riferimento alla vicenda del lavoro notturno. Della questione dell'efficacia diretta orizzontale o verticale del divieto di discriminazione peraltro ci si limiterà ad alcuni accenni, potendo essere considerata, per molti versi, chiusa. Si ricorda oggi con affetto l'impegno con cui – correttamente – Massimo Roccella escludeva che il divieto di discriminazioni di genere nelle condizioni di lavoro potesse avere la stessa efficacia orizzontale già allora riconosciuta al principio di parità retributiva e spiegava che la disapplicazione del divieto nazionale di lavoro notturno si giustificava esclusivamente in ragione del fatto che le controversie al vaglio dei giudici riguardavano l'applicazione di sanzioni penali connesse alla sua violazione e, quindi, in ultima analisi, l'efficacia verticale della direttiva. È noto invece come a partire dalla sentenza *Mangold*<sup>9</sup> la Corte di giustizia abbia riconosciuto efficacia diretta orizzontale alla regola della parità di trattamento, in quanto espressione di un principio fondamentale dell'ordinamento europeo. È altrettanto noto come con la sentenza *Küçükdeveci*<sup>10</sup> la Corte abbia ridimensionato l'ampia portata riconosciuta al principio di parità di trattamento in *Mangold*, escludendone l'applicabilità ai fattori non espressamente protetti dal diritto derivato o, comunque, al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea. La formula utilizzata dai giudici europei, che a suo tempo tanto aveva fatto arrovellare la dottrina e secondo la quale è compito del giudice nazionale assicurare il rispetto del principio di non discriminazione «quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78», ha esattamente il senso di salvaguardare la primazia del principio di parità e la sua efficacia diretta orizzontale, ma solo nei limiti di una realizzazione graduale dell'eguaglianza, che giustifica la selezione dei fattori protetti, le limitazioni relative all'ambito di applicazione

<sup>9</sup> Corte giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, in *Racc.*, 2005, I-09981.

<sup>10</sup> Corte giust., 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG.*, in *Racc.*, 2010, I-00365.

dei divieti di discriminazione<sup>11</sup>, così come la loro efficacia temporale<sup>12</sup>; il tutto ovviamente nell'ambito delle competenze attribuite all'Unione. All'evoluzione giurisprudenziale si accompagna ovviamente anche quella normativa, di guisa che – quantomeno dal 1° dicembre 2009 – data di entrata in vigore del trattato di Lisbona mediante il quale si è riconosciuta alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea la stessa efficacia giuridica dei Trattati – si può considerare del tutto superata la distinzione, che pure ha tanto influito sull'elaborazione giurisprudenziale, tra parità di retribuzione tra uomini e donne – rientrando nell'ambito di applicazione dell'articolo 157 TFUE e avente sin dalla storica sentenza *Defrenne II*<sup>13</sup> efficacia diretta orizzontale – e parità di sesso nelle condizioni di lavoro, nei sistemi di sicurezza sociale, nei regimi professionali di sicurezza nonché nell'accesso a beni e servizi forniture<sup>14</sup>. Resta invece sul tappeto lo spinosissimo tema nazionale del possibile contrasto tra le decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale nella custodia dei diritti fondamentali, già preconizzato ai tempi della questione del divieto di lavoro notturno femminile dalla più attenta dottrina<sup>15</sup> e attualmente oggetto della saga giurisprudenziale sulla doppia pregiudizialità, su cui purtroppo non è possibile soffermarsi in questa sede.

Prima di procedere oltre, va sottolineato che il contesto complessivo in cui si cala la giurisprudenza della Corte di giustizia è profondamente mutato. Nel corso degli anni, come hanno acutamente osservato Aimo e Izzi<sup>16</sup> è cambiata la fisionomia della Corte,

<sup>11</sup> Corte giust., 11 luglio 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*, in *Racc.*, 2006, I-06467.

<sup>12</sup> Corte giust., 17 maggio 1990, C-262/88, *Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in *Racc.*, 1990, I-01889; Corte giust., 1° marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e al. C. Conseil des ministres*, cit., in *Racc.*, 2011, I-00773; Corte giust., 10 maggio 2011, C-147/08, *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg.*, in *Racc.*, 2011, I-03591.

<sup>13</sup> Corte giust., 8 aprile 1976, C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, in *Racc.*, 1976, 00455.

<sup>14</sup> Corte giust., 1° marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, cit.

<sup>15</sup> M. BARBERA, *Tutto a posto, niente in ordine. Il caso del lavoro notturno delle donne*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, p. 303 e ss.

<sup>16</sup> M. AIMO, D. IZZI, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro. Dialogando con Massimo Roccella sulla recente giurisprudenza in tema di non discriminazione e di lavoro non standard*, in G. LOY (a cura di), *Lavoro, Europa, diritti. In ricordo di Massimo Roccella*, Roma 2012, p. 27 ss.

in ragione dell'ampliamento geografico dell'Unione, ed è aumentato il suo carico di lavoro, sia per il maggior uso da parte dei giudici nazionali del rinvio pregiudiziale, sia in conseguenza del progressivo ampliamento delle competenze dell'Unione europea, soprattutto dopo il trattato di Amsterdam del 1997. È da dire che anche il ruolo svolto dal rinvio pregiudiziale sembra mutato rispetto al passato, non solo perché al suo interno si svolgono quei confronti serrati sui contrapposti interessi che normalmente dovrebbero trovare composizione a livello nazionale<sup>17</sup>, soprattutto perché, nel mutato contesto giuridico complessivo, la funzione del rinvio pregiudiziale si avvicina, da un lato, a quella del ricorso per inadempimento (con la differenza significativa che nel caso del rinvio pregiudiziale il primo filtro del contenzioso è costituito dalla domanda del giudice di merito nazionale, mentre nel caso del ricorso per inadempimento esso è costituito dalla valutazione discrezionale, e politica, della Commissione europea) e, dall'altro, al giudizio di costituzionalità. Ciò è tanto più vero nel diritto antidiscriminatorio e, più in generale, laddove siano in gioco i diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza. In taluni casi, infatti, la Corte di giustizia si è spinta sino a sindacare la legittimità del diritto secondario rispetto al principio di eguaglianza e all'art. 21 della Carta. Come si è accennato sopra con riferimento alla vicenda *Tests Achats*, la Corte ha ritenuto illegittimo il mantenimento di deroghe ed eccezioni al divieto di discriminazioni non limitate nel tempo. In conclusione, il mutato ruolo svolto dalla Corte accentua ulteriormente la questione – che come già accennato è impossibile affrontare qui – della doppia pregiudizialità: il vero fuoco che continua a covare sotto le ceneri della *primauté* del diritto UE.

Nel corso del tempo si è assistito inoltre a un notevole aumento del contenzioso, che ha portato a un fecondo dialogo tra giudici europei e giudici nazionali e che ha via via arricchito e reso ancora più sofisticato il diritto antidiscriminatorio. Solo per dare un'idea della ricchezza di tale dialogo, basti ricordare l'evoluzione del concetto di discriminazione che oggi include anche quella associata<sup>18</sup>. È anche vero però che la giurisprudenza della Corte di giustizia rimane “non lineare” con fughe in avanti, decisioni dirompendi e prodezze interpretative che convivono con decisioni lassiste, eccessi di *self*

<sup>17</sup> M. AIMO, D. IZZI, *o.l.u.c.*

<sup>18</sup> Corte giust., 17 luglio 2008, C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, in *Racc.*, 2008, I-05603; Corte giust., 23 novembre 2017, C-427/16, «*CHEZ Elektro Bulgaria*» AD contro *Yordan Kotsev e «FrontEx International» EAD c. Emil Yanakiev*, in *Racc. dig.*

*restraint*, forzature e veri e propri atti di rinuncia<sup>19</sup>. Come hanno ricordato Aimo e Izzi, non bisogna fare «di tutte le erbe un fascio» sforzandosi invece di comprenderne le contraddizioni<sup>20</sup>, senza peraltro «sovraccaricare di responsabilità un organo giudiziario»<sup>21</sup>.

## 2. *Il rapporto tra diritto europeo e internazionale: un nodo irrisolto*

Il secondo profilo di interesse del caso *Stoeckel* è quello relativo al rapporto tra diritto europeo e diritto internazionale e, in particolare, alla diversa concezione di uguaglianza che li anima. La decisione dei giudici europei infatti andava a mettere in discussione un divieto che potremmo senz'altro definire storico, che ha fatto parte dei primi provvedimenti di legislazione sociale risalenti al XIX secolo e la cui prima formulazione a livello internazionale è addirittura antecedente alla Convenzione n. 4 del 1919 (abrogata nel 2017)<sup>22</sup>. A 30 anni di distanza potremmo anzitutto osservare come il diritto europeo ci abbia ormai abituato all'idea che norme di tutela delle donne, tanto radicate nel costume sociale e nell'organizzazione economica del paese possano, e debbano, essere mandate in soffitta. Ciò è avvenuto per il lavoro notturno femminile ed è avvenuto anche per la diversa età pensionabile tra uomini e donne, sia pure con vie più tortuose e talvolta discutibili.

Per quanto riguarda in specifico il lavoro notturno, è da dire che il suo divieto era già stato da tempo attenzionato dall'*International Labour Office*, che aveva raccomandato un aggiornamento della convenzione, volto a rivedere gli *standard* alla luce dell'evoluzione delle conoscenze tecniche e scientifiche. Ciò che in effetti avvenne mediante protocollo P089 del 1990, in base al quale sono ammesse

<sup>19</sup> Come avvenuto con riferimento alla giurisprudenza in materia di discriminazioni per orientamento sessuale e, su un piano più generale con la rinuncia della Corte a giudicare della legittimità dei tagli ai trattamenti economici dei lavoratori e dei sistemi di *welfare* in posti nell'ambito della governance economica europea. Su questo profilo sia consentito rinviare a O. BONARDI, *La nuova governance sociale europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 257. In generale sul tema v. P. CHIECO, «Riforme strutturali» del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 359.

<sup>20</sup> M. AIMO, D. IZZI, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 44 ss.

<sup>21</sup> M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 329 e spec. p. 342 s.

<sup>22</sup> V. infatti la Convenzione internazionale di Berna del 26 settembre 1906 per l'interdizione del lavoro notturno delle donne impiegate nelle industrie.

diverse eccezioni al divieto di lavoro notturno femminile, se autorizzate da accordi tra le parti sociali. Un ulteriore cambio di passo si è avuto con la Convenzione n. 171 del 1990, volta a migliorare le condizioni di lavoro notturno sia per gli uomini che per le donne e nella quale il divieto di lavoro notturno femminile viene richiesto per i periodi di gravidanza.

Se la Corte di giustizia ha in altre occasioni ammesso che la realizzazione del principio di eguaglianza debba essere realizzata con gradualità, per salvaguardare le esigenze di certezza del diritto, i bilanci dei fondi pensionistici e, financo, gli interessi delle assicurazioni private<sup>23</sup>, invece, in occasione della discussione sul lavoro notturno femminile, la posizione della Corte è stata decisamente *tranchante*. Ne seguiranno i provvedimenti di denuncia della convenzione da parte di vari paesi europei<sup>24</sup>, mentre solo con la direttiva 1993/104/CE verranno definite misure di protezione per il lavoro notturno, formulate in modo neutro, senza alcuna esplicita considerazione delle problematiche relative agli specifici rischi cui sono esposte le donne durante lavoro notturno. Anche per quanto riguarda le lavoratrici gestanti e puerpere, la direttiva n. 92/85 prevede la più blanda misura consistente nella garanzia di non dover essere obbligate a svolgere un lavoro notturno, previa presentazione di certificazione medica che ne attesti la necessità per la sicurezza o la salute. La questione non è di poco conto: ancora oggi il contenzioso davanti alla Corte di giustizia ci restituisce l'immagine di lavoratrici costrette a rivendicare nei confronti del datore di lavoro il diritto a che la compatibilità dello stato di gravidanza con lo svolgimento del lavoro notturno sia oggetto di una valutazione specifica<sup>25</sup>.

La vicenda del contrasto fra divieto internazionale e regole europee d'altra parte era solo lo specchio di una problematica di più

<sup>23</sup> Il riferimento è ai noti casi *Barber e Tests Achats*, entrambi cit. alla n. 10; sul tema della parità nei regimi professionali di previdenza v. D. IZZI, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento*, in F. CARINCI, M. BESSONE (a cura di), *La previdenza complementare*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Carinci F.*, vol. IV, Torino 2004, p. 62.

<sup>24</sup> La Convenzione è stata denunciata nel 1992 da Belgio, Francia, Italia, Grecia, Portogallo e Spagna; nel 2001 da Austria, Cipro e Repubblica ceca; nel 2002 dalla Slovacchia e nel 2011 dalla Slovenia. Non è mai stata ratificata da Regno Unito, Svezia, Polonia, Germania, Lituania, Ungheria, Croazia e Bulgaria.

<sup>25</sup> Corte giust., 19 ottobre 2017, C-531/15, *Elda Otero Ramos c. Servicio Galego de Saúde e Instituto Nacional de la Seguridad Social*, in *Racc. dig.*; Corte giust., 19 settembre 2018, C-41/17, *Isabel González Castro c. Mutua Univale e a.*, in *Racc. dig.*



ampia portata, che riguarda da un lato la diversa concezione di eguaglianza fatta propria dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dall'Unione e, dall'altro, la più ampia questione relativa ai rapporti tra l'Unione e diverse organizzazioni internazionali.

Per altro verso, l'adesione dell'Unione europea alla convenzione ONU per i diritti delle persone con disabilità ha consentito di giungere ad una rigenerazione semantica del concetto di disabilità. Rispetto alla discutibile decisione del caso *Chacon Navas*<sup>26</sup>, a partire dal caso *Hk Danmark per Ring*<sup>27</sup> i giudici europei hanno accolto la più ampia nozione di disabilità di origine internazionale, seguita dall'affermazione della Corte dell'applicabilità del divieto di discriminazioni per disabilità e, con esso, del diritto all'adozione di soluzioni ragionevoli in tutti i casi in cui una menomazione o una malattia di lunga durata abbiano l'effetto di compromettere le possibilità di accesso al lavoro o il mantenimento di un'occupazione. Rimane però una differenza di impostazione di fondo, che tuttora separa il diritto antidiscriminatorio internazionale da quello europeo e che incide su più profili. Il primo di questi è sicuramente la propensione del diritto europeo a una sorta di funzionalizzazione, o quantomeno di limitazione, del diritto antidiscriminatorio agli obiettivi occupazionali e alle esigenze del mercato del lavoro. Non solo i nuovi divieti di discriminazioni introdotti nel 2000 hanno un campo di applicazione limitato alle condizioni di lavoro: anche la nozione di discriminazione e le giustificazioni che possono essere addotte a sostegno di una determinata differenza di trattamento risentono notevolmente di un'impostazione "market oriented". La stessa definizione di accomodamenti ragionevoli prevista dalla Convenzione ONU del 2006 e dalla direttiva n. 2000/78 ne è una lampante dimostrazione: mentre per quest'ultima è accomodamento ragionevole ciò che consente «ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione» (a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato) per la Convenzione ONU con accomodamenti ragionevoli si intendono le modifiche necessarie «per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani

<sup>26</sup> Corte giust., 11 luglio 2006, *Sonia Chacón Navas c. Eures Colectividades SA.*, cit.

<sup>27</sup> Corte giust., 11 aprile 2012, C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark, per conto di Jette Ring c. Dansk almennyttigt Boligselskab e HK Danmark, per conto di Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening per conto della Pro Display A/S*, in *Racc dig.*

e delle libertà fondamentali» con un campo di applicazione quindi esteso a tutti i settori della vita sociale economica (sempre ovviamente che essi non impongano un onere sproporzionato o eccessivo).

L'allargamento dei divieti di discriminazione a tutti i campi della vita politica economica e sociale del resto emerge anche dalle politiche e dalle interpretazioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, che attraverso i suoi programmi di assistenza tecnica predispone misure che spaziano dal lavoro ai diritti di proprietà, ai diritti civili. Non solo: anche all'interno della protezione delle condizioni di lavoro, l'attenzione va oltre la tradizionale concezione del lavoro subordinato che delimita ancora oggi il diritto antidiscriminatorio europeo, per prendere in considerazione anche forme di lavoro gratuito e informale<sup>28</sup>.

Da un più ampio punto di vista, inoltre, l'Organizzazione internazionale sembra decisamente più aperta rispetto alle istanze dell'eguaglianza sostanziale. Si può anzi dire che l'OIL pratici costantemente misure di diritto diseguale e azioni positive nei suoi interventi di assistenza tecnica. Se il diritto europeo ha solo negli ultimi anni riconosciuto misure come il dialogo sociale, la diffusione delle informazioni e il ruolo delle autorità pubbliche indipendenti nel campo della lotta alla discriminazione, l'OIL ha avuto il merito di riconoscere con largo anticipo non solo tali strumenti di tutela, ma anche la necessità di adottare meccanismi di *voice*, di agire sui c.d. *gatekeepers* dell'eguaglianza sostanziale (ovvero servizi pubblici e privati per l'impiego), di considerare il ruolo dei *media*, di incidere sulla predisposizione di avvocature e magistrature adeguatamente formate e preparate a combattere la discriminazione<sup>29</sup>.

Il tema delle diversità di approccio tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea non riguarda però solo l'OIL; esso è sintomo di una difficoltà più generale che l'Unione incontra su questo piano e che meriterebbe una approfondita riflessione. Basti ricordare in proposito come l'adesione dell'Unione europea, pure prevista dall'art. 6 TUE alla CEDU ha subito una grave battuta d'arresto dopo il parere negativo reso dalla Corte di giustizia nel dicembre 2014<sup>30</sup> a seguito del quale i negoziati per raggiungere un accordo internazionale di adesione sono rallentati e risultano tuttora in corso.

<sup>28</sup> Sia consentito rinviare a O. BONARDI, *Dal principio di "eguale salario per lavoro di eguale valore" alla "discriminazione come moving target". Il contributo dell'Oil alla lotta contro le discriminazioni*, in *Var. temi dir. lav.*, 2019, p. 799.

<sup>29</sup> Ancora O. BONARDI, *o.l.u.c.*

<sup>30</sup> Parere della Corte in seduta plenaria del 18 dicembre 2014, n. 2/2013.

In conclusione, ci pare che si possa osservare come l'andamento dei rapporti fra la tutela internazionale dei diritti fondamentali, incluso il divieto di discriminazioni, e il diritto dell'Unione europea continui a presentare luci e ombre, mentre invece una maggiore attenzione da parte delle istituzioni europee e in particolare della Corte di giustizia alle elaborazioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di eguaglianza possa essere foriera di ulteriori importanti innovazioni del diritto antidiscriminatorio europeo.

### 3. *Il significato del superamento del lavoro notturno: quale equilibrio tra parità e protezione abbiamo realizzato?*

Ai tempi della vicenda *Stoeckel*, il dibattito si era prevalentemente concentrato sulle specifiche argomentazioni spese dalla Corte di giustizia per sostenere la discriminatorietà del divieto di lavoro notturno femminile, sostanzialmente basate sulla necessità di fare fronte al problema dei pericoli per la salute e la sicurezza delle lavoratrici mediante la predisposizione di idonee misure di protezione anziché con loro radicale esclusione dal mercato del lavoro notturno. La decisione veniva inoltre additata come un chiaro esempio di realizzazione di una parità al ribasso: anziché vietare un lavoro nocivo anche per gli uomini, lo si richiedeva anche alle donne<sup>31</sup>. Il punto più saliente della decisione era quello relativo alla questione del carico di lavoro di cura femminile, ritenuto sino ad allora inconciliabile con il turno di notte. Il ragionamento della Corte, seppure per alcuni versi espresso in modo *tranchant*, era sufficientemente chiaro: «Quanto alle responsabilità familiari [...] la direttiva non ha lo scopo di disciplinare questioni attinenti all'organizzazione della famiglia o di modificare la ripartizione delle responsabilità all'interno della coppia»<sup>32</sup> (punto 17). Altrettanto sbrigativa era del resto stata l'argomentazione dell'Avv. gen. Tesauro, secondo il quale non sono ammissibili deroghe al principio di parità che non siano fondate sul dato della diversità biologica di uomini e donne, soprattutto ove si tratti di «considerazioni di carattere sociale in larga misura superate» e ove il divieto sia «suscettibile di comportare conseguenze negative per l'occupazione femminile»<sup>33</sup>. Il ragionamento

<sup>31</sup> M. BARBERA, *Tutto a posto, niente in ordine*, cit., p. 303.

<sup>32</sup> Corte giust., 25 luglio 1991, *Procedimento penale c. Alfred Stoeckel*, cit., punto 17.

<sup>33</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Tesauro del 24 gennaio 1991, punto 9.

della Corte aveva in sé una sua logica: rompere in qualche modo il circolo vizioso esistente tra protezione nel lavoro e responsabilità familiari che alimenta, anziché combattere, la tradizionale ripartizione dei ruoli familiari tipica dei modelli familisti di organizzazione sociale<sup>34</sup>.

Lo stesso genere di argomentazioni si ritrova del resto nella giurisprudenza sulla diversa età pensionabile di uomini e donne. In particolare, merita ricordare la decisione della Corte di giustizia relativa al collocamento a riposo delle dipendenti pubbliche italiane. A fronte di una corposa giurisprudenza della Corte che aveva ritenuto in contrasto con il principio di parità la più bassa età di accesso delle donne ai regimi professionali di previdenza<sup>35</sup>, il Governo italiano si era difeso sostenendo che il regime “di favore”<sup>36</sup> era volto a compensare gli svantaggi che le donne incontravano a causa del doppio ruolo, familiare e lavorativo. Anche in tale occasione, la Corte non aveva esitato ad escludere la riconducibilità della misura in questione alle forme legittime di diritto diseguale, in quanto essa non avrebbe aiutato la donna «a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo»<sup>37</sup>. Affermazioni dello stesso tenore verranno ribadite recentemente dalla Corte di giustizia per affermare la discriminatorietà – nei confronti degli uomini – del riconoscimento di una

<sup>34</sup> V. C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e conciliazione*, in C. ALESSI, O. BONARDI, L. CALAFÀ, M. D'ONGHIA, P. SARACINI, A. SCHUSTER, *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza. Riflessioni di diritto del lavoro dell'Unione europea e nazionale*, testo presentato al convegno organizzato dalla Rivista giuridica del lavoro e tenutosi a Roma il 30 gennaio 2020, intitolato *Dal congedo parentale all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, p. 3 ss.; MILITELLO M., *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Torino 2020, p. 79 e sul modello familista per tutti M. FERRERA, V. FARGION, M. JESSOULA, *Alle radici del welfare all'italiana. Origini e futuro di un modello sociale squilibrato*, Venezia 2012; M. BARBERA, *Tutto a posto, niente in ordine*, cit., p. 312 s.

<sup>35</sup> Su cui v. D. IZZI, *I fondi pensione*, cit., p. 62 e ss.; O. BONARDI, *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Torino 2012, pp. 119 e 138.

<sup>36</sup> Sia consentito rinviare ancora a O. BONARDI, *Sistemi di welfare*, cit., p. 111 ss. per l'esposizione delle diverse ragioni per le quali la più bassa età pensionabile femminile non può considerarsi un vantaggio.

<sup>37</sup> Corte giust., 13 novembre 2008, C-46/07, *Commissione Ce c. Governo Italia*, punto 57 su cui v. G. DE SIMONE, *Conciliare lavori e famiglie. Differenze virtuose e differenze perniciose in tema di tassazione dei redditi da lavoro e di sistemi pensionistici*, in *Lav. dir.*, 2009, p. 278; F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 83/2009, [www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp\\_it.htm](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm).

maggiorazione della pensione alle lavoratrici che hanno avuto almeno due figli, prevista dal diritto spagnolo, a compensazione del contributo dato dalle donne allo sviluppo demografico. In tale occasione i giudici riterranno che la circostanza che le donne siano più colpite dagli svantaggi professionali risultanti dall'educazione dei figli, in quanto in generale esse si assumono tale onere, non è tale da escludere la comparabilità della loro situazione con quella di un uomo che abbia preso a carico il medesimo onere e sia stato, in tal modo, esposto agli stessi svantaggi di carriera<sup>38</sup>.

A 30 anni dal caso *Stoeckel*, e ormai a quasi 10 anni dalla c.d. riforma Fornero, che ha realizzato in Italia quella rincorsa a tappe forzate dell'età pensionabile femminile che i giudici europei avevano potuto imporre solo nel settore della pubblica amministrazione<sup>39</sup>, si può dire che la rottura del circolo vizioso che quella giurisprudenza ha realizzato non abbia affatto sortito gli effetti sperati, né per quanto riguarda l'incremento dell'occupazione femminile, né in vista di un eventuale suo miglioramento qualitativo: la riduzione dei divari di genere procede a un ritmo frustrantemente lento<sup>40</sup>. Non solo: la pandemia ha innescato un processo di espulsione delle donne dal mercato del lavoro che rispecchia la persistente segregazione femminile nelle occupazioni precarie<sup>41</sup> e nella cura della famiglia, con un differenziale salariale che non si riduce<sup>42</sup>. Il fallimento dell'operazione di parificazione giuridica-formale nel lavoro quale chiave di accesso

<sup>38</sup> Corte giust., 12 dicembre 2019, C-450/19, *WA c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, in *Racc. dig.*

<sup>39</sup> Oltretutto, con una forzatura interpretativa notevole, ovvero riconducendo le prestazioni Inpdap ai regimi professionali di previdenza. Cfr. F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego*, cit., p. 3.

<sup>40</sup> Osservazioni queste del resto condivise anche nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, COM/2021/102 final, § 3.2.

<sup>41</sup> Sebbene i divari di genere nel ricorso al lavoro a termine siano contenuti, essi ritornano a crescere quando si valuta la possibilità di vedere stabilizzata la propria posizione lavorativa. Cfr. A. TONARELLI, M.L. VALLAURI, *Povertà femminile e diritto delle donne al lavoro*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 180.

<sup>42</sup> V. i dati riportati dall'*European Institute for Gender Equality*, in *www.eige.europa.eu/gender-equality-index/2019/IT* e, sul tema, WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Gender Gap Report 2020*, p. 197. Per la lettura critica v. A. TONARELLI, M.L. VALLAURI, *Povertà femminile*, cit., p. 180, e sul tema le osservazioni contenute nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., § 3.2.

all'effettiva eguaglianza tentato con questo approccio è confermato anche dai dati relativi agli effetti delle riforme pensionistiche nostrane. Nonostante l'età pensionabile delle donne sia stata considerevolmente innalzata, a ciò non ha corrisposto né l'incremento del tasso di occupazione, né quello dell'entità delle pensioni<sup>43</sup>. Risulta insomma concretizzato l'avvertimento di chi, già a ridosso della riforma della disciplina del lavoro notturno del 1999, osservava come «le donne si ved[essero] sottratte le vecchie tutele che erano parte della costruzione sociale e ideologica della differenza di genere, senza ricevere in cambio i benefici di un cambiamento sociale in grado di porle su un effettivo piano di eguaglianza con gli uomini»<sup>44</sup>. Con queste osservazioni non si vuole certo suggerire che sia necessario ripristinare il divieto di lavoro notturno o la più bassa età pensionabile femminile. Si vuole piuttosto sottolineare come l'approccio al tema debba essere differente. Per vero, già ai tempi di *Stoeckel* era sufficientemente chiaro che il principio di eguaglianza, nella declinazione meramente formale e bidirezionale accolta dalla Corte di giustizia, non poteva essere considerato uno strumento di per sé sufficiente al superamento delle diseguaglianze. Altre misure e altre politiche devono essere messe in campo. Le azioni positive da un lato e le politiche di conciliazione dall'altro erano già all'epoca oggetto delle rivendicazioni dei movimenti femminili. Però, com'è noto, in quegli stessi anni le prime sono state pressoché stroncate dalla Corte di giustizia, che le considerava sostanzialmente “discriminazioni alla rovescia”. Con la sentenza *Kalanke*<sup>45</sup> del 1993 la Corte non solo conferma la natura “bidirezionale” del divieto di discriminazioni, riferibile ai trattamenti meno favorevoli riservati sia alle donne, sia agli uomini; ne dà anche un'applicazione tale da porre una pesante ipoteca sulla possibilità di utilizzare i sistemi delle quote per realizzare il principio di eguaglianza. Da allora, nonostante la revisione dell'articolo 141 TCE (ora 157 TFUE) avvenuta con il Trattato di Amsterdam del 1997, nonostante la legittimazione delle misure di azioni positive contenuta sia nelle direttive del 2000, sia nell'articolo 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali azioni restano solo

<sup>43</sup> La pensione di vecchiaia media liquidata alle donne è infatti in calo, attestandosi, nel 2019 a 589,53 € mensili, secondo i dati risultanti dal Rendiconto sociale Inps 2019, in [www.inps.it/dati-ricerche-e-bilanci/rendiconto-e-bilancio-sociale/rendiconto-sociale-2019](http://www.inps.it/dati-ricerche-e-bilanci/rendiconto-e-bilancio-sociale/rendiconto-sociale-2019).

<sup>44</sup> M. BARBERA, *Tutto a posto, niente in ordine*, cit., p. 313.

<sup>45</sup> Corte giust., 17 ottobre 1995, C-450/93, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, in *Racc.*, 1995, I-03051.

permesse dal diritto europeo, e subordinate quindi all'iniziativa degli Stati membri. Inoltre, ogni misura di diritto diseguale presuppone e richiede comunque che anche la posizione degli appartenenti al gruppo più avvantaggiato sia oggetto di eguale considerazione<sup>46</sup>. È questa tra l'altro una ulteriore notevole differenza rispetto all'approccio delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Eppure Massimo Roccella riteneva di poter vedere, nel riconoscimento delle azioni positive, l'ingresso nel diritto europeo dell'eguaglianza sostanziale<sup>47</sup>. Con il senno di poi, si potrebbe dire che la visione di Massimo peccava di eccessivo ottimismo. L'approccio delle istituzioni dell'Unione europea rimane profondamente legato a una visione formale dell'eguaglianza e continua a funzionalizzare il divieto di discriminazioni a obiettivi di politica occupazionale non sempre, o quanto meno non necessariamente, coincidenti con le aspirazioni all'autodeterminazione femminile e più in generale dei gruppi storicamente discriminati. Il limite è importante, perché in questo modo si perdono di vista le strette relazioni che esistono tra fattori economici, istituzionali, sociali e culturali. Si tratta di problematiche estremamente complesse, che richiedono la messa in campo di politiche integrate e di strumenti sofisticati di diritto diseguale, che mal si conciliano con la restrittiva linea interpretativa accolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

#### 4. (Segue) e il troppo lento cammino della conciliazione

Anche la predisposizione di adeguati diritti e misure di conciliazione si rivelerà decisamente lenta e amputata di quella dimensione essenziale che è costituita dal sostegno dei sistemi di sicurezza sociale.

Si dovrà attendere lo storico accordo quadro delle parti sociali del 14 dicembre 1995, recepito con la direttiva n. 1996/34 per avere il primo intervento volto a riconoscere il diritto dei lavoratori ai congedi parentali. La tutela della maternità, come noto, fece il suo ingresso nel diritto europeo solo qualche anno prima, con la diret-

<sup>46</sup> Giurisprudenza costante a partire Corte giust., 11 novembre 1997, C-409/95, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.*, 1997, I-06363; v. anche Corte giust., 28 marzo 2000, C-158/97, *Badeck*, in *Racc.*, 2000, I-01875; Corte giust., 6 luglio 2000, C-407/98, *Katarina Abrahamsson e Leif Anderson contro Elisabet Fogelqvist*, in *Racc.*, 2000, I-05539.

<sup>47</sup> M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 329 ss. e spec. p. 335.

tiva n. 92/85/CE. Il diritto alla conciliazione verrà poi consacrato nell'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali, ove si specifica anche il «diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio». Alla tutela dei prestatori di assistenza, invece, almeno sino alla nuova direttiva n. 2019/1158/UE, aveva sopperito soltanto la Corte di giustizia, che a partire dal noto caso *Coleman*<sup>48</sup> ha accolto una nozione ampia di discriminazione comprendendo quella c.d. associata, ovvero includendo espressamente nell'ambito della protezione offerta dal diritto antidiscriminatorio anche soggetti che non sono portatori di uno specifico fattore di discriminazione ma che subiscano trattamenti meno favorevoli comunque in ragione di quel fattore. È appena il caso di ricordare qui che oggetto del contenzioso nel caso *Coleman* era esattamente il licenziamento di una madre che assisteva il figlio gravemente disabile, alla quale venivano negati i permessi riconosciuti agli altri genitori.

Successivamente, come è noto, ulteriori progressi, anche nel senso della condivisione dei ruoli di cura<sup>49</sup> tra i genitori, vennero realizzati con la direttiva n. 2010/18/UE e, più significativamente, con la n. 2019/1158/UE le cui novità, in termini di estensione dei congedi, di riconoscimento di una nozione decisamente allargata di famiglia, di introduzione di misure di flessibilità del tempo di lavoro nonché di riconoscimento del ruolo e dei diritti dei prestatori di assistenza sono indubbiamente di portata storica. Con un puntiglio che auspico degno di Massimo Roccella, però, ritengo doveroso osservare che, nonostante gli indubbi progressi, l'evoluzione normativa lascia sul tappeto due ordini di problemi dalla cui soluzione non si può prescindere ove si aspiri a un'effettiva condivisione dei compiti di cura e alla loro conciliazione con il lavoro.

Il primo attiene al sostegno economico da garantire a chi usufruisce dei congedi di maternità/paternità e parentali. Il tema chiaramente è molto complesso, in quanto risente dei rigorosi limiti che l'Unione europea incontra rispetto ai sistemi di protezione sociale nazionali e dell'ampia discrezionalità che a questi – altrettanto problematicamente – resta riconosciuta.

<sup>48</sup> Corte giust., 17 luglio 2008, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, cit.

<sup>49</sup> Sul passaggio dalla conciliazione alla condivisione v. C. ALESSI, *Dai congedi parentali alla direttiva sulla conciliazione vita-lavoro*, in corso di pubblicazione in M. CORTI, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Milano 2021.



Anzitutto, per quanto riguarda la maternità, la direttiva n. 92/85/CE prevede che la lavoratrice durante il congedo abbia diritto al mantenimento della retribuzione o di un'indennità "adeguata", cioè tale da garantire «redditi almeno equivalenti a quelli che la lavoratrice interessata otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo stato di salute, entro il limite di un eventuale massimale stabilito dalle legislazioni nazionali». La Corte di giustizia, pur affermando significativamente che in caso di discriminazioni connesse alla gravidanza non è necessario individuare il *tertium comparationis*, ha escluso la possibilità di comparare la lavoratrice assente per maternità al lavoratore attivo<sup>50</sup> e conseguentemente ha altresì escluso che l'articolo 157 TFUE o la direttiva n. 2006/54/UE esigano che la lavoratrice continui a ricevere l'intera retribuzione durante i congedi di maternità, purché l'indennità percepita dalla lavoratrice non sia così esigua da vanificare possibilità per la donna di scegliere la maternità e di fruire effettivamente dei relativi congedi. Lungo la stessa linea direttrice si muove la giurisprudenza della Corte che ha escluso la completa protezione alle lavoratrici affette da problemi fisici e mentali derivanti dalla maternità. La tutela sostanzialmente si arresta al periodo relativo al congedo di maternità, scaduto il quale le patologie della lavoratrice connesse alla gravidanza sono equiparate ad ogni altra malattia, con la conseguenza che anche il licenziamento per superamento di comportamento può considerarsi legittimo<sup>51</sup>. Sostanzialmente, la Corte giunge in questo modo ad equiparare l'assenza per gravidanza a quella per malattia. L'assimilazione gravidanza/malattia trova nuovamente conferma anche sul piano economico nella sentenza *McKenna*<sup>52</sup> in cui la Corte ha ritenuto non discriminatoria una norma di un regime di congedo di malattia che preveda, nei confronti delle lavoratrici assenti dal lavoro anteriormente ad un congedo di maternità per una malattia connessa alla gravidanza, come pure nei confronti dei lavoratori maschi assenti dal lavoro per qualsiasi

<sup>50</sup> Corte giust., 13 febbraio 1996, C-342/93, *Gillespie*, in *Racc.*, 1996, p. 475.

<sup>51</sup> Corte giust., 8 novembre 1990, C-179/88, *Hertz*, in *Racc.*, 1990, p. 3979; si v. anche la criticata Corte giust., 29 maggio 1997, C-400/95, *Larsson*, in *Racc.*, 1997, p. 2757 che ha escluso dalla protezione del divieto di discriminazioni le assenze dovute a malattia insorta durante la gravidanza e proseguita dopo la fruizione del congedo di maternità. Tale orientamento è stato rivisto in Corte giust., 30 giugno 1998, C-394/96, *Brown*, in *Racc.*, 1998, p. 4585, che ha garantito tale protezione fino allo scadere del congedo di maternità, dopodiché la posizione della lavoratrice equiparata a quella del lavoratore.

<sup>52</sup> Corte giust., 8 settembre 2005, C-191/03, *North Western Health Board c. Margaret McKenna*, in *Racc.*, 2005, I-07631.

altra malattia, una riduzione della retribuzione, a condizione, da un lato, che la lavoratrice venga trattata in maniera identica rispetto al lavoratore assente per malattia e che l'ammontare delle prestazioni corrisposte non sia talmente esiguo da pregiudicare la finalità di tutela delle lavoratrici in stato di gravidanza. Il limite di questa giurisprudenza, quindi, non è, come pure è stato sostenuto, quello di voler collocare la lavoratrice in una sorta di "riserva indiana" in ragione dell'essenziale e "incomparabile" funzione assegnata alla donna, né conseguentemente si deve concludere che gli strumenti del diritto antidiscriminatorio siano "insufficienti"<sup>53</sup>; si tratta piuttosto di riportare il tema al contesto che gli è proprio: quello della esatta individuazione del *tertium comparationis* nel lavoratore attivo anziché in quello malato. Si tratta di una questione che, come vedremo, riemerge in tutta la sua portata quando si passi a definire le indennità spettanti per il congedo di paternità. Il tema è centrale, soprattutto perché è da tempo noto come l'entità del congedo incida sulle decisioni familiari di fruizione dello stesso, incentivando la scelta del lavoratore con reddito più basso, il che, in un contesto di persistente grave divario salariale<sup>54</sup>, perpetua ancora una volta la segregazione femminile nel ruolo di cura. Si consideri, in proposito, come lo stesso legislatore possa determinare situazioni paradossali, come è avvenuto con la legge italiana n. 92/2012 che, nel riconoscere per la prima volta il congedo di paternità obbligatorio, ha previsto un indennizzo ragguagliato – opportunamente – al 100% della retribuzione ma lasciando – molto meno condivisibilmente – quello per la maternità all'80%.

Rispetto agli approdi giurisprudenziali precedenti, la direttiva n. 2019/1158/UE rappresenta sicuramente un progresso. L'innovazione maggiore è infatti costituita dalla previsione della retribuzione dei congedi<sup>55</sup>. Si tratta peraltro di un'affermazione ancora relativamente debole: mentre la Commissione proponeva che la retribuzione fosse almeno nello stesso livello di quella percepita dal lavoratore durante i congedi di malattia e mentre il Parlamento europeo proponeva un'indennità pari almeno all'80%<sup>56</sup>, le formulazioni infine accolte

<sup>53</sup> Come sostiene M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 95 ss.

<sup>54</sup> Su cui A. TONARELLI, M.L. VALLAURI, *Povertà femminile*, cit., p. 180.

<sup>55</sup> È questo il giudizio di S. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019 sur l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée: une nouvelle contribution européenne au droit de l'égalité entre les femmes et les hommes*, in *Semaine Sociale Lamy, Suppl.*, 2019, 1888-1889, p. 18.

<sup>56</sup> Per una ricostruzione v. S. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019*, cit., p. 14 ss. e M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 35 ss.

sono state molto più compromissorie: il lavoratore in congedo per paternità ha diritto a una retribuzione o a un'indennità «almeno equivalente a quella che il lavoratore interessato otterrebbe in caso di interruzione delle sue attività per motivi connessi allo suo stato di salute». Si allinea così sostanzialmente la sua posizione a quella della lavoratrice assente per maternità<sup>57</sup>. Il lavoratore o la lavoratrice che usufruiscono del congedo parentale invece hanno diritto a una retribuzione o una indennità definiti dallo Stato membro o dalle parti sociali e stabiliti «in modo da facilitare il ricorso al congedo parentale da parte di entrambi i genitori». Una previsione questa che, nonostante la diversità di formulazione rispetto ai congedi di maternità e paternità, in qualche modo esigerebbe un'interpretazione orientata al fine perseguito. Essa dovrebbe quindi essere letta quanto meno con gli stessi canoni già adottati dalla Corte di giustizia con riferimento alle assenze per maternità: non solo l'indennità deve essere sufficientemente elevata da neutralizzare gli stereotipi culturali e il *gap* salariale che tuttora incidono sulla scelta tra i genitori<sup>58</sup>: l'espressione «facilitare il ricorso di entrambi» non può che implicare anche la necessità che l'indennità sia uguale o decisamente vicina a quella prevista per gli altri congedi.

Il secondo ordine di problemi riguarda la protezione che deve essere assicurata alla lavoratrice o al lavoratore che usufruiscono dei congedi e delle misure di conciliazione e che per questo subiscano provvedimenti ritorsivi o comunque trattamenti meno favorevoli da parte del datore di lavoro. La questione principale qui è comprendere se e a quali condizioni tali trattamenti possano essere considerati discriminatori e comportare l'attivazione dei relativi mezzi di tutela, primo fra tutti l'alleggerimento dell'onere della prova. In linea generale si può osservare come il tema sia in parte sdrammatizzato dal fatto che tutte le direttive in materia si preoccupano, in vario modo, di predisporre propri mezzi di tutela. Così la direttiva n. 92/85/CE contiene il divieto di licenziamento, anche ritorsivo (art. 10), la garanzia del mantenimento dei diritti connessi al contratto di lavoro (art. 11), nonché una norma relativa alla difesa dei diritti, in base alla quale vanno predisposte da parte degli Stati membri le misure necessarie per consentire a qualsiasi lavoratrice che si ritenga lesa dalla mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente

<sup>57</sup> S. LAULOM, *La directive 2019/1158 du 20 juin 2019*, cit., p. 18.

<sup>58</sup> Su cui v. C. ALESSI, *Dai congedi parentali alla direttiva*, cit., e *ivi* ampi riferimenti.

direttiva di difendere i propri diritti per via legale e/o, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, mediante ricorso ad altre istanze competenti (art. 12). Più incisive disposizioni sono oggi contenute nella direttiva n. 2019/1158/UE che all'art. 11, intitolato espressamente «discriminazione» chiede agli Stati di «vietare un trattamento meno favorevole dei lavoratori causato dalla domanda o dalla fruizione» dei congedi o dall'esercizio dei diritti previsti dalla direttiva stessa, mentre all'art. 12 dispone specifiche tutele contro il licenziamento, che includono la motivazione per iscritto (come già previsto per la maternità), ma altresì l'attribuzione al datore di lavoro dell'onere di provare che il licenziamento è basato su motivi diversi rispetto alla fruizione dei diritti di conciliazione. È questa senz'altro un'affermazione importante e innovativa, da salutare con favore anche in quanto si pone in linea con l'altrettanto importante innovazione contenuta nella direttiva n. 2019/1152/UE, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea e che prevede la stessa protezione, con lo stesso regime alleggerito dell'onere della prova, in caso di licenziamento del lavoratore che ha esercitato i diritti sanciti dalla direttiva stessa. Il punto critico di tali innovazioni è peraltro rappresentato dalla mancanza di un adeguato raccordo con il diritto antidiscriminatorio. Anzitutto va ricordato che un corposo orientamento della Corte di giustizia ha ritenuto direttamente discriminatori i trattamenti peggiorativi connessi alla maternità perché questa è un fenomeno che riguarda esclusivamente le donne<sup>59</sup> e anche da ultimo la direttiva n. 2006/54/UE stabilisce espressamente che la discriminazione di sesso include il trattamento meno favorevole dovuto «alla gravidanza o al congedo di maternità ai sensi della direttiva 92/85/Cee». Ne derivano diverse differenze di trattamento difficilmente comprensibili: in primo luogo la maternità è protetta dal divieto di discriminazione di sesso in ogni circostanza, mentre la paternità, sembra protetta dal divieto di discriminazioni di cui alla direttiva n. 2019/1158/UE, ma solo nel caso di fruizione dei congedi; inoltre, l'alleggerimento dell'onere della prova è previsto solo in caso di licenziamento e non in presenza di altri trattamenti

<sup>59</sup> A partire da Corte giust., 8 novembre 1990, C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, in *Racc.*, 1990, I-03941, e in tema v. anche Corte giust., 8 novembre 1990, C-179/88, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c. Danske Arbejdsgiverforening*, in *Racc.*, 1990, I-03979 e Corte giust., 26 febbraio 2008, C-505/06, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, in *Racc.*, 2008, I-01017.

meno favorevoli. In secondo luogo, solo l'azionabilità del divieto di discriminazioni per sesso importa l'applicazione diretta e orizzontale del principio di parità. Quindi, si deve ancora capire quali siano gli oneri probatori, quali gli obblighi di motivazione e quali i rimedi da assicurare in caso di discriminazioni (non consistenti nel licenziamento) nei confronti di chi ha richiesto o usufruito di un congedo parentale o della flessibilità del lavoro per ragioni connesse alla genitorialità. Infine, si deve chiarire la posizione di chi subisce un trattamento meno favorevole a causa dello svolgimento dei compiti di cura. La giurisprudenza della Corte di giustizia in parte aiuta: in primo luogo, per quanto riguarda i congedi di paternità, la bidirezionalità del divieto di discriminazioni di sesso, che pure, come si è visto, in vario modo attesta e ferma il diritto europeo sul rigoroso piano dell'eguaglianza formale (*supra*, § 3) potrebbe aiutare ad interpretare la protezione contenuta nella dir. n. 2006/54/CE come riferita anche alla fruizione di tali congedi. In secondo luogo, la garanzia di mantenimento dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro in caso di fruizione dei congedi parentali è stata considerata discriminazione indiretta di genere<sup>60</sup>, ciò che però non risolve il problema dei padri che richiedano i congedi parentali e siano per questo discriminati (ma non licenziati). Infine, la nozione di discriminazione associata accolta nel caso *Coleman* consente di estendere la protezione del diritto antidiscriminatorio ai prestatori di assistenza ai disabili.

Come si vede, da queste ultime osservazioni, permangono importanti aporie tra il diritto antidiscriminatorio e le misure di conciliazione. Il legislatore europeo sempre più spesso fa ricorso al divieto di attribuire trattamenti meno favorevoli rispetto agli altri lavoratori, senza tuttavia estendere espressamente l'intero *corpus* del diritto antidiscriminatorio. Lo ha fatto anzitutto con riferimento alla gravidanza con la direttiva n. 92/85/CE, ma la regola è stata presto estesa ai contratti di lavoro atipici, con la direttiva n. 97/81/CE sul lavoro a tempo parziale e con la direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a termine. Lo ha fatto ancora all'inizio del nuovo millennio sia con riferimento al lavoro tramite agenzia (sia pure in modo molto meno incisivo), sia in vario modo con riferimento alle condizioni di lavoro dei lavoratori migranti. Nella direttiva n. 2003/109/CE relativa allo

<sup>60</sup> Corte giust., 8 maggio 2019, C-486/18, *RE c. Praxair MRC SAS*, in *Racc. dig.* e già prima Corte giust., 22 ottobre 2009, C-116/08, *Christel Meerts c. Proost NV*, in *Racc. dig.*; su cui v. L. CALAFÀ, *Il caso Meerts alla Corte di giustizia e la "sostenibile leggerezza" dell'accordo quadro sul congedo parentale. Primi appunti sulla dir. 2010/18/UE*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 448 ss.

*status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo è sancito il diritto «allo stesso trattamento» rispetto ai cittadini nazionali (art. 11) ed è ribadita ed estesa la stessa garanzia a tutti i migranti in possesso del permesso unico ai sensi della direttiva n. 2011/98/UE. Le misure di protezione e i mezzi di tutela necessari per assicurare la parità, però, restano limitati.

A breve il Governo italiano sarà chiamato ad attuare la direttiva n. 2019/1158/UE, entro il 2 agosto 2022, come previsto dalla legge di delegazione europea 2019-20. Si auspica che questa possa costituire l'occasione per un adeguato coordinamento dei divieti di discriminazione con i diritti di conciliazione.



SILVIA BORELLI

## Diritti sindacali, concorrenza e democraticità del processo di integrazione europea. Appunti a partire dai lavoratori delle piattaforme

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I diritti sindacali nella normativa OIL, nella CSE e nella CEDU. – 3. L'ambito di applicazione e il contenuto dei diritti sindacali nel diritto UE. – 4. La disparità di potere contrattuale al di fuori del rapporto di lavoro subordinato. – 5. Soluzioni possibili. – 6. Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

Nel 2006, Luigi Mariucci rivolgeva alla comunità dei giuslavoristi una domanda – *Dopo la flessibilità, cosa?* – per riflettere sulle politiche che, nei primi anni del millenio, avevano condotto a una moltiplicazione spinta delle forme di contratto di lavoro<sup>1</sup>. A quella domanda, Massimo Roccella rispondeva con un'altra domanda – *Lavori flessibili o lavori precari?* – per poi soffermarsi su quello che per lui era uno dei principali errori della dottrina che affrontava il tema della flessibilità: il considerare ineluttabile la crescente diffusione del lavoro precario, a causa del declino dell'organizzazione fordista-tayloristica del lavoro<sup>2</sup>.

«Bisognerebbe saper distinguere – scriveva Roccella<sup>3</sup> – fra le diverse tipologie astrattamente ipotizzabili, come pure fra le attività d'impresa rispetto alle quali il ricorso al lavoro precario risulta imposto da ragioni tecnico-organizzative obiettivamente apprezzabili e quelle per le quali la precarietà costituisce fondamentalmente uno strumento d'incremento dei profitti. Non perché il profitto vada de-

<sup>1</sup> L. MARIUCCI, *Introduzione*, in ID., *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna 2006, p. 11.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 362.

<sup>3</sup> M. ROCCELLA, *Lavori flessibili o lavori precari?*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., p. 56.



monizzato, bensì perché anche nelle economie di mercato dovrebbe sempre essere considerato un obiettivo delle politiche pubbliche il raggiungimento di un punto d'equilibrio fra esigenze dell'impresa e utilità sociale: nel caso italiano, oltre tutto, trattandosi di una finalità di rilevanza costituzionale».

L'approccio proposto da Roccella manifesta tutta la sua attualità a fronte del lavoro svolto tramite piattaforma. Nel dibattito in materia, sembra quasi dimenticarsi che la precarietà del lavoro – i lavoretti della *gig economy* – non è un dato di fatto a cui dobbiamo inevitabilmente rassegnarci, ma è il risultato dell'azione dirompente di alcune intraprendenti *start-up* della *Silicon Valley* e di politiche del lavoro che hanno consentito tale precarizzazione.

Come osservato dai primi attenti commentatori del fenomeno, sia il *crowdwork* che il *work on demand via apps* consentono di esternalizzare singole attività che vengono svolte da individui privi di un'organizzazione in forma di impresa (c.d. *personal outsourcing*)<sup>4</sup>. Il lavoro viene così spezzettato, acquistato e pagato nell'esatta misura in cui serve al consumatore finale. Di conseguenza, il reddito diviene discontinuo, la durata dell'occupazione incerta, la tutela previdenziale e assicurativa inadeguata.

<sup>4</sup> Con *work on demand via apps* si indicano i casi in cui la piattaforma offre ai propri utenti un servizio che viene svolto da un lavoratore, in un determinato luogo. Con *crowdwork* si indica invece l'attività che viene messa a disposizione e svolta tramite la piattaforma, a favore di un utente che può trovarsi ovunque nel mondo (A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy, The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, Cambridge 2016, p. 1; V. DE STEFANO, *Lavoro «su piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, I, p. 241). La distinzione è rilevante in quanto, mentre il *work on-demand via apps* può essere localizzato e dunque assoggettato alle regole di uno Stato o di un ente locale, per il *crowdwork* non è ancora chiaro quale sia la legge applicabile. Inoltre, nel caso del *crowdwork*, la prestazione può essere svolta da chiunque si trovi in un luogo con un accesso a *internet*; esiste perciò una competizione su scala globale tra lavoratori che ha un inevitabile impatto sulle condizioni di lavoro (C. DEGRYSE, *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, in *ETUI working paper*, 2016, 2, p. 31). La dispersione globale dei *crowdworkers* ne rende poi ancora più difficile l'organizzazione collettiva (V. DE STEFANO, *The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”*, Ginevra 2016, 71, n. 71, p. 9; M.W. FINKIN, *Beclouded Work In Historical Perspective*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y Journal*, 2016, 37, p. 617; P. TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, p. 748).

L'economia dei lavoretti si è sviluppata ai margini della legalità<sup>5</sup>. Sfruttando la maggiore rapidità dell'evoluzione tecnologica rispetto agli sviluppi legislativi e l'intraprendenza delle *start-up* della *Silicon Valley*, le piattaforme hanno iniziato a mettere a disposizione i propri servizi senza preoccuparsi del rispetto delle regole, sono divenute importanti attori economici e hanno quindi costretto i legislatori e le corti nazionali ad occuparsi delle discipline loro applicabili.

L'avanzata apparentemente ineluttabile della *gig economy* è stata però rallentata dalle proteste di tanti lavoratori che hanno cominciato a organizzarsi, talora al di fuori dei sindacati tradizionali, per rivendicare, nei confronti delle piattaforme, migliori condizioni di lavoro<sup>6</sup>. L'attività sindacale precede e prescinde dalla qualificazione dei rapporti di lavoro. Vero è che le mobilitazioni sono spesso dirette a ottenere il riconoscimento dello *status* di lavoratore subordinato. Tuttavia, l'esito di tali controversie non è affatto scontato, come dimostrano le tante contraddittorie pronunce dei giudici che spesso (e comprensibilmente) hanno grandi difficoltà nel comprendere il funzionamento del *management by algorithm*, dell'*app-based management*, e dei sistemi di *electronic performance monitoring*<sup>7</sup>.

Come noto, sia il modo in cui viene definita la subordinazione, sia il modo in cui è regolato il lavoro nell'ambito della *gig economy*, dipendono da scelte politiche<sup>8</sup>. Affinché tutti i lavoratori, a prescindere dal loro *status*, possano partecipare a tale dibattito, possano

<sup>5</sup> A. ALOISI, *Commoditized workers: Case study research on labour law issues arising from a set of "on-demand/gig economy" platforms*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y Journal*, 2016, 37, p. 686.

<sup>6</sup> M. MARRONE, *Rights against the machines! Il lavoro digitale e le lotte dei rider*, Milano 2021; M. FAIOLI, *Jobs «App», Gig economy e sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, I, p. 291; M. FORLIVESI, *La sfida della rappresentanza sindacale dei lavoratori 2.0*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 664; F. TRILLO PÁRRAGA, *Economía digitalizada y relaciones de trabajo*, in *Rev. der. Soc.*, 2016, 76, p. 80. Per una sintesi dei recenti movimenti sindacali creati dai lavoratori delle piattaforme v. [www.thenation.com/article/activism/global-gig-worker-organizing](http://www.thenation.com/article/activism/global-gig-worker-organizing).

<sup>7</sup> Per una rassegna delle decisioni giudiziali sui lavoratori delle piattaforme v. INTERNATIONAL LAWYERS ASSISTING WORKERS (ILAW), *Taken for a Ride: Litigating the Digital Platform Model*, 2021.

<sup>8</sup> «The definition of the personal scope of application of any labour law system is an intensely and deeply political exercise. This exercise is shaped by fundamental decisions over the distribution of risks, rights, and duties between workers, employers, and society at large» (N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *New trade union strategies for new forms of employment*, Bruxelles 2019, p. 19; v. anche A. SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, I, p. 175).

cioè esprimere la loro *voice*, è necessario garantire loro diritti sindacali. Infatti, qualora si affermasse che solo i lavoratori subordinati sono titolari dei diritti sindacali, la conseguenza sarebbe che, da un lato, i lavoratori che rivendicano lo *status* di subordinati – e i sindacati che li assistono – sarebbero intimoriti ad agire, in quanto potrebbero essere costretti, nel caso in cui le corti non riconoscessero loro tale *status*, a risarcire i danni causati dalla loro condotta illecita. Dall'altro, i lavoratori autonomi saprebbero *a priori* che la loro azione sindacale è illecita. Peraltro, in assenza di criteri certi e uniformi di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato nei diversi Stati, potrebbe accadere che lavoratori che svolgono la medesima attività beneficino dei diritti sindacali in alcuni paesi e non in altri<sup>9</sup>.

Negare i diritti sindacali ai lavoratori della *gig economy* significa inoltre trascurare – o meglio, riconoscere e legittimare – l'asimmetria di poteri (giuridici e di fatto) che esiste tra questi e le piattaforme<sup>10</sup>. Come osservato da molti, la *gig economy* accentua la competizione tra coloro che mettono a disposizione la propria attività sulle piattaforme<sup>11</sup>. In assenza di regole collettive, ciascuno contratta per sé, o meglio la piattaforma decide per tutti: esiste infatti un evidente squilibrio tra il potere contrattuale della piattaforma che può svolgere il proprio servizio avvalendosi di un bacino di lavoratori molto ampio, e il lavoratore che, se vuole svolgere un certo servizio, deve avvalersi della piattaforma, accettando le condizioni da questa imposte<sup>12</sup>. E la piattaforma può decidere di offrire condizioni diverse ai lavoratori, incrementando ulteriormente la competizione tra gli stessi, e rendendone ancora più difficile l'organizzazione collettiva.

Dal riconoscimento dei diritti sindacali ai lavoratori *tout court* dipende dunque la possibilità per questi ultimi di partecipare al dibattito diretto a determinare il «punto d'equilibrio fra esigenze dell'impresa e utilità sociale»<sup>13</sup>. La democraticità delle decisioni politiche che fissano tale punto di equilibrio è pertanto strettamente

<sup>9</sup> Per un'analisi dei diritti sindacali nei diversi paesi dell'UE v. L. FULTON, *Trade unions protecting self-employed workers*, Bruxelles 2018.

<sup>10</sup> K. VANDAELE, *Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers' collective voice and representation in Europe*, in *ETUI working paper*, 2018, n. 5, p. 6.

<sup>11</sup> G. VALEUDUC, P. VENDRAMIN, *Digitalisation, between disruption and evolution*, in *Transfer*, 2017, vol. 23, p. 131.

<sup>12</sup> DE STEFANO, *Lavoro*, cit., p. 249.

<sup>13</sup> M. ROCCELLA, *Lavori*, cit., p. 56.

connesso all'estensione del perimetro in cui vengono garantiti i diritti sindacali<sup>14</sup>.

Per questo motivo, la Dichiarazione universale dei diritti umani riconosce a ogni individuo il «diritto di fondare dei sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi» (art. 23, par. 4). Analoghe disposizioni sono previste nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 22) e nel Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (art. 8), che riconosce anche «il diritto dei sindacati di esercitare liberamente la loro attività» e «il diritto di sciopero». Come vedremo, il medesimo approccio è seguito dai Comitati OIL e dal Comitato europeo dei diritti sociali (*infra*, § 2). Diversamente, nel diritto dell'Unione, i contratti collettivi per i lavoratori autonomi configurano delle intese tra imprese che violano il diritto della concorrenza (*infra*, § 3), ignorando così che lo stesso legislatore europeo ha più volte preso atto di squilibri contrattuali, anche al di là del lavoro subordinato (*infra*, § 4). Per scongiurare l'ennesimo conflitto tra corti sovranazionali, la Commissione europea è intervenuta sul punto, con un'iniziativa controversa, su cui ci soffermeremo nella parte finale di questo contributo (*infra*, § 5).

## 2. I diritti sindacali nella normativa OIL, nella CSE e nella CEDU

L'affermazione e la promozione della libertà sindacale, che comprende anche il diritto alla negoziazione collettiva e il diritto di sciopero, è un obiettivo fondamentale dell'OIL. Tali diritti infatti sono considerati strumenti essenziali per migliorare le condizioni di lavoro, assicurare l'applicazione effettiva della normativa lavoristica e permettere ai lavoratori di difendere i propri interessi. Si tratta, in sostanza, di diritti necessari per assicurare l'effettivo godimento di altri diritti protetti dalla normativa OIL (c.d. *enabling rights*)<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> J.L. MONEREO PÉREZ, *La garantía internacional de un Derecho al Trabajo Decente*, in *Rev. esp. der. trab.*, 2015, n. 177, p. 5; A. BAYLOS GRAU, *¿Para qué sirve un sindicato? Instrucciones de Uso*, Madrid 2012, p. 137. V. anche la risoluzione del Consiglio d'Europa n. 2033(2015) del 28 gennaio 2015, secondo cui la libertà sindacale, il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero sono sia dei diritti fondamentali, sia «des principes démocratiques sous-tendant les processus économiques modernes».

<sup>15</sup> V. DE STEFANO, *Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 123/2015, p. 9.

La Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la Convenzione n. 98 sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva sono state interpretate in numerose occasioni da parte del Comitato OIL per la libertà d'associazione. Nel caso n. 2888 (*Polonia*), il Comitato ha ricordato che, in base al principio di libertà d'associazione, tutti i lavoratori, senza alcuna distinzione, «dovrebbero avere il diritto di creare e aderire alle organizzazioni sindacali che preferiscono». Nello stesso caso, il Comitato ha poi affermato che «la Convenzione n. 98 protegge tutti i lavoratori e i loro rappresentanti contro gli atti di discriminazione sindacale», a prescindere dal fatto che siano o meno qualificati come lavoratori subordinati (par. 1084; in senso analogo v. il caso n. 2868 (*Panama*), par. 1005 e il caso n. 2013 (*Mexico*). Analogamente, nel caso n. 2602 (*Corea*), il Comitato ha ritenuto necessaria l'adozione di misure «per assicurare che i lavoratori autonomi possano pienamente godere dei diritti sindacali garantiti dalle Convenzioni n. 87 e 98 al fine di promuovere e difendere i propri interessi, anche mediante la contrattazione collettiva» (par. 467; in senso analogo v. il caso n. 2786, *Repubblica dominicana*). Affermazioni simili si ritrovano anche nelle conclusioni della Commissione di esperti per l'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni<sup>16</sup>.

La Carta sociale europea (CSE), dal canto suo, impegna gli Stati contraenti a non pregiudicare e a promuovere la libertà dei lavoratori di costituire e aderire a organizzazioni per la protezione dei loro interessi economici e sociali (art. 5). L'esercizio effettivo del diritto di negoziazione collettiva e il diritto dei lavoratori d'intraprendere azioni collettive sono poi garantiti dall'art. 6.

Gli artt. 5 e 6 della CSE sono stati interpretati in varie occasioni dal Comitato europeo per i diritti sociali (CEDS), il quale ha affermato che i limiti alla libertà sindacale, per essere legittimi, devono essere strettamente circostanziati e non possono compromettere il nucleo essenziale del diritto in questione (decisione del 27 gennaio 2016 sul reclamo collettivo n. 101/2013, par. 83). Nell'interpretare gli artt. 5 e 6 CSE, il Comitato ha poi richiamato l'art. 22 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (decisione del 27 gennaio 2016 sul reclamo collettivo n. 101/2013, par. 30), l'art. 8 del Patto

<sup>16</sup> V. X. BEAUDONNET, *Le droit de négociation collective des travailleurs considérés comme indépendants au regard des normes de l'Organisation internationale du travail*, in D. DUMONT, A. LAMINE, J.B. MAISIN (a cura di), *Le droit de négociation collective des travailleurs indépendants. Cadres théoriques et études de cas*, Bruxelles 2020, p. 55.

internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (decisione del 27 gennaio 2016 sul reclamo collettivo n. 101/2013, par. 31), l'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla Corte EDU (decisione del 12 settembre 2018 sul reclamo collettivo n. 123/2016, par. 22) e le convenzioni OIL nn. 87, 98, 151 e 154, come interpretate dai Comitati OIL (decisione del 27 gennaio 2016 sul reclamo collettivo n. 101/2013, parr. 32, 33 e 110). Anche il Comitato ha inoltre affermato che l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva e del diritto di sciopero rappresenta «una base essenziale per il godimento degli altri diritti garantiti dalla Carta» (decisione del 3 luglio 2013 relativa al reclamo n. 85/2012, par. 109).

Nella decisione relativa al reclamo collettivo n. 123/2016, il Comitato ha poi osservato che «rien dans le libellé de l'article 6 de la Charte n'autorise les États parties à imposer des restrictions au droit de négociation collective pour certaines catégories de travailleurs». A parere del Comitato, il mondo del lavoro si è evoluto rapidamente e radicalmente, facendo emergere «un nombre croissant de travailleurs ne relevant plus de la définition du salarié dépendant» (parr. 36 e 37). Pertanto, «pour déterminer quel genre de négociation collective est protégé par la Charte, il ne suffit pas de s'appuyer sur la distinction entre travailleur et travailleur indépendants, le critère décisif étant plutôt de savoir s'il existe un déséquilibre de pouvoir entre les fournisseurs de main-d'œuvre et les employeurs. Lorsque les fournisseurs de main-d'œuvre n'ont pas d'influence substantielle sur le contenu des conditions contractuelles, ils doivent avoir la possibilité d'améliorer ce déséquilibre de pouvoir par la négociation collective» (par. 38). Il Comitato ha quindi ritenuto che «les travailleurs indépendants devraient jouir du droit de négociation collective par l'intermédiaire d'organisations les représentant [...], en étant soumis seulement aux restrictions qui sont prescrites par la loi, qui visent un but légitime et qui sont nécessaires dans une société démocratique» (par. 95).

In merito alla conformità, con la Carta sociale europea, delle disposizioni di diritto della concorrenza che limitano il diritto alla contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, il Comitato ha infine precisato che occorre valutare, caso per caso, se il riconoscimento di questo diritto «aurait une incidence sur la concurrence qui serait sensiblement différente de l'incidence, sur cette concurrence, des conventions collectives conclues uniquement à l'égard des travailleurs dépendants» (par. 100). E l'onere di provare tale incidenza negativa, così come lo scopo legittimo e necessario in una società

democratica perseguito dalla disposizione che limita l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva, grava sul legislatore<sup>17</sup>.

Quanto alla CEDU, essa riconosce, a ogni persona, «il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi» (art. 11). La Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha affermato che i limiti ai diritti garantiti dalla Convenzione devono interpretarsi restrittivamente, in modo da assicurare una protezione reale ed effettiva dei diritti umani (*Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquia*, n. 68959/01).

Anche la Corte di Strasburgo ha poi interpretato l'art. 11 richiamando le Convenzioni OIL nn. 87 e 98, come interpretate dai Comitati OIL (*Demir e Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, par. 37, 42, 100 e 147), l'art. 22 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (*Demir e Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, par. 40 e 99), l'art. 8 del Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (*Demir e Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, par. 41 e 99), gli artt. 5 e 6 della Carta sociale europea, come interpretati dal CEDS (*Demir e Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, par. 45, 49, 103 e 149; *National Union of rail, maritime and transport workers c. Regno unito*, n. 31045/10, par. 34). Riferendosi a tutte queste fonti sovranazionali, la Corte EDU ha poi riconosciuto che il diritto alla contrattazione collettiva, così come il diritto di sciopero sono componenti essenziali della libertà sindacale garantita dall'art. 11 CEDU<sup>18</sup>.

Nella decisione relativa al caso *Sindicatul "Păstorul cel Bun" c. Romania* (n. 2330/09, par. 145) la Corte EDU ha espressamente chiarito che l'art. 11 «non esclude alcun gruppo professionale dal proprio ambito di applicazione»<sup>19</sup>. Tuttavia, in *Manole et les culti-*

<sup>17</sup> N. COUNTOURIS e V. DE STEFANO, *New*, cit., p. 54.

<sup>18</sup> Sull'interpretazione evolutiva e sistematica della CEDU v. F. DORSEMONT, *The right to form and to join trade unions for the protection of his interests under article 11 ECHR. An attempt 'to digest' the case law (1975-2009) of the European Court on Human Rights*, in *Eur. Lab. Law J.*, 2010, vol. 1, n. 2, p. 185 e G. RAIMONDI, *Il diritto di sciopero è elemento essenziale della libertà di associazione? Evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Lav. dir. Europa*, 2019, vol. 1, p. 1.

<sup>19</sup> La Corte EDU si era già occupata dall'applicazione dell'art. 11 a un lavoratore autonomo che invocava il diritto alla libertà sindacale negativa (Corte EDU, 30 giugno 1993, n. 16130/90, *Sigurdur A. Sigurjónsson c. Island*). A parere della Corte, per la soluzione del caso non era necessario verificare se l'associazione era o meno un sindacato in quanto, nel caso di specie, il diritto di creare e di aderire a un sindacato era un aspetto della più generale libertà di associazione (par. 32). In Corte EDU, 27 febbraio 2015, n. 36701/09, *Hrvatski liječnički sindikat v. Croatia*,

*vateurs directs de Roumanie c. Roumanie* (n. 46551/06), la Corte ha negato il diritto di formare un sindacato a un gruppo di agricoltori, ritenendo di non disporre di alcun elemento per dubitare che un'associazione di agricoltori, seppure non riconosciuta come sindacato, non sia dotata delle prerogative essenziali per la difesa degli interessi collettivi dei propri membri nei confronti dello Stato. In sostanza, a parere della Corte, è legittimo riservare ai lavoratori subordinati il diritto di costituire sindacati quanto i diritti necessari per la tutela dell'interesse collettivo sono riconosciuti anche ad altre associazioni.

### 3. *L'ambito di applicazione e il contenuto dei diritti sindacali nel diritto UE*

Il diritto di fondare e aderire a sindacati è garantito dall'art. 12, par. 1, Carta UE che riproduce quanto previsto dall'art. 11 CEDU e ha dunque lo stesso significato di quest'ultima disposizione (*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02)). Tale diritto era già stato riconosciuto dalla Corte di giustizia invocando: l'art. 11 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, l'art. 5 della CSE, l'art. 22 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, le Convenzioni OIL nn. 87 e 98 (Conclusioni dell'Avv. gen., 28 gennaio 1999, C-67/96, *Albany International BV*, par. 143) e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (Corte giust., 15 dicembre 1995, C-415/93, *Bosman*, par. 79).

La Corte di giustizia ha altresì riconosciuto il diritto alla contrattazione collettiva quale diritto fondamentale protetto dall'ordinamento dell'Unione europea, richiamando l'art. 6 della CSE e il punto 12 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (Conclusioni degli Avv. gen., 15 settembre 2011, C-155/10, *Williams*, par. 65, e 28 gennaio 1999, C-67/96, *Albany International BV*, par. 136 e 146). Tale diritto è stato poi espressamente garantito dall'art. 28 Carta UE che riconosce anche il diritto di ricorrere ad azioni collettive per la difesa dei propri interessi.

Tuttavia, nell'ambito del diritto UE della concorrenza, i lavora-

la Corte ha applicato l'art. 11 allo sciopero indetto da medici e dentisti, riconoscendo che il diritto di sciopero è «lo strumento più potente per proteggere gli interessi professionali» dei sindacati e dei loro membri (par. 59).



tori autonomi sono considerati imprese<sup>20</sup>. Di conseguenza, un'organizzazione che procede alla stipulazione di contratti collettivi per i lavoratori autonomi che ne sono membri, non agisce in qualità di sindacato, ma in qualità di associazione di imprese, ed è dunque soggetta al diritto della concorrenza.

A parere della Corte di giustizia, un'impresa può essere «costituita da più persone, fisiche o giuridiche» (Corte giust., 14 dicembre 2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, par. 40): due persone fisiche o giuridiche configurano un'impresa (intesa quale unità economica) qualora tengano «un comportamento unitario sul mercato» (par. 41). Tuttavia, nel momento in cui la Corte di giustizia verifica l'esistenza o meno di un'unità economica non valuta se un soggetto determina «in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato», ma se assume i rischi connessi all'attività che si è obbligato a svolgere a favore del committente (par. 44 e ss.; v. anche Corte giust., 16 dicembre 1975, cause riunite C-40/73, C-48/73, C-50/73, C-54/73, C-56/73, C-111/73, C-113/73 e C-114/73, *Suiker Unie*, par. 482). I giudici comunitari spostano cioè l'indagine dal potere (di fatto o di diritto) che viene esercitato dal committente sul prestatore di servizi, al rischio che questo supporta. La posizione della Corte di giustizia si giustifica nell'ottica del diritto UE della concorrenza: se un soggetto assume i rischi generati dall'attività economica svolta per il committente, deve essere protetto contro le pratiche che restringono o falsano la concorrenza (art. 101 TFUE) e contro lo sfruttamento della posizione dominante da parte del committente (art. 102 TFUE).

In *FNV Kunsten Informatie en Media*, la Corte di giustizia ha utilizzato il concetto di unità economica per vagliare la compatibilità dei contratti collettivi a tutela dei lavoratori autonomi con il diritto della concorrenza. Il prestatore di servizi che «dipende interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente», può essere considerato falso lavoratore autonomo (Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie*

<sup>20</sup> In tale ambito, «il concetto di “impresa” comprende qualsiasi soggetto che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di tale soggetto e dalle sue modalità di finanziamento» (Corte giust., 14 dicembre 2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, par. 39).

en Media, par. 33). A parere dei giudici comunitari, le disposizioni di un contratto collettivo che regolano le condizioni di lavoro per i falsi autonomi non sono assoggettate all'art. 101, par. 1, TFUE; in tal caso si applica infatti l'eccezione elaborata nel caso *Albany* (Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*).

L'indagine sui lavoratori della *gig economy* dimostra come il c.d. *personal outsourcing* sia utilizzato dalle piattaforme per esternalizzare i rischi connessi a un'attività economica che dirigono e controllano<sup>21</sup>. In tali ipotesi, i lavoratori autonomi non determinano in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma sopportano i rischi connessi alla propria attività lavorativa. Nei casi di specie, l'interpretazione della Corte di giustizia priverebbe dunque tali lavoratori della possibilità di definire, in accordi collettivi, migliori condizioni di lavoro.

Nel definire i falsi autonomi, la Corte di giustizia fa poi riferimento a una seconda definizione, quella di rapporto di lavoro subordinato in cui una persona fornisce, «per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione» (Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, par. 34). Così facendo, la Corte restringe l'insieme dei falsi autonomi e ignora quanto affermato dallo stesso Avvocato generale nelle sue conclusioni ove si sottolinea che «i lavoratori autonomi formano un gruppo vasto ed eterogeneo» (Conclusioni dell'Avv. gen., 11 settembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, par. 55). Come hanno dimostrato numerosi studi di *Eurofound*, esistono infatti differenti categorie di lavoratori autonomi<sup>22</sup>, alcune delle quali si caratterizzano per la dipendenza economica, la vulnerabilità, l'integrazione della prestazione lavorativa nell'ambito di un'attività produttiva altrui, l'assenza di un'organizzazione produttiva, la monocommittenza. Tutti questi elementi denotano una disparità di po-

<sup>21</sup> Come scrive P. LOI (*Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, I, p. 264), «i lavoratori della *Gig economy* sono l'esempio più estremo del trasferimento del rischio dall'impresa al lavoratore».

<sup>22</sup> D. DE MOORTEL, C. VANROELEN, *Classifying self-employment and creating an empirical typology*, Rapporto per *Eurofound*, Dublino 2017; EUROFOUND, *Exploring self-employment in the European Union*, Lussemburgo 2017; EUROFOUND, *Aspects of non-standard employment in Europe*, Lussemburgo 2017; EUROFOUND, *Does employment status matter for job quality?*, Lussemburgo 2018, p. 6; EUROFOUND, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Lussemburgo 2018, p. 43.

tere contrattuale tra lavoratore e committente; in sostanza, in queste ipotesi, una parte è in grado di imporre le condizioni contrattuali alla controparte<sup>23</sup>.

D'altro canto, la nozione di unità economica elaborata dalla Corte di giustizia richiama proprio il fatto che un operatore economico non determina in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato e agisce come ausiliario integrato nell'impresa del committente (Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, par. 33). E come vedremo tra un attimo, diverse disposizioni di diritto UE riconoscono l'esistenza di una disparità di potere contrattuale, al di là del lavoro subordinato.

Occorre infine osservare che l'eccezione al diritto della concorrenza elaborata in *Albany* si basa sul fatto che gli accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali conseguono obiettivi di politica sociale che «sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85 [101], n. 1, del Trattato» (Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV*, par. 59).

In *FNV Kunsten Informatie en Media*, la Corte di giustizia sostiene che il diritto dell'Unione non preveda alcuna disposizione che «incoraggi i prestatori autonomi a instaurare un simile dialogo [sociale] con i datori di lavoro presso i quali forniscono prestazioni di servizi in forza di un contratto d'opera e, dunque, a stipulare accordi collettivi con detti datori di lavoro al fine di migliorare le proprie condizioni di occupazione e di lavoro» (Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, par. 29). La mendacità di tale affermazione è evidente qualora si consideri l'obbligo di interpretare l'art. 28 Carta UE alla luce dell'art. 6 della CSE e dell'art. 11 della CEDU.

#### 4. *La disparità di potere contrattuale al di fuori del rapporto di lavoro subordinato*

Come anticipato, in diverse occasioni, il diritto UE ha riconosciuto l'esistenza di uno squilibrio di poteri contrattuali, al di là del rapporto di lavoro subordinato.

<sup>23</sup> J. UNTERSCHÜTZ, *The concept of the "Employment Relation"*, in F. DORSEMONT, K. LÖRCHER, S. CLAUWAERT, M. SCHMITT (a cura di), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford 2019, p. 91.

Il regolamento n. 2019/1150 sull'equità e la trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online* chiarisce, ad esempio, che, spesso, i fornitori di servizi d'intermediazione *online* «hanno un potere contrattuale superiore, che consente loro di agire di fatto unilateralmente in un modo che può essere iniquo e quindi dannoso per gli interessi legittimi dei loro utenti commerciali e, indirettamente, anche dei consumatori dell'Unione» (*considerando* n. 2). Tuttavia, il regolamento non contesta tale squilibrio di poteri, ma si limita a fissare alcune regole dirette a garantire che gli utilizzatori dei servizi *online* (fra cui rientrano anche i lavoratori autonomi: art. 2) «dispongano di un'adeguata trasparenza, di equità e di efficaci possibilità di ricorso» (art. 1).

La situazione di squilibrio contrattuale giustifica perciò l'imposizione, a carico del fornitore di servizi di intermediazione *online*, dell'obbligo di comunicare le ragioni di sospensione o cessazione della fornitura dei suoi servizi (art. 3) e i parametri che determinano il posizionamento (art. 5). Le organizzazioni che hanno un legittimo interesse a rappresentare i lavoratori autonomi possono poi adire i giudici nazionali «per far cessare o vietare qualsiasi caso d'inadempienza» delle prescrizioni del regolamento (art. 14), o elaborare, con i fornitori di servizi di intermediazione *online*, codici di condotta (art. 17). Nel regolamento non è però prevista né la possibilità di stipulare contratti collettivi, né la possibilità, per gli Stati membri, di applicare disposizioni più favorevoli al lavoratore. Il regolamento non limita poi la possibilità, per il fornitore di servizi di intermediazione *online*, di scegliere la legge applicabile al contratto (*considerando* n. 49, reg. n. 2019/1150), né gli proibisce di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali (art. 3, comma 3).

Nello stesso giorno in cui il Parlamento europeo approvava il reg. n. 2019/1150, la stessa istituzione votava anche la dir. n. 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione. La direttiva si applica «a tutti i lavoratori [...], tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia» (art. 1, comma 2). Il *considerando* n. 8 precisa poi che «i lavoratori effettivamente autonomi non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

Il diritto UE prevede dunque due distinti modelli di regolazione del lavoro tramite piattaforma: da un lato, per i lavoratori effettivamente autonomi, il reg. n. 2019/1150 stabilisce alcune regole di trasparenza per il corretto funzionamento del mercato interno (*considerando* n. 7), ma non prevede alcuna clausola di salvaguardia di migliori *standard* di trattamento a favore dei lavoratori, né con-

sente, almeno espressamente, la contrattazione collettiva; dall'altro, per i "falsi" lavoratori autonomi, la dir. n. 2019/1152 detta *standard* minimi di tutela che possono essere migliorati dagli Stati membri o mediante la contrattazione collettiva (sulla promozione del dialogo sociale v. l'art. 21, comma 4)<sup>24</sup>.

Si deve poi ricordare la Raccomandazione relativa all'accesso dei lavoratori subordinati e autonomi alla protezione sociale, adottata nel novembre 2019 con cui la Commissione intende garantire, anche ai lavoratori autonomi, un livello adeguato di protezione sociale. Per evitare però che ciò comprometta la sostenibilità finanziaria dei sistemi di protezione sociale (*considerando* n. 37), la Raccomandazione richiede che i contributi sociali «siano proporzionati alle capacità contributive dei lavoratori subordinati e autonomi» (par. 13). Con la Raccomandazione in esame, la Commissione interviene quindi sui rischi (in primo luogo, di povertà) cui sono esposti tutti i lavoratori, garantendo loro una protezione sociale il cui costo ricade però sugli stessi lavoratori e deve, comunque, essere compatibile con le regole sulla *governance* economica.

Analogamente, il Pilastro europeo dei diritti sociali riconosce a tutti i lavoratori il «diritto a un'adeguata protezione sociale», mentre i diritti sindacali sono quasi del tutto trascurati per i lavoratori subordinati, e totalmente assenti per gli autonomi, nonostante le tante sollecitazioni del Parlamento europeo<sup>25</sup>. Invero, nel formulare il principio n. 8 su *Dialogo sociale e coinvolgimento dei lavoratori* manca il riferimento «a coloro che lavorano con strumenti digitali e/o operano a livello transfrontaliero», presente nel documento di

<sup>24</sup> Sul punto v. diffusamente S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 54.

<sup>25</sup> Nella sua Risoluzione del 15 giugno 2017 su un'agenda europea per l'economia collaborativa (2017/2003(INI)), il Parlamento europeo ha sottolineato l'esigenza «di tutelare i diritti dei lavoratori nel settore dei servizi collaborativi, primi fra tutti il diritto dei lavoratori di organizzazione e il diritto di azione e di contrattazione collettive», e ha invitato gli Stati e la Commissione a «garantire condizioni di lavoro eque e una protezione sociale e giuridica adeguata a tutti i lavoratori dell'economia collaborativa, a prescindere dal loro *status*» (par. 39). Il Parlamento europeo ha altresì sottolineato l'importanza di garantire ai lavoratori autonomi «il diritto di azione e di contrattazione collettive» (par. 41). Analoghe raccomandazioni figurano nella Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2017 su un pilastro europeo dei diritti sociali (2016/2095(INI)), par. 5 e 8, e nel parere del Comitato economico e sociale europeo sull'agenda europea per l'economia collaborativa (2017/C 075/06), par. 4.4.2.

consultazione della Commissione (COM(2016)127, Annex I, par. 10, p. 12), e si menzionano solo i “lavoratori”, termine con cui ci si riferisce ai soli lavoratori subordinati (COM(2016)127, Annex I, p. 2), senza peraltro riconoscergli espressamente la libertà sindacale, il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero.

Diversamente, la direttiva n. 2019/790 sui diritti d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale si applica a tutti gli autori e gli artisti interpreti o esecutori, senza alcuna distinzione tra subordinati o autonomi. La direttiva prende atto che tali soggetti si trovano spesso «in una posizione contrattuale più debole quando concedono una licenza o trasferiscono i loro diritti [...] ai fini dello sfruttamento in cambio di una remunerazione» (*considerando* n. 72). Di conseguenza, la direttiva introduce il diritto a una retribuzione appropriata e proporzionale (art. 18), un obbligo di trasparenza (art. 19) e un meccanismo di adeguamento dei contratti che si applica qualora la remunerazione inizialmente concordata si riveli «sproporzionatamente bassa» rispetto ai proventi originati dallo sfruttamento delle opere o esecuzioni (art. 20). Queste disposizioni possono essere adottate sia per legge, che mediante contratti collettivi (*considerando* n. 73; artt. 19, comma 5 e 20, comma 1). La contrattazione collettiva per artisti e autori è quindi consentita in ogni caso, a prescindere dallo *status* giuridico di tali soggetti.

## 5. Soluzioni possibili

L'interpretazione della Corte di giustizia in *FNV Kunsten Informatie en Media* genera un conflitto tra il diritto UE, da un lato, e le convenzioni OIL, la CSE e la CEDU, dall'altro. Nell'ordinamento dell'Unione, tale conflitto è risolto applicando la regola del primato del diritto UE, salvo i casi disciplinati dall'art. 351 TFUE che prevede una deroga per le convenzioni concluse dagli Stati membri anteriormente alla data della loro adesione all'Unione<sup>26</sup>. Ciò significa che, per alcuni paesi (ad es. Spagna), le Convenzioni OIL nn. 87 e 98 e l'interpretazione fornite dai Comitati OIL prevalgono sul diritto UE, mentre per altri (ad es. l'Italia) prevale il diritto UE.

<sup>26</sup> V. però il comma 2 dell'art. 351, come interpretato dalla Corte di giustizia (Corte giust., 4 luglio 2000, C-84/98, *Commissione c. Repubblica portoghese*, par. 58).

Dal canto loro, i Comitati OIL<sup>27</sup> e il CEDS<sup>28</sup> hanno affermato che non esiste alcuna presunzione di conformità del diritto dell'Unione alle convenzioni OIL e alla CSE. Nella decisione sul reclamo collettivo n. 123/2016, il CEDS ha poi aggiunto che «c'est au Comité qu'il revient en dernier lieu d'apprécier si la situation nationale est conforme à la Charte, et ce y compris en cas de transposition d'une directive de l'Union européenne en droit interne» (CEDS, decisione sul reclamo collettivo n. 55/2009, par. 114).

Negli ordinamenti nazionali, il conflitto tra il diritto UE e le convenzioni OIL dipende dalle norme di diritto interno che disciplinano l'efficacia dei trattati internazionali. I giudici nazionali sono cioè tenuti a trovare, all'interno del proprio ordinamento, la soluzione ai conflitti che hanno luogo negli Stati che sono membri di diverse organizzazioni internazionali<sup>29</sup>.

Per evitare l'entropia normativa che potrebbe scaturire dal conflitto tra la giurisprudenza delle Corti sovranazionali si potrebbe valorizzare la nozione di unità economica elaborata nell'ambito del diritto UE della concorrenza. Come già ricordato, tale unità esiste laddove un operatore economico non determina in maniera autonoma il proprio comportamento sul mercato (Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, par. 33). In tutti i casi in cui un operatore economico non determina in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, vi è quello squilibrio di poteri contrattuali che, secondo l'opinione dell'Avvocato generale in *Albany*, giustifica l'intervento della contrattazione collettiva diretta, appunto, a «garantire un risultato equilibrato per entrambe [le parti] e per la società intera» (conclusioni del 28 gennaio 1999, C-67/96, *Albany International BV*, par. 181). Analogamente, qualora un sog-

<sup>27</sup> BIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Conferenza internazionale del lavoro, 99° sessione, rapporto III [parte 1A], Ginevra 2010, p. 211 s.; BIT, *Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations*, Conferenza internazionale del lavoro, 102° sessione, rapporto III [parte 1A], Ginevra 2013, pp. 189-194.

<sup>28</sup> CEDS, decisione sul reclamo collettivo n. 55/2009, par. 35.

<sup>29</sup> A. SUPIOT, *Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen*, in *Semaine Sociale Lamy*, supplemento n. 1746 del 28 novembre 2016, p. 7; ID., *La guerre du dernier mot*, in E. PATAUT, S. ROBIN-OLIVIER, A. SUPIOT (a cura di) *Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris 2019, p. 489; B. VENEZIANI, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, p. 240; S. SCIARRA, *Rule of law and mutual trust: a short note on constitutional courts as "institutions of pluralism"*, in *Dir. un. eur.*, 2018, p. 431.

getto non determini in maniera autonoma il proprio comportamento sul mercato, esisterebbe quello squilibrio di poteri che, secondo il CEDS, giustifica il riconoscimento del diritto alla contrattazione collettiva (decisione del 12 settembre 2018 sul reclamo collettivo n. 123/2016, par. 111).

Consapevole del problema creato dalla giurisprudenza *FNV Kunsten*, la Commissione europea ha, di recente, pubblicato un *Inception impact assessment* in cui propone di riconoscere, ad alcuni lavoratori autonomi, il diritto alla contrattazione collettiva<sup>30</sup>. Con questa iniziativa, la Commissione prende atto che «some solo self-employed are in a situation of unbalanced negotiating power vis-à-vis certain companies/buyers of labour»<sup>31</sup>, e interviene per evitare che il diritto UE della concorrenza possa impedire, a tali lavoratori, di contrattare collettivamente le proprie condizioni di lavoro.

Come già accaduto in *Albany*, anche in questa occasione la Commissione non parla «il linguaggio dei diritti fondamentali»<sup>32</sup>, ma tenta di individuare delle eccezioni al diritto della concorrenza.

## 6. Conclusioni

Dalla ricostruzione operata emerge come, allo stato attuale, i diritti sindacali siano differentemente riconosciuti e garantiti dalla normativa OIL e dalla CSE, nell'interpretazione fornite dai rispettivi organi di controllo da un lato, e dal diritto UE, nell'interpretazione fornite dalla Corte di giustizia, dall'altro. Si è altresì detto che il diritto dell'Unione europea riconosce già l'esistenza di uno squilibrio di poteri contrattuali, al di là del rapporto di lavoro subordinato. Tuttavia, salvo alcune eccezioni (la dir. n. 2019/790), il legislatore europeo non permette di correggere tali disparità di potere mediante l'esercizio di diritti sindacali, ma si limita a intervenire su alcuni rischi generati da tali disparità (reg. n. 2019/1150 e Raccomandazione dell'8 novembre 2019).

<sup>30</sup> [www.ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Contratti-collettivi-per-lavoratori-autonomi-campo-di-applicazione-delle-norme-dellUE-in-materia-di-concorrenza\\_it](http://www.ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12483-Contratti-collettivi-per-lavoratori-autonomi-campo-di-applicazione-delle-norme-dellUE-in-materia-di-concorrenza_it).

<sup>31</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Background note. Dedicated meeting with social partners regarding the application of EU competition law on collective bargaining agreements by self-employed*, 26 marzo 2021.

<sup>32</sup> M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 340.



Per risolvere il conflitto tra le corti sovranazionali, si è qui suggerito di riconoscere i diritti sindacali ai lavoratori *tout court*<sup>33</sup>. Come affermato dal CEDS, il criterio decisivo per individuare i beneficiari dei diritti sindacali non dovrebbe risiedere nella distinzione tra lavoro subordinato o autonomo, ma nella presenza di uno squilibrio di poteri tra le parti contraenti. E a ben vedere, l'esercizio stesso dell'attività sindacale dimostra l'esistenza di tale squilibrio e richiede dunque, *ex se*, il riconoscimento dei diritti sindacali.

Da parecchi anni, molti autori, tra cui Massimo Roccella<sup>34</sup>, hanno messo in guardia sull'esigenza sia di scovare i falsi lavoratori autonomi, sia di considerare l'estrema eterogeneità sociale del lavoro autonomo, al fine di riservare a una parte di esso specifiche tutele. Si tratta di problemi che tornano a essere di estrema attualità a fronte dell'economia delle piattaforme e che implicano scelte politiche a cui tutti i lavoratori, senza alcuna distinzione, devono poter partecipare, mediante l'esercizio dei diritti sindacali. (Anche) da questo dipende la democraticità del processo di integrazione europea.

<sup>33</sup> Questo approccio è promosso, oltre che dal Parlamento europeo (v. nota n. 25), dal Comitato economico e sociale europeo (parere sul tema «L'evoluzione della natura dei rapporti di lavoro e il suo impatto sul mantenimento di una retribuzione dignitosa, nonché l'impatto degli sviluppi tecnologici sul sistema di sicurezza sociale e sul diritto del lavoro» (2016/C 303/07, del 19 agosto 2016, par. 1.11), dall'*High-Level Expert Group on the Impact of the Digital Transformation on EU Labour Markets* creato dalla Commissione europea (*Report of the High-Level Expert Group on the Impact of the Digital Transformation on Eu Labour Markets*, 2019, [www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-impact-digital-transformation-eu-labour-markets](http://www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-impact-digital-transformation-eu-labour-markets), p. 41) e persino dall'OCSE (OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE 2017*, p. 182).

<sup>34</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, in *Quad. sociol.*, 2008, p. 71.

VINCENZO FERRANTE

## Le nozioni di orario di lavoro e di riposo alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. La direttiva europea n. 2003/88/CE. – 2. Le ragioni per cui la materia dell'orario trova disciplina in fonti di rango internazionale e i mezzi per dare ad essa attuazione negli ordinamenti nazionali. – 3. La Carta europea dei diritti fondamentali e le previsioni della direttiva. – 4. Altre previsioni del diritto dell'Unione in tema di orario. – 5. Differenza fra orario di lavoro e di riposo (*Matzak e Radiotelevizija Slovenia*). – 6. Tutela contro turni di reperibilità troppo lunghi o ripetuti ad intervalli troppo brevi.

### 1. *La direttiva europea n. 2003/88/CE*

Il tema dell'orario di lavoro non sembra ancora aver trovato una sistemazione soddisfacente come dimostrano le due recenti sentenze che costituiscono oggetto del presente scritto e che fanno seguito ad un'altra pronunzia, che pure aveva acceso i cuori di chi riteneva che la giurisprudenza della Corte di giustizia potesse essere vicina ad una svolta, capace di superare la classica bipartizione fra tempo di lavoro e di non-lavoro, che ha dominato la scena del dibattito dottrinale e politico per ben più di un secolo<sup>1</sup>. Si trattava però, come si cerca di dimostrare nelle pagine che seguono, di un obiettivo non solo estraneo all'ambito normativo regolato dalla direttiva in tema di orario (WTD), ma forse anche inutile nella prospettiva di attribuire rilievo economico ai tempi di attesa. Ciò non di meno pure si deve segnalare in questa breve premessa come sia in attesa di essere trasposta una direttiva<sup>2</sup> che tende a colmare in certo modo le lacune

<sup>1</sup> Si deve segnalare a riguardo la pubblicazione da parte della Commissione di un insolito documento che raccoglie la giurisprudenza e dà conto dei principali orientamenti interpretativi, intitolato: *Interpretative communication on directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council concerning certain aspects of the organization of working time* (2017/C 165/01).

<sup>2</sup> V. dir. 20 giugno 2019, n. 1152 in relazione alla quale v. S. BORELLI (e G.

del testo più antico, affrontando finalmente il tema del cumulo di più impieghi e del controllo sul potere datoriale di collocazione della prestazione lavorativa<sup>3</sup>.

La direttiva n. 88 del 4 novembre 2003, concernente «taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro», consolida la precedente direttiva n. 104 del Consiglio del 23 novembre 1993, di oggetto omonimo, e si fonda sull'articolo 137 dell'allora vigente Trattato di Roma (modificato), che affidava alla Comunità competenze finalizzate a sostenere e completare le attività degli Stati membri al fine di migliorare l'ambiente di lavoro per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori (v. ora art. 153, par. 1, lett. a, TFUE).

Come è noto, ai sensi dell'art. 2, punto 1, della direttiva, per «orario di lavoro» si intende «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali». Il paragrafo 2 della stessa disposizione specifica che per «periodo di riposo» si intende «qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro».

Nella prima formulazione della proposta, la definizione adottata dalla direttiva su questo punto era diversa<sup>4</sup>, riferendosi alla condizione del lavoratore che è «presente sul posto di lavoro, a disposizione del suo datore di lavoro». La nozione è stata modificata prima dell'approvazione della versione finale, forse perché nel frattempo le disposizioni della direttiva si erano ampliate rispetto al progetto iniziale, venendo ad includere la previsione di un limite medio di «48 ore settimanali», che richiamava le principali tutele nazionali e internazionali in tema di orario di lavoro e che discendeva dall'espe-

ORLANDINI), *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 4, p. 61 ss.; A. INGRAO, *Il mercato delle ore di lavoro. Interposizione nei rapporti di lavoro autonomo*, Milano 2020; G. CALVELLINI, *La funzione del part-time: tempi della persona e vincoli di sistema*, Napoli 2020, nonché, se vuoi, il mio *Recenti sviluppi nella regolazione europea dell'orario di lavoro*, in M. CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, di prossima pubblicazione.

<sup>3</sup> Mi sono occupato del tema, in particolar modo, nel mio *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger-Busnelli, Milano 2012, nonché più di recente in *Il cumulo dei lavoretti; quale tutela per le attività discontinue o saltuarie?*, in *Lav. dir.*, 2018, pp. 613-631.

<sup>4</sup> Per i necc. riff. rinvio al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino 2008, (nonché ad un breve volume dal taglio più pratico, intitolato: *Orario e tempi di lavoro*, Napoli 2014).

rienza francese di riduzione dell'orario, registratasi nel corso della presidenza Mitterand e dal dibattito che ne era seguito in relazione all'ipotesi di una rimodulazione, flessibile e variabile a discrezione del datore, degli orari di lavoro.

Nella sua conclusione nella causa principale *SIMAP*, l'Avvocato generale Saggio (punti 34-35), associando le definizioni ora richiamate con le altre disposizioni della direttiva stessa, che stabiliscono i periodi minimi di riposo che ad ogni lavoratore deve essere concesso, e richiamando la Convenzione ILO del 1930 n. 30 sulla durata del lavoro (società commerciali e uffici), ha suggerito che i tre criteri possano non essere applicati insieme<sup>5</sup>.

La Corte, chiamata in quella controversia a pronunciarsi sui tempi di "guardia" e di "reperibilità" dei medici del servizio di pronto soccorso, assenti nelle definizioni previste dalla direttiva (ed ora richiamate), non ha condiviso le conclusioni dell'Avvocato generale, ritenendo che i due concetti si escludano a vicenda di modo che, perché possa aversi "orario di lavoro", devono essere rispettati tutti e tre i criteri<sup>6</sup>.

Questa conclusione ha innescato un lungo dibattito nella dottrina europea e ha coinvolto i giudici di numerosi paesi perché molti autori, sulla scorta delle suggestioni di un celebre *pamphlet* di Alain Supiot<sup>7</sup>, hanno voluto opporsi alla bipartizione adottata dalla Corte di giustizia, proponendo di interpretare (ma spesso solo in via di pura evoluzione *de jure condendo* e senza un riferimento normativo espresso) le previsioni della direttiva così da riconoscere una terza categoria, intermedia fra le due. In questa direzione, peraltro, andava la legislazione francese, che ammette periodi di sorveglianza cui si applica un tasso di conversione al fine di considerarli quali tempi di lavoro effettivo, utili ai fini del raggiungimento delle soglie massime di cui alle previsioni nazionali ed europee<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> ECLI:EU:C:1999:621.

<sup>6</sup> Corte giust., 3 ottobre 2000, C-303/98, *Sindicato of Médicos of Asistencia Pública*, par. 46-52; analogamente Corte giust., 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, par. 44-71.

<sup>7</sup> A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Paris 1999, pubblicato in Italia (a cura di P. BARBIERI e E. MINGIONE) con il titolo *Il futuro del lavoro*, Roma, 2003 (v. p. 88 ss.). Su una precedente opera dello stesso A. si ricordi, G. GIUGNI, L. MENGONI, B. VENEZIANI, *Tre commenti alla Critique du droit du travail di Supiot*, in *Dir. lav. rel. ind.*, vol. 67, 1995, p. 471 ss.

<sup>8</sup> V. art. L 3121-9 cod. trav. 2008 (già art. L 212-4), su cui ancora *infra*, § 5; per altro verso, si deve ricordare che nel 2004 il Comitato europeo dei diritti sociali (affare n. 16/2003 *Confédération Française de l'Encadrement v. France*) ha ritenuto

Non solo in *SIMAP*, ma anche nei casi successivi (*Jaeger e Pfeiffer*) ed ancora nei più recenti (*Matzak e Televisione slovena*), la Corte ha però confermato la sua impostazione binaria, negando che la direttiva lasci spazio ad una terza categoria. Invero la pretesa di un diritto al tempo libero sembra di per sé già racchiusa nell'idea di un limite al lavoro, essendo evidente come questo limite, per essere veramente tale, non può che essere fissato in maniera ragionevole, lasciando quindi tempo non solo al riposo in senso stretto, ma ad ogni altra attività individuale frutto di libera scelta.

La questione, invero, consegue al fatto che la direttiva, già dalla sua intitolazione, riconosce di dettare una disciplina non esaustiva, limitandosi a regolare solo alcuni aspetti, e per di più in maniera assai tradizionale, omettendo completamente di regolare i profili collegati all'adozione di moduli orari ridotti o flessibili e al potere che, implicitamente ma pacificamente, si riconosce al datore di modificare a piacimento il calendario della prestazione.

Per questa omissione e per il fatto che gli stessi limiti che la direttiva prescrive sono apparsi sin dall'inizio troppo tenui rispetto alla legislazione protettiva in atto nei singoli paesi (sulla scorta a tutt'evidenza della Convenzione OIL n. 1), si è apertamente parlato di una legislazione che finiva per incoraggiare una riduzione della tutela individuale. E tanto, pur in presenza di una clausola che consentiva ai singoli ordinamenti di conservare la legislazione precedente, al di là delle modifiche strettamente necessarie all'adattamento del diritto interno (art. 23: c.d. clausola di "non-regresso"). Analogamente è stata criticata la facoltà (c.d. clausola di *opt out*: art. 22) che la direttiva lascia ai singoli stati di poter del tutto unilateralmente evitare di applicare le previsioni della direttiva stessa in tema di durata massima settimanale media, di fatto ammettendo orari annuali di durata ben superiore a 2304 ore (quale prodotto di 48 ore medie x 48 settimane di lavoro).

Le caratteristiche qui brevemente richiamate hanno fatto assumere alla direttiva un rilievo abbastanza inconsueto per il diritto sociale europeo, tanto da impedire che, decorso il decennio di attuazione, la progettata revisione della direttiva n. 104 del 1993 avesse luogo, pur dopo l'attivazione della speciale procedura di conciliazione fra Parlamento e Consiglio. Anzi, si deve aggiungere che, mentre in molti

l'esclusione del personale direttivo contrario alla CSE del Consiglio d'Europa: in generale sul ruolo del CEDS, v. P. LOI, *La Carta sociale europea: uno strumento ancora vitale per la tutela dei diritti sociali fondamentali*, in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, Milano 2016, p. 121.

altri contesti nazionali le previsioni della direttiva hanno costituito oggetto di dibattito pubblico<sup>9</sup>, in Italia la questione è sempre stata limitata a quei (pochi) specialisti che si occupavano della materia.

Le caratteristiche della direttiva che ora si sono richiamate brevemente sembrano avere un rilievo decisivo per comprendere il significato delle sue previsioni e per guidare l'interprete nella loro applicazione.

## *2. Le ragioni per cui la materia dell'orario trova disciplina in fonti di rango internazionale e i mezzi per dare ad essa attuazione negli ordinamenti nazionali*

Chi conosce le vicende storiche della regolazione dell'orario di lavoro sa come la disciplina limitativa abbia (almeno) tre differenti finalità: (i) si tratta innanzitutto di tutelare la salute dei lavoratori, evitando sforzi talmente prolungati da poter essere logoranti; (ii) in secondo luogo, il precetto va di pari passo con il principio della giusta retribuzione, poiché è ingiusto costringere a lavorare per un tempo troppo lungo se è solo a questo costo che ci si può guadagnare da vivere; (iii) infine, si tratta di redistribuire le opportunità di lavoro.

La storia insegna anche che tali obiettivi non possono essere perseguiti isolatamente, poiché una riduzione limitata ad un solo Stato finirebbe per danneggiare l'economia di quel sistema, determinando un aumento dei costi di produzione, data l'inelasticità dei salari (che rimarrebbero invariati, a fronte di una riduzione della durata della prestazione, con evidente incremento dei prezzi medi unitari di quel sistema economico e una perdita di competitività sui mercati internazionali).

Da qui la necessità, già sentita fin dalle origini del movimento socialista (si pensi al "Manifesto" del 1848), di un'azione coordinata a livello internazionale a difesa dei lavoratori. E da qui la pratica di regolamentare l'orario di lavoro (insieme ad altre condizioni di lavoro) a livello internazionale, come dimostrato già dalla Convenzione

<sup>9</sup> Le previsioni della direttiva hanno costituito uno dei principali argomenti di discussione in sede nazionale, come per es. in Irlanda, quando gli Stati membri sono stati chiamati ad accogliere il trattato federativo dell'Unione sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004 (peraltro, come è noto, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa non è mai entrato in vigore, per carenza di ratifica da parte di numerosi paesi europei).

di Berna del 1906 sul lavoro notturno per le donne (poi trasfusa di fatto nella Convenzione ILO n. 4 del 1919) ma soprattutto dalla Convenzione ILO n. 1 del 1919.

Né si deve dimenticare che – proprio a ragione del fatto che, ancor oggi, l'orario di lavoro seguita a costituire un elemento rilevante del costo finale della merce – un avvicinamento delle legislazioni nazionali appare come (pre)condizione necessaria alla stipula di accordi bilaterali (o plurilaterali) di libero commercio, in quanto si vengono così ad uniformare le condizioni di produzione, evitando che lo Stato con la legislazione più avanzata sia invaso da merce prodotta a più basso costo. In questo senso, vanno, come è noto le previsioni del Trattato di Roma in tema di parità di trattamento salariale fra uomini e donne (art. 157 TFUE, già art. 141 TCE), nonché di equiparazione delle ferie (già art. 142 TCE).

Quando la Commissione si pose l'obiettivo di disciplinare la materia dell'orario, fu ben presto chiaro che non vi era accordo per una regolazione complessiva della materia, di modo che alla base della disciplina fu posta, come già sopra si è ricordato, la competenza della Comunità in tema di tutela delle condizioni di lavoro (al tempo art. 118A). La legittimità di questa soluzione, peraltro, fu di lì a poco confermata dalla Corte di giustizia, che, a fronte della impugnativa inglese, ebbe a riconoscere che le limitazioni all'orario di lavoro potevano avere un effetto sui livelli occupazionali (punto 30), ma che questo era solo un dato di fatto, e non «l'obiettivo fondamentale» della direttiva<sup>10</sup>.

Queste ragioni valgono bene a spiegare perché nel caso della disciplina dell'orario, più che in ogni altra, sarebbe errato leggere una sorta di grado minimo di tutela dei lavoratori, che individua principi comuni, lasciando poi ai singoli Stati membri la possibilità di dettare una normativa di dettaglio. Al contrario, seppure si preveda la possibilità di condizioni, legislative o contrattual-collettive, di miglior favore (ma solo quanto alla protezione della salute e sicurezza dei lavoratori: art. 15 dir.), la materia richiede uniformità per evitare che limiti differenti nei singoli stati finiscano per avvantaggiare indebitamente le imprese di uno Stato a danno di un altro. E da qui l'esigenza di una interpretazione uniforme della nozione europea di orario di lavoro da parte della Corte di giustizia.

<sup>10</sup> Corte giust., 12 novembre 1996, C-84/94, *Regno Unito c/ Consiglio*; la norma sulle ferie (art. 5, par. 2, della direttiva 93/104) venne tuttavia annullata.

A questo punto ci si deve porre il problema di quali meccanismi siano previsti al fine di assicurare questa coerenza fra gli ordinamenti, al di là dell'ovvia possibilità che sia la Commissione a promuovere ricorso avanti la Corte di giustizia per il rispetto degli obblighi ex art. 258 TFUE (c.d. procedura "di infrazione").

Poiché l'Unione è priva di un autonomo sistema di verifica del rispetto della propria legislazione, spetta infatti alle autorità amministrative e ai giudici nazionali, ove investiti della questione anche indirettamente, verificare che nell'ordinamento interno la direttiva sia stata correttamente trasposta. Questo non è avvenuto rispetto alla questione dei medici addetti alla guardia notturna di pronta reperibilità, che pure aveva interessato tutti i Paesi europei, tanto da indurre l'Avvocatura dello Stato italiano ad intervenire *ad adiuvandum* nel caso *Pfeiffer*<sup>11</sup>.

Ed invero, per quanto la vicenda andasse avanti dall'ottobre 2000 (quando fu pronunciata la sentenza *SIMAP*), pare incredibile che nessun sindacato o singolo abbia proposto azione in Italia per vedere applicati i principi enunziati dalla Corte europea, seppure deve ricordarsi che, quando finalmente il tema sembrava prossimo a trovare l'attenzione che meritava, con legge n. 244 del 24 dicembre 2007, è stato aggiunto un comma 6-*bis* all'art. 17, annullando così gli effetti di quella sentenza e collocando implicitamente lo Stato italiano nel numero di quanti avevano optato per la mancata applicazione della direttiva.

Si è quindi dovuto attendere l'avvio della procedura di infrazione n. 2011/418 ad iniziativa della Commissione perché finalmente con legge del 30/10/2014, n. 161, all'art. 14 fossero dettate, peraltro mediante rinvio alla contrattazione collettiva, disposizioni in materia di orario di lavoro del personale delle aree dirigenziali e del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale.

A conferma della ridotta importanza attribuita alla questione da parte delle istituzioni nazionali si deve ricordare altresì che il Parlamento, chiamato durante la XVII legislatura a valutare l'impatto finanziario della misura di legge da introdurre, non ebbe difficoltà a dichiarare che «La presente procedura non determina effetti finanziari sul bilancio pubblico», quasi che le "guardie" non fossero un fenomeno diffusissimo fra i medici del S.S.N e che il rispetto dei li-

<sup>11</sup> Corte giust., Grande Sezione, 5 ottobre 2004, nei procedimenti riuniti da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer c. Deutsches Rotes Kreuz*.



miti europei non avrebbe dovuto logicamente comportare centinaia di assunzioni (di cui, invero, non si ha notizia)<sup>12</sup>.

Anzi l'art. 5-*sexies* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19, come introdotto dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 al momento della conversione, al comma 2 prevede che: «Agli esercenti le professioni sanitarie, impegnati a far fronte alla gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, ai sensi dell'art. 17, paragrafo 2, della direttiva 2003/88/CE [...], non si applicano le disposizioni sui limiti massimi di orario di lavoro prescritti dai contratti collettivi nazionali di lavoro di settore, a condizione che venga loro concessa una protezione appropriata, secondo modalità individuate mediante accordo quadro nazionale, sentite le rappresentanze sindacali unitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative». Si tratta, ove mai fosse necessario, della conferma che nessun adeguamento degli organici è avvenuto, malgrado la vicenda si trascini da oltre venti anni.

Pure si deve aggiungere che non solo gioca in senso contrario al rispetto delle norme europee una conoscenza ancora parziale che di queste hanno le pubbliche amministrazioni, le organizzazioni sindacali e, molto spesso, anche la dottrina e la giurisprudenza, ma altresì il fatto che la parzialità degli *standard* lascia completamente all'ordinamento italiano la questione della retribuzione dei tempi di lavoro, essendo a tal fine – a ben vedere – irrilevante che una certa attività sia (o non sia) considerata quale orario di lavoro, poiché nulla vieta che anche i tempi *lato sensu* “accessori” rispetto alla prestazione, ricevano considerazione dal punto di vista economico, attraverso il riconoscimento di indennità o mediante la definizione contrattuale di tempi *standard* oppure di tassi “di conversione”, o anche attraverso la previsione in sede di inquadramento di livelli dedicati.

Da questo punto di vista non deve stupire che la questione del tempo-tuta e delle altre attività strumentali alla prestazione sia avvenuta senza praticamente nessun richiamo al dibattito europeo, sulla base di considerazioni di ordine generale. Ed invero, nessuna indicazione in ordine alla sussistenza di un diritto alla retribuzione si può trarre dalle previsioni della direttiva, neanche nei termini più

<sup>12</sup> Senato della Repubblica - Camera dei deputati XVII legislatura, Disegni di legge e relazioni; [www.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indicetesti/073/001\\_RS/00000009.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/documentiparlamentari/indicetesti/073/001_RS/00000009.pdf).

limitati e circoscritti di una loro computabilità ai fini del rispetto dei limiti della direttiva.

### 3. *La Carta europea dei diritti fondamentali e le previsioni della direttiva*

Le conclusioni sopra espresse non mutano ove pure si estenda l'ambito di esame all'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, là dove questa, nell'ambito di un articolo rubricato alle «condizioni di lavoro giuste ed eque», nel suo comma 2, afferma che: «Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali [e a ferie annuali retribuite]».

Ed invero si deve ricordare che la Carta, né estende gli ambiti di competenza dell'Unione (art. 51, par. 2, Carta UE), né contiene formulazioni di mero principio, atteso che per tutte le previsioni della Carta si intendono mantenute in vita le condizioni e i limiti previsti dagli specifici atti normativi che disciplinano una certa materia (art. 52, par. 2) e che la Carta non intende entrare in conflitto con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 52, par. 4).

In questo senso si può ribadire che la direttiva, malgrado dichiarare all'art. 1, punto 1, di stabilire «prescrizioni minime», ammetta solamente all'art. 15 «la facoltà degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori» ovvero di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi, che presentino i medesimi contenuti.

Viene così confermato l'approccio che circoscrive le previsioni alla sola salute e sicurezza, anche se il punto viene richiamato anche dalla recente sentenza della Grand Chambre *Radiotelevizija Slovenija* al par. 25, dove però sembra dilatarsi l'obiettivo della direttiva, poiché si afferma che l'obiettivo della direttiva è «migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante un ravvicinamento delle normative nazionali riguardanti, in particolare, la durata dell'orario di lavoro».

E pure deve aggiungersi che la direttiva non persegue certo una pura e semplice omogeneizzazione delle previsioni nazionali, e per di più allineandole sullo *standard* minimo, poiché l'obiettivo di tutto il diritto europeo è l'armonizzazione nel «progresso» cosicché la direttiva medesima, all'art. 23, può prevedere che la sua attuazione nei

singoli ordinamenti nazionali non può costituire «una giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori».

Il significato della norma è chiaro: non si tratta di una clausola di *stand-still*, cioè di una prescrizione inserita nei trattati internazionali per garantire che una certa disciplina non abbia a mutare in futuro, ma solamente, della garanzia che non siano (falsamente) ascritte ad esigenze di armonizzazione europea soluzioni che invece trovano giustificazione solamente nell'ambito dei singoli ordinamenti interni. E tanto, «fatto salvo il diritto degli Stati membri di fissare [...] disposizioni [...] diverse nel campo dell'orario di lavoro, a condizione che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati».

In questo senso la lunga serie di eccezioni che chiude la direttiva non costituisce una implicita smentita dell'imperatività delle sue previsioni, ma va intesa come una sorta di disciplina transitoria, legittimata a rimanere in vita, in attesa che in sede di rinnovo delle previsioni della direttiva si possa giungere ad una soluzione di portata generale e di miglior tutela per i lavoratori.

Il nostro legislatore, invece, sembra non aver compreso correttamente né lo spirito che anima il legislatore europeo, né la tecnica normativa adottata, se è vero che all'art. 17 del d.lgs. n. 66/2003, ha riprodotto molte (se non tutte) le eccezioni che chiudono le previsioni della direttiva stessa, autorizzando in questo modo le parti collettive ad introdurre nuove ed ulteriori deroghe, così da indebolire la portata generale dei (peraltro deboli) limiti previsti.

#### 4. Altre previsioni del diritto dell'Unione in tema di orario

L'interesse delle istituzioni europee per la materia del lavoro "atipico", come veniva definito agli inizi degli anni '90 del secolo scorso è antico<sup>13</sup>, anche se esso ha dato risultati complessivamente modesti, almeno sul piano della produzione normativa, come dimostra il fatto che si deve solo alla giurisprudenza della Corte di giustizia la valorizzazione delle previsioni dell'accordo collettivo che sta alla base della direttiva sul contratto a termine. Esso tuttavia ha permeato di

<sup>13</sup> A riguardo, per tutti, v. M. ROCCELLA, *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 10, p. 27 ss., con un contributo che di lì a poco sarebbe confluito nel classico manuale (scritto insieme a T. TREU), *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova 1992 (giunto alla V nel 2009 ed oramai alla VIII edizione, avendo adeguato il titolo alla mutata realtà istituzionale, anche con l'inserimento *pleno jure* fra gli autori di M. AIMO e D. IZZI).

sé un lungo periodo dell'azione delle istituzioni europee emergendo in maniera indiretta, attraverso una giurisprudenza "obliqua", come si è detto<sup>14</sup>, che prendeva a riferimento tutt'altra materia<sup>15</sup>. Oltre alla direttiva n. 88, infatti, sono almeno altre due le direttive che si occupano dell'orario.

La prima (n. 81 del 15 dicembre 1997) nasce da un accordo collettivo europeo ed è intitolata al lavoro a tempo parziale: essa si limita a prevedere solo un generale principio di non discriminazione (clausola 4), che già si traeva da un'articolata giurisprudenza della Corte di giustizia, in considerazione del fatto che il mondo del lavoro ad orario ridotto era allora popolato quasi esclusivamente da lavoratrici. Peraltro, questa direttiva non ha impedito alla Corte di segnare una importante battuta d'arresto quando, chiamata a giudicare della violazione del divieto in relazione ad un caso di lavoro a chiamata, ha ritenuto che non potesse farsi applicazione del principio di parità per carenza di un lavoratore comparabile<sup>16</sup>.

Un approccio più ampio alla normativa sull'orario di lavoro risulta ora dalla recente direttiva n. 1152 del 2019 non ancora trasposta in Italia, che ha ad oggetto condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili, prestando particolare attenzione a forme di lavoro estremamente atipiche, come i contratti a "zero ore", nel tentativo di prevenire la precarietà e la povertà lavorativa<sup>17</sup>, così da sviluppare un approccio globale alla regolamentazione dell'orario di lavoro.

Questa disciplina, sviluppando la precedente direttiva n. 91/533 sulla prova scritta, individua una serie di diritti universali che dovrebbero essere validi per tutti i lavoratori al fine di assicurare «condizioni di lavoro più prevedibili e sicure» per i lavoratori atipici.

Ed invero esiste consenso generale sull'idea che i lavoratori marginali, che sono impegnati per orari molto brevi o senza orari fissi prevedibili ("contratti a ore zero"), sono più esposti al rischio di rimanere intrappolati in rapporti di lavoro precari senza una prospet-

<sup>14</sup> V. M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997.

<sup>15</sup> È il caso dei c.d. *Sunday trade cases*, in relazione ai quali v., Corte giust., 23 novembre 1989, C-145/88, *Torfaen Borough Council v B & Q plc*, e gli altri casi raccolti in M. ROCCELLA, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro: casi e materiali*, Torino 1999, p. 916 e ss.

<sup>16</sup> Corte giust., Grande Sezione, 12 ottobre 2004, C-313/02, *N. Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH*.

<sup>17</sup> V. Risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2017 sul tema «*Working conditions and precarious work*».

tiva tangibile di transizione verso lavori più stabili, e hanno bisogno di sostegno per avere accesso alla formazione, che può dare loro la possibilità di progredire nella scala sociale e retributiva.

Non è un caso che il pilastro europeo dei diritti sociali, recentemente proclamato al vertice di Göteborg, prevede, in due articoli vicini, sia il principio del lavoro sicuro e adattabile sia il diritto a un salario equo (artt. 5-6): potrebbe dirsi, utilizzando il linguaggio del legislatore costituente italiano, che deve garantirsi al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza «libera e dignitosa», ovvero, con un linguaggio più evocativo, la “libertà dal bisogno”, così da prevenire la povertà lavorativa (è la *freedom from want* dell'*annual State of the Union address to Congress* del Presidente statunitense Roosevelt del gennaio 1941).

La direttiva, in particolare, regola per la prima volta all'art. 9 l'ipotesi di una doppia occupazione (a tempo pieno o parziale); nonché all'art. 10 il diritto del datore a governare il calendario della prestazione di lavoro (nel caso sia di lavoro a chiamata con obbligo di risposta, sia dei c.d. contratti “a zero ore”, dove l'obbligo manca, sia per l'ipotesi del lavoro stabile, a tempo pieno o parziale).

Anche per le persone che desiderano (o sono disponibili a) lavorare solo su base intermittente (come, studenti, pensionati o lavoratori con responsabilità familiari) è importante introdurre limiti per quanto riguarda i periodi di riposo, la pausa quotidiana e il lavoro su richiesta perché c'è qui un evidente squilibrio di fatto nel potere contrattuale, che impedisce ai lavoratori di negoziare i propri orari di lavoro, e di conseguenza di avere un controllo autonomo sulla propria vita privata.

Si tratta di un'area più estesa di quella fatta oggetto dell'importante sentenza Corte cost., 4-11 maggio 1992, n. 210, che ebbe a riconoscere la legittimità di limiti stringenti alla collocazione della prestazione lavorativa nel caso di *part time*, affermando che è solo in questo modo che il lavoratore può sfuggire al rischio del precariato, cumulando più attività lavorative al fine di raggiungere la soglia della retribuzione dignitosa di cui all'art. 36 cost. Questa pronuncia è stata però disattesa dal legislatore, che l'ha interpretata (non si sa bene con quale logica) come una autorizzazione a forme di orario variabile o discontinuo, aprendo così la strada alle forme a chiamata dei giorni più recenti<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Il contrasto sul punto fu a dir poco deflagrante, poiché il d.lgs. n. 61 del 2000, modificato già dal successivo d.lgs. n. 100 del 2001, fu oggetto di critiche assai

La direttiva n. 88 sull'orario non ha nulla a che fare con questi problemi e bisognerà quindi aspettare che la direttiva n. 1152 trovi attuazione, sperando che il legislatore italiano sia consapevole della portata della norma che è chiamato a trasporre, così da correttamente garantire l'adattamento del diritto interno, senza limitarsi alla sola mera riproposizione letterale delle norme europee, come oramai da tempo avviene.

Da ultimo, si deve ricordare che le regole sull'orario di lavoro sono tornate ad essere un tema di grande interesse anche per l'ILO, che ha dedicato all'orario di lavoro la sua monumentale "indagine generale" (*General Survey*) per la 107<sup>a</sup> sessione dell'annuale Conferenza internazionale, riconoscendo che si tratta di un aspetto del tutto complementare del diritto alla giusta retribuzione, per garantire condizioni di lavoro dignitose.

Svolte queste premesse di ordine generale, si può ora passare ad analizzare le conclusioni di maggior rilievo a cui è giunta la giurisprudenza della Corte di giustizia nelle sue ultime pronunzie, tornando ancora sulla tormentata questione della differenza fra tempo di lavoro e di riposo (o meglio sarebbe dire: di non lavoro).

##### 5. *Differenza fra orario di lavoro e di riposo* (Matzak e Radiotelevizija Slovenia)

La sentenza *Matzak*<sup>19</sup> aveva fatto affermare a qualcuno che si era alla vigilia di una svolta che avrebbe in certo modo cancellato la tradizionale partizione binaria, fatta propria anche dalla direttiva n. 88, riconoscendo che qualunque limitazione al tempo libero deve calcolarsi ai fini del rispetto dei limiti orari massimi. La sentenza in parola infatti riconosceva come tempo di lavoro anche quello che un vigile

vivaci nel *Libro Bianco*, che imputava all'ordinamento italiano, ad es., di non avere una disciplina per il lavoro a tempo ridotto su base puramente occasionale, leggendo in questo senso le eccezioni contenute nelle direttive nei termini di obiettivi da raggiungere ai fini di una maggiore flessibilizzazione del rapporto e così rischiando di travisare il significato delle clausole di non-regresso e lo stesso principio della parificazione nel progresso. La veemenza con cui la polemica si scatenò sui mezzi di informazione ha lasciato una precisa traccia in M. ROCCELLA, *Il governo Berlusconi e l'Europa. Primi appunti sul libro bianco*, in AA.VV., *Lavoro: ritorno al passato*, Roma 2002, p. 49 ss. e successivamente, con differenti accenti, in M. ROCCELLA, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *Lav. dir.*, 2004, p. 43 ss.

<sup>19</sup> Corte giust., 21 febbraio 2018, C-518/15, R. *Matzak c. Ville de Nivelles*.

del fuoco volontario spendeva a casa propria in pronta reperibilità, ma con il vincolo di farsi trovare in caserma pronto all'intervento entro un tempo massimo di otto minuti dalla chiamata. In questa prospettiva, sembrava che la presenza sul luogo di lavoro venisse a perdere ogni rilievo, così da far assurgere il vincolo personale a caratteristica dell'orario (ed anzi, secondo alcuni, della subordinazione stessa), pur in assenza di una prestazione professionale in senso stretto.

In verità, ad avviso di chi scrive, quel precedente non sembrava giustificare un abbandono così marcato dei principi affermati in precedenza, tanto che la sentenza poteva rapportarsi senz'altro ad essi, senza per questo tradirli o smentirli. In altri termini: se il luogo di permanenza può essere scelto liberamente dal personale di guardia, ma deve essere vicino al luogo di lavoro per consentire un intervento immediato, il tempo di attesa non può che essere considerato, alla stregua della giurisprudenza sopra richiamata, come orario di lavoro.

Questa condizione, invero, è comune anche ad altre ipotesi nelle quali si richiedono forme di reperibilità "vincolata". È il caso, ad es., dei chirurghi che eseguono trapianti di organi e dipendono dalla imprevedibile presenza di donatori: qui si deve tenere presente che il medico incaricato del trapianto quale "primo operatore" probabilmente ha responsabilità di direzione di *équipe*, di modo che il suo caso sembra rientrare nell'ambito di applicazione delle deroghe di cui all'art. 17, punto 1, lett. *a*, della direttiva, per i «dirigenti o altri soggetti con poteri decisionali autonomi» mentre la questione resta aperta per gli altri componenti dell'*équipe* trapianti.

Il codice del lavoro francese può aiutare a chiarire alcuni aspetti, anche se non può avere un proprio rilievo ai fini dell'interpretazione della direttiva, posto che questa si colloca in uno spazio autonomo, che non può che rimanere separato dai singoli diritti nazionali. Ai sensi del diritto francese, per determinare se vi sia orario di lavoro, si deve considerare che i periodi di guardia sono periodi di riposo, indipendentemente dal fatto che il lavoratore sia libero di perseguire i suoi interessi personali durante tale periodo.

Infatti, la legge n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016, che ha modificato il già richiamato art. L. 3121-9 del Codice del lavoro francese, definisce ora i periodi di guardia come un periodo durante il quale «il lavoratore, senza essere sul posto di lavoro e senza essere a disposizione permanente e immediata del datore di lavoro, deve intervenire per svolgere attività di lavoro per l'impresa».

In poche parole, si potrebbe dire che perché il tempo impiegato in attesa valga quale orario di lavoro si richiede che il lavoratore sia pronto per un compito non prevedibile e non ritardabile: come una

sentinella, pur rimanendo a casa, deve essere sempre vigile, anche quando sta dormendo.

Mi pare che questa conclusione, che fa leva sull'immediata disponibilità all'intervento venga confermata dal più recente caso, che ha interessato un tecnico di trasmissione della Televisione slovena<sup>20</sup> che era in via di fatto obbligato a risiedere in alta montagna in un rifugio annesso agli impianti di trasmissione. Egli operava secondo un calendario di 12 ore di prestazione, cui seguiva un periodo di riposo e uno di reperibilità di sei ore, durante il quale, egli non era obbligato a restare nel centro di trasmissione, ma doveva essere in grado di ritornare entro un'ora in caso di necessità, se avvertito per telefono. Di fatto, tenuto conto della posizione geografica dei centri di trasmissione, difficilmente accessibili, egli era portato a soggiornare in montagna durante i suoi servizi di reperibilità, in un alloggio di servizio messo a sua disposizione dal suo datore di lavoro e lontano dai centri abitati.

La Corte qui nega recisamente (n. 50) che l'assenza di luoghi di svago possa avere rilievo ai fini della qualificazione del tempo di lavoro, affermando che non può aversi orario di lavoro, quando il lavoratore non sia soggetto, durante i periodi di guardia (che la sentenza chiama "prontezza") «a vincoli tali che la sua facoltà di dedicarsi ai propri interessi privati ne risulti oggettivamente e assai significativamente pregiudicata».

Dunque, la conclusione è che i periodi di reperibilità sono periodi di riposo, poiché «non risulta dalla decisione di rinvio che altri vincoli siano stati imposti a tale lavoratore, né che, nel corso di tali periodi, la frequenza media degli interventi che imponevano che egli raggiungesse il proprio luogo di lavoro entro il termine suddetto sia stata elevata. Inoltre, il suddetto lavoratore disponeva di un alloggio di servizio sul suo luogo di lavoro, nel quale però non era tenuto a restare in permanenza durante i periodi in questione» (n. 55).

#### 6. Tutela contro turni di reperibilità troppo lunghi o ripetuti ad intervalli troppo brevi

Pur non distaccandosi dai precedenti, la sentenza *Radiotelevizija Slovenija* fornisce però un elemento nuovo. Da quando la giurispru-

<sup>20</sup> Corte giust., 9 marzo 2021, C-344/19, *D.J. c. Radiotelevizija Slovenija*, e Corte giust., 9 marzo 2021, C-580/19, *RJ c. Stadt Offenbach am Main* (quest'ultimo assai simile, se non identico, a quello *Matzak*, ma con un più lungo tempo di risposta per il lavoratore).



denza della Corte di giustizia ha individuato le finalità della legislazione europea nella tutela delle condizioni di salute e sicurezza, le istituzioni europee hanno accettato l'idea che la direttiva sull'orario fosse solo una parte del più ampio *corpus* legislativo diretto a tutelare l'integrità psico-fisica dei lavoratori; si è aperta così la strada alla conclusione che, per quanto riguarda il calcolo della retribuzione, gli Stati membri sono liberi di adottare una definizione di orario di lavoro diversa rispetto a quella europea.

Il punto è stato preso in considerazione ancora di recente nel caso *Matzak*: ad avviso dell'Avvocato generale Sharpston, in forza di quanto già statuito dalla Corte in *Vorel*<sup>21</sup>, le norme sull'orario di lavoro sono rilevanti nella giurisdizione nazionale principalmente per determinare lo stipendio (parr. 41-44); anche in questo recente caso però la Corte, seguendo fedelmente l'impostazione data nella causa C-84/94 promossa dal Regno Unito e di cui sopra si è detto, ha rifiutato di aprire il suo ragionamento ad altre preoccupazioni, che non fossero quelle connesse alla disciplina della salute e sicurezza dei lavoratori<sup>22</sup>.

Il punto è tutt'altro che secondario, perché laddove un lavoratore sia prevalentemente impiegato in via di disponibilità, non solo la sua salute, ma anche la sua retribuzione ne soffrirebbe, con un evidente tradimento della logica che sostiene la previsione dei limiti massimi dell'orario di lavoro. Non è un caso che in alcuni sistemi nazionali, come in Finlandia<sup>23</sup>, sia previsto un rapporto massimo tra il tempo trascorso in servizio di guardia e i periodi di riposo.

In una direzione più ampia, anzi, va pure sottolineato che, sino ad oggi, nessun giudizio aveva trattato le problematiche dei rischi per la salute e la sicurezza derivanti dal ripetersi dei turni di guardia o di reperibilità o comunque gli aspetti derivanti dalla necessità di un equilibrio fra tempi "di vita" o di lavoro.

La sentenza *Radiotelevizija Slovenija* al par. 65 ora a riguardo afferma che: «tenuto conto del loro obbligo di proteggere i lavoratori

<sup>21</sup> Corte giust., ord. 11 gennaio 2007, C-437/05, *J. Vorel c. Nemocnice Českò Krumlov*.

<sup>22</sup> Rinvio sul punto al mio *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law* in *Eur. Lab. Law. J.*, 2019, vol. 10, iss. 4, pp. 370-385; nella dottrina italiana, oltre alla mia monografia *Il tempo di lavoro*, cit. *supra* alla nt. 4 rinvio senz'altro a V. LECCESE, *L'orario di lavoro*, Bari 2001.

<sup>23</sup> Cfr. *Flash Reports on Labour Law*, maggio 2018, National report; il rapporto è pari a 2:5 di modo che si considera come tempo di lavoro la quota eventualmente eccedente.

contro i rischi psicosociali che possono presentarsi nell'ambiente di lavoro di questi ultimi, i datori di lavoro non possono istituire periodi di guardia o prontezza lunghi o frequenti a tal punto da costituire un rischio per la sicurezza o la salute dei lavoratori stessi, indipendentemente dal fatto che tali periodi siano qualificati come "periodi di riposo", ai sensi dell'art. 2(2), della dir. 2003/88. Spetta agli Stati membri definire, nel loro diritto nazionale, le modalità di applicazione di tale obbligo».

Questo significa che si dovrà integrare la valutazione dei rischi attraverso la specifica previsione di misure atte a contrastare la frequenza dei turni di reperibilità, anche quando «siffatti servizi di guardia o prontezza si estendano, senza soluzione di continuità, su lunghi periodi o abbiano luogo a intervalli molto ravvicinati, di modo che essi facciano pesare, in maniera ricorrente, un carico psicologico, anche di debole intensità».

La conclusione vale – come è ovvio – anche se il tempo di attesa non è da considerarsi come tempo di lavoro. Lo dice chiaramente il par. 63, secondo cui: «anche qualora non costituiscano "orario di lavoro", ai sensi dell'art. 2, punto 1, della dir. 2003/88, i servizi di guardia o prontezza presuppongono necessariamente che degli obblighi professionali vengano imposti al lavoratore e rientrano di conseguenza, entro questi stretti limiti, nel loro ambiente di lavoro, in senso ampio».

Per la pronta reperibilità, dunque, si applicano i limiti massimi della direttiva in tema di orario di lavoro, mentre per la reperibilità semplice (in assenza di un vincolo quanto ai tempi dell'intervento richiesto) varrà la valutazione dei rischi. Soluzione del tutto logica ed accettabile che non modifica affatto la bipartizione della direttiva.

Per questo motivo ritengo si debba eventualmente respingere l'opinione di chi, dopo questa pronunzia, volesse sostenere che la Corte ha riconosciuto "tempi di terzo tipo". Mi pare una conclusione forzata e non condivisibile, posto che quella proposta mirava a scardinare la bipartizione, che invece la Corte conferma, mentre l'ampliamento della materia oggetto di esame da parte della Corte, si deve all'applicazione dei principi generali in tema di valutazione dei rischi e vale ad introdurre limiti, sia sul piano della frequenza sia su quello retributivo, che non richiedono affatto la creazione di una terza categoria, concettualmente distinta da quelle note alla tradizione.



LUCIANA GUAGLIANONE

## Azione sindacale, lavoro a distanza e *gap* di genere. L'Unione europea sollecita un cambio di paradigma

SOMMARIO: Introduzione: il perimetro dell'articolo. – 1. Le relazioni industriali italiane e la perenne tentazione del neutro. - 1.1. Il modello maschile del sindacato influisce sui contenuti della contrattazione. – 2. Inclusione e segregazione: *focus* sulla digitalizzazione. Quello che i dati mostrano. – 3. Il lavoro a distanza nell'era del Covid-19, il cosiddetto “*smartworking*”: da misura organizzativa a misura di conciliazione. – 4. Come si rafforza il divario di genere. Il lavoro a distanza come *test* di resistenza del principio di eguaglianza. – 5. Strategia europea 2020, digitalizzazione e pregiudizi di genere. - 5.1. Possibili aree di intervento per l'azione sindacale. - 5.2. Industria 4.0 e Industria 5.0: verso un nuovo modello di relazioni industriali?

### *Introduzione: il perimetro dell'articolo*

In quello che, credo, sia stato l'ultimo articolo pubblicato, Massimo Roccella si interrogava sul se il sindacato servisse ancora<sup>1</sup>. Sono passati circa 10 anni da allora e la domanda, all'epoca sollecitata dalla nota vicenda della contrattazione collettiva separata dei metalmeccanici e dalla stipulazione dell'Accordo Fiat di Pomigliano, non ha perso attualità. A distanza di tempo, periodicamente, questo interrogativo affiora, specie quando ci si trova a valutare l'efficacia dell'azione sindacale in relazione a specifiche aree di interesse: il genere è una di quelle.

L'analisi, in un'ottica di genere, dell'interazione tra il dilagare del lavoro a distanza “emergenziale” come modello lavorativo dominante, e le scelte sindacali è la tematica che si vuole proporre in questo articolo. La domanda è sollecitata dalla dilagante letteratura e documentazione

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *MicroMega*, 2010, n. 8, p. 171 ss. Riflette su questo tema B. CARUSO, *Il sindacato tra funzioni e valori nella “grande trasformazione”. L'innovazione sociale in sei tappe*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 394/2019.

di fonte europea che rende l'approccio delle nostre organizzazioni sindacali a questi temi totalmente antistorico e privo di efficacia.

È risaputo che la diffusione della pandemia di Covid-19 ha portato ad un concreto e massiccio interesse per i lavori legati alla digitalizzazione, in particolare, ed in maniera quasi esclusiva, per il lavoro a distanza. Una modalità di lavoro che, anche nelle sue forme più ibride, come quella attuata, impropriamente chiamata “*smartworking*”, comporta cambiamenti nelle condizioni di lavoro, sollecitati dall'uso di tecnologie digitali. La tecnologia, però, non è neutra: le modificazioni sociali e lavorative sono il prodotto di politiche legislative, economiche e contrattuali dalle quali dipende il livello di vulnerabilità o di inclusività della società.

Strettamente connesso a questa affermazione è l'interrogativo sul se la digitalizzazione possa spingere a superare/riequilibrare il divario di genere esistente in Italia in materia di occupazione. Nonché quale potrebbe essere il compito del sindacato, posto che siamo di fronte ad un'interazione tra tecnologia e poteri decisionali. Da qui il quesito sul se l'azione sindacale potrebbe svolgere il ruolo di soggetto trainante per ridurre il *gap* di genere in tema di digitalizzazione<sup>2</sup>. Nuovamente la risposta ci è suggerita dalle indicazioni europee.

### 1. *Le relazioni industriali italiane e la perenne tentazione del neutro*

In linea di massima le relazioni industriali sono poco interessate alla differenza di genere. I soggetti che le organizzazioni sindacali rappresentano sono visti come categorie, in questo caso lavoratori, apparentemente non caratterizzati da nessun carattere sessuato.

La tentazione del neutro, in realtà, nasconde un modello sindacale che ha profondamente introitato, come prototipo, il lavoratore maschio e che, sia nei suoi rapporti interni, sia nelle sue produzioni contrattuali, tende a riprodurre il paternalismo derivato dalla società<sup>3</sup>. Il sessismo linguistico, ad esempio, è la manifestazione esteriore più immediata dell'approccio finto neutro. I testi dei contratti collettivi, tranne quando si riferiscono ad eventi correlati alla maternità o a condizioni/regole dirette esclusivamente alle donne, utilizzano, in prevalenza, il genere maschile. Scelta androcentrica,

<sup>2</sup> E. CARTA, D. VAJAI, K. KOVAROVA, S. VANDENBROUCKE, H. QUARESMA, I. PAVLOVAITE, *Trade union practices on non-discrimination and diversity*, Brussels 2019.

<sup>3</sup> S. LEDWITH, *Gender politics in trade unions. The representation of women between exclusion and inclusion*, in *Transfer*, 2012, p. 188 ss.

questa, che determina l'invisibilizzazione di una componente del lavoro, quella femminile<sup>4</sup>.

La difficoltà che ha il sindacato a prendere in considerazione, non in maniera formale, esigenze di particolari gruppi di interesse è imputabile anche alla sua vocazione universalistica<sup>5</sup>. La paura di rompere con l'idea di interesse collettivo, alla base dell'attività (di una parte) del sindacato, ha implicato, anche con riferimento al genere, il mancato riconoscimento di tutele più identitarie reclamate da specifici gruppi collettivi.

L'ideologia della generalità, come detto, non è, però, sinonimo di neutralità. In realtà il finto neutro, spesso, nasconde forme di discriminazione<sup>6</sup>. La critica che si muove al sindacato non riguarda l'attenzione verso gli adempimenti formali: da tempo hanno fatto ingresso negli articolati contrattuali, veicolati dai necessari adempimenti di obblighi normativi, disposizioni di tutela o divieti di discriminazione. Nei testi dei contratti collettivi permangono, invece, forme di discriminazione indiretta, giacché quello penetrato nei contratti collettivi, è un femminismo involontario<sup>7</sup>.

### 1.1. *Il modello maschile del sindacato influisce sui contenuti della contrattazione*

La disfunzionalità presente nella maggior parte degli articolati contrattuali per quanto riguarda il genere è imputabile, anche, al difficile

<sup>4</sup> M. BENGOCHEA BARTOLOMÉ, *Lenguaje y sexismo*, in E. CARMONA CUENA, M. BENGOCHEA BARTOLOMÉ (a cura di), *Diversidad de género e igualdad de derechos*, Valencia 2012, p. 56 ss.; A. FIGUEROLO BURRIENZA *Lenguaje sexista y negociación colectiva*, in A. FIGUEROLO BURRIENZA, M.L. MARTÍN HERNÁNDEZ, *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis interdisciplinar*, Madrid 2013.

<sup>5</sup> M.D. FERRARA, *La prospettiva di genere e la contrattazione collettiva: neutralità o cecità delle norme collettive?*, in S. ADAMO, G. ZANFABRO, E. TIGANI SAVA (a cura di), *Non esiste solo il maschile. Teorie e pratiche per un linguaggio non discriminatorio da un punto di vista di genere*, Trieste 2019, p. 93 ss.

<sup>6</sup> Esprime chiaramente questo pensiero D. SCHIEK, *Enforcing (EU) non-discrimination Law: mutual learning between British and Italian labour law?*, in *Int. J. comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2012, 28, 4, p. 489 ss., secondo la quale nonostante il successo della normativa legale antidiscriminatoria persiste l'ineguaglianza nel mercato del lavoro. L'Autrice attribuisce questa disfunzionalità alla mancata attuazione della disciplina legale da un punto di vista sostanziale.

<sup>7</sup> B. BECCALLI, M. BACIO, *Conversazione con Bianca Beccalli. Genere, lavoro, rappresentanza e politiche pubbliche*, in *Sociol. lav.*, 2018, 149, p. 167 ss.

rapporto che hanno le donne con il sindacato, a causa del maschilismo dell'istituzione. La diversità di codici linguistici e la gestione al maschile dell'organizzazione sindacale suscita nelle donne un senso di distanza, che si concretizza nella loro minore partecipazione alle organizzazioni collettive<sup>8</sup>. In realtà, la minore partecipazione delle donne non è (solo) un problema numerico e (solo) di rappresentanza formale. Numericamente le iscritte sono molte: al 2019 le iscritte Cgil erano circa il 50%, mentre quelle Cisl il 44,8%. La rappresentanza, inoltre, è formalmente garantita dalle previsioni contenute nello Statuto. Lo Statuto Cgil, attualmente in vigore, ad esempio, ha incorporato specifiche norme di tutela contro le discriminazioni interne. Lo Statuto Cisl, invece, ribadisce in più punti, l'attenzione dell'organizzazione verso una parità di trattamento e indica specifiche regole per una rappresentanza di genere all'interno degli organismi. Il vero punto è la segregazione di genere che si crea all'interno del sindacato stesso. Ad esempio, lo Statuto Cisl (nella versione aggiornata al 2017, la più recente) all'art. 30 attribuisce al Comitato esecutivo l'onere di avvalersi del contributo di studio, elaborazione e proposta del comitato femminile «*per quanto attiene alla problematiche della condizione della donna*». Le donne, quindi, incluse nell'organizzazione, sono, però, in modo ufficiale escluse dal *decision making*, a meno che non si tratti di valutare problematiche relative alla loro condizione. La disposizione fotografa una organizzazione patriarcale, all'interno della quale sono molto radicati preconcetti e stereotipi sul ruolo delle donne e che ha un'idea della società suddivisa tra problemi femminili ed altro. Visione, sfortunatamente in sintonia con quella espressa dalla società italiana in cui, secondo l'Indice di uguaglianza di genere 2020 (EIGE)<sup>9</sup>, tutto il nucleo del potere decisionale, è sbilanciato a favore degli uomini. È molto realistica la riflessione che si legge nel *Report Trade union practices on non-discrimination and diversity 2019*: il sindacato opera nella società e ne fa parte, le organizzazioni sindacali sono esse stesse dei luoghi di lavoro, e, in quanto tali, rappresentano le tendenze delle società.

La difficoltà che hanno le donne ad identificarsi con le politiche sindacali in tema di genere, però, non è tipica della situazione italia-

<sup>8</sup> ILO, *A quantum leap for gender equality: For a better future of work for all*, Genève 2019, p. 92 ss.; ILO, *The contribution of social dialogue to gender equality*, Genève 2020, p. 6 ss.

<sup>9</sup> [www.eige.europa.eu/gender-equality-index/2020/IT](http://www.eige.europa.eu/gender-equality-index/2020/IT). Per una sintesi dei dati italiani v. I. SOLMONE, *Le quattro facce del gender gap*, in [www.lavoce.info/archives/73465/le-quattro-facce-del-gender-gap](http://www.lavoce.info/archives/73465/le-quattro-facce-del-gender-gap).

na. Ci ricorda l'OIL<sup>10</sup> che le questioni di genere, solitamente, non trovano spazio nella contrattazione collettiva; le donne sono sotto rappresentate nelle strutture decisionali e nelle delegazioni sindacali che partecipano alla negoziazione. Questa carenza determina e perpetua un modello negoziale squilibrato<sup>11</sup>.

La scarsa dialettica tra donne e relazioni industriali gioca, quindi, su due piani. Quantitativamente le donne sono meno rappresentate e meno presenti nei posti chiave (non simbolici), qualitativamente la prospettiva di genere è quasi del tutto assente nei testi dei contratti collettivi, che regolano specifici aspetti “della condizione femminile”. L'azione sindacale per essere efficace, di conseguenza, dovrebbe agire sia su un piano interno, quello dell'organizzazione; sia su un piano esterno, finalizzato ad incidere proprio sui contenuti della contrattazione collettiva.

## 2. *Inclusione e segregazione: focus sulla digitalizzazione. Quello che i dati mostrano*

Il mercato del lavoro italiano ha un tasso di segregazione di genere molto alto.

La forte connessione tra la femminilità e lavoro riproduttivo, come la maternità e il lavoro di cura, se traccia una linea di demarcazione tra le sfere del lavoro pagato e non pagato, ha anche implicazioni per la segregazione di genere nel mercato del lavoro. Uomini e donne non lavorano, di solito, negli stessi settori. L'edilizia, l'elettricità, il gas e l'acqua, i trasporti, l'industria manifatturiera e l'agricoltura rimangono dominati dagli uomini; la salute, l'istruzione e il lavoro sociale sono settori occupati dalle donne con un tasso del 30,4% contro l'8,3% (uomini).

Fino a poco tempo fa l'analisi della situazione lavorativa delle donne si sarebbe fermata qui, legata a un mercato del lavoro le cui caratteristiche non cambiavano da anni. L'avvento della digitalizzazione, anche nelle sue implicazioni più elementari, ci costringe, a valutare se, le nuove competenze digitali richieste dal mercato del lavoro, possono minare o rafforzare il *gender gap*.

<sup>10</sup> ILO, *ABC of women workers' rights and gender equality*, Genève 2000.

<sup>11</sup> S. BLASCHKE, *Female representation in the decision-making structures of trade unions: The influences of sector, status and qualification*, in *J. ind. Rel.*, 2015, 57, 5, p. 726 ss.



Ci guida nella riflessione la lettura dell'EIGE-Italia 2020; nel 2018, sottolinea il rapporto, le donne laureate in ITC erano il 21% (uomini 79%), le donne specializzate in qualche disciplina collegata alle ITC il 15% (uomini 85%), le donne ingegnere il 23% (uomini 77%). I dati esposti non hanno bisogno di commenti. Le donne hanno e continueranno ad avere, almeno in un futuro prossimo, meno conoscenze tecniche e meno potere sugli strumenti digitali. Ciò implica che, in un mercato del lavoro in cui l'evoluzione tecnologica è al centro della scena, è molto probabile che rimangano ai margini dei processi produttivi e che la segregazione orizzontale e verticale si intensifichi. Il *digital divide*, prodotto dallo stesso processo sociale che lo ha generato, costituisce e costituirà, quindi, un elemento fondamentale di segregazione lavorativa.

Uno dei risultati più tristi di questo processo di formazione poco guidato, che si ripercuote e si ripercuoterà nel sistema lavoro, è l'esistenza del divario di genere anche nelle competenze digitali basiche come sapere usare il computer, sapere inviare messaggi di posta elettronica, creare documenti elettronici<sup>12</sup>.

### 3. *Il lavoro a distanza nell'era del Covid-19, il cosiddetto "smartworking": da misura organizzativa a misura di conciliazione*

Nell'ottobre 2019, poco prima dell'inizio della pandemia, l'Osservatorio sullo *Smartworking* del Politecnico di Milano ha pubblicato un rapporto sull'uso dello *smartworking* in Italia. A quel tempo i lavoratori a distanza erano circa 570.000, era una tipologia contrattuale di nicchia; altrettanto di nicchia erano i suoi fruitori, interessava aziende molto innovative e lavoratori con professionalità molto elevate.

I dati raccolti dall'Osservatorio del Politecnico non erano scorporati per genere. Le caratteristiche delle professionalità e il tipo di aziende interessate ci fanno, però, supporre che non fossero molte donne a svolgere parte della loro prestazione lavorativa con questa modalità.

L'arrivo della pandemia, come ben noto, ha cambiato questo scenario in modo drammatico e brutale. Nel momento più estremo del *lockdown* (marzo-aprile 2020) 4,4 milioni di lavoratori, tra aziende

<sup>12</sup> V. a questo proposito, gli specifici dati in [www.eige.europa.eu/gender-equality-index/thematic-focus/digitalisation/country/IT](http://www.eige.europa.eu/gender-equality-index/thematic-focus/digitalisation/country/IT).

private e amministrazioni pubbliche, lavoravano a distanza, ovvero da casa propria. Un balzo quantitativo, ma anche qualitativo che ha cambiato e cambierà profondamente l'atteggiamento dei lavoratori e delle aziende nei confronti del lavoro a distanza.

Si può quindi, senza dubbio, parlare di un prima e di un dopo Covid-19 e la frontiera tra le due epoche ha una doppia connotazione.

La prima, è una connotazione giuridica, sono state introdotte nuove norme che, anche se parzialmente, hanno cambiato le precedenti. La seconda, una connotazione funzionale, il lavoro a distanza è usato, non solo come tecnica organizzativa, ma anche come misura di sicurezza per la salute e, soprattutto, ed in modo massiccio, come misura di conciliazione vita-lavoro. Nel periodo di vigenza del decreto "Cura Italia" (decreto legge n. 18/2020, convertito in legge n. 27 del 24 aprile 2020), momento in cui erano rimaste operative solo le attività essenziali, il 32% dei dipendenti lavorava a distanza, di questo circa il 12-20% era composto da donne. Se scomponiamo la percentuale per settori, come intuibile, troviamo l'istruzione, settore femminilizzato in cui il lavoro a distanza era diventato modalità "normale" e non scelta facoltativa. Poco prevedibilmente, però, nella percentuale rientrano anche settori (minerario, manifatturiero, edilizia, commercio, servizi sanitari) che, complessivamente, hanno una minore incidenza di lavoro a distanza, ma in cui quasi tutti i lavoratori a distanza erano donne. Lo *smartworking* dell'emergenza comincia così a delinearci come il principale protagonista per l'attività di cura<sup>13</sup>. Questa consapevolezza si rafforza analizzando i dati relativi alla seconda fase del *lockdown*.

Il 4 maggio 2020, data dell'apertura delle prime attività economiche, il 72% dei lavoratori che tornarono al lavoro erano uomini. Il risultato non è imputabile, solo, alla tipologia di settori produttivi che riaprono, edilizia e manifatturiero, in cui la maggior parte degli impiegati sono uomini; anche nei settori in cui il lavoro a distanza era poco diffuso, nuovamente, lo scelsero quasi solo donne.

Oltre che da una serie di ragioni, profondamente radicate nel nostro tessuto sociale e lavorativo<sup>14</sup>, la predominanza di donne tra i lavoratori a distanza è stata anche influenzata da disposizioni

<sup>13</sup> L. GUAGLIANONE, M.L. PARISI, *Smartworking? Una teorizzazione del doppio carico di lavoro*, [www.labourlawcommunity.org](http://www.labourlawcommunity.org).

<sup>14</sup> Una tra tante è il divario salariale. Le donne lavorano in attività meno pagate, quindi, quando si tratta di scegliere chi starà a casa o di flessibilizzare la propria attività di lavoro, la scelta è molto semplice.

normative. Grazie al decreto “Rilancio” (decreto legge n. 34/2020, convertito in legge n. 77 del 17 luglio 2020) la modifica di modalità lavorativa non è più solo un’opzione, da sottoporre alla decisione del datore di lavoro, ma un diritto per i genitori che hanno figli di età inferiore ai 14 anni: unica condizione per accedervi è che nessuno dei due stia a casa perché in CIG o disoccupato. La conciliazione vita-lavoro diventa uno specifico obiettivo del legislatore, tuttavia, è un compito che deve essere svolto mentre si lavora. Siamo di fronte all’apoteosi del dono di ubiquità.

La cosa più grave è che questa idea di equilibrio vita-lavoro è profondamente radicata nel Governo. Nel dicembre 2020 – nonostante che il diverso impatto di genere del lavoro a distanza fosse diventato oggetto di pubblico dibattito e di preoccupazione – la legge n. 176/2020 ripropose la stessa previsione, anzi, la estese anche ai casi in cui i bambini dovessero rimanere a casa perché in quarantena (art. 21-*bis*, decreto legge n. 104/2020)<sup>15</sup>. Né le parti sociali, benché abbiano avuto e abbiano spazi e modalità per farlo, hanno supplito a questo sbaglio di prospettiva. Le principali misure organizzative, come i turni, il pendolarismo e lo *smart-working*, la riprogrammazione dei livelli di produzione, l’uso della banca delle ore e delle ferie – si legge nel testo del Protocollo firmato il 14 marzo 2020<sup>16</sup> – devono essere adottate dall’azienda «attraverso accordi con le rappresentanze sindacali» (punto 8 «organizzazione aziendale»). Amplissimo il margine di intervento delegato al sindacato; tuttavia gli accordi di secondo livello che sono stati firmati, anche i più recenti (*infra*, § 5), non contengono alcuna norma che possa dare impulso alla regolamentazione del lavoro a distanza in un’ottica di genere.

La reiterata scelta di finta neutralità, compiuta dalle organizzazioni sindacali italiane le allontana dalle strategie suggerite dalle raccomandazioni dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) e dalla Confederazione Internazionale dei Sindacati (ITUC)<sup>17</sup> per riequilibrare il disavanzo di genere.

<sup>15</sup> La stessa impostazione la troviamo anche in tutta la normativa sui congedi parentali legati al Covid che non prevede la possibilità per chi lavora da casa di prendere il congedo; lo *smart working* non è riconosciuto come un lavoro a tutti gli effetti, oppure, il lavoro di cura è un accessorio.

<sup>16</sup> Il 14 marzo 2020 Governo e parti sociali hanno firmato il *Protocollo condiviso per la regolamentazione delle misure per combattere e contenere la diffusione del virus Covid-19 nei luoghi di lavoro*.

<sup>17</sup> ILO, *Empowering women at work*, Genève 2020.

#### 4. Come si rafforza il divario di genere. Il lavoro a distanza come test di resistenza del principio di eguaglianza

Quello che la legislazione d'emergenza ha chiamato *smartworking* è, in realtà, un ibrido giuridico. Lo spostamento dell'attività lavorativa non cambia l'organizzazione del lavoro, solo il luogo dove si svolge il lavoro, che è, necessariamente, la residenza o il domicilio del lavoratore. Siamo di fronte a una forma di deregolamentazione del lavoro agile di cui sopravvivono alcuni elementi, ma non quelli che lo caratterizzano: l'autonomia individuale nella scelta delle condizioni del contratto, la libertà di decisione nella scelta del luogo di esecuzione e i cambiamenti nell'organizzazione del lavoro.

Date le condizioni in cui si è svolto, e si svolge, il lavoro a distanza nell'era Covid-19, l'unico elemento certo su cui riflettere è l'idoneità di una modalità di lavoro, che si svolge "a domicilio" ad essere uno strumento di promozione dell'occupazione femminile.

La società italiana, come più volte sottolineato, è molto patriarcale; di conseguenza la piena occupazione femminile, di frequente, è ostacolata dall'alto carico di lavoro di cura che grava sulle donne: difficoltà che non è tenuta in conto né dalla normativa legale, né da quella contrattuale. La crisi legata al Covid-19 ha aumentato questo carico che ha pesato, indistintamente, su tutte le donne. Il 68% delle lavoratrici, pur avendo un *partner*, ha dedicato più tempo al lavoro domestico (la percentuale di uomini è del 40%), mentre il 61% ha dedicato più tempo alla cura dei figli (la percentuale degli uomini è del 51%).

Sembra molto discutibile, quindi, anche sulla base dei dati riportati, e pur tenendo in conto la particolarità della situazione, che il lavoro a distanza favorisca la conciliazione tra lavoro e vita familiare e non costringa, invece, le donne a lasciare il lavoro. Questo timore, del resto, è confermato dai dati relativi alla perdita di posti di lavoro che ha colpito le lavoratrici nel periodo tra aprile e settembre 2020. L'Italia ha registrato una perdita di lavoratrici doppia rispetto alla media europea (la perdita in Italia è del 4,1%, del 2,2% in Europa), ci informa un recentissimo rapporto redatto dalla Fondazione Consulenti del Lavoro<sup>18</sup>. Inoltre, sottolinea sempre il rapporto, è il nostro paese quello in cui il differenziale di genere nell'impatto della crisi risulta più elevato, con un *gap* di ben 1,7 punti percentuali

<sup>18</sup> FONDAZIONE STUDI CONSULENTI DEL LAVORO, *Occupazione femminile: si allarga il divario con l'Europa*, [www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2021/AnalisiStatistiche/Report\\_Donne\\_20210308.pdf](http://www.consulentidellavoro.it/files/PDF/2021/AnalisiStatistiche/Report_Donne_20210308.pdf).

tra uomini e donne, il maggiore in Europa. Conferma il rischio di espulsione delle lavoratrici dal mondo del lavoro, inoltre, il numero di dimissioni, non ancora quantificato ma già annunciato come preoccupante. Del resto, si ricorda, in Italia la scelta di dimettersi ha sempre riguardato soprattutto le donne, lo dicono i dati del rapporto annuale 2019 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Non solo 7 dimissioni su 10 (circa il 72,7%, ovvero 35.963) riguardano le madri lavoratrici, ma il 36% delle lavoratrici che si dimettono lo fa per «incompatibilità tra l'occupazione lavorativa e le esigenze di cura della prole».

Tutte le riflessioni e le valutazioni fatte portano ad un unico risultato; la parità di genere è un'altra vittima del Covid-19, una vittima più volte prevista, alla quale viene dedicata tantissima attenzione mediatica, ma nessuna (pochissima) attenzione sostanziale da parte dei nostri legislatori e delle nostre parti sociali.

L'impatto prodotto dal Covid-19, come più volte detto, non è solo effetto di un evento isolato, ma deriva da condizioni preesistenti, risultato di processi culturali e strutturali. Le crisi portano alla luce le fragilità e le disuguaglianze esistenti: la disuguaglianza di genere era ed è una di queste.

##### 5. *Strategia europea 2020, digitalizzazione e pregiudizi di genere.*

Siamo in un momento storico di grande incertezza. Lo *shock* violento prodotto dalla pandemia del Covid-19 ci fa dubitare di ciò che sembrava un'acquisizione quasi certa: le future evoluzioni dei modelli economici e tecnologici.

Il momento di passaggio tra vecchie certezze e nuovi dubbi si coglie bene leggendo i più recenti documenti europei ed internazionali. Nella Strategia Europa 2020 l'UE ipotizzava di uscire dalla crisi occupazionale proponendo modelli di sviluppo inclusivo in cui la digitalizzazione e la sostenibilità ambientale avrebbero fatto da volano. Siamo nel 2010, si puntava a ricostruire, anche se su basi parzialmente nuove, un tessuto occupazionale incrinato dalla precedente crisi finanziaria.

La profondità delle contraddizioni aperte dalla pandemia è la cifra che, invece, segna i documenti successivi. Nel settembre 2020 il rapporto finale di una ricerca curata da McKinsey<sup>19</sup>, su incari-

<sup>19</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Shaping the digital transformation in Europe*, 2020,

co della Commissione Europea, evidenziava il ruolo di detonatore avuto dal Covid-19, stimolo necessario per un'accelerazione forzata della digitalizzazione; ma, contemporaneamente, responsabile della perdita di posti di lavoro. A rischio, secondo il rapporto, sarebbero, nel breve termine, 59 milioni di posti di lavoro europei con differenze significative tra settori e occupazioni e, di conseguenza, tra i gruppi. L'ultima conferma dell'aumentata sensibilità nei confronti della necessità di controbilanciare le innovazioni con una maggiore attenzione verso le politiche occupazionali la troviamo nel rapporto del *World Economic Forum*<sup>20</sup> dell'ottobre 2020. Il ritmo di adozione della tecnologia non si fermerà, dicono le previsioni, ma le disuguaglianze esistenti nei mercati del lavoro, approfondite dalla pandemia Covid-19, saranno esacerbate in assenza di sforzi proattivi. Una delle sfere più colpite dalla disuguaglianza, senza dubbio, sarà quella di genere.

Un primo e violento assaggio di queste previsioni, del resto, per quanto riguarda l'Italia, l'abbiamo già avuto nei mesi finali dell'anno 2020. Al dicembre 2020 risultavano scomparsi 101.000 posti di lavoro, 99.000 dei quali erano occupati da donne. In altre parole la crisi attuale ha già incominciato a colpire, in maniera selettiva, settori tradizionalmente femminili (turismo, ristorazione, commercio al dettaglio, lavoro domestico). La crisi occupazionale futura, invece, potrebbe essere causata da un'offerta di lavoro poco consona alla prevalente formazione professionale delle donne, escludendole dal mercato del lavoro.

Le valutazioni sopra riportate, compiute da istituti di ricerca europei e internazionali, tengono conto di realtà tra di loro profondamente differenti quanto a situazione economica ed a sviluppo tecnologico. Per analizzare meglio l'attualità del pericolo, in relazione al nostro paese, possiamo rifarci a quanto contenuto nel *Digital Economy and Society Index 2020*. Nell'indice elaborato dall'istituto europeo l'Italia occupa il 26° posto<sup>21</sup>, terzultima insieme a Romania e Bulgaria: è chiaro che, in questo momento, le innovazioni tecnologiche non giocano un ruolo importante nella nostra economia. La questione principale,

[www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/917c520f-fd56-11ea-b44f-01aa75ed71a1](http://www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/917c520f-fd56-11ea-b44f-01aa75ed71a1).

<sup>20</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The future of job*, [www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2020](http://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2020).

<sup>21</sup> Per la valutazione sono stati presi in considerazione cinque fattori: connettività, capitale umano, uso di *Internet*, inclusione digitale (integrazione aziendale e commercio elettronico) e servizi pubblici digitali.

almeno per ora, non è capire quante donne perderanno il loro lavoro a causa delle nuove tecnologie, ma quante di loro saranno in grado di trovare lavoro, proprio grazie alle nuove tecnologie. Non è l'innovazione tecnologica, in sé, che dovrebbe preoccupare, quindi, quanto il dubbio sul se le scelte in materia di politiche attive del lavoro, di conciliazione vita-lavoro, ovvero in tema di formazione, saranno idonee ad incidere sui problemi di fondo.

L'elenco delle difficoltà da affrontare è vasto e merita di essere esposto analiticamente: segregazione di genere verticale e orizzontale, distribuzione iniqua del reddito, mancanza di opportunità di sviluppo professionale, scarso riconoscimento del "lavoro femminile", divisione tradizionale del lavoro di cura. Una grande varietà di questioni, come si vede, che, in quanto incidono su molteplici sfere, richiedono competenze differenti. L'attore pubblico, sicuramente, riveste un ruolo decisivo: ma l'azione sindacale, forte delle sue competenze negoziali, può fare molto.

Ancorando l'analisi al periodo emergenziale, la tematica della digitalizzazione si è saldata con quella del lavoro a distanza, prestazione lavorativa che si effettua grazie alla digitalizzazione, ma che sarebbe estremamente riduttivo identificarla con tutto il mondo digitale. L'impatto che ha avuto il lavoro a distanza, parente povero del digitale, però, se è stato devastante per la parità di genere, ha suscitato tantissimo interesse come modalità lavorativa: questo ci fa capire che, esploso per necessità, il lavoro a distanza, anche in futuro, diventerà sempre più presente. Fondamentale, quindi, porre subito le basi di quello che, in un'ottica di genere, potrebbe essere un giusto percorso negoziale per disciplinare il lavoro a distanza o *smart working*, o lavoro agile, o come verrà denominata questa forma lavorativa. Al momento, anche se siamo in uno stato di confusione normativa, sembra abbastanza chiaro che, difficilmente, si tornerà alla disciplina giuridica del lavoro agile pre-Covid – regolata dall'intreccio tra norme giuridiche e regole contenute nei contratti individuali eliminando qualsiasi controllo da parte della contrattazione collettiva – ma che molte clausole verranno negoziate. La sottoscrizione dei Protocolli del 14 marzo e del 24 aprile 2020, troppo dettata dall'emergenza per fare ipotizzare il ritorno a procedure concertative (ed il cambio di governo, del resto, rafforza questa idea)<sup>22</sup>, conferma, però, l'interesse delle parti sociali ad un percorso negoziale.

<sup>22</sup> V. F. NESPOLI, *La comunicazione politica e istituzionale nella gestione della emergenza da Covid-19: una prospettiva di relazioni industriali*, in *Boll. Adapt*, 2020.

### 5.1. Possibili aree di intervento per l'azione sindacale

Negli ultimi mesi la regolazione del “lavoro agile” è entrata negli articolati dei rinnovi contrattuali (Telecomunicazioni e Industria metalmeccanica), come anche nei testi di alcuni accordi aziendali. Più che esaminare i contenuti degli articolati nazionali è interessante valutare le clausole contenute nei contratti aziendali stipulati negli ultimi mesi. Livello contrattuale in cui prendono forma i principi e le regole indicate dal contratto nazionale: ma anche termometro della reale sensibilizzazione che la base sindacale ha verso specifiche tematiche. Se analizziamo i contenuti negoziali in questa prospettiva è evidente lo scollamento tra la volontà politica espressa dai vertici delle organizzazioni sindacali e i contenuti dell'attività contrattuale di secondo livello. La Cgil, ad esempio, in un recente documento criticava fortemente l'identificazione tra lavoro a distanza e misure di conciliazione<sup>23</sup>, in quanto trasforma una misura organizzativa, potenzialmente innovativa, nell'antico istituto del lavoro a domicilio, in cui tempo di lavoro e tempo di cura sfumano uno dentro l'altro. Gli accordi aziendali sul lavoro a distanza stipulati post-Covid-19, invece, non si pongono, minimamente questo problema, anzi propongono lo “*smartworking*” come misura di conciliazione<sup>24</sup>, indicando regole, apparentemente neutre, ma, come si è visto, di fatto, pesantemente “genderizzate”.

Il collo di bottiglia che si crea tra il decisore sindacale “politico” (le segreterie confederali) ed i concreti contenuti negoziali mina, allo stato, qualsiasi possibile innovazione delle politiche contrattuali. Il soggetto collettivo, però, è con l'esercizio del potere contrattuale – a livello nazionale ed anche e, per molte materie, soprattutto, a livello aziendale – che esercita pienamente la sua funzione di rappresentanza. Negare o ignorare la rilevanza, in questo caso, la specificità della questione femminile, significa permanere nell'equivoco, che già ha fatto tanti danni in passato, che da tutelare siano solo gli interessi collettivi.

Se guardiamo alle ultime vicende sindacali, penso in particolare alla saga dei *rider*, però, la difficoltà di riconoscere tra i compiti delle organizzazioni sindacali anche la tutela degli interessi frammentati sembra abbastanza superata. Viene spontaneo pensare, allora, che sia un'altra ideologia, quella patriarcale, ad ostacolare il sindacato

<sup>23</sup> CGIL, *Prime valutazioni sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, 2021.

<sup>24</sup> OSSERVATORIO CGIL-FDV, *La contrattazione di secondo livello al tempo del Covid-19*, 2021.



nel farsi protagonista di una contrattazione collettiva sensibile al genere. L'organizzazione sindacale, in sintesi, si conferma forgiata sul modello tradizionale della società italiana e ne riproduce i limiti.

Un sindacato che contribuisce ad acuire le diseguaglianze di genere, tramite la sua attività negoziale, non serve più, è disfunzionale: è necessario un cambio di paradigma, c'è bisogno di innovazione sociale. Quello che si propone, perfettamente in linea, sia con le politiche sindacali, sia con quanto costantemente richiesto a livello europeo<sup>25</sup>, è provare a pensare al genere come fattore identitario che tagli trasversalmente tutte le politiche contrattuali. La proposta non significa un'inversione del fuoco di attenzione dagli uomini alle donne, ma è un tentativo di ricreare un equilibrio sociale, ovvero, utilizzando il vocabolario dell'ONU, una sostenibilità sociale della quale componente fondamentale è l'eguaglianza di genere. Gli interventi per raggiungere quello che, apparentemente, potrebbe sembrare "solo" un problema di giustizia sociale, in realtà comportano vantaggi generalizzati. Necessario, per prima cosa, sgomberare il campo dall'idea che le uniche beneficiarie di politiche finalizzate al riequilibrio di genere siano le donne.

L'aumento dell'occupazione femminile, fino a raggiungere il livello di quella maschile, secondo le stime del Fondo Monetario Internazionale, ad esempio, significherebbe un aumento del PIL dell'11%. Inoltre, molte delle tematiche, impropriamente stigmatizzate come di interesse femminile (ad esempio redistribuzione dei carichi familiari, conciliazione vita-lavoro), in realtà, implicano un ripensamento dei tempi di lavoro che si ripercuote sull'organizzazione di vita, cosa della quale beneficiano tutti.

Se la contrattazione collettiva non può incidere molto sulle politiche attive in materia di occupazione, ha, però, ampi margini per favorire, se non gli ingressi nel mondo del lavoro, almeno la permanenza delle donne che ci sono entrate. Giocare sulla flessibilità oraria, ad esempio, è una tecnica sperimentata con successo in Germania nel 2018, in un altro momento di crisi<sup>26</sup>.

Le misure che intervengono sulla flessibilizzazione dell'orario di

<sup>25</sup> Cfr. da ultimo, COM (2020) 152 final, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*.

<sup>26</sup> Il riferimento è al contratto siglato dalla IG Metal che dà la possibilità ai lavoratori/alle lavoratrici di ridurre volontariamente il loro orario di lavoro, fino ad un minimo di 28 ore. La perdita economica è bilanciata da incrementi retributivo, sia in relazione alla paga oraria, sia in percentuale fissa. A compensare la diminuzione del monte ore lavorato il sindacato IG Metal ha concesso alle aziende di assumere lavoratori con un orario lavorativo superiore a quello contrattuale.

lavoro, ovvero della prestazione, per essere effettivamente neutre devono essere messe in piedi unitamente ad azioni finalizzate alla riduzione del *gap* salariale: la contrattazione collettiva, per questo può fare molto. Per raggiungere questo obiettivo i punti cui intervenire, elencati senza alcun ordine di priorità, sono il bilancio di competenze, la trasparenza salariale e la formazione.

Il bilancio di competenze, già adottato in alcuni settori merceologici, consente di fare il punto sulle competenze professionali dei dipendenti e programmare i loro sviluppi di carriera, nonché evidenziare la presenza negli inquadramenti contrattuali di eventuali discriminazioni indirette.

Quanto alla trasparenza salariale (considerata fondamentale per superare il *gap* salariale al punto che il 4 marzo di questo anno la Commissione Europea ha presentato una proposta per garantirla) è qualcosa che va oltre gli obblighi informativi contenuti nella maggior parte degli articolati contrattuali e nell'attuale testo dell'art. 46 del Codice delle pari opportunità. Seguendo i suggerimenti già espressi nella Raccomandazione della Commissione (214/124/UE) e messi in pratica da una recentissima legge spagnola (Real Decreto n. 902/2020), la contrattazione collettiva potrebbe introdurre all'interno dell'azienda un obbligo di *audit* salariale periodico che fornisca un'analisi della percentuale di donne e uomini suddivisa per categorie, dei sistemi di valutazione e classificazione del lavoro utilizzati, nonché dia informazioni dettagliate sulle remunerazioni e sui differenziali retributivi di genere<sup>27</sup>.

La formazione, infine, come l'esperienza recente ha dimostrato, e come il futuro sempre più ci indicherà, è chiave di volta per incidere sulle disuguaglianze di genere<sup>28</sup>. Per essere utilizzata al meglio dalle donne, è fondamentale che si svolga durante l'orario di lavoro e che abbia dei percorsi dedicati<sup>29</sup>. L'obiettivo non è solo

<sup>27</sup> La proposta ha molti punti di contatto con le modifiche al testo dell'art. 46 del Codice delle pari opportunità adottate, nel novembre 2020, come base di discussione dalla Commissione lavoro.

<sup>28</sup> Un'occasione importante è data dalla possibilità di accedere al Fondo nuove competenze la cui scadenza è stata prorogata al 30 giugno 2021. L'obiettivo dello strumento è permettere alle imprese di realizzare specifiche intese di rimodulazione dell'orario di lavoro per mutate esigenze organizzative e produttive dell'azienda, in base alle quali una parte dell'orario di lavoro viene usata per percorsi formativi. I fondi, tuttavia, possono anche essere utilizzati per favorire la realizzazione di percorsi di ricollocazione dei lavoratori.

<sup>29</sup> I CCNL cominciano a stabilire percorsi formativi per i lavoratori a distanza anche nell'ambito delle attività formative annuali (CCNL Telecomunicazioni, linee

un'alfabetizzazione digitale (pur necessaria visto i dati EIGE 2020), bensì mettere in grado il maggior numero di donne di superare la segregazione verticale, particolarmente accentuata nel settore delle nuove tecnologie. Le competenze tecniche (o l'aumento di competenze) possono diventare porta d'accesso a posizioni lavorative decisive come, ad esempio, quella di programmatore di algoritmi. È indispensabile, infatti, che tra i programmatori ci siano anche donne; se i dati usati per costruire un algoritmo sono distorti da un gruppo, l'algoritmo quando li seleziona riprodurrà il *bias* umano e imparerà a discriminare questo gruppo. Il pericolo della digitalizzazione non si limiterebbe quindi, solo al pregiudizio di genere immediato, ma, visto che le decisioni aziendali sempre più si basano su algoritmi, perpetuerebbe il *bias* di genere.

### 5.2. *Industria 4.0 e Industria 5.0: verso un nuovo modello di relazioni industriali?*

In una logica di innovazione sociale sarebbe da ripensare anche il rapporto che l'organizzazione sindacale ha con il territorio. Ragionare di conciliazione vita-lavoro non può prescindere dal riflettere sul complessivo utilizzo, non solo del tempo lavoro, ma anche del tempo/organizzazione *extra*-lavoro: questo significa entrare in contatto con realtà differenti da quelle strettamente legate allo spazio lavorativo. Serve, quindi, una modifica della geografia territoriale degli interessi. La contrattazione territoriale – capace di suggerire soluzioni trasversali e *cross*-settoriali e, soprattutto, interlocutrice di quelle piccole imprese (la maggioranza nel tessuto produttivo nazionale) che non hanno al loro interno rappresentanze sindacali – potrebbe rappresentare una soluzione<sup>30</sup>. Questo meccanismo contrattuale, inoltre, non solo già include gli *stakeholders* territoriali tradizionali (autorità pubbliche), ma lascerebbe aperta la porta a coinvolgimenti di realtà diversificate, a seconda degli interessi in gioco. Un profondo cambiamento di metodo, dunque, finalizzato a individuare strategie di sviluppo che si adattino ai concreti bisogni, ma pure meccanismo di anticipazione e di pianificazione delle future esigenze.

guida Ania, CCNL industria alimentare, CCNL coop di trasformazione prodotti agricoli) ma non prevedono particolari condizioni di favore per incentivare la partecipazione delle lavoratrici.

<sup>30</sup> V. I. REGALIA, *Azione del sindacato nel territorio*, in *Econ. soc. reg.*, 2014, n. 1, p. 39 ss.

Il genere, d'altra parte, pure a livello internazionale, è una delle variabili prese in considerazione quando si immaginano strategie di riequilibrio.

Una prospettiva che fa pensare, anche se il dibattito è solo all'inizio, è quella che sposta l'attenzione dai soggetti collettivi a cui siamo abituati a delegare i cambiamenti sociali (sindacati; governi), all'industria. Certamente il ruolo propulsivo dell'impresa, anche come organo di redistribuzione delle opportunità sociali, è già presente quando si parla di responsabilità sociale, tuttavia, questo fenomeno ancora embrionale ha, forse, caratteristiche diverse.

Punto di avvio di questa riflessione è la necessità, determinata dalla crisi connessa al Covid-19, di ripensare, non solo i metodi di lavoro, ma anche gli approcci al lavoro. Messa in discussione è la visione strettamente tecno-economica che ha dominato negli ultimi anni, tutta concentrata sulla digitalizzazione e sulle tecnologie, senza prestare attenzione a principi di giustizia sociale e sostenibilità.

L'alternativa che si prospetta è un'industria – Industria 5.0 – più orientata verso l'uomo e che rifiuta l'idea di essere basata puramente sul profitto. Un'industria che fa della sostenibilità il proprio punto di forza e che, nella sua idea di sostenibilità, include sia considerazioni ambientali che sociali. Il miglioramento delle condizioni di lavoro, come si legge nella pubblicazione *Industry 5.0 Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, non può essere fatto a spese di considerazioni ambientali e sociali: non può essere fatto a danno dei diritti fondamentali dei lavoratori e tra i diritti fondamentali dei lavoratori si include anche l'eguaglianza di genere ed il rispetto del divieto di discriminazione. Riferimento teorico esplicito sono i principi sanciti dalla Carta europea dei diritti fondamentali, considerati linee guida indiscutibili per la progettazione del nuovo ambiente di lavoro. L'intreccio tra fonti europee ed internazionali (gli obiettivi sostenibili indicati dall'ONU) aiuta i teorici di Industria 5.0 ad elaborare un'articolata nozione di sostenibilità, arricchita di contenuti sociali, che confluisce nell'idea contenitore di sostenibilità organizzativa. L'eguaglianza di genere, i divieti di discriminazione, l'accessibilità sono tra gli elementi che la compongono e il loro rispetto si ottiene attraverso un contratto sociale basato su intese collettive siglate, non solo tra azienda e organizzazioni sindacali, ma che vede o potrebbe vedere la partecipazione di *stakeholder*. L'idea di rivitalizzare il contratto sociale, del resto, tenta anche l'ILO. Gli attori del mondo del lavoro dovrebbero impegnarsi in un dialogo inclusivo per plasmare un futuro del lavoro che risponda alle loro aspirazioni comuni.

La pressione delle nuove tecnologie, unita all'emergenza determinata dalla pandemia, sembra che abbia dato un'accelerata al ripensamento di modelli di impresa meno antagonisti. Se l'impresa, in qualche modo, invade territori prima riservati alle organizzazioni collettive, resta da vedere quali saranno le reazioni di queste ultime. Fino ad ora, nonostante l'impegno formale contenuto nel Patto per la Fabbrica del 2018, all'ammorbidimento delle strategie conflittuali non ha fatto seguito l'adozione di modelli più partecipativi. Vero è che i rinnovi contrattuali, successivi allo scoppio della pandemia (penso a quelli dei metalmeccanici e delle telecomunicazioni), hanno introdotto, non solo espliciti riferimenti al Patto per la Fabbrica, ma anche incrementato i diritti di partecipazione. Non so, però, se bastino, quelli che, allo stato, sembrano piccoli ritocchi che operano sempre all'interno di dinamiche collettive già consolidate e, per molti versi asfittiche.

Serve, forse, un atto di coraggio che, vista la situazione non è per nulla antistorico e che immagini un progetto rifondativo delle relazioni industriali: il rischio, altrimenti, è essere scavalcati dai processi evolutivi che sembrano essere stati messi in atto nel mondo imprenditoriale.

DANIELA IZZI

## Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da *Laval* a oggi

SOMMARIO: 1. Da *Laval* a *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio*: il tentato ripristino di un equilibrio spezzato. - 1.1. La rinnovata e controversa disciplina europea sul distacco transnazionale di lavoratori. - 2. Lavoratori distaccati e libera prestazione dei servizi «su base equa» all'indomani del salvataggio della direttiva n. 2018/957. - 2.1. Il riaffermato ma problematico principio di parità retributiva. - 2.2. L'incerta salvaguardia dello sciopero e delle altre azioni collettive. - 3. Una equità ancora in costruzione.

### 1. *Da Laval a Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio: il tentato ripristino di un equilibrio spezzato*

Dopo un ventennio di attenta osservazione e analisi delle dinamiche evolutive dell'Europa sociale, riferendosi in particolare al processo di integrazione negativa, ovvero alle «ricadute applicative [...] sugli ordinamenti giuridici nazionali del lavoro (latamente intesi)» del «diritto del mercato interno, comprensivo sia delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza, sia delle regole fondative delle quattro libertà fondamentali», Massimo Roccella rilevava con disappunto come «il complessivo equilibrio che [...] la Corte è stata capace a lungo di mantenere» in questi delicati contesti di interferenza regolativa paresse ormai smarrito, dovendosi prendere atto che «nella sua recente giurisprudenza si è aperta una vistosa smagliatura»<sup>1</sup>.

La discontinuità rispetto alle valutazioni da lui espresse in precedenza circa la capacità manifestata in simili situazioni dalla Corte di giustizia, almeno in linea generale e nonostante qualche zona d'ombra, di «contemperare ragione economica e ragione sociale»<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Padova 2010, rispettivamente pp. 69 s., 73 e 50.

<sup>2</sup> In questo senso M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*,

s'imponesse in effetti senza lasciare alternative dopo lo sconquasso provocato sulla scena europea dalle interpretazioni socialmente mortificanti fornite nel cosiddetto quartetto *Laval*<sup>3</sup>. Com'è noto, nel loro insieme quelle decisioni hanno determinato una pesantissima compressione sia dei margini di legittimità delle azioni collettive che degli spazi normativi utilizzabili per il contrasto alle pratiche di concorrenza al ribasso nel mercato unico europeo. In particolare, dal momento che tali sentenze gravitavano per lo più – con l'unica eccezione di *Viking* – intorno alla disciplina comunitaria sul distacco transnazionale dei lavoratori, l'operazione "riduzionistica" compiuta dalla Corte di giustizia ha riguardato le più significative previsioni sulle quali la direttiva n. 96/71, nell'assolvere il gravoso compito di assicurare sia il libero sviluppo della prestazione transnazionale di servizi che la protezione dei lavoratori distaccati, aveva puntato per costruire – come era ben chiaro a Massimo Roccella – un argine difensivo dei mercati nazionali dai rischi di *dumping* sociale<sup>4</sup>.

Profondamente ridimensionati dalla lettura socialmente minimalista effettuata dalla Corte in *Laval*, *Rüffert* e *Commissione contro Lussemburgo*, in effetti, sono stati tutti i cruciali snodi su cui si reggeva il delicato equilibrio stabilito dalla direttiva n. 96/71 tra le divergenti istanze ad essa sottese: il cuore del nucleo protettivo essenziale garantito ai lavoratori distaccati, ovvero quelle «tariffe mini-

Torino 1997, p. 17: nell'introdurre diversi suoi saggi di raffinata indagine della giurisprudenza comunitaria di quegli anni, guardando dall'alto all'articolato complesso oggetto d'esame, osservava infatti come «la Corte, di fronte al conflitto fra diritto del lavoro e diritto della concorrenza, abbia saputo evitare di assumere un'ottica unilaterale e si sia mostrata attenta [...] alle ricadute delle sue decisioni nel campo delle politiche sociali».

<sup>3</sup> Compongono il celebre quartetto le sentenze Corte giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, Corte giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert* e Corte giust., 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, tutte concernenti la libertà di prestazione dei servizi tutelata dall'art. 56 TFUE (allora art. 49 TCE), oltre alla sentenza capostipite Corte giust., 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking Line*, relativa invece alla libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE (già art. 43 TCE).

<sup>4</sup> La finalità anti-*dumping* insita nella direttiva in questione è stata da lui evidenziata già nella fase di gestazione della stessa, a seguito degli stimoli forniti dalla Corte di giustizia con l'importante sentenza *Rush Portuguesa* (Corte giust., 27 marzo 1990, C-113/89), e all'indomani della sua adozione: v. rispettivamente M. ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 5 s. e M. ROCCELLA, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, p. 286 s.

me salariali» rientranti nell'elenco di materie (contenuto nell'art. 3.1) da assoggettare inderogabilmente al diritto del lavoro dello Stato in cui il servizio è prestato; i varchi aperti per il rafforzamento di tale nucleo protettivo dalla facoltà concessa allo Stato ospitante, da un canto, di estendere la propria regolazione a materie diverse da quelle elencate dal legislatore europeo qualora «si tratti di disposizioni di ordine pubblico» (come recita l'art. 3.10) e, dall'altro, di calibrare il regime di tutele in termini di maggior favore per i lavoratori (ai sensi dell'art. 3.7); infine, il ruolo riconosciuto nella definizione degli *standard* di trattamento cui i prestatori di servizi stranieri devono uniformarsi – in aggiunta o in alternativa alle fonti legislative e amministrative – ai «contratti collettivi [...] di applicazione generale» (secondo la formula adoperata dall'art. 3.1, il cui significato è spiegato dall'art. 3.8)<sup>5</sup>. Il fuoco giurisprudenziale incrociato che nell'arco di pochi mesi si è abbattuto su questi centrali passaggi dell'art. 3 della direttiva sui *posted workers*, restringendo al massimo i confini di applicabilità delle norme lavoristiche dello Stato ospitante a vantaggio della riespansione della competenza regolativa dello Stato di origine, ha finito per tradire la *ratio* ispiratrice della disciplina di coordinamento europea, arrivando a farne, secondo i giudizi meno sfumati, uno strumento di incentivazione anziché di contenimento del *dumping* sociale<sup>6</sup>.

L'effetto di spiazzamento così prodotto è stato poi amplificato dalle conseguenze che la Corte di giustizia ne ha fatto derivare per lo *status* delle azioni collettive nell'ordinamento dell'Unione, giungendo in *Laval* a censurare le iniziative di lotta promosse dai sindacati dello Stato di destinazione dei lavoratori distaccati perché miranti a condizioni eccedenti il nucleo di protezione minima assicurato a questi ultimi dalla direttiva n. 96/71. Ciò in conseguenza della scelta d'invasione del terreno del conflitto collettivo compiuta per la prima volta dalla Corte in *Viking* e *Laval*, escludendo che la mancanza di competenza in proposito dell'Unione sancita dall'art. 153.5 TFUE sottragga le diverse forme di lotta sindacale all'assoggettamento alle «regole del Trattato che garantiscono le libertà economiche fondamentali: come

<sup>5</sup> Per l'illustrazione delle indicazioni fornite a proposito delle previsioni appena richiamate da ciascuna delle tre sentenze, oltre che per i riferimenti all'amplessissima letteratura in argomento, ci si permette di rinviare a D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino 2018, p. 90 ss. e 132 ss.

<sup>6</sup> Così, ad esempio, N. COUNTOURIS, S. ENGBLOM, *Civilising the European Posted Workers directive*, in M. FREEDLAND, J. PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford-Portland (Oregon) 2014, p. 283.



dire che, pur non essendo praticabile la via dell'armonizzazione fra le discipline nazionali in materia (ovvero dell'integrazione positiva), resta sempre aperta quella dell'integrazione negativa»<sup>7</sup>.

Fissando l'attenzione sulla mobilità transnazionale del lavoro conseguente all'esercizio della libertà di prestazione dei servizi delle imprese nel mercato unico europeo, ad ogni modo, va osservato che i rischi di concorrenza al ribasso tra i diversi sistemi nazionali ad essa connessi, e certo potenziati dalle tre discutibili decisioni della Corte sopra richiamate, sono andati intensificandosi in modo vistoso a seguito dell'allargamento dell'Unione (nel 2004, 2007 e 2013, com'è noto) a un folto gruppo di Paesi dell'est: l'accentuazione del divario economico e sociale esistente fra gli Stati membri, infatti, ha proceduto di pari passo con quella dei vantaggi competitivi ricavabili dalle pratiche di *dumping*. Il distacco transnazionale di personale, quale fattispecie che consente di cumulare le strategie di esternalizzazione di manodopera finalizzate alla riduzione del costo dei servizi con le dinamiche della competizione regolativa nel mercato comune<sup>8</sup>, è finito così al centro del dibattito sull'avvenuta apertura di una pericolosa spirale di *race to the bottom* capace di mettere in crisi la stessa sopravvivenza di una dimensione sociale dell'integrazione europea. Un fenomeno che resta tuttora quantitativamente di nicchia, coinvolgendo una modesta percentuale di lavoratori dell'Unione<sup>9</sup>, ha perciò assunto un rilievo politico primario sulla scena europea.

La reazione legislativa all'insieme di circostanze appena ricordate si è sviluppata per gradi. In un primo momento, con la c.d. direttiva *enforcement* n. 2014/67, si è tentato di rafforzare l'effettività della direttiva n. 96/71 e di superare le incertezze responsabili dei consistenti abusi emersi nella sua applicazione. Nella logica anti-*dumping*,

<sup>7</sup> Così M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto*, cit., p. 73. In senso fortemente critico sul punto U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari 2009, p. 96 ss.

<sup>8</sup> Come fa notare A. LO FARO, *Posting from a Letterbox. Transnational Mobility of Workers, Social Dumping and the Economic Fundamental Freedoms' Veil*, in A.C. HARTZÉN, A. IOSSA, E. KARAGEORGIU (eds.), *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe*, forthcoming, § 1, ma anche nel contributo redatto per questo volume.

<sup>9</sup> Per dati sull'entità del fenomeno, che pare riguardare complessivamente meno dell'1% del totale degli occupati nell'Unione europea, ma anche sui limiti insiti nel metodo di rilevazione e sulle ragioni che inducono a ritenere sottostimate le cifre ufficiali, v. Z. RASNAČA, M. BERNACIAK (eds.), *Posting of workers before national courts*, Brussels 2020, p. 14 ss. e M. HOUWERZIJL, L. BERNTSEN, *Posting of workers: from a blurred notion associated with 'cheap labour' to a tool for 'fair labour mobility'?*, in J. ARNHOLTZ, N. LILLIE (eds.), *Posted Work in the European Union. The Political Economy of Free Movement*, New York-London 2020, p. 147 ss.

tuttavia, ineludibile appariva anche l'esigenza di ricalibrare i termini del compromesso delineato molti anni prima da tale disciplina tra le contrapposte istanze di tutela dei lavoratori distaccati – e insieme, indirettamente, dei lavoratori degli Stati ospitanti – e di salvaguardia delle libertà economiche riconosciute alle imprese distaccanti nel mercato dei servizi europeo.

La necessità di spostare l'ago della bilancia a favore della prima istanza era nel frattempo stata avvertita anche dalla Corte di giustizia che, con le sentenze *Sähköalojen ammattiliitto* e *RegioPost*, pur senza rinnegare il terzetto *Laval*, aveva colto l'occasione per temperarne gli eccessi, almeno sotto qualche importante profilo<sup>10</sup>. La correzione di rotta effettuata dalla Corte, resa possibile dalle strategie di difesa dal *dumping* sociale adottate nei contesti nazionali di provenienza dei due casi appena richiamati (rispettivamente quello finlandese e quello tedesco) e favorita da cambiamenti frattanto intervenuti nel diritto dell'Unione, *in primis* con l'irrobustimento delle clausole sociali realizzato dalla direttiva sugli appalti pubblici n. 2014/24, ha spianato la strada ad una riforma legislativa rivelatasi sin dall'inizio altamente problematica e controversa<sup>11</sup>.

La proposta di revisione della direttiva n. 96/71 presentata dalla Commissione nel 2016 ha suscitato l'immediata opposizione di undici Stati membri dell'Unione, quasi tutti *new-comers* dell'Est Europa, che hanno provato inutilmente a fermarne il cammino attivando la c.d. *yellow card procedure*<sup>12</sup>. Dopo la discussione di mezzo mi-

<sup>10</sup> Su Corte giust., 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, indicata a volte con l'acronimo *ESA* e di cui si dirà nel § 2.1, e Corte giust., 17 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost* v. ancora (pure per i richiami bibliografici) D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., rispettivamente p. 143 ss. e p. 90 ss.

<sup>11</sup> La sinergia realizzatasi a favore della revisione della direttiva n. 96/71 tra diversi fattori entrati in gioco a livello di Unione europea e di singoli Stati membri è messa in evidenza da M. ROCCA, *Stepping stones over troubled waters. Recent legal evolutions and the reform of the Posting of Workers directive* in J. ARNHOLTZ, N. LILLIE (eds.), *Posted Work in the European Union. The Political Economy of Free Movement*, New York-London, 2020, p. 167 ss., il quale segnala, oltre al ruolo centrale svolto dalla Corte di giustizia con le decisioni *Sähköalojen ammattiliitto* e *RegioPost*, le (meno note) azioni sindacali e scelte normative nazionali che stanno alla base delle due controversie, richiamando l'attenzione pure sul fatto che le riforme adottate in Francia e Germania (cioè nei due principali paesi di destinazione dei *posted workers*) hanno reso economicamente meno attraente la preservazione da modifiche della disciplina europea sul distacco transnazionale.

<sup>12</sup> Contro la proposta COM (2016) 128 def. dell'8 marzo 2016, definita dopo un'accurata fase preparatoria che si è giovata della consultazione delle diverse parti interessate,

glio di emendamenti e l'effettuazione di varie correzioni rispetto al testo originario della proposta normativa, a dieci anni di distanza dal terzetto *Laval* e col precipuo scopo di provare a ricostruire l'equilibrio allora spezzato è venuta così alla luce la direttiva n. 2018/957.

### 1.1. *La rinnovata e controversa disciplina europea sul distacco transnazionale di lavoratori*

Nell'articolato quadro di modifiche apportate alla direttiva n. 96/71 dal legislatore del 2018, apprezzabile per l'irrobustimento che determina nelle capacità degli Stati membri di resistere alla concorrenza al ribasso realizzata con le prestazioni di servizi transnazionali ma comunque segnato da non trascurabili lacune e ambiguità<sup>13</sup>, un posto di primo piano è senza dubbio occupato da quel principio di parità di retribuzione a parità di lavoro svolto nello stesso luogo da lavoratori distaccati e lavoratori locali a cui la Commissione ha fin dall'inizio attribuito centrale rilievo e che, non a caso, ha superato indenne il travagliato *iter* della sua proposta. La sostituzione dell'opaco concetto di «tariffe minime salariali» adoperato dall'art. 3.1, lett. c, della direttiva n. 96/71 nell'individuazione del nocciolo duro di tutele dello Stato ospitante da assicurare ai *posted workers*, e finito al centro del ciclone

di approfonditi studi conoscitivi e dell'elaborazione di un'articolata valutazione d'impatto, è stata avviata la procedura prevista dall'art. 7.2 del protocollo n. 2 allegato al TUE con i pareri motivati inviati dalle camere parlamentari di Bulgaria, Croazia, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Ungheria, Lituania, Lettonia, Polonia, Romania e Slovacchia.

<sup>13</sup> Non potendosi dare conto in questa sede delle diverse tessere costitutive di tale quadro né delle luci e ombre che esso presenta si rinvia ai commenti in proposito di S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 907 ss., A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 133 ss., F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the Social Domain and the Revision of the Posted Workers directive*, in S. BORELLI, A. GUZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Napoli 2019, p. 79 ss., R. PIIR, *Safeguarding the posted worker. A private international law perspective*, in *Eur. Lab. Law Jour.*, 2019, p. 101 ss., M. ROCCA, *La réforme de la directive détachement*, in A. FRANKART, F. DORSEMONT, M. MORSA, E. TRAVERSA (coord.), *Le travail détaché face au droit européen. Perspectives de droit social et de droit fiscal*, Bruxelles 2019, p. 15 ss., T.A. NOVITZ, R. ANDRIJASEVIC, *Reform of the Posting of Workers Regime. An Assessment of the Practical Impact on Unfree Labour Relations*, in *Jour. Comm. Mark. Stud.*, 2020, p. 1325 ss. e S. BORELLI, *La nuova direttiva sul distacco dei lavoratori nelle intemperie del mercato interno*, in F. PEROCCO, R. CILLO (a cura di), *Posted Workers*, Venezia 2021, p. 1 ss. Sempre in tema si v. inoltre i saggi indicati nelle note 14 e 18.

col terzetto *Laval*, con quello più generoso di «retribuzione» rappresenta in effetti un vistoso ampliamento del raggio di operatività del principio di parificazione dei trattamenti tra lavoratori che eseguono il servizio alle dipendenze dell'impresa distaccante straniera e lavoratori nazionali: un principio che la direttiva n. 2018/957 (nel nuovo paragrafo 1 *bis* dell'art. 3) ripropone poi in termini decisamente più rafforzati per i casi di superamento del termine massimo introdotto alla durata del distacco (12 mesi, prorogabili sino a 18)<sup>14</sup>, con un'innovazione che incide opportunamente sul requisito prima del tutto sfuggente – in parte anche per responsabilità della Corte di giustizia, come denunciava Massimo Roccella – della temporaneità dello stesso<sup>15</sup>.

Nonostante le criticità che circondano l'effettiva attuazione del principio del pari trattamento salariale (di cui si dirà nel § 2.1.), è d'immediata intuizione l'impatto che esso può determinare sulla riduzione della concorrenza tra le imprese del mercato dei servizi europeo giocata sui differenziali nel costo del lavoro dei diversi Stati membri. Non stupisce dunque che proprio questa modifica della direttiva n. 96/71 sia finita al centro dello scontro tra Paesi (con bassi salari, prevalentemente) esportatori di servizi e Paesi (con salari più elevati, prevalentemente) importatori di servizi che, dopo aver segnato la gestazione della direttiva n. 2018/957, è riemerso all'indomani della sua approvazione, con i ricorsi presentati alla Corte di giustizia dall'Ungheria e dalla Polonia per ottenerne l'annullamento o la caducazione di alcune parti<sup>16</sup>.

Fissando l'attenzione sul primo e più articolato dei due ricorsi, in particolare, salta all'occhio come l'intervento legislativo concernente la retribuzione da corrispondere ai lavoratori distaccati stia alla base di tre dei cinque motivi d'illegittimità denunciati: ovvero del secondo motivo, imperniato sulla supposta violazione del limite fissato alle competenze dell'Unione dall'art. 153.5 TFUE, con l'esclusione (fra le altre) proprio della materia salariale; del quinto motivo, vertente in sostanza sulla lesione che arrecherebbe al principio della certezza del

<sup>14</sup> Si sofferma su entrambi questi aspetti di espansione del limitato principio di pari trattamento previsto per i lavoratori in distacco transnazionale, mettendone in evidenza i punti deboli, R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *It. Lab. Law e-Jour.*, 2019, n. 2, p. 149 ss.

<sup>15</sup> Per una critica all'indeterminatezza della durata temporanea del distacco e al fatto che «la stessa Corte di giustizia ha contribuito a rendere inafferrabile il concetto di temporaneità» v. M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto*, cit., p. 78 s. e nota 97.

<sup>16</sup> Entrambi i procedimenti sono stati conclusi con il rigetto dei ricorsi da Corte giust., 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE* e Corte giust., 8 dicembre 2020, C-626/18, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE*.

diritto l'indeterminatezza della nozione di retribuzione; e soprattutto del terzo e più critico motivo, con il quale è stata contestata la violazione della libertà di prestazione di servizi garantita dall'art. 56 TFUE in forza di numerosi argomenti, la maggioranza dei quali – in particolare quelli (che saranno in parte ripresi nel § 2.1) riguardanti la pretesa alterazione della concorrenza tra le imprese e la denunciata trasgressione sia del principio di pari trattamento che del principio di proporzionalità – incentrati appunto sulla neo-introdotta parità salariale<sup>17</sup>. Un legame indiretto con l'ampliamento delle garanzie intervenuto nella sfera retributiva è comunque riconoscibile anche nel primo motivo di ricorso, con cui è stato dedotto l'errore che si sarebbe commesso nella scelta della base giuridica della direttiva n. 2018/957, incardinando su norme volte alla rimozione degli ostacoli alla libera prestazione di servizi una disciplina diretta essenzialmente alla protezione dei lavoratori (punto sul quale si tornerà nel § 2.).

Su un altro profilo della direttiva in questione strettamente collegato alla sentenza *Laval* e ad altissimo impatto sulla fisionomia dell'Europa sociale per il rilievo dei valori in gioco verte invece il quarto motivo del ricorso ungherese, col quale (come si spiegherà nel § 2.2.) si è denunciato il contrasto con l'art. 56 TFUE e con la giurisprudenza appena richiamata della c.d. clausola di salvaguardia, introdotta nella direttiva n. 96/71 (nel nuovo paragrafo 1 *bis* dell'art. 1) per chiarire che tale fonte non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e dall'Unione come quelli di scioperare o di intraprendere azioni collettive di altra natura.

Data la delicatezza dei problemi con cui la Corte di giustizia è stata costretta a misurarsi, la decisione che ha respinto il ricorso dell'Ungheria contro la direttiva n. 2018/957, come è avvenuto nello stesso giorno e per ragioni convergenti pure per quello di iniziativa polacca<sup>18</sup>, appare un termo-

<sup>17</sup> Le restanti obiezioni avanzate col terzo motivo di ricorso chiamano invece in causa le modifiche relative ai distacchi di lunga durata e alla inclusione nel campo di applicazione della direttiva, benché condizionata all'adozione di una disciplina di adattamento specifico (nel frattempo materializzatasi con la direttiva n. 2020/1057), del settore del trasporto su strada.

<sup>18</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, *Ungheria*, e Corte giust., 8 dicembre 2020, *Polonia*, entrambe già cit. e considerate come passi avanti nel rafforzamento dell'Europa sociale da M. CORTI, *Il distacco transnazionale di lavoratori nell'UE: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 67 ss., mentre opposta è la valutazione datane da E. GRAGNOLI, *Distacco transfrontaliero, lo spirito e il campo di applicazione della legislazione dell'UE*, *ivi*, p. 84 ss.; in posizione intermedia pare F. BANO, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, *ivi*, p. 17 s.

metro privilegiato per misurare l'attuale *status* dei diritti sociali di fronte ai vincoli d'integrazione negativa del mercato unico europeo. A rilevare a tal fine, al di là dell'importante risultato della convalida giurisprudenziale delle scelte effettuate dal legislatore dell'Unione nella revisione della direttiva n. 96/71, sono le motivazioni che hanno guidato la Corte nella sua pronuncia.

Prima di addentrarsi nell'analisi dei passaggi più significativi di quest'ultima, vale però la pena soffermarsi sulla contrapposizione fra Stati esportatori e Stati importatori di servizi e dei lavoratori distaccati che li eseguono da cui la sentenza è chiaramente attraversata, per osservare come tale dinamica non debba comunque essere enfatizzata oltre misura a fronte di una realtà caratterizzata da complesse strategie aziendali volte alla riduzione del costo del lavoro che implicano la frammentazione del ciclo produttivo tra società stabilite in diversi Paesi, oltre che l'ampio ricorso al *subcontracting*, anche sotto la regia di imprese stabilite nei Paesi (della vecchia Europa) non di partenza ma di destinazione dei *posted workers*<sup>19</sup>. Sarebbe infatti ingenuo, nella lettura della disciplina europea sul distacco transnazionale di lavoratori, ignorare del tutto «l'inversione funzionale del principio del Paese d'origine» ivi parzialmente accolto (seppur temperato dall'opposto principio che consente l'applicazione di un nocciolo duro di regole del Paese di accoglienza dei lavoratori) il quale, valorizzato nell'Unione post-allargamento come motore per lo sviluppo economico degli Stati membri *new-comers*, popolati da imprese distaccanti, non di rado ha finito invece per trasformarsi in uno strumento di incremento dei profitti per le imprese dei vecchi Stati membri ospitanti<sup>20</sup>.

## 2. *Lavoratori distaccati e libera prestazione dei servizi «su base equa» all'indomani del salvataggio della direttiva n. 2018/957*

Nella sentenza *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio* la Corte di giustizia deve affrontare in primo luogo un problema sistematico, relativo alla definizione della cornice entro cui va iscritta la revisione realizzata con la direttiva n. 2018/957, che si era già presentato

<sup>19</sup> Richiamano l'attenzione su questo fenomeno non lineare ma diffuso e riconoscibile anche in diverse controversie relative al distacco transnazionale di lavoratori affrontate dalla Corte di giustizia S. BORELLI, *La nuova direttiva sul distacco*, cit., p. 4 s., G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 558 e A. LO FARO, *Posting from a Letterbox*, cit., § 1.

<sup>20</sup> In questi termini A. LO FARO, *Posting from a Letterbox*, cit., § 1.

durante l'*iter* preparatorio della stessa. Il Parlamento europeo aveva infatti proposto di evidenziare l'obiettivo di rafforzamento della protezione dei lavoratori perseguito dall'intervento legislativo allargandone la base giuridica in modo tale da includervi, accanto agli artt. 53 e 62 TFUE (corrispondenti ai precedenti artt. 57 e 66 TCE) già posti a fondamento della direttiva n. 96/71 e di schietta promozione delle libertà economiche, anche norme di apertura a miglioramenti nella sfera sociale quali l'art. 153.1 (lett. *a e b*) e l'art. 153.2 TFUE; la Commissione aveva però respinto tale sollecitazione, preferendo replicare la scelta compiuta a suo tempo dalla direttiva oggetto di modifica: sorgeva così la preoccupazione che la mancata considerazione della dimensione sociale nelle radici giuridiche della disciplina avrebbe rischiato di spingere la Corte di giustizia a compierne interpretazioni d'ispirazione mercato-centrica<sup>21</sup>.

Sollecitati dal ricorso ungherese a prendere posizione sulle basi giuridiche della direttiva n. 2018/957, i giudici di Lussemburgo escludono la pertinenza nel caso di specie di un riferimento all'art. 153 TFUE ma – assecondando finalmente le sollecitazioni a non lasciar priva di peso la c.d. clausola sociale orizzontale introdotta a Lisbona nel diritto primario dell'Unione<sup>22</sup> – procedono ad un'insolita e marcata valorizzazione dell'art. 9 TFUE che, seppure menzionato (insieme all'art. 3 TUE) nel *considerando* 3 della stessa, non aveva ricevuto invece alcuna attenzione da parte dell'Avvocato generale<sup>23</sup>. La Corte sottolinea come il legislatore europeo, a fronte di una normativa preesistente bisognosa di adeguamenti, non possa sottrarsi al compito «di vigilare sulla tutela degli interessi generali riconosciuti dal Trattato FUE e di prendere in considerazione gli obiettivi trasversali dell'Unione sanciti dall'articolo 9 di tale trattato, tra i quali figurano le esigenze connesse alla promozione di un elevato livello di occupazione nonché la garanzia di un'adeguata protezione sociale»<sup>24</sup>. Convalidando l'opzione a esclusivo favore degli artt. 53.1 e 62 TFUE effettuata dalla direttiva n. 2018/957, la Corte spiega quindi

<sup>21</sup> Preoccupazioni in tal senso sono state espresse da F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition*, cit., p. 93 e da R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers*, cit., p. 167.

<sup>22</sup> V. ad esempio, nella dottrina nazionale, A. ALAIMO, *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, p. 260 ss. e M.D. FERRARA, *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, *ivi*, p. 295 ss.

<sup>23</sup> Silenti sono infatti sul punto le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nella causa C-620/18 il 28 maggio 2020.

<sup>24</sup> Così Corte giust., 8 dicembre 2020, *Ungheria*, cit., punto 41, ripreso poi al punto 46.

che le misure di coordinamento adottate su tali basi «devono non soltanto avere l'obiettivo di facilitare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi, ma anche di garantire, eventualmente, la tutela di altri interessi fondamentali che tale libertà può pregiudicare»<sup>25</sup>.

Allargato così l'orizzonte valoriale entro cui si colloca la revisione della direttiva n. 96/71, la Corte arriva quindi ad affermare che la direttiva n. 2018/957 mira a «garantire la libera prestazione dei servizi su base equa, vale a dire in un quadro normativo che garantisca una concorrenza che non sia fondata sull'applicazione, in uno stesso Stato membro, di condizioni di lavoro e di occupazione di livello sostanzialmente diverso a seconda che il datore di lavoro sia o no stabilito in tale Stato membro, offrendo [...] ai lavoratori distaccati» quella maggiore tutela che, come risulta dal *considerando* 10 della direttiva impugnata, costituisce appunto il mezzo per «salvaguardare la libera prestazione dei servizi su base equa»<sup>26</sup>.

L'equità che deve necessariamente accompagnare l'esercizio della libertà di prestazione dei servizi nel mercato unico europeo, menzionata dalla direttiva n. 2018/957 solo nel *considerando* appena ricordato e non particolarmente ribadita nelle conclusioni dell'Avvocato generale, diventa invero la stella polare che guida la Corte di giustizia nella sentenza *Ungheria contro Parlamento e Consiglio*, come dimostrano i ripetuti richiami a tale concetto che si ritrovano al suo interno (per ben quindici volte). La circostanza che la revisione della disciplina sul distacco transnazionale di lavoratori trovi fondamento giuridico solo sugli artt. 53.1 e 62 TFUE assume una valenza evidentemente diversa una volta fornito l'originale chiarimento sul modo in cui dev'essere realizzata la libera prestazione dei servizi garantita alle imprese dei diversi Stati membri. È inoltre importante sottolineare come, in linea con il *considerando* 10 della direttiva impugnata<sup>27</sup> e sviluppandone al massimo le implicazioni, l'equità prescritta dalla

<sup>25</sup> Corte giust., *Ungheria*, cit., punto 48, ribadito poi al punto 105.

<sup>26</sup> Ancora Corte giust., *Ungheria*, cit., punto 51, ma poi anche punti 107 e 126. La valorizzazione dell'art. 9 TFUE effettuata dalla Corte è apprezzata da M. CORTI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 68 e soprattutto da G. ORLANDINI, *Enforcing EU law via collective action*, in Z. RASNAČA, A. KOUKIADAKI, N. BRUUN, K. LÖRCHER (eds.), *Effective Enforcement of EU Labour Law*, forthcoming, che enfatizza la reinterpretazione delle regole del Trattato sulle libertà economiche compiuta alla luce di tale norma, sostenendo che «the social aim of the protection of workers is thus assumed as co-essential to the market freedoms on which the internal market is based, and not as a mere "external" limit that may be invoked by the Member States in defense of public interests protected by their national systems».

<sup>27</sup> Ai sensi del quale «È necessario garantire una maggiore protezione dei lavo-



Corte di giustizia comporta certo l'eliminazione delle pratiche abusive (contro le quali la revisione legislativa del 2018 introduce infatti misure ulteriori rispetto a quelle già previste dalla direttiva *enforcement*) ma non si esaurisce qui, chiamando in causa primariamente la riduzione della concorrenza giocata sui differenziali nazionali nel costo del lavoro, come si chiarirà meglio fra breve (nel § 2.1).

### 2.1. *Il riaffermato ma problematico principio di parità retributiva*

Guardando più da vicino a quel principio di parità di retribuzione a parità di lavoro svolto da lavoratori locali e lavoratori distaccati contro cui si "accanisce" l'Ungheria nel ricorso presentato alla Corte di giustizia, sembra utile ricordare il punto di partenza del percorso evolutivo, ovvero il concetto di «tariffe minime salariali» adoperato dalla direttiva n. 96/71 (all'art. 3.1, lett. c) nel delineare il corredo protettivo minimo del lavoratore distaccato, rinviandone la definizione agli Stati membri ospitanti (all'art. 3.1, comma 2), con le sole precisazioni che rientrano nel nucleo retributivo assicurato ai *posted workers* le maggiorazioni per lavoro straordinario, al contrario delle contribuzioni versate ai regimi pensionistici integrativi di categoria, e (ai sensi dell'art. 3.7, comma 2) anche le indennità specifiche per il distacco, purché non versate a titolo di rimborso delle spese – come quelle di viaggio, vitto e alloggio – sostenute dal lavoratore a causa del temporaneo invio all'estero.

Intorno a quest'originaria disciplina si addensavano consistenti dubbi interpretativi e travagli applicativi. Date le divergenze esistenti fra le strutture retributive dei diversi Stati membri, il necessario raffronto tra la tariffa salariale minima applicata nel Paese ospitante e quanto versato ai lavoratori distaccati dalle imprese stabilite nel loro Paese d'origine non risultava affatto agevole. Più volte la Corte di giustizia era stata chiamata a fornire chiarimenti in proposito, fino a quando con il terzetto *Laval* la garanzia del salario minimo è stata declinata nei termini più modesti concepibili – come riferibile cioè in sostanza solo a un minimo salariale di generale applicazione a livello nazionale – e al tempo stesso presentata quale *standard* pressoché insuscettibile di variazioni *in melius*<sup>28</sup>.

ratori per salvaguardare la libera prestazione dei servizi su base equa, sia a breve che a lungo termine, in particolare evitando l'abuso dei diritti garantiti dai trattati».

<sup>28</sup> Con riguardo all'ultima sentenza del terzetto, ovvero Corte giust., 19 giugno

In simile contesto, per frenare la spirale di *race to the bottom* sollecitata da queste interpretazioni, la direttiva n. 2018/957 ha sostituito il riferimento alle «tariffe minime salariali» col più ampio concetto di «retribuzione», richiedendo così che ai lavoratori stranieri distaccati siano assicurati (come spiega l'art. 3.1, nuovo comma 3) «tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative» oppure «da contratti collettivi [...] di applicazione generale» dello Stato ospitante o a essi assimilabili ai sensi dell'art. 3.8. Di tali elementi retributivi la versione modificata della direttiva n. 96/71 (all'art. 3.1, nuovi commi 4, 5 e 6) ha imposto agli Stati membri di dare pubblicità, come per tutte le condizioni di lavoro che le imprese distaccanti sono tenute a garantire ai *posted workers*, tramite il sito *web* ufficiale istituito a livello nazionale ai sensi della direttiva *enforcement*, apportando integrazioni che rafforzano sul piano sia contenutistico che sanzionatorio gli obblighi di trasparenza ivi stabiliti. Per reagire poi alle diffuse prassi fraudolente compiute dalle imprese nel calcolo della retribuzione corrisposta ai lavoratori distaccati, la direttiva modificata ha stabilito a tutela di questi ultimi (nel nuovo comma 3 dell'art. 3.7) una sorta di presunzione che prevede l'imputazione a titolo di rimborso spese delle indennità specifiche per il distacco erogate dai datori di lavoro ogniqualvolta non ne risulti specificamente chiarita la natura retributiva<sup>29</sup>.

2008, *Commissione c. Lussemburgo*, cit., Massimo Roccella osservava sconcolato come neppure «un obbligo di indiscutibile, essenziale rilievo, come quello di rispettare un sistema di indicizzazione applicabile all'intera scala delle retribuzioni» sia stato ritenuto estensibile ai prestatori di servizi stranieri in forza dell'art. 3.10 della direttiva n. 96/71, cioè per le ragioni di ordine pubblico cui tale obbligo sarebbe riconducibile per la sua idoneità a proteggere i lavoratori dagli effetti dell'inflazione e a garantire in tal modo la pace sociale: così M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto*, cit., p. 77. Per un approfondimento sull'art. 3.10 v. C. CORDELLA, *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*, Torino 2020, p. 91 ss.

<sup>29</sup> Da questi rimborsi delle spese di viaggio, vitto e alloggio affrontate dai lavoratori distaccati vanno distinti le indennità e i rimborsi inclusi nell'elenco di materie dell'art. 3.1 della direttiva n. 96/71 – e quindi nel nocciolo duro protettivo coperto dal principio di parità di trattamento – dalla nuova lett. *i*, i quali (come spiega il nuovo comma 2 dell'art. 3.1) riguardano le spese sostenute dai lavoratori distaccati quando sia chiesto loro di viaggiare a partire dal luogo di lavoro abituale nello Stato ospitante oppure di recarsi temporaneamente da tale abituale luogo di lavoro in un'altra sede. Tale distinzione è ribadita dalla sentenza *Ungheria contro Parlamento e Consiglio* quando chiarisce (al punto 134) che i rimborsi delle spese legate ordinariamente al distacco di cui all'art. 3.7, diversamente da quelli delle spese sostenute dal lavoratore distaccato durante le sue missioni contemplate dall'art. 3.1,

Nell'insieme di opportuni interventi dedicati al tema salariale dalla revisione legislativa del 2018, spetta evidentemente al riferimento alla «retribuzione» inserito nell'art. 3.1, lett. c, della direttiva n. 96/71 il merito di avere escluso che possa essere ricondotto alla garanzia ivi prevista per i *posted workers* solo il salario minimo in senso assoluto, cioè quantificato in modo univoco sul livello più basso previsto dalle fonti dello Stato ove sono eseguiti i servizi transnazionali. Il passaggio all'attuale e più ampia nozione di «retribuzione», del resto, era stato incoraggiato dalla Corte di giustizia con la già ricordata sentenza *Sähköalojen ammattiliitto*<sup>30</sup> la quale, riportando un po' di aria fresca nella pesante atmosfera creata da *Laval, Ruffert e Commissione contro Lussemburgo*, aveva legittimato la determinazione del salario dovuto ai lavoratori distaccati alla luce dell'inquadramento dei dipendenti in gruppi diversi, previsti dal contratto collettivo per tenere conto di parametri come la loro qualifica, formazione ed esperienza, e tramite un calcolo effettuabile su base oraria oppure secondo il regime per loro economicamente più vantaggioso del cottimo, ricomprendendo inoltre nelle tariffe minime da imporre alle imprese straniere distaccanti ulteriori voci funzionali alla tutela sociale dei lavoratori quali la gratifica per ferie, un'indennità giornaliera compensativa dei disagi e un'indennità di tragitto quotidiano.

A questo significativo precedente giurisprudenziale fa espresso riferimento la sentenza *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio* nell'illustrare i motivi che hanno spinto il legislatore dell'Unione alla ragionevole scelta di sostituire l'originario concetto di «tariffe minime salariali»: ricordando come dalla valutazione d'impatto effettuata in preparazione della direttiva n. 2018/957 fosse emerso, da un lato, un notevole e inaccettabile scostamento tra l'interpretazione estensiva data a tale nozione in *Sähköalojen ammattiliitto* e le prassi retributive seguite dalle imprese distaccanti nell'ambito delle prestazioni transnazionali di servizi; dall'altro, l'esistenza di «differenze rilevanti di retribuzione, in diversi Stati membri ospitanti, tra i lavoratori impiegati da imprese stabilite in tali Stati membri e i lavoratori che vi erano distaccati»<sup>31</sup>.

lett. i, restano regolate dalla disciplina del Paese di origine e non formano oggetto di alcun obbligo per le imprese distaccanti (contrariamente a quanto sosteneva la Confederazione europea dei sindacati alla luce del riformulato art. 3.7, comma 2, provando ad attribuirvi una portata innovativa anziché solo chiarificatrice).

<sup>30</sup> Corte giust., 12 febbraio 2015, *Sähköalojen ammattiliitto*, cit.

<sup>31</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, *Ungheria*, cit., punti 143-146 (da quest'ultimo è tratta la citazione).

La Corte di giustizia spiega che proprio per contrastare questi incongrui sviluppi generatisi col tempo nell'applicazione della direttiva n. 96/71 (complici il progressivo allargamento dell'Unione e la crisi economica scoppiata nel 2008) è stata introdotta nell'art. 3.1, lett. c, la modifica volta ad assicurare ai lavoratori distaccati «il beneficio di tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori nello Stato membro ospitante»<sup>32</sup>, superando la strutturale divergenza delle regole salariali loro applicabili e riducendo così le distanze nel costo del lavoro sostenuto dalle imprese distaccanti straniere rispetto a quelle locali. Simile correzione, secondo la Corte, è necessaria per garantire che la libera prestazione dei servizi nel mercato unico europeo si realizzi in modo equo, ovvero (per completare il discorso già svolto in proposito) «nell'ambito di una concorrenza che non dipende da differenze eccessive nelle condizioni di lavoro e di occupazione applicate, in uno stesso Stato membro, alle imprese di diversi Stati membri»<sup>33</sup>.

Viene comunque precisato che il «riequilibrio dei fattori in relazione ai quali le imprese stabilite nei diversi Stati membri possono» competere, operato in sede di revisione della direttiva n. 96/71, non elimina «l'eventuale vantaggio concorrenziale di cui avrebbero beneficiato i prestatori di servizi di taluni Stati membri» e, in ultima analisi, «qualsiasi concorrenza fondata sui costi», dal momento che non incide su costi delle imprese distaccanti diversi da quelli legati alle condizioni di lavoro elencate nell'art. 3.1: come conferma anche il *considerando* 16 della direttiva n. 2018/957 il quale, incentivando le imprese a competere sulla base di fattori quali (fra l'altro) la produttività e l'efficienza, evidenzia elementi che comportano certamente differenze di costi<sup>34</sup>. Per queste ragioni vengono ritenute infondate le censure ungheresi secondo cui il nuovo riferimento normativo alla «retribuzione» comprometterebbe la libertà di prestazione dei servizi, da un canto, provocando una distorsione della concorrenza tra imprese e, dall'altro, violando il principio di proporzionalità.

Di fronte a questo rilevante snodo della pronuncia di convalida della direttiva n. 2018/957, e volendo sintetizzarne la complessiva portata, si è parlato senza mezzi termini di «sterilizzazione del costo del lavoro quale fattore competitivo delle imprese nel distacco comunitario»<sup>35</sup>: con un'affermazione “ad effetto” ma concettualmente

<sup>32</sup> Corte giust., *Ungheria*, cit., punto 123.

<sup>33</sup> Corte giust., *Ungheria*, cit., punto 127.

<sup>34</sup> Ancora Corte giust., *Ungheria*, cit., punto 128.

<sup>35</sup> Così G. CAROSIELLI, *La sterilizzazione del costo del lavoro quale fattore*

forzata, dato che trascura di considerare l'incidenza sul costo del lavoro complessivo dei connessi oneri previdenziali e i marcati vantaggi economici che le imprese distaccanti traggono in materia dall'applicazione della disciplina del Paese d'origine, secondo quanto previsto dal regolamento n. 883/2004 sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale<sup>36</sup>. Al di là della forzatura, ad ogni modo, è indubbio che nella sua sentenza la Corte di giustizia rimarca e avalla convintamente la scelta della direttiva n. 2018/957 di limitare la concorrenza basata sui differenziali nazionali del costo del lavoro, anziché sui più virtuosi fattori menzionati nel *considerando* 16 della stessa<sup>37</sup>.

La conferma così ricevuta dal nuovo concetto di «retribuzione», considerata l'interferenza delle regole sul distacco transnazionale di lavoratori con quelle sugli appalti pubblici risultante dalla giurisprudenza e pure dalla legislazione dell'Unione (soprattutto dopo la riscrittura della disciplina sugli appalti pubblici effettuata dalla direttiva n. 2014/24), assume rilievo anche per le conseguenze che la modifica apportata all'interno dell'art. 3.1, lett. c, della direttiva n. 96/71 è destinata a proiettare sui margini di ammissibilità unieuropea delle condizioni di trattamento economico dei dipendenti imposte dagli Stati membri alle imprese concorrenti all'aggiudicazione di appalti pubblici. L'insistenza sul livello minimo del salario da garantire ai lavoratori impiegati per l'esecuzione di simili appalti o subappalti che ricorre nella giurisprudenza della Corte di giustizia sulle clausole sociali di equo trattamento – non solo nella criticatissima sentenza *Rüffert* ma anche nella successiva, e per qualche verso correttiva, sentenza *RegioPost*<sup>38</sup> – non potrà infatti essere più ribadita dopo l'a-

*competitivo delle imprese nel distacco comunitario*, in *Boll. ADAPT*, 21 dicembre 2020, n. 47.

<sup>36</sup> In proposito, anche sul tentativo di revisione di tale regolamento andato poi malauguratamente a vuoto, v. M. MORSA, *La révision du cadre légal européen du détachement des travailleurs et la coordination des systèmes de sécurité sociale: état des lieux*, in A. FRANKART, F. DORSEMONT, M. MORSA, E. TRAVERSA (coord.), *Le travail détaché face au droit européen. Perspectives de droit social et de droit fiscal*, Bruxelles 2019, p. 103 ss. Richiama l'attenzione sul «social security dumping», a volte «operato godendo della complicità, persino sfacciata, dei Paesi d'origine» M. PALLINI, *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*, in *Var. temi dir. lav.*, 2021, p. 114 s.

<sup>37</sup> Secondo tale *considerando* «In un mercato interno veramente integrato e competitivo le imprese competono sulla base di fattori quali la produttività, l'efficienza, e il livello d'istruzione e di competenza della forza lavoro, nonché la qualità dei loro beni e servizi nonché il grado di innovazione degli stessi».

<sup>38</sup> Corte giust., 17 novembre 2015, *RegioPost*, cit., che pone degli argini alla più volte richiamata Corte giust., 3 aprile 2008, *Rüffert*.

pertura legislativa verso un concetto non riduttivo della retribuzione dovuta ai lavoratori dalle imprese distaccanti straniere<sup>39</sup>. Vi sono tuttavia elementi che rischiano di compromettere sia la correzione in senso espansivo della giurisprudenza sulle clausole sociali negli appalti pubblici che, a monte, l'effettività dello stesso principio di parità retributiva a parità di lavoro introdotto dalla direttiva n. 2018/957 a beneficio dei *posted workers*<sup>40</sup>.

Nel rimettere agli Stati membri la determinazione del salario spettante ai lavoratori distaccati nell'ambito di prestazioni di servizi transnazionali, la direttiva n. 96/71 (all'art. 3.1) chiama infatti in causa, oltre alla fonte legislativa, quei «contratti collettivi [...] dichiarati di applicazione generale» che, in virtù della loro uniforme osservanza da parte delle imprese nazionali, sono in grado di assicurare la parità di trattamento fra queste ultime e le imprese straniere imposta dall'art. 56 TFUE. Questo rinvio alla fonte contrattual-collettiva, che la revisione del 2018 ha reso valevole non più solo limitatamente al settore edilizio (come avveniva invece in origine, con una scelta incentrata sull'area a più alta densità di lavoro reso in regime di distacco transnazionale), è ampliato (oltre che precisato, dall'art. 3.8)<sup>41</sup> per tenere conto degli Stati in cui manca un sistema volto ad attribuire efficacia generalizzata alla contrattazione collettiva, prevedendosi in tali situazioni il possibile ricorso a contratti collettivi «in genere applicabili a tutte le imprese simili» nel settore o area

<sup>39</sup> In senso analogo, ancora nelle more dell'adozione della direttiva n. 2018/957, C. BARNARD, *Fair's Fair: Public Procurement, Posting and Pay*, in A. SÁNCHEZ GRALLS (ed.), *Smart Public Procurement and Labour Standards. Pushing the Discussion after RegioPost*, Oxford-Portland (Oregon) 2018, p. 210 s. A simile conclusione giunge anche M. NOVELLA, *I salari negli appalti pubblici*, in questo volume, § 4, che evidenzia l'«attuale vento favorevole alla considerazione delle esigenze di carattere sociale» negli appalti pubblici, e più in particolare alla «legittimità di clausole sociali di equo trattamento che procedano oltre la tutela dei minimi retributivi», ricavabile sia dalla risposta della Corte di giustizia ai due ricorsi contro la direttiva n. 2018/957 che dall'art. 9 della proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'Unione europea della quale si dirà fra breve.

<sup>40</sup> Dubbi sull'effettività di tale principio sono sollevati da tutti gli autori citati nelle note 13 e 14.

<sup>41</sup> L'art. 3.8, comma 1, spiega infatti che per contratti collettivi di applicazione generale «si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate». Sulla questione di stabilire se un contratto collettivo sia stato dichiarato di applicazione generale, da valutare con riferimento al diritto nazionale, ha fornito di recente chiarimenti Corte giust., 1 dicembre 2020, C-815/18, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*.

professionale interessata e/o conclusi dalle organizzazioni collettive «più rappresentative sul piano nazionale e [...] applicati in tutto il territorio nazionale», cioè a contratti collettivi efficaci *erga omnes* in via di fatto. L'alternativa così delineata, benché resa percorribile dalla direttiva n. 2018/957 – con un'opportuna reazione alle strettoie emerse, con riguardo al sistema tedesco, in *Rüffert* – anche nelle situazioni in cui un sistema di attribuzione di efficacia generale ai contratti collettivi esista ma non venga utilizzato<sup>42</sup>, non risulta però risolutiva data la necessità degli Stati che se ne avvalgono di fornire l'assai complicata prova dell'applicazione generalizzata, in concreto, delle fonti collettive destinate a fissare gli *standard* di trattamento economico (ma invero non solo economico, venendo in rilievo l'intero nucleo di tutele inderogabili definito dall'art. 3.1) dovuto ai lavoratori distaccati.

A questo problema, che finisce per lasciare incerta la determinazione della retribuzione e quindi inattuabile la garanzia stabilita in proposito dalla direttiva n. 96/71 per Paesi con sistemi di relazioni industriali scarsamente istituzionalizzati come l'Italia<sup>43</sup>, si aggiungono le criticità ovunque poste dai contratti collettivi di livello decentrato per il rispetto sia della parità di trattamento salariale fra lavoratori distaccati e lavoratori locali che (in presenza di deroghe ai parametri retributivi fissati dai contratti nazionali) del principio di non discriminazione tra imprese distaccanti straniere e imprese stabilite nello Stato di distacco: criticità non trascurabili considerata l'accresciuta tendenza al decentramento dei sistemi contrattuali da tempo in atto nel vecchio continente, in linea peraltro con le sollecitazioni provenienti dalle istituzioni dell'Unione nell'ambito della *governance* economica europea<sup>44</sup>.

Forse anche nella consapevolezza degli ostacoli che minano l'attuazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori locali

<sup>42</sup> Evidente è il nesso col discusso precedente giurisprudenziale e con l'ordinamento tedesco della modifica che, nell'art. 3.8, comma 2, apre la praticabilità della via alternativa non più solo «in mancanza» ma anche «a complemento» di un sistema di dichiarazione di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi.

<sup>43</sup> Lo spiega bene G. ORLANDINI, *Il dumping salariale nell'Unione europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Napoli 2019, p. 112 ss., con un giudizio che resta confermato anche dopo le migliorie apportate nel nostro Paese in sede di recepimento della direttiva n. 2018/957: v. G. ORLANDINI, *Il distacco transnazionale dopo il d. lgs. 22/2020*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 749 ss.

<sup>44</sup> Sul punto, tra gli altri, S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro*, cit., p. 924.

e lavoratori distaccati su cui la direttiva n. 2018/957 ha puntato per contrastare il *dumping* salariale scatenato dalla circolazione intra-europea dei servizi, quest'obiettivo è stato assorbito all'interno dell'ambizioso disegno normativo messo in campo dalla Commissione von der Leyen – in linea con l'impegno assunto nel 2017 dal Pilastro europeo dei diritti sociali – presentando una proposta di direttiva per la garanzia di salari minimi adeguati nell'Unione europea<sup>45</sup>: la quale, nonostante le opposizioni incontrate su più fronti e i non trascurabili problemi giuridici coi quali è costretta a misurarsi (a partire da quello posto dall'art. 153.5 TFUE con l'esclusione della retribuzione dalla sfera di competenze unieuropee), sta proseguendo con risolutezza il suo cammino (vi si tornerà quindi brevemente nel § 3).

## 2.2. L'incerta salvaguardia dello sciopero e delle altre azioni collettive

Nel ricorso presentato contro la direttiva n. 2018/957 l'Ungheria, diversamente dalla Polonia, attacca anche la previsione inserita nell'articolo di apertura della direttiva n. 96/71 (nel nuovo paragrafo 1 *bis*), in forza della quale essa «non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione, compresi il diritto o la libertà di sciopero o il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali». Questa clausola di salvaguardia dello sciopero, detta anche clausola Monti con riferimento alla prima fonte comunitaria contenente una disposizione del genere<sup>46</sup>, replica quella già introdotta – con formulazione pressoché identica e in particolare col richiamo finale al rispetto delle sole re-

<sup>45</sup> COM (2020) 682 *final* del 28 ottobre 2020, che ha subito polarizzato l'attenzione della dottrina europea, come dimostrano anche i numerosi contributi dedicati all'argomento in questo volume. Nella relazione di accompagnamento alla proposta, riconosciuto che la riduzione dei mercati divari retributivi esistenti fra gli Stati membri dell'Unione costituisce un passaggio essenziale per contenere la concorrenza al ribasso nel mercato interno dei servizi, si dichiara necessaria a tal fine un'azione politica a livello europeo, in assenza della quale «i singoli Paesi possono essere poco inclini a migliorare le loro modalità di determinazione dei salari minimi a causa della percezione che ciò potrebbe incidere negativamente sulla loro competitività esterna di costo» (così a p. 7).

<sup>46</sup> Il regolamento n. 2679/1998, c.d. Monti, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci.



gole degli Stati membri, anziché anche di quelle dell'Unione<sup>47</sup> – nella direttiva di *enforcement* della disciplina sul distacco transnazionale n. 2014/67 (all'art. 1.2), dopo che era andato in fumo il tentativo di rispondere ai gravi problemi posti al conflitto collettivo dalle sentenze *Viking* e *Laval* su più larga scala, tramite l'adozione del c.d. regolamento Monti II<sup>48</sup>.

Nell'ambito della rinnovata direttiva n. 96/71 tale clausola ribadisce e rafforza quanto già affermato dal *considerando* 22 della versione originaria della stessa, con una dichiarazione di non interferenza col «diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria» che è stata completamente ignorata dalla Corte di giustizia in *Laval*. Com'è noto, infatti, in questo assai criticato precedente la Corte, riconosciuta per la prima volta alla norma del Trattato che presidia la libera prestazione dei servizi (ora art. 56 TFUE) un'efficacia diretta capace di esplicarsi anche in senso orizzontale, e quindi nei rapporti inter-privati tra l'impresa straniera distaccante e l'organizzazione sindacale del Paese ospitante promotrice delle azioni di lotta a tutela dei lavoratori distaccati, ha considerato illegittima la restrizione a tale libertà provocata dal conflitto collettivo negandone la giustificabilità alla luce del fatto che gli scopi con esso perseguiti eccedevano i parametri di protezione stabiliti dalla direttiva n. 96/71: la quale dunque non è rimasta affatto estranea alle mutilazioni inferte allo sciopero dai giudici di Lussemburgo. È stato così instaurato «un controllo giudiziale sulle condizioni di legittimità delle azioni collettive [...] tanto più discutibile perché avviene non in nome della tutela di beni essenziali della persona o della stabilità del sistema democratico [...] bensì in nome delle libertà economiche»: con la «conseguenza [...] che il bilanciamento tra queste libertà e i diritti di azione collettiva avviene in modo squilibrato», assolutizzando le prime a tutto svantaggio dei secondi<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Il rispetto di queste ultime è invece previsto dalla direttiva n. 2006/123 sui servizi nel mercato interno (all'art. 1.7), che configura quindi in termini più deboli la clausola Monti.

<sup>48</sup> La proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi COM (2012) 130 def. del 21 marzo 2012 era stata bloccata in virtù del primo utilizzo, per iniziativa dei Parlamenti di diversi Stati membri, della già richiamata *yellow card procedure*.

<sup>49</sup> Così M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova 2009, p. 437.

L'esigenza di sottrarre le azioni collettive a simile bilanciamento e a un vaglio di proporzionalità che ne decreta in partenza lo stato di minorità è stata evidenziata da un folto schieramento dottrinale, anche facendo leva sulla intollerabile distanza che separa l'approccio allo sciopero della Corte di giustizia, entro un ordinamento che con l'art. 28 CDFUE ne ha riconosciuto il rango di diritto fondamentale, dalle letture più aperte da esso ricevute sulla base delle fonti internazionali, in particolare da parte degli organi che presidiano la CEDU (richiamata agli artt. 6 TUE e 52.3 CDFUE e destinata a vincolare le istituzioni dell'Unione), la Carta sociale europea (di cui rileva l'art. 6.4) e pure le pertinenti convenzioni dell'OIL<sup>50</sup>.

Un appiglio normativo per il ripensamento della c.d. dottrina *Laval* e per l'immunizzazione del conflitto collettivo dalla sindacabilità alla luce delle libertà economiche è stato quindi offerto alla Corte con le clausole Monti inserite nelle due recenti discipline dell'Unione sul distacco transnazionale di lavoratori; nella direttiva n. 2014/67, del resto, sembra spingere indirettamente nella stessa direzione anche l'obbligo imposto all'impresa straniera distaccante (*ex art. 9.1, lett. f*) di designare una «persona di contatto» abilitata a negoziare coi sindacati dello Stato ospitante, ai quali viene così implicitamente riconosciuto il diritto di contrattare e di promuovere azioni di lotta nell'interesse dei lavoratori distaccati<sup>51</sup>.

Contro la protezione dello sciopero attraverso la logica immunitaria fatta propria dal nuovo art. 1.1 *bis* della direttiva n. 96/71 si scaglia l'Ungheria nel ricorso presentato alla Corte di giustizia, denunciando la violazione dell'art. 56 TFUE che sarebbe realizzata da una clausola di salvaguardia capace di sottrarre le azioni collettive al confronto con la libertà di prestazione dei servizi assicurata da tale norma e perciò di ostacolarne l'effettiva attuazione. La Corte

<sup>50</sup> Tra i tanti in questo senso v. A. BOGG, *Viking and Laval: The International Labour Law Perspective*, in M. FREEDLAND, J. PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford-Portland (Oregon, 2014), p. 41 ss. e, anche per ulteriori rinvii bibliografici, non potendosi qui dedicare al tema l'approfondimento che meriterebbe, M.V. BALLESTRERO, *Commento all'art. 28*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2017, p. 547 ss. e F. DORSSEMONT, M. ROCCA, *Article 28 - Right of Collective Bargaining and Action*, in K. LÖRCHER, F. DORSSEMONT, S. CLAUWAERT, M. SCHMITT (eds.), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford 2019, p. 465 ss.

<sup>51</sup> Come aveva prontamente rilevato S. GIUBBONI, *Libertà economiche e diritto del lavoro, oggi*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 509.

viene così posta di fronte all'alternativa di confermare tale interpretazione, annullando la disposizione introdotta dalla direttiva n. 2018/957, oppure di smentirla, escludendo che detta clausola ponga il conflitto collettivo al riparo dallo scrutinio imperniato sull'art. 56 TFUE e quindi rischiando di fatto di neutralizzarne gli effetti: la coerenza della clausola controversa col precedente *Laval* si può infatti «salvare lasciando esposte ai limiti deducibili direttamente dall'art. 56 TFUE le azioni sindacali volte a garantire standard di tutela superiori a quelli previsti dalla direttiva n. 96/71 [...], in quanto non rientranti nello stretto ambito di applicazione di quest'ultima»<sup>52</sup>.

Abbracciando la seconda opzione, la sentenza *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio* non si addentra in spiegazioni ma si limita a chiarire come la nuova disposizione implichi che «l'esercizio dei diritti d'azione collettiva dei lavoratori, nel contesto di un distacco [...], debba essere valutato alla luce del diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte»<sup>53</sup>. Nella sua motivazione estremamente asciutta la decisione non menziona l'art. 28 CDFUE, diversamente da quanto fatto dall'Avvocato generale, ma evita anche di riprendere l'idea sostenuta da quest'ultimo che la «direttiva 2018/957 non introduce alcuna novità nella direttiva 96/71 con riguardo alle azioni collettive»<sup>54</sup> e, quindi, di negare apertamente il segnale di rafforzamento del già citato *considerando 22* mandato con il *restyling* legislativo della fonte originaria.

Se il confronto dello sciopero con i principi fondamentali del mercato interno resta ineludibile, come pare dire la Corte di giustizia, una presa di distanze dalla dottrina *Laval* potrebbe comunque realizzarsi rivedendo la sua giurisprudenza sotto altri profili: in particolare, com'è stato già suggerito, rimettendo in discussione il riconoscimento dell'efficacia diretta in senso orizzontale dell'art. 56 TFUE che conduce ad assimilare impropriamente all'esercizio dei poteri pubblici l'attività di organizzazioni private rappresentative di interessi collettivi<sup>55</sup> e introducendo la distinzione tra azioni collettive

<sup>52</sup> È quanto aveva osservato, proprio a fronte dell'alternativa prospettata nel testo, G. ORLANDINI, *Padroni a casa propria: l'illusoria via nazionale alla difesa del conflitto collettivo nella storia recente del processo d'integrazione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, I, p. 431.

<sup>53</sup> Corte giust., 8 dicembre 2020, *Ungheria*, cit., punto 168.

<sup>54</sup> Così al punto 185 delle conclusioni del 28 maggio 2020, cit.

<sup>55</sup> In questo senso S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge 2018, p. 114 s.

volte a discriminare le imprese straniere (imponendo loro condizioni più onerose rispetto a quelle richieste alle imprese nazionali) e azioni collettive che, puntando a garantire la parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori locali, «comportano un mero ostacolo (non discriminatorio) all'esercizio della libertà economica dell'impresa straniera» e sarebbero pertanto legittime<sup>56</sup>; oppure ricavando dalla diffusione nella legislazione derivata delle clausole di salvaguardia dello sciopero e dalla qualificazione dello stesso quale diritto fondamentale dell'ordinamento unieuropeo l'esigenza di un bilanciamento con le libertà di mercato non più squilibrato a favore di queste ultime<sup>57</sup>. In alternativa, senza incidere sul diritto primario dell'Unione e valorizzando la lettera normativa dell'ormai convalidato art. 1.1 *bis* della direttiva n. 96/71, si potrebbe sostenere che questa fonte debba restare del tutto estranea alle valutazioni sulla proporzionalità delle restrizioni recate alla libertà di prestazione dei servizi dalle lotte sindacali e provare così a scompaginare l'assetto attuale<sup>58</sup>.

Sebbene attraverso itinerari senza dubbio impegnativi e non scontati per la Corte, resta quindi aperto qualche margine per correggere la rotta in materia di sciopero inaugurata da *Viking* e *Laval* e per rendere meno deprimente il quadro giurisprudenziale formatosi sinora intorno all'art. 28 CDFUE, a dispetto di quanto auspicava anche Massimo Roccella<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Per tale condivisibile proposta v. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro*, cit., p. 929, riprendendo qualche passaggio delle articolate argomentazioni di F. DORSEMONT, G. ORLANDINI, *Market Rules and the Right to Strike: A Different Approach*, in M. RIGAUX, J. BUELENS, A. LATINNE (eds.), *From Labour Law to Social Competition Law?*, Cambridge-Antwerp 2014, p. 70 ss.

<sup>57</sup> Un'apertura in tal senso viene rintracciata nell'ermetica risposta data dalla Corte nella sentenza *Ungheria contro Parlamento e Consiglio* da G. ORLANDINI, *Enforcing EU law via collective action*, cit. Ritiene che la strada da seguire sia sostanzialmente quella di un diverso e più equilibrato bilanciamento anche M. PALLINI, *La nuova disciplina del distacco*, cit., p. 118 ss.

<sup>58</sup> Così, pur ammettendo l'incertezza del risultato conseguibile per questa via, M. ROCCA, *La réforme de la directive détachement*, cit., p. 28.

<sup>59</sup> Il giudizio negativo sull'uso dell'art. 28 CDFUE da parte della Corte di giustizia è formulato in questi termini da F. DORSEMONT, M. ROCCA, *Article 28*, cit., p. 503, cui si rinvia per ulteriori spiegazioni. Sul ruolo potenzialmente significativo del «riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale da parte dell'ordinamento dell'Unione», all'indomani dell'approvazione della Carta di Nizza, v. M. ROCCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 337.

### 3. *Una equità ancora in costruzione*

Il tenore complessivo della sentenza *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio* non stupisce più di tanto chi ricorda l'invito di Massimo Roccella a tenere sempre nel dovuto conto il «condizionamento esercitato sull'attività della Corte di giustizia dal contesto socio-politico, entro il quale essa necessariamente deve essere collocata»<sup>60</sup>.

Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della direttiva n. 2018/957 nell'ambito di una vicenda che può considerarsi emblematico esempio di giurisdizionalizzazione di conflitti politici<sup>61</sup>, la Corte difende le controverse modifiche apportate all'originaria direttiva sul distacco transnazionale, valorizzando l'esigenza di «garanzia di un'adeguata protezione sociale» indicata quale obiettivo trasversale per l'Unione dall'art. 9 TFUE e traendo dal corollario della doverosa salvaguardia della «libera prestazione dei servizi su base equa» la giustificazione di fondo del rafforzamento della tutela dei lavoratori distaccati derivante dal contestatissimo principio di parità retributiva. Il paradigma dell'equità intorno al quale ruota la convalida giurisprudenziale delle condizioni più rigorose imposte alle imprese prestatrici di servizi che distaccano lavoratori nel mercato unico europeo scompare tuttavia dal ragionamento della Corte di giustizia quando il suo scrutinio abbandona il terreno legislativamente già ben presidiato delle garanzie individuali previste per i *posted workers* per spostarsi su quello senza dubbio più scivoloso delle azioni collettive<sup>62</sup>. Qui, con buona pace della clausola di salvaguardia dello sciopero introdotta dalla direttiva n. 2018/957, muovendosi entro un contesto politicamente più incerto e non ricevendo alcun aiuto sul punto dall'Avvocato generale, la Corte non si sente di spingersi a declinare il canone della libera prestazione dei servizi «su base equa» da cui si è fatta guidare nei passaggi più

<sup>60</sup> M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 19.

<sup>61</sup> Non a caso Corte giust., 8 dicembre 2020, *Ungheria*, cit., punti 112 e 113, evidenzia l'ampio potere discrezionale di cui dispone il legislatore dell'Unione nei settori ove, come accade per il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, «la sua azione richiede scelte di natura tanto politica quanto economica o sociale e in cui è chiamato a effettuare apprezzamenti e valutazioni complessi», escludendo quindi la praticabilità di un controllo sul fatto che la «misura emanata [...] fosse l'unica o la migliore possibile».

<sup>62</sup> Su un'analoga lunghezza d'onda si muove la denuncia di S. BORELLI, *La nuova direttiva sul distacco*, cit., p. 18 s., secondo cui «lo svilimento del significato precettivo della c.d. clausola Monti cozza contro l'importanza che la Corte di giustizia ha attribuito all'art. 9 Tfeue nell'interpretare le finalità della dir. 2018/957».

significativi della sua decisione e chiude il discorso in modo molto laconico. La palla, tuttavia, resta nel suo campo.

Sugli ostacoli che minano l'effettiva attuazione del principio di parità di retribuzione tra lavoratori locali e lavoratori in distacco transnazionale e che rischiano di compromettere la concreta portata dell'innovazione normativa salvata dal duro attacco sferrato nel ricorso ungherese, un'incidenza non marginale potrebbe spiegare, una volta approvata, la già richiamata proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'Unione europea. I problemi legati alla necessaria efficacia generale della fonte regolatrice della materia salariale potrebbero infatti essere superati, oltre che da eventuali ulteriori opzioni nazionali a favore della via legale già abbracciata in molti Paesi, dalle misure che dovrebbero essere messe in campo dagli Stati membri per assicurare un soddisfacente tasso di copertura della contrattazione collettiva (tasso che l'art. 4 della proposta di direttiva indica nel 70% della platea composta dai lavoratori interessati), se la Corte – com'è auspicabile e ragionevole – scegliesse di ritenere soddisfatti in simili situazioni i requisiti fissati dall'art. 3.8 della direttiva n. 96/71 per considerare di generale applicazione in via di fatto un determinato contratto collettivo.

Diversamente da quanto sta avvenendo nella sfera salariale, sul delicato fronte delle azioni collettive affrontato “in punta di piedi” dalla sentenza *Ungheria contro Parlamento e Consiglio* non si profila invece all'orizzonte la comparsa di alcuna sponda legislativa, per cui tocca alla Corte di giustizia riprendere le redini dell'evoluzione interpretativa per impedire, attraverso i percorsi che restano praticabili anche al di fuori della logica puramente immunitaria e tenendo conto in ogni caso delle indicazioni provenienti dagli organi che presidiano le pertinenti norme di diritto internazionale, la solida cristallizzazione della dottrina *Laval*. Pur nella consapevolezza che «è sempre alquanto rischioso, naturalmente, sovraccaricare di responsabilità un organo giudiziario» sembra essere questa, al momento, «una strada senza alternative»<sup>63</sup> che è indispensabile intraprendere per consentire alle organizzazioni sindacali di assolvere anche in situazioni transnazionali al proprio basilare compito di «difendere la condizione, salariale e normativa, del lavoro dipendente»<sup>64</sup>.

Se fosse ancora qui con noi, molto probabilmente Massimo Roccella chiederebbe alla Corte di giustizia di portare fino in fondo il

<sup>63</sup> Riprendendo M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 342.

<sup>64</sup> Come ricordava senza giri di parole M. ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *MicroMega*, 2010, n. 8, p. 181.

discorso sull'esercizio equo della libertà di prestazione dei servizi cominciato in *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio*. Senza dubbio, tornerebbe instancabilmente a ribadire la necessità per l'Unione di coltivare «la prospettiva di un'entità sovranazionale fondata sulla coesione sociale» e continuerebbe ad impegnarsi affinché in Europa «pes(i)no i diritti, individuali e collettivi, del lavoro: parte essenziale di un modello sociale che si ripropone come termine di riferimento anche di fronte alle incertezze della globalizzazione» e, ora, della ricostruzione post-pandemica<sup>65</sup>.

Anche se la meta è chiara, resta profonda l'amarezza di non poter più percorrere il cammino per avvicinarsi insieme a lui. Oggi, come nei dieci anni trascorsi dalla sua morte, in mancanza dei continui stimoli che nascevano dal confronto col maestro, rimangono comunque i «messaggi nella bottiglia»<sup>66</sup> disseminati nei suoi scritti, che attendono con pazienza di essere raccolti.

<sup>65</sup> Per le due citazioni v. rispettivamente M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto*, cit., p. 83 e M. ROCCELLA, *L'evoluzione dei diritti sociali dai Trattati alla Carta di Nizza*, in G. GHEZZI, G. NACCARI, A. TORRICE (a cura di), *Il Libro bianco e la Carta di Nizza*, Roma 2002, p. 36.

<sup>66</sup> Per riprendere l'espressione e l'immagine adoperate in uno dei suoi ultimi saggi da M. ROCCELLA, *Le regole del gioco sindacale. Appunti per un dibattito*, in A. ANDREONI (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale. Ricordando Massimo D'Antona*, Roma 2010, p. 263.

ANDREA LASSANDARI

## Rilievi sulla discriminazione per convinzioni personali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione nel sistema delle fonti. - 2.1. Il diritto internazionale. - 2.2. La regolamentazione dell'Unione europea. - 2.3. La disciplina nazionale. – 3. Le convinzioni personali non protette. – 4. Cenni a ricadute di sistema: la critica al datore del prestatore di lavoro.

### 1. *Introduzione*

Sono emerse di recente, in giurisprudenza, questioni connesse alla nozione di discriminazione per convinzioni personali, prevista nell'ordinamento dell'Unione europea e poi trasposta in sede nazionale: i giudici, in più occasioni, hanno così precisato che in tale ambito possano e debbano rientrare le discriminazioni sindacali<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Così Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, II, p. 377 ss., con nota parzialmente critica di D. TARDIVO, *Estensione dell'agevolazione probatoria avverso la discriminazione al procedimento ex art. 28 St. lav.: un chiasmo ragionevole?*. Vedi pure Trib. Roma, 21 giugno 2012, e App. Roma, 19 ottobre 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, n. 2, p. 369 ss., con nota adesiva di S. BORELLI, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano (Fip)-Fiom*; in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, p. 163 ss., con nota adesiva di M. BARBERA, V. PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*; in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 2, II, p. 363 ss., con nota adesiva di V. DE STEFANO, *“Caso Fiat”, affiliazione sindacale e tutela antidiscriminatoria: una lettura fondata sulle fonti internazionali ed europee*; in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 8/9, p. 622 ss., con nota molto critica di A. VALLEBONA, *Le discriminazioni per “convinzioni personali” comprendono anche quelle per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della Fiom-Cgil*. Cfr. pure da ultimo Trib. Bologna, 31 dicembre 2020 (ord.), in corso di pubblicazione in *Riv. giur. lav.*, con nota adesiva di A. LASSANDARI, *Fenomenologia di Frank (Bongiorno): un algoritmo con cattive abitudini*. Cfr. pure sull'ordinanza il seminario *on line* del 2 febbraio 2020 *Frank discriminava*, organizzato da *Labour law community*, con interventi di L. AMORIELLO, M. BARBERA, S.



Al di là di tale specifica problematica – forse sopravvalutata, nel contesto nazionale – merita tuttavia comprendere meglio come sorga e si sviluppi la disciplina di protezione, a fronte di discriminazioni connesse alla manifestazione di opinioni; che estensione ed impatti la medesima inoltre possa avere, all'interno del sistema giuridico del lavoro.

## 2. *La nozione nel sistema delle fonti*

Si parla dunque di discriminazione per convinzioni personali nell'ordinamento dell'Unione europea, solamente da pochi decenni. Tuttavia riferimenti a discriminazioni connesse ad opinioni sono ben più risalenti nel tempo, sia nel diritto internazionale che nella stessa specifica vicenda evolutiva del diritto del lavoro italiano.

Queste distinte dinamiche hanno non pochi elementi di connessione, anche formalizzati. Senz'altro nell'ordinamento nazionale, dove confluiscono tutte le disposizioni; anche però nel sistema giuridico dell'Unione europea.

### 2.1. *Il diritto internazionale*

Fin dall'immediato dopoguerra sono presenti nei principali Atti di diritto internazionale, a partire dalla Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945, solenni proclamazioni sull'universale riconoscimento dei diritti umani come delle libertà fondamentali, «senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione».

Nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948, come nel Patto internazionale sui diritti civili e politici nonché nel Patto sui diritti economici, sociali e culturali, entrambi adottati il 16 dicembre 1966, e nella stessa Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, l'elenco di fattori discriminatori, fundamentalmente comune, tuttavia si arricchisce<sup>2</sup>. Sono in-

BORELLI, A. GUARISO, V. PROTOPAPA, M. RANIERI, F. RIZZI, E. TARQUINI. Vedilo in [www.youtube.com/watch?v=OY39xyakzI0](http://www.youtube.com/watch?v=OY39xyakzI0).

<sup>2</sup> Cfr. su questi Atti A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova 2010, p. 11 ss.

fatti presi in considerazione, seguendo in particolare l'art. 14 della CEDU, «sesso, razza, colore» (ma negli altri Atti razza e colore sono anteposti al sesso); quindi, come già visto, «lingua, religione»; poi però subito dopo «opinione politica o di altro genere» (nei Patti «opinione politica o qualsiasi altra opinione»); infine «origine nazionale e sociale, appartenenza a una minoranza nazionale, ricchezza, nascita, altra condizione».

Vengono così individuati i principali elementi, in connessione ai quali sono state compiute vessazioni, persecuzioni e finanche genocidi, nella storia spesso triste dell'umanità. Il più recente allora dei quali – l'olocausto, uno degli apici di barbarie mai raggiunti – testimoniava come il già diffuso ottimismo sugli inevitabili progressi di civiltà derivasse (e tuttora derivi) dalla confusione con le innovazioni scientifiche e tecnologiche. Ben altra cosa.

I fattori menzionati individuano soprattutto condizioni, ora delle persone ed ora invece emergenti in relazione ai contesti *lato sensu* sociali ove le stesse per ventura si collocano; solo alcune immutabili (ed anzi sempre meno, a ben considerare, alla luce ancora della evoluzione delle tecnologie<sup>3</sup>); spesso (ma non sempre) strettamente connotative dell'identità delle persone.

Accanto ad esse tuttavia, collocate subito dopo la religione, assumono rilievo pure «opinioni», con esplicito riferimento a quelle «politiche».

Nel caso di queste ultime appare corretto dire che il pericolo di pregiudizi – pur registrato da sempre, nelle permanenti contese sulla gestione del potere nelle società – cresca parallelamente al diffondersi del riconoscimento dei diritti civili e politici. Divenendo quindi massimo nella contemporaneità. Con i fascismi – e poi i regimi totalitari – ad individuare, di nuovo, precedenti tanto vicini agli Atti quanto spaventosi.

Viene però in tal modo registrato come innanzitutto la libertà ideologica, la cui principale manifestazione è ritenuta rappresentata dalle opinioni politiche, risulti bisognosa della massima protezione. Mentre queste convinzioni sono significativamente accostate al credo religioso.

La religione, pur esprimendosi anche attraverso la manifestazione di opinioni – oltre che evidentemente di prassi, liturgiche

<sup>3</sup> Al punto che potrebbe in effetti essere affermato il sesso sia allo stato meno resistente a modificazioni dell'orientamento sessuale o della lingua... o delle stesse opinioni.

come dei costumi – potrebbe essere piuttosto accostata ad una condizione. Se è vero che i diversi riti iniziatici precedono normalmente il formarsi di qualunque coscienza critica (mentre le convinzioni devono sempre attendere quest'ultima); che sul piano storico, nell'ottica almeno di molti dei persecutori, non di rado è stata l'appartenenza ad un determinato gruppo (pur religiosamente connotato) a divenire decisiva. Talora risultando per gli stessi del tutto irrilevante anche l'eventuale apostasia (emblematicamente con l'olocausto!).

Quella religiosa tuttavia è indubbiamente la condizione personale – se viene accolta l'ipotesi avanzata – che ha più elementi di contatto con la manifestazione di opinioni: per prime quelle politiche, come già visto. Accanto però ad esse le «opinioni di altro genere» (ovvero, ancora più chiaramente, «qualsiasi altra opinione»).

Ciò costituisce plausibilmente effetto del rilievo riconosciuto, nell'ambito dei diritti fondamentali, alla più ampia e libera espressione del proprio pensiero. Con la conseguenza che qualunque opinione deve essere ritenuta degna di considerazione e tutela: anche quando i pericoli eventualmente corsi in relazione alla sua manifestazione siano modesti o nulli.

Non vi è però dubbio sul fatto che in questo ambito vadano innanzitutto inserite le convinzioni che invece espongono a probabili o possibili pregiudizi, secondo la logica in definitiva immanente alla introduzione di una qualunque disciplina antidiscriminatoria. Tra di esse assumendo particolare importanza, all'interno di sviluppi analoghi e paralleli rispetto a quanto emerso per le opinioni politiche, quelle sindacali.

Si tratta di esito peraltro formalmente sancito ed anzi imposto nei Paesi che, come l'Italia, hanno ratificato un altro fondamentale Atto di diritto internazionale e cioè la convenzione OIL n. 98 del 1949. All'art. 1 di questa è infatti stabilito che «i lavoratori devono beneficiare di un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego»<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Segue al paragrafo 2: «Tale protezione deve in particolare applicarsi a quanto concerne gli atti che abbiano lo scopo di: a) subordinare l'impiego di un lavoratore alla condizione che egli non aderisca ad un sindacato o smetta di far parte di un sindacato; b) licenziare un lavoratore o portargli pregiudizio con ogni altro mezzo, a causa della sua affiliazione sindacale o della sua partecipazione ad attività sindacali al di fuori delle ore di lavoro o, con il consenso del datore di lavoro, durante le ore di lavoro». Cfr. S. BORELLI,

## 2.2. La regolamentazione dell'Unione europea

È noto invece che nella regolamentazione dell'Unione europea, accanto al divieto di discriminazione in connessione alla nazionalità dei cittadini dei Paesi componenti, si dedichi iniziale attenzione alla «parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro». Solo con il Trattato di Amsterdam vengono individuati i fattori discriminatori oggi contenuti negli artt. 10 e 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea<sup>5</sup>.

In queste norme, accanto a motivi di discriminazione già ben noti, come «sesso, razza, origine etnica, religione», ne compaiono altri indubbiamente innovativi, cioè «disabilità, età, orientamento sessuale», attraverso cui sono registrate nuove maturazioni di sensibilità; anche però il sorgere o consolidarsi di possibili pregiudizi legati a questi aspetti. Sono anche però appunto menzionate le «convinzioni personali», da inserire plausibilmente nel primo nucleo, quello omogeneo al diritto internazionale, se qui assumono da sempre rilievo, come già visto, le «opinioni politiche o di altro genere».

Ora tuttavia, secondo alcune interpretazioni, la norma sottolineerebbe una forte vicinanza alla religione, leggendosi infatti nel testo «religione o convinzioni personali». Posto che immediatamente prima sono pure menzionate «razza o origine etnica», profili senz'altro da accostare (anche perché la razza, a ben considerare, è inesistente, prima che indecifrabile<sup>6</sup>).

È però anche vero che l'elenco analizzato si chiude con «età o orientamento sessuale», in tal caso non sembrando invece proprio emergere alcuna possibile connessione o sovrapposizione. Cosa che

*Esiste un principio di non discriminazione per ragioni sindacali nel diritto dell'Unione europea?*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene 2012, p. 63 ss.

<sup>5</sup> Cfr. J. CRUZ-VILLALON, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 353 ss.

<sup>6</sup> Mi permetto di riportare quanto già indicato in A. LASSANDARI, *Le discriminazioni*, cit., p. 128: «la divisione tra razze è [...] prospettata sulla base di elementi identitari, suggestivi e nel contempo irrazionalistici, privi come tali di oggettiva evidenza. Si tratta di distinzione non empiricamente percepibile né scientificamente sostenibile: la razza appare in definitiva sintesi di caratteri ritenuti propri od alieni, secondo soggettiva idea che ciascun componente del gruppo (dominante o minoritario) ha del medesimo».

indebolisce molto le teorie definibili selettive delle convinzioni protette – da limitare a quelle paragonabili, per importanza, alle religiose (che però non è ben chiaro poi quali esattamente sarebbero!) – basate in definitiva sulla lettera “o”.

L'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea d'altra parte mostra un elenco assai ampio, con un solo profilo tuttavia innovativo, rispetto a quelli già noti: le «caratteristiche genetiche»<sup>7</sup>. Per il resto nell'articolo si provvede in definitiva ad unire quanto stabilito dagli artt. 10 e 19 TFUE con gli elenchi da mezzo secolo ben noti al diritto internazionale: ed è dunque plausibilmente in tal modo che si finisce qui con il considerare sia la «religione o convinzioni personali» che, subito dopo, le «opinioni politiche o di qualsiasi altro genere».

Una cosa conclusivamente risulta però certa: nel diritto dell'Unione europea, alla luce dei riferimenti normativi citati, tutte le opinioni fruiscono di protezione, in presenza di discriminazioni.

Mentre il tentativo (di nuovo) effettuabile di interpretare gli artt. 10 e 19 TFUE, come volti ad assicurare la protezione contro discriminazioni concernenti esclusivamente alcune convinzioni personali (sempre e solo quelle significative come le religiose; ed in ogni caso non le opinioni politiche ed assimilabili, proprio perché esplicitamente separate e distinte dalle prime, ai sensi appunto dell'art. 21) non sembra meritevole di attenzione sulla base di molteplici rilievi. Oltre a quello, già formulato, sulla genesi e composizione dell'art. 21.

Ci si riferisce al significato letterale dell'espressione «convinzioni personali».

Soprattutto a quello storico e logico dell'intervento contro le discriminazioni, che vede questo sorgere per contrastare pericoli esistenti, da ritenere evidentemente massimi soprattutto a fronte di espressioni di libertà ideologica. Per cui non è ipotizzabile che proprio queste ultime siano pretermesse, una volta che si decida di reagire a discriminazioni per convinzioni personali (se tenute distinte, come avviene, dalle religiose)!

Ciò anzi individuando un ulteriore possibile e convincente elemento esplicativo del perché, nell'art. 21, accanto alle convinzioni personali, si ritenga comunque opportuno continuare a considerare

<sup>7</sup> Vedi M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'unione politica*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Milano 2001, p. 145 ss.

specifiche opinioni come, secondo le norme di diritto internazionale, quelle politiche.

Occorre però altresì interpretare il concetto di «convinzioni personali», in armonia con le previsioni di diritto internazionale ed in particolare della CEDU, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea<sup>8</sup>.

Infine – ma non per ultimo, a fronte di argomentazioni così strettamente connesse alla lettera dei testi, come quelle indicate – valorizzare la previsione dell'art. 2, par. 2, lett. *b*, della direttiva n. 2000/78/CE. Qui, nel definire la nozione di discriminazione indiretta, si parla, a proposito di chi subisce un pregiudizio connesso alle convinzioni religiose e personali, di «persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura». Dunque emerge *per tabulas* che, nell'ambito delle «convinzioni personali», assumano preminente rilievo, come logica e buon senso vogliono, quelle ideologiche: a partire dalle opinioni politiche e sindacali.

### 2.3. *La disciplina nazionale*

La disciplina legislativa nazionale in effetti, come noto, proprio alle discriminazioni politiche, religiose e sindacali, secondo gli artt. 4, legge n. 604 del 1966, e 15, legge n. 300 del 1970, riserva innanzitutto attenzione.

Per il vero il testo costituzionale, all'art. 3, individua a sua volta un elenco di fattori discriminatori, ora palesemente allineato a quanto previsto dai contemporanei Atti di diritto internazionale: qui assumendo non a caso rilievo, ai fini ora investigati, la religione e le opinioni politiche. Mentre l'integrazione con la tutela delle convinzioni sindacali è nel testo costituzionale garantita – esattamente come avviene per il diritto internazionale, grazie alle convenzioni OIL n. 87 del 1948 e n. 98 del 1949 – dall'art. 39 della Costituzione.

Nel contempo i primi limiti legali introdotti al licenziamento, in presenza di gravidanza e di matrimonio<sup>9</sup>, connessi alla tutela della maternità, oggi potrebbero essere – e sono stati<sup>10</sup> – interpretati come nuclei antidiscriminatori (molto probabilmente inconsapevoli, stan-

<sup>8</sup> Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Milano 2019, p. 82 ss.

<sup>9</sup> V. M.V. BALLESTRERO, *Dalla tutela alla parità*, Bologna 1979.

<sup>10</sup> Cfr. D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Napoli 2005, p. 71 ss.

do alla cultura giuridica e politica che li aveva ispirati), legati al genere (o sesso, come le norme continuano prevalentemente ad indicare).

Tuttavia la legge si rivolge appunto esplicitamente alle discriminazioni politiche, religiose e sindacali, per reagire ad una vera e propria emergenza sociale, oggi dimenticata, apparsa nei primi quindici anni della storia della Repubblica, quando decine di migliaia di lavoratori, il più noto dei quali è probabilmente l'ingegnere Santhià, già dipendente Fiat<sup>11</sup>, furono licenziati per ragioni, anche brutalmente rese esplicite, di carattere politico e sindacale<sup>12</sup>.

Poi la complessa evoluzione successiva risulta influenzata da due fondamentali dinamiche, talora in parte sovrapposte. Da una parte la legge reagisce ad ulteriori specifici pericoli o problemi sociali nazionali, pur talora di origine globale: così per la tutela delle lavoratrici (ma prima ancora delle donne)<sup>13</sup>, probabilmente a proposito della lingua<sup>14</sup>, in relazione al diffondersi dell'infezione da HIV<sup>15</sup>, in connessione allo svilupparsi del nuovo fenomeno (per l'Italia) della immigrazione<sup>16</sup>. Anche però a fronte del superamento del monopolio pubblico del collocamento<sup>17</sup> nonché della diffusione dei c.d.

<sup>11</sup> Sul "caso Santhià", vedi innanzitutto V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, p. 67 ss.

<sup>12</sup> La notevole diffusione del fenomeno è resa esplicita dalle numerose "leggi" successive, intervenute a partire dalla metà degli anni Settanta (legge n. 36 del 15 febbraio 1974) fino al nuovo secolo (legge n. 172 del 9 giugno 1999, n. 172 e legge n. 30 del 26 febbraio 2001, quest'ultima a proposito di licenziamenti di dipendenti pubblici), volte a cercare di porre riparo, soprattutto quanto al trattamento previdenziale, ai pregiudizi in tal modo recati ai prestatori.

<sup>13</sup> La legge n. 903 del 9 dicembre 1977 è in effetti preceduta, come noto, dai fondamentali interventi legislativi sul divorzio, nel 1970 (legge n. 898 del 1° dicembre), e poi, dopo l'insuccesso del referendum abrogativo di questa, tenutosi nel 1974, sul diritto di famiglia (legge n. 151 del 19 maggio 1975).

<sup>14</sup> Sempre la legge n. 903 del 1977, all'art. 15, fa riferimento alla discriminazione per «razza e lingua», oltre che sesso. Forse come risposta alle iniziative, anche di carattere terroristico, sviluppatesi in Alto Adige negli anni Cinquanta, Sessanta e Settanta, ostili alla presenza italiana.

<sup>15</sup> Si veda l'art. 5 della legge n. 135 del 5 giugno 1990, poi dichiarata illegittima da Corte cost., 23 maggio 1994, n. 218, in *Foro it.*, 1995, I, p. 46. Cfr. M. AIMO, *Aids e lavoro alla luce della recente giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Lav. dir.*, 1996, p. 347 nonché A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Torino 1995, p. 197.

<sup>16</sup> Si veda l'art. 43 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Cfr. L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali, o religiosi*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 321 e M.G. GAROFALO, M. MC BRITTON, *Immigrazione e lavoro: note al t.u. 25 luglio 1998*, n. 286, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, p. 504 ss.

<sup>17</sup> Si vedano l'art. 10, comma 8, d.lgs. 23 dicembre 1997 n. 469 del e poi l'art.

contratti “atipici”<sup>18</sup>. Dall’altra invece – ora anche in presenza di diffuse resistenze interne – è sostanzialmente costretta ad adeguarsi dalla regolamentazione dell’Unione europea: così, di nuovo, quanto alla protezione delle lavoratrici<sup>19</sup>; anche però all’importante tritico individuato da «età, disabilità, orientamento sessuale»<sup>20</sup>.

Non sempre ovviamente è facile separare con nettezza quanto elaborato da quanto per così dire «esportato» in Italia. Si è però molto convinti della grande importanza che, in materia di lotta alle discriminazioni, deve essere riconosciuta all’impulso della Comunità e poi Unione europea, rispetto in particolare a taluni fattori.

Come che sia, nell’ordinamento nazionale le convinzioni personali comprendono dunque senz’altro le manifestazioni di libertà ideologica, con particolare riferimento a quelle politiche e sindacali. Perché gli elementi storico-sistematici ora descritti rafforzano ulteriormente gli argomenti, vevoli anche per l’Italia, già avanzati in relazione al sistema normativo dell’Unione europea: compreso quanto stabilito, a proposito delle discriminazioni indirette, dall’art. 2, comma 1, lett. *b*, del d.lgs. n. 216 del 2003 (perfettamente corrispondente all’art. 2, par. 2, lett. *b*, della direttiva n. 2000/78/CE)<sup>21</sup>.

10 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Cfr. G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole: eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino 2001, p. 68 nonché E. GRAGNOLI, *Collocamento privato ed attività dell’intermediario*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, p. 289.

<sup>18</sup> In tali casi il principio di eguaglianza con i lavoratori assunti a tempo indeterminato è formalmente stabilito già dall’art. 5 della legge 18 aprile 1962, n. 230, quanto al contratto a tempo determinato; con i dipendenti dell’utilizzatore invece dall’art. 4 della legge 24 giugno 1997, n. 196, a proposito del lavoro temporaneo (poi somministrazione di lavoro); con i prestatori a tempo pieno, infine dagli artt. 38 e 44 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, per quel che riguarda il lavoro intermittente nonché ripartito (la cui disciplina è poi stata abrogata).

<sup>19</sup> La cui implementazione in Italia, in particolare nei decenni successivi agli anni Settanta, si ritiene fortemente connessa alla regolamentazione dell’Unione (e prima Comunità) europea nonché alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>20</sup> Con significative differenze tuttavia. La legislazione italiana ha tradizionalmente dedicato attenzione al tema del lavoro delle persone disabili, anche con norme di carattere anti-discriminatorio. Mentre altrettanto non si può dire a proposito dei fattori dell’«età» nonché dell’«orientamento sessuale». In quest’ultimo caso anzi sono sempre emerse – tuttora persistendo, se si considera il dibattito sul d.d.l. Zan – resistenze, anche chiaramente testimoniate da norme contenute nel d.lgs. n. 216 del 9 luglio 2003. Cfr. S. FABENI, M.G. TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull’orientamento sessuale*, Roma 2005.

<sup>21</sup> Vedi sulla direttiva il paragrafo precedente. Cfr. pure M. AIMO, *Le discrimi-*



Mentre il fatto che nell'art. 15, legge n. 300 del 1970, come in altre norme, le convinzioni personali siano accostate alle – e quindi distinte dalle – opinioni sindacali e politiche<sup>22</sup> costituisce il frutto, esattamente come avviene per l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, per un verso, della tecnica di composizione prescelta (in questo caso di implementazione ed aggregazione progressiva); sotto altro profilo, della volontà di continuare a dare comunque visibilità ad alcune opinioni: quelle, ideologicamente connotate, per cui storicamente è stato massimo in Italia il pericolo di subire pregiudizi.

Lo scenario contemporaneo mostra peraltro una chiara recrudescenza della concreta manifestazione di pericoli, proprio per quel che riguarda le discriminazioni sindacali<sup>23</sup>. Mentre le discriminazioni politiche, in linea con la netta contemporanea riduzione di importanza dell'universo cui si legano, sembrano ben poco diffuse e significative oggi in Italia.

Un aspetto tuttavia merita di essere segnalato e approfondito. È vero che la riconduzione delle opinioni sindacali, ad es., nel più vasto ambito delle «convinzioni personali» di cui al d.lgs. n. 216 del 2003, rende integralmente operativa anche per le prime tale importante regolamentazione nonché il disposto dell'art. 28, d.lgs. 150 del 2011, a proposito delle controversie. Tuttavia si ritiene che, per ragioni sistematiche, alcune previsioni di questi ultimi provvedimenti possano e debbano comunque operare, a fronte delle ulteriori discriminazioni prese in considerazione nel nostro sistema: e quindi anche per le discriminazioni politiche e sindacali, a prescindere da qualunque riconduzione in altri contesti concettuali. Almeno fino ad esplicita disposizione normativa contraria.

Si fa riferimento alla fondamentale distinzione tra discriminazione diretta ed indiretta; inoltre alla configurazione oggettiva della fattispecie<sup>24</sup>.

Anche però alle importantissime agevolazioni di ordine probatorio in tali casi previste. Queste, come da ultimo precisato dalla Suprema Corte, operano anche all'esterno del procedimento *ex art.* 28, d.lgs. n.

*nazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano 2007, p. 47.

<sup>22</sup> Cfr. l'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003 nonché la nozione di “dati sensibili”, di cui all'art. 4 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

<sup>23</sup> V. nota 1.

<sup>24</sup> Cfr. A. LASSANDARI, *Le discriminazioni*, cit., p. 93 ss. *Contra* P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, I, p. 193 ss.

150 del 2011, in presenza di controversie sulle discriminazioni<sup>25</sup>. Sulla base di analoghi ragionamenti di carattere sistematico e del fondamentale rilievo dei valori tutelati, non si vede perché non possano però assumere rilievo, nel nostro ordinamento, pure a fronte di discriminazioni diverse da quelle contrastate dall'Unione europea.

Va poi da sé che, in presenza di discriminazioni sindacali, è senz'altro pure fruibile l'efficace e sperimentata azione processuale del sindacato, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori<sup>26</sup>: non a caso nel contenzioso più recente talora utilizzata, in alternativa appunto all'art. 28, d.lgs. n. 150 del 2011<sup>27</sup>.

### 3. *Le convinzioni personali non protette*

Ricostruita la nozione di convinzioni personali rilevante nel nostro ordinamento, alla luce pure delle descritte connessioni con il diritto internazionale e dell'Unione europea, può dunque essere pacificamente affermato che in tale ambito rientrano (innanzitutto) le manifestazioni di libertà ideologica e pertanto le opinioni sindacali<sup>28</sup>. Anche però che opzioni selettive, per la cui individuazione assumerebbe rilievo l'accostamento alla religione, non sembrano accoglibili: nel senso che tutti gli ordinamenti descritti contrastano discriminazioni connesse a qualunque convinzione<sup>29</sup>.

Ciò non significa tuttavia che alcun limite operi e debba operare. Perché le diverse convinzioni ed i comportamenti ad esse connessi, anche per lo più tutelati, possono recare con sé sistemi di valore del tutto eterogenei e talora pure tra loro irrimediabilmente incompatibili, ciò ponendo assai delicate questioni agli ordinamenti. Senz'altro quando convivono nelle società gruppi culturalmente (in senso lato) eterogenei, come sempre più frequentemente accade; anche però se si tratta di garantire punti di vista minoritari in contesti sociali – oppure a fronte di approcci, in determinati momenti storici – fortemente omogenei.

<sup>25</sup> Così Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, cit., che prevede una loro operatività pure in caso di procedimento *ex art. 28*, legge 20 maggio 1970, n. 300. V. nota 1.

<sup>26</sup> Il sindacato, come noto, può anche agire a tutela di un interesse proprio, in presenza di c.d. discriminazioni collettive per convinzioni personali di carattere sindacale, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 216/2003.

<sup>27</sup> Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, cit., registra in tal modo «l'effetto di rendere in parte fungibili le due azioni». Così al punto 7 dell'argomentazione. V. nota 1.

<sup>28</sup> Cfr. nota 1.

<sup>29</sup> Vedi pure M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., e A. LASANDARI, *Le discriminazioni*, cit., p. 112 ss.

Ebbene un unico elemento appare correttamente utilizzabile, per provare a districarsi nella non semplice soluzione dei problemi che in tal modo emergono: si tratta – come pure è stato detto – dei «capisaldi del “diritto illuminista” *in primis* la libertà personale, nella particolare dimensione della libertà di “scegliere” la propria differenza e la propria “appartenenza” culturale e religiosa»<sup>30</sup>. Capisaldi costituenti necessario riferimento, in quanto tuttavia – si aggiunge – recepiti dal disegno costituzionale nazionale: nel senso che la radice di sapore giusnaturalista, cui nelle società occidentali contemporanee oggi i medesimi vengono fondamentalmente connessi, diviene ben più solida, nel momento in cui ottiene una sanzione di diritto positivo ai massimi vertici dell’ordinamento. Come accade.

A proposito delle convinzioni personali (come del credo religioso e di alcuni solamente degli ulteriori fattori discriminatori normalmente considerati, a partire ad es. dall’orientamento sessuale) la regolamentazione d’altra parte interviene, assicurando protezione in più ambiti connessi: qualificando cioè appunto come illeciti, perché discriminatori, atti e comportamenti che generino pregiudizi ai lavoratori, a causa delle medesime; prima ancora garantendo però, da una parte, il diritto alla riservatezza<sup>31</sup>, dall’altra la decisione di rendere pubblico e visibile il proprio punto di vista e la propria condizione.

Quanto alle opinioni politiche, sindacali e religiose ciò è reso da sempre evidente, grazie rispettivamente agli artt. 15, 8 e 1 dello Statuto dei lavoratori. Oggi la disciplina in materia di tutela della riservatezza, in relazione ai c.d. “dati sensibili”, consente d’altra parte di estendere considerevolmente l’applicazione di tale modello, per così dire integrato, di attenzione<sup>32</sup>.

Sembra allora corretto affrontare il tema ora investigato, cercando per prima cosa di comprendere quali manifestazioni di opinione

<sup>30</sup> Così G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole*, cit., p. 149. Cfr. pure M.V. BALLESTRERO, *Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 540 ss.

<sup>31</sup> È ovvio che solamente i fattori discriminatori non immediatamente evidenti (e quindi celabili) possano fruire pure dei profili di tutela ora evidenziati. Tra questi non sono evidentemente compresi il sesso, il colore della pelle, l’età ecc. Sulla connessione in oggetto vedi pure M. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Napoli 2003, p. 31.

<sup>32</sup> Vedi M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., p. 58 ss.; E. GRIGNOLI, *L’informazione nel rapporto di lavoro*, Torino 1996, p. 133 ss.; A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino 2013, p. 54 ss. nonché p. 104 ss.

non siano tutelate – o siano addirittura censurate – dall'ordinamento, ai sensi innanzitutto dell'art. 21 della Costituzione<sup>33</sup>.

Ecco allora che la disposizione transitoria e finale n. XII del testo fondamentale<sup>34</sup> è inequivoca sul fondamento anti-fascista dell'ordinamento<sup>35</sup>.

Da ciò derivando, in armonia con un punto di vista molto diffuso, che non sia da questo tutelata la manifestazione di opinioni politiche che si richiamino al fascismo<sup>36</sup>. Allo stesso modo però – può essere ulteriormente dedotto – che non costituisca tecnicamente discriminazione il pregiudizio in ipotesi provocato, a causa della prima<sup>37</sup>. In tal caso può anzi essere probabilmente ritenuta costituzionalmente necessaria la regolamentazione poi seguita, contenuta nella legge n. 645 del 1952, che punisce non solo la riorganizzazione ma anche l'apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste.

Il legislatore penale però è intervenuto in Italia pure con riferimento ad ulteriori ipotesi riconducibili alla manifestazione del pensiero: introducendo il reato di apologia di genocidio (l. n. 962 del 1967); prevedendo una aggravante di pena, per l'apologia di fascismo realizzata attraverso «idee o metodi razzisti» (sempre con l. n. 645 del 1952); vietando la propaganda di «idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale o etnico» (con l. n. 654 del 1975). Mentre la l. n.

<sup>33</sup> Cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova 1966, p. 178 nonché ID., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1975. Vedi pure C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, in ID., *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano 1992, p. 167; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, p. 71 ss.; P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, Padova 1966, p. 353 ss.; A. PACE, M. MANETTI, *Articolo 21*, in *Comm. Cost.* Branca-Pizzorusso, *Rapporti civili (artt. 13-28)*, Bologna-Roma 2006, p. 98.

<sup>34</sup> Ove è stabilito, come noto, che «è vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista».

<sup>35</sup> Vedi da ultimo C. SMURAGLIA, *La Costituzione, settanta anni dopo*, Roma 2019.

<sup>36</sup> Cfr. P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano 1974, p. 108. Vedi pure A. PIZZORUSSO, *Disp. XII*, in *Comm. Cost.* Branca-Pizzorusso, *Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale*, Bologna-Roma 1995, p. 197 ss. Da ultimo C. CARUSO, *La libertà di espressione in azione*, Bologna 2013, p. 102.

<sup>37</sup> Fino a sostenere che probabilmente in questo caso non operi neanche il diritto alla riservatezza, aspetto comunque qui non investigato. Sui limiti che incontra tale diritto, tema comunque per lo più analizzato in relazione al ben diverso profilo della tutela del diritto di cronaca, cfr. A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore*, cit., p. 25.

205 del 1993 ha a sua volta sanzionato, con riferimento soprattutto a fenomeni emergenti in occasione di manifestazioni sportive, l'esposizione, nelle «pubbliche riunioni», di «emblemi o simboli propri o usuali» delle organizzazioni che promuovano l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali (art. 2); prevedendo inoltre una aggravante speciale, esclusa *ex lege* dal giudizio di bilanciamento stabilito dall'art. 69 c.p., in ipotesi di ingiuria o diffamazione commesse «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso».

Anche queste convinzioni fuoriescono allora dall'ambito oggetto di protezione, a fronte di discriminazioni, per quel che ora interessa. Mentre a partire da tali previsioni appare possibile formulare più generali rilievi.

Intanto a proposito delle manifestazioni di opinioni configurate dall'ordinamento appunto come reato: per cui pure vale, fino a dichiarazione almeno di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, quanto sopra precisato.

Poi sulle convinzioni che, a prescindere dalla illiceità penale, rivelino comunque un contenuto discriminatorio oppure inneggino o promuovano le discriminazioni, in relazione a convinzioni diverse dalle proprie ovvero a distinti fattori discriminatori (il sesso, l'orientamento sessuale ecc.).

Si ritiene infatti che neanche queste possano essere tutelate, ai sensi ora degli artt. 2 e 3 della Costituzione. Mentre appare corretto interpretare il riferimento aperto alle «condizioni personali e sociali», di cui appunto all'art. 3, in connessione all'insieme dei fattori discriminatori presenti, anche operando in ambiti settoriali, negli ordinamenti nazionale, dell'Unione europea ed internazionale<sup>38</sup>.

Infine a proposito delle espressioni e dei punti di vista che caratterizzano il c.d. "*hate speech*", fenomeno ingigantito dall'utilizzo dei *social media*, attraverso cui sono cioè resi palesi «sentimenti di odio razziale, etnico-religioso, sessuale, di genere, manifestate sotto forma di insulti diretti a destinatari ben individuati, o in alternativa, attraverso la diffusione di idee destinate ad una platea di soggetti indeterminati»<sup>39</sup>. Così per lo più dunque ricadendosi nelle ipotesi già considerate.

<sup>38</sup> Vedi A. LASSANDARI, *Le discriminazioni*, cit., p. 101 ss.

<sup>39</sup> Cfr. C. CARUSO, *La libertà di espressione*, cit., p. 117. Costituisce oggetto di discussione in dottrina, specie tra costituzionalisti e penalisti, l'opportunità di introdurre in tali casi norme incriminatrici. Esprimono in materia un punto di vista critico C. CARUSO, *La libertà di espressione*, cit., p. 157 ss. e p. 113 ss. nonché L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza? legge o proclama?*, in *Crit. dir.*,

Potrebbero però anche emergere manifestazioni che, senza configurare una ipotesi di reato e senza risultare discriminatorie, siano comunque lesive della dignità delle persone.

Ebbene pure in tali casi pare senz'altro emergere una distonia con i valori recepiti dall'ordinamento: tale da condurre – almeno in linea di massima; e dando per scontato che non sempre la soluzione in concreto risulti semplice – alla esclusione dal novero delle convinzioni personali tutelate.

All'esterno di questo ambito invece pare difficile individuare limiti.

Al momento in cui si scrivono queste righe il mondo intero è sconvolto dalla pandemia, per affrontare la quale sono state prese decisioni draconiane, notoriamente anche limitative o negatrici di diritti fondamentali. Ciò ha suscitato reazioni critiche ma anche variegate, colorate, indubbiamente talora scomposte “contro-narrazioni”: a propria volta oggetto di forte ed assai diffusa censura politica, mediatica e sociale.

Ebbene è possibile tuttavia sostenere che l'espressione di convinzioni contrarie in ipotesi al vaccino o all'uso della mascherina protettiva o alla stessa esistenza del Covid non rientri nell'ambito tutelato, anche in relazione a possibili discriminazioni?

Credo che la protezione delle convinzioni debba operare anche in questi casi. Fino a quando non emergano almeno solide e documentate inferenze, volte a dimostrare che dalla loro manifestazione derivino effetti negativi per la salute delle persone.

A proposito invece dei comportamenti eventualmente connessi e coerenti a tali convinzioni, assumono rilievo decisivo le norme introdotte dall'ordinamento, vincolanti ovviamente fino a dichiarazione di illegittimità od incostituzionalità (se si tratta, come avvenuto solo assai di recente, con l'obbligo di vaccino, di leggi)<sup>40</sup>.

1994, p. 16 ss. Sono invece favorevoli E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista*, in *Riv. intern. dir. Uomo*, 1997, p. 66 ss., L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova 2006, p. 117 ss.; G. PINO, *Discorso razzista e libertà di manifestazione del pensiero*, in *Pol. dir.*, 2008.

<sup>40</sup> Cfr. l'art. 4 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44. Non è questa evidentemente la sede per prendere posizione sulla legittimità di questi provvedimenti. Merita invece sottolineare che appare in punto di principio possibile distinguere ed anche diversamente regolare la tutela delle opinioni da quella dei comportamenti connessi:

#### 4. *Cenni a ricadute di sistema: la critica al datore del prestatore di lavoro*

Le conclusioni raggiunte potrebbero tuttavia incidere su ulteriori profili, nel sistema giuridico. Consentendo innanzitutto di rafforzare quanto già stabilito dall'art. 1, legge n. 300 del 1970, a proposito del diritto dei prestatori di «manifestare liberamente il proprio pensiero».

In termini estremamente concisi, come in questa sede si impone, sono di seguito individuati, più che argomentati, sviluppi possibili a proposito della legittimità della critica del prestatore nei confronti del datore di lavoro; questione ben conosciuta alla riflessione come al contenzioso, pur con soluzioni ancora lontane da essere sicure ed appaganti, di fronte alle concrete vicende *sub indice*. Ebbene la disciplina contro le discriminazioni per convinzioni personali può allora rendere più solida e convincente una interpretazione dell'obbligo di fedeltà del prestatore, ai sensi dell'art. 2105 c.c., come esclusivamente connesso al divieto di divulgazione delle «notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa» (oltre che ovviamente della attività in concorrenza)<sup>41</sup>. Con importanti ricadute sulla configurazione ed individuazione stessa dei parametri da utilizzare per affrontare tale problematica.

Se appare infatti corretto continuare ad attribuire importanza alle modalità di manifestazione del punto di vista del lavoratore, comunque da valutare nei distinti contesti, viene espresso diverso avviso su altri indicatori tuttora di frequente valorizzati.

Ci si riferisce alla verità del fatto dichiarato, che impedisce sem-

ciò potendo senz'altro avvenire in presenza di una emergenza globale come quella della pandemia.

<sup>41</sup> Così M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., p. 236 ss. Vedi pure E. GRAGNOLI, *L'informazione*, cit., p. 59 ss. e P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano 1979, p. 169. Sull'obbligo di fedeltà cfr. le differenziate opinioni di G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1957, p. 126 ss. e M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova 1966, p. 216 ss. In giurisprudenza è da tempo invece presente, in relazione ai temi ora trattati, una interpretazione «dilatata» dell'obbligo. Cfr. sempre M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., p. 235, circa venti anni addietro. L'orientamento è in seguito rimasto maggioritario. Vedi pure M.T. CARINCI, *Whistleblowing alla scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 518 e M.G. MATTAROLO, *Sub art. 2105 c.c.*, in R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano 2018, p. 619.

pre al prestatore di formulare previsioni attendibili sulla legittimità del proprio comportamento, da sostituire con una «verità putativa, da intendersi come seria attendibilità, dei fatti denunciati»<sup>42</sup>. Anche però alla valutazione stessa della importanza dell'interesse terzo, emergente attraverso la manifestazione di opinioni, da interpretare in modo meno stringente e rigoroso di quanto consuetamente non accada.

A fronte d'altra parte di licenziamento disciplinare da parte del datore, come reazione alla critica del prestatore, il primo deve essere qualificato come discriminatorio – cosa fino ad oggi assai di rado accaduta, forse anche per mancata, adeguata attivazione da parte dei ricorrenti – se il giudice accerta invece la correttezza del comportamento del prestatore e nel contempo la sussistenza degli altri elementi cui è subordinata la qualificazione in oggetto.

Esattamente questo d'altra parte è stato sancito dalla legge 30 novembre 2017, n. 179, sia nel settore pubblico che nel privato, a proposito del c.d. *whistleblowing*, specifica e qualificata manifestazione di un pensiero critico verso il datore, nel nome ed a tutela ora di un assai solido interesse pubblico<sup>43</sup>.

In tal modo in definitiva il legislatore trae conclusioni cui, alla luce dei rilievi ora avanzati, risultava possibile comunque giungere. Così però legittimando almeno in parte pure questi ultimi.

<sup>42</sup> Così M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, cit., p. 247. Vedi Cass., 14 maggio 2012, n. 7471, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, p. 85, secondo cui il lavoratore non deve oltrepassare «con dolo o colpa grave la soglia del rispetto della verità oggettiva».

<sup>43</sup> Secondo l'art. 1 della legge nell'occasione il dipendente «segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza [...] ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro». Cfr. P. TOSI, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, p. 36 ss.





ANTONIO LO FARO

Al di là del distacco.

La mobilità dei lavoratori nel mercato interno  
tra competizione regolativa  
e abuso del diritto di stabilimento

SOMMARIO: 1. Massimo Roccella e il diritto del lavoro europeo: una nota a piè di pagina di quasi trenta anni fa. – 2. Il distacco “artificiale”: qualche evidenza empirica. – 3. L’inversione funzionale della libera prestazione di servizi nel mercato interno: dal vantaggio competitivo degli *home countries* al profitto economico degli *host countries*. – 4. Distacco artificiale a mezzo di società fittizie e (abuso del) diritto dell’Unione. – 5. La nozione di “distacco genuino”: un argine efficace alle pratiche di *letterbox posting*? – 6. I principi del diritto del lavoro come strumento di contrasto al distacco artificiale. Una sorprendente pronuncia della Corte di giustizia. – 7. Conclusioni.

1. *Massimo Roccella e il diritto del lavoro europeo: una nota a piè di pagina di quasi trenta anni fa*

Per coloro che negli anni Novanta del secolo scorso si occupavano di Diritto del lavoro comunitario, gli scritti di Massimo Roccella hanno sempre costituito una preziosa fonte di informazione e riflessione. Alla competente accuratezza ricostruttiva del quadro di riferimento, vi si affiancava infatti costantemente una lucida capacità di proiettare i singoli temi di volta in volta trattati sul piano di un’analisi di sistema volta a cogliere gli esiti di un processo di integrazione essenzialmente orientato – erano gli anni di Maastricht – alla costruzione del mercato interno.

Che nell’interpretare quel processo si dovesse guardare più al Giudice che al Legislatore, Massimo lo aveva ben chiaro sin da quando, completata nel 1992 la prima edizione del manuale, inaugurò una serie di saggi dedicati alla giurisprudenza della Corte di giustizia che avrebbero occupato buona parte della sua produzione scientifica di quel decennio. Un articolato percorso scientifico, questo, all’interno del quale la presa d’atto delle posizioni socialmente più avanzate della Corte (soprattutto in materia di discriminazione ma anche di lavoro atipico) conviveva con una inquietudine

crescente<sup>1</sup> per le sorti di legislazioni del lavoro nazionali di certo aduse a contemperare le istanze di tutela con le opposte esigenze “dell’impresa”, ma non preparate a fronteggiare la diversa logica “del mercato” sottesa ad un diritto dell’Unione per definizione destinato a prevalere.

È questa consapevolezza che lo spinse a prefigurare in una nota a piè di pagina di un saggio del 1993 le peculiari manifestazioni di *social dumping* di cui questo scritto intende occuparsi. Si legge dunque nella nota n. 11 del saggio innanzi citato: «Effetti di *dumping* sociale collegati alla libera prestazione di servizi possono verificarsi in circostanze diverse [...] si pensi alla possibilità per la grande impresa di un gruppo nazionale di promuovere in un altro paese della Comunità, con legislazione meno protettiva e costi salariali meno elevati, la costituzione di un’impresa cui poi affidare l’esecuzione di appalti nel paese della casa-madre»<sup>2</sup>.

Ebbene, non v’è dubbio che questa congettura – formulata in un periodo in cui la direttiva sul distacco transfrontaliero e il processo di allargamento dell’UE erano ancora di là da venire – si sia trasformata oggi in una realtà tangibile e tutt’altro che ipotetica, più volte presentatasi all’attenzione della Corte di Lussemburgo, con esiti diversi di cui nel seguito si dirà. Mette conto rilevare sin da ora, tuttavia, come le discutibili pratiche di “distacco artificiale” fondate sulla costituzione in un paese con legislazioni sociali poco protettive di una impresa fittizia cui affidare l’esecuzione di un servizio nel paese “ospite”, si fondino su un utilizzo strumentale – se non abusivo – delle libertà economiche riconosciute dal Trattato, cui però la Corte di giustizia sembra aver fornito, in tempi assai recenti, una risposta inaspettatamente costruita su alcuni canoni essenziali del diritto del lavoro. Ma procediamo con ordine.

## 2. Il distacco “artificiale”: qualche evidenza empirica

«Ho un contratto con una impresa portoghese, ma lavoro in Olanda per una impresa italiana e sono pagato in Zloty». Niente meglio di queste parole di un anonimo operaio polacco<sup>3</sup> potrebbe

<sup>1</sup> Si veda il crescendo di toni critici circa l’evoluzione della giurisprudenza della Corte nei due saggi pubblicati sul Giornale nel 1993 e nel 1999.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza sociale della Corte di giustizia*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Riportate in M. HOUWERZIJL, L. BERNTSEN, *Posting of workers: From a blurred notion associated with “cheap labour” to a tool for “fair labour mobility”?*

introdurre i problemi cui sarà dedicato questo saggio. La complessa architettura giuridica costruita su contratti di lavoro, strategie societarie e rapporti commerciali posti in essere al fine ultimo di ridurre il costo di un servizio, non è di certo esclusiva delle fattispecie caratterizzate da elementi di transnazionalità. Non v'è dubbio, tuttavia, che la presenza di una componente transnazionale amplifichi i rischi insiti nella separazione del lavoratore dall'utilizzatore finale della sua prestazione, cumulandosi in questi casi la logica dell'esternalizzazione di manodopera con le dinamiche della competizione regolativa nel mercato interno. Il crescente utilizzo delle cosiddette *letterbox companies* cui questo saggio è essenzialmente dedicato costituisce una chiara manifestazione di quanto appena prospettato.

Già ampiamente conosciute quali strumenti di elusione fiscale, le *letterbox companies* sono più recentemente emerse anche quali dispositivi societari attraverso cui conseguire una riduzione dei costi del lavoro grazie ad un utilizzo quantomeno improprio delle libertà economiche riconosciute dal Trattato. In particolare, il combinato disposto delle norme dettate in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi è vieppiù utilizzato al fine di costruire fattispecie di “distacco artificiale”, tipicamente finalizzate all'utilizzo di manodopera a basso costo nell'ambito di attività produttive ad alta intensità di lavoro svolte nei paesi con *standard* sociali più elevati. Per questa ragione, nonostante il loro (ancora) limitato grado di diffusione, le *letterbox companies* hanno in tempi recenti guadagnato un posto di rilievo nell'agenda del dibattito scientifico, spesso a partire da ricerche empiriche commissionate da parti sociali o attori istituzionali<sup>4</sup>.

in J. ARNHOLTZ, N. LILLIE (a cura di), *Posted Work in the European Union. The Political Economy of Free Movement*, London 2019. Si trattava di un lavoratore polacco assunto dalla filiale polacca di una impresa portoghese cui un'impresa italiana aveva subappaltato l'esecuzione di un servizio da svolgere in Olanda.

<sup>4</sup> J. CREMERS, *Letterbox companies and abuse of the posting rules: how the primacy of economic freedoms and weak enforcement give rise to social dumping*, in *ETUI Policy Brief*, 2014, n. 5; K. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the Internal Market*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2015, p. 85 s.; S. BORELLI, *The correlation between cross-border Social Security and Labour Law*, in W. BUELEN (a cura di), *Putting an end to cross-border social security fraud and abuse*, Brussels, European Federation of Building and Woodworkers, 2018; M. HOUWERZIJL, *Letterbox strategies to suppress wages & labour standards* e ID., *Letterbox strategies to avoid social security contributions*, entrambi in *A hunters game: How policy can change to spot and sink letterbox-type*, ETUC, 2016; ID., *Improving cross-border social security*, in W. BUELEN (a cura di), *Putting an end to cross-border social security fraud*, cit.; T. HASTINGS, J. CREMERS, *Developing an Approach for Tackling Let-*

Gli esiti di tali indagini dimostrano invero che il ricorso alle *letterbox companies* risulta piuttosto praticato in alcuni settori produttivi e/o determinate aree geografiche, riguardando essenzialmente un flusso di migrazioni “temporanee” da alcuni paesi dell’Europa centrale e orientale (Polonia, Estonia, Lettonia, Lituania, Romania, Bulgaria), verso paesi situati nel cuore economico dell’Europa (Germania, Paesi Bassi, Belgio, Svezia), nell’ambito di settori quali edilizia, trasporti, pulizie, turismo, nonché di uno dei comparti oggi individuati come maggiormente problematici nella prospettiva della tutela del lavoro in Europa, ovvero la filiera della carne<sup>5</sup>.

Al fine di fornire alcune plausibili coordinate concettuali di un quadro empirico frastagliato e tuttora in divenire, le molteplici pratiche di distacco artificiale poste in essere a mezzo delle *letterbox companies* possono essere classificate utilizzando la seguente tassonomia.

a) *Distacchi “virtuali”* – Intorno alla metà dello scorso decennio, vasta eco mediatica ha avuto nei Paesi Bassi la notizia di imprese locali di trasporto su gomma che avevano trasferito i contratti di lavoro dei propri dipendenti in capo a società di comodo fittiziamente stabilite a Cipro, con il risultato che gli autisti, pur continuando di fatto a lavorare per il datore di lavoro originario, si erano “trasformati” in lavoratori distaccati da Cipro «anche se non avevano mai visitato l’isola»<sup>6</sup>. Se si parte dal presupposto secondo cui l’obiettivo e l’esito di un distacco artificiale tramite la costituzione fittizia di *letterbox companies* consiste sempre in un “effetto di sostituzione”, si potrebbe concludere che in questo primo tipo di casi l’effetto di sostituzione riguarda solo la legislazione applicabile: la prestazione di lavoro rimane immutata, i lavoratori che la eseguono rimangono i medesimi, ma i loro rapporti risultano disciplinati da una legislazione diversa.

Il caso degli autisti olandesi appena descritto è stato recentemente portato all’attenzione della Corte di giustizia sulla base di un rinvio pregiudiziale sollevato dal più elevato livello della giurisdizione olandese in materia di previdenza e sicurezza sociale; circostanza, quest’ultima, che consente di evidenziare sin d’ora come gli effetti più gravi sui rapporti di lavoro coinvolti in siffatte operazioni di

*terbox Companies*, Brussels, European Platform tackling undeclared work, 2017; F. COSTAMAGNA, *At the Roots of Regulatory Competition in the EU: Cross-border Movement of Companies as a Way to Exercise a Genuine Economic Activity or just Law Shopping?*, in *European Papers*, 2019, 4, p. 185.

<sup>5</sup> P. CAMPANELLA, D. DAZZI (a cura di), *Fairness, freedom and industrial relations across Europe: up and down the meat value chain*, Milano 2020.

<sup>6</sup> T. HASTINGS, J. CREMERS, *Developing an Approach*, cit., p. 8.

distacco artificiale si producano più sul versante previdenziale che non su quello giuslavoristico, come oltre meglio si dirà.

Sulla decisione della Corte<sup>7</sup> – a ragione considerata come «potenzialmente rivoluzionaria per il diritto del lavoro in Europa e oltre»<sup>8</sup> – si tornerà più avanti. Quello che per il momento importa sottolineare è che in questa prima classe di casi ciò che viene in essere è in buona sostanza una sorta di “distacco virtuale” o “distacco senza mobilità” laddove gli stessi lavoratori nazionali precedentemente occupati dall’impresa distaccataria diventano lavoratori stranieri assunti da un’impresa distaccante che li “distacca” esattamente dove essi già si trovavano.

*b) Distacchi reali (ma artificiali)* – I casi di distacco virtuale senza effettiva mobilità descritti nel paragrafo precedente, sono poi affiancati da un diverso tipo di operazioni, in cui il richiamato “effetto di sostituzione” opera in termini diversi.

A partire dal completamento del processo di allargamento, il ricorso all’utilizzo di manodopera distaccata da società registrate in Romania, Polonia e Ungheria è stato massivamente praticato dalle principali aziende tedesche di lavorazione delle carni, così determinando un avvicendamento di lavoratori nazionali (effettivi o potenziali) con lavoratori reclutati nell’Europa dell’Est cui, come meglio si dirà, trova applicazione la legislazione sociale rumena, polacca o ungherese.

In questi casi – ovviamente non circoscritti all’industria tedesca della carne<sup>9</sup> – l’effetto sostitutivo del distacco artificiale è duplice, riguardando non solo la legislazione applicabile ai rapporti di lavoro, quanto piuttosto l’avvicendamento dei lavoratori precedentemente impiegati con altri successivamente distaccati.

*c) Distacchi di cittadini di paesi terzi* – In un terzo tipo di casi, infine, lo schema idealtipico del distacco di lavoratori tra paesi appartenenti all’Unione quale chiave di volta di un mercato interno dei servizi fortemente integrato, viene funzionalmente piegato a fini totalmente diversi: ovvero l’utilizzo di lavoratori migranti provenienti da paesi terzi.

<sup>7</sup> Corte giust., 16 luglio 2020, C-610/18, *AFMB Ltd and Others c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*.

<sup>8</sup> A. IOSSA, *Blocking the “Cyprus route”: notes on the AFMB case and on further prospects for the regulation of labour intermediaries*, in *SIDIBlog*, 31 luglio 2020 [www.sidiblog.org/2020/07/31/blocking-the-cyprus-route-notes-on-the-afmb-case-and-on-further-prospects-for-the-regulation-of-labour-intermediaries](http://www.sidiblog.org/2020/07/31/blocking-the-cyprus-route-notes-on-the-afmb-case-and-on-further-prospects-for-the-regulation-of-labour-intermediaries).

<sup>9</sup> In Italia, un certo scalpore ha suscitato qualche anno fa il caso degli autisti rumeni di cui si occupa il saggio di S. ARCHAIN, *On illegal posting by temporary work agencies. Between use and abuse of the European Union’s legislation*, in *L’altro diritto. La Rivista*, 2017, I, p. 103 s.

c.1) In alcuni casi, il flusso di migranti extracomunitari è gestito da agenzie di lavoro temporaneo situate in uno Stato membro dell'UE che tuttavia assumono i lavoratori da distaccare attraverso l'intermediazione di filiali più o meno autentiche operanti in paesi terzi. Recenti ricerche hanno rilevato, ad esempio, come flussi di lavoratori reclutati in Serbia da filiali serbe di agenzie di lavoro temporaneo ungheresi, siano stati massivamente utilizzati in regime di distacco nelle grandi aziende elettroniche slovacche, così realizzando un «distacco da uno Stato non UE [Serbia], attraverso uno Stato membro dell'UE [Ungheria] a un altro Stato membro dell'UE [Slovacchia]»<sup>10</sup>.

c.2) Una simile connessione funzionale tra distacco e migrazione da paesi terzi è infine chiaramente visibile anche in un'altra serie di casi in cui il distacco artificiale è gestito direttamente dall'impresa distaccataria e non, come visto nel paragrafo che precede, attraverso l'intermediazione di un'agenzia di lavoro temporaneo. In una siffatta prospettiva, è stato ad esempio riferito che in paesi come Danimarca, Svezia e Germania, l'utilizzo di autisti filippini è stato assicurato tramite il loro distacco da parte di *letterbox companies* registrate in Lettonia. E pratiche simili vengono denunciate anche nel settore edile, a giudicare da uno studio commissionato dalla Federazione europea dei lavoratori edili e del legno, ove si legge di «subappaltatori sloveni che reclutano lavoratori dalla Bosnia-Erzegovina e li distaccano subito dopo il loro arrivo in Slovenia in un altro Stato membro. I lavoratori entrano in Slovenia solo per ottenere il modulo A1 necessario per qualificarsi come lavoratore distaccato»<sup>11</sup>.

### 3. *L'inversione funzionale della libera prestazione di servizi nel mercato interno: dal vantaggio competitivo degli home countries al profitto economico degli host countries*

Ce n'è abbastanza per concludere come le descritte, e molte possibili altre, vicende di distacco artificiale nulla abbiano a che vedere con la finalità dichiarata della disciplina europea sul distacco, ovvero la mobilità temporanea di lavoratori UE da uno Stato membro ad un altro

<sup>10</sup> T. NOVITZ e R. ANDRIJASEVIC, *Reform of the Posting of Workers Regime - An Assessment of the Practical Impact on Unfree Labour Relations*, in *Journal of Common Market Studies*, 2020, 5, p. 1325 s.

<sup>11</sup> K. MCGAURAN, *The impact of letterbox-type practices on labour Rights and public revenue. Four case studies on the use of letterbox Companies and conduit entities to avoid labour laws, social premiums and corporate taxes*, ETUC, 2016.

nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. A volte, infatti, manca la stessa mobilità (*supra*, lett. *a*); a volte non si tratta di lavoratori UE (*supra*, lett. *c*); sempre l'impresa che fornisce un presunto servizio è in realtà una società fittiziamente registrata nello stato membro la cui legislazione consente forniture di manodopera più "conveniente".

È noto come nell'ambito della mobilità transnazionale dei lavoratori operi il principio generale secondo il quale il contratto di lavoro rimane «disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro» (art. 8.2, reg. (CE) n. 593/2008). Principio che, se per quanto riguarda talune condizioni di lavoro risulta parzialmente corretto dalla direttiva sul distacco, rimane invece pienamente valido per quel che concerne i regimi di previdenza e sicurezza sociale.

Lungi dal costituire una mera norma di conflitto rilevante sul piano del diritto internazionale privato, l'applicazione del diritto del paese d'origine ha sempre assunto nel processo di integrazione europeo un rilievo sistemico riconducibile alle più accreditate teorie dei mercati internazionali. Esso è stato infatti sempre presentato quale strumento destinato a stimolare le economie dei "nuovi" Stati membri attraverso lo sfruttamento di un vantaggio competitivo, nella prospettiva del raggiungimento a lungo termine dell'equilibrio internazionale postulato dal modello di Heckscher-Ohlin-Samuelson. Si tratta di capire, tuttavia, se nel contesto economico venutosi a creare nell'Europa del post-allargamento quel principio non abbia finito per subire una sorta di inversione funzionale che lo ha portato a servire il fine opposto, ovvero quello di soddisfare soprattutto l'interesse economico dei "vecchi" Stati membri, cui viene consentito attraverso pratiche elusive un abbattimento dei costi del lavoro fondato sull'utilizzo di flussi migratori a basso costo.

#### 4. *Distacco artificiale a mezzo di società fittizie e (abuso del) diritto dell'Unione*

Le articolate strategie datoriali poste in essere attraverso le *letterbox companies* hanno finito dunque per sovvertire la tradizionale narrazione politica della libertà di fornire servizi nel mercato, fino al punto da dar luogo a situazioni di vero e proprio sfruttamento<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Il distacco di lavoratori provenienti da paesi terzi e/o dai paesi di più recente adesione all'UE viene annoverato tra le pratiche in grado di pregiudicare i diritti



a fronte delle quali occorre chiedersi se la rilevante normativa posta in sede UE sia adeguata (e quindi se i descritti abusi costituiscano solo il risultato di una violazione delle regole applicabili), o se invece quelle pratiche, non violando alcuna regola, debbano essere considerate come legittimi effetti di una legislazione inadeguata. O ancora, se la verità non stia nel mezzo, come rilevato da alcuni Autori che hanno parlato al riguardo di un contesto di legalità incerta o «liminale»<sup>13</sup>.

Al fine di rispondere a queste domande, non si può che partire dal principale strumento adottato dall'Unione nel dichiarato tentativo di garantire «un triplice obiettivo, ovvero la promozione della prestazione transnazionale dei servizi, in un clima di concorrenza leale e garantendo il rispetto dei diritti dei lavoratori»<sup>14</sup>: ovvero la direttiva n. 96/71/CE sul distacco, così come modificata dalla direttiva n. 2018/957 e integrata dalla direttiva *Enforcement* n. 2014/67/UE. Si tratta di un corpus normativo che – pur tenendo conto degli indubbi passi avanti compiuti a seguito di novelle legislative e correzioni giurisprudenziali<sup>15</sup> – non può considerarsi risolutivo ai fini del contrasto alle pratiche di distacco artificiale, e ciò per una serie di ragioni qui di seguito brevemente richiamate.

In primo luogo, perché, pur ispirandosi al principio della “parità di retribuzione per lo stesso lavoro nello stesso luogo”, i trattamenti retributivi dei lavoratori distaccati sono ancora decisamente disuguali. Sia perché la parità di trattamento resta soggetta alla condizione dell'effetto erga omnes dei contratti collettivi<sup>16</sup>; sia in quanto le nozioni giuridiche di retribuzione nei paesi ospiti sono sovente strutturate in modo tale da consentire una agevole esclusione di una serie di indennità dal computo della contribuzione previdenziale a carico delle imprese registrate nel paese di invio.

umani dal Rapporto della Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*, Luxembourg 2015.

<sup>13</sup> T. NOVITZ, R. ANDRIJASEVIC, *Reform*, cit., sulla scorta di J. FUDGE, *Illegal Working, Migrants and Labour Exploitation in the UK*, in *Oxf. J. Leg. Stud.*, 2018, 3, p. 557 s.

<sup>14</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Szpunar in C-16/18, *Michael Dobersberger c. Magistrat der Stadt Wien*.

<sup>15</sup> Corte giust., 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry c. Elektrobudowa Spółka Akcyjna*.

<sup>16</sup> G. ORLANDINI, *Il dumping salariale nell'Unione europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Napoli 2019.

In secondo luogo, perché né la direttiva *Enforcement* del 2014 né le revisioni del 2018 hanno risolto il problema di come identificare il distacco genuino, non essendo state adottate misure idonee a garantire che «ciascun fornitore coinvolto svolga una attività “autentica” nello Stato membro di costituzione»<sup>17</sup>, tale dovendosi considerare il presupposto stesso che giustifica il distacco dei lavoratori.

Ed infine, ma non da ultimo, nella misura in cui gli effetti più pesanti del distacco artificiale sulla posizione dei lavoratori coinvolti si producono come detto sul piano delle tutele previdenziali<sup>18</sup>, ove – malgrado un tentativo (fallito) di riforma<sup>19</sup> – continua a operare pienamente il principio della *home country legislation* fatto proprio dal reg. 883/2004.

Affinché l'impresa ricevente possa accedere all'utilizzo di una manodopera affiliata al sistema di sicurezza sociale dello Stato di origine, occorre però che la fattispecie sia configurabile alla stregua di un distacco vero o “genuino”. Partendo dall'esigenza, non ignota al legislatore, di appurare «che il datore di lavoro sia effettivamente stabilito nello Stato membro a partire dal quale avviene il distacco»<sup>20</sup>, l'art. 12 del reg. 883/2004 (il regolamento “base”), definisce il datore di lavoro distaccante come colui che «esercita abitualmente le sue attività» nello Stato membro di invio; mentre l'art. 14.2 del reg. 987/2009 (il regolamento “di attuazione”) precisa che il lavoratore distaccato rimane soggetto alla legislazione sociale del paese di provenienza solo a condizione che il datore di lavoro distaccante svolga «normalmente attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito».

Non si tratta tuttavia, come evidente, di requisiti sufficientemente delineati, atteso che l'individuazione di nozioni quali attività “abituale” o “sostanziale” lasciano un inevitabile margine di incertezza all'interno del quale le teorie societarie della “incorporazione” hanno di fatto finito per prevalere.

<sup>17</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 14 settembre 2016 sul dumping sociale nell'Unione europea (2015/2255(INI)).

<sup>18</sup> Basti pensare a quanto accaduto in Romania, ove con riforma del 2018 è stato deciso che la responsabilità per il versamento della contribuzione previdenziale dei lavoratori subordinati ricade interamente su quest'ultimi. La riforma rumena viene considerata una aperta violazione delle normative OIL e della Carta Sociale Europea da M. HOUWERZIJL, *Improving*, cit.

<sup>19</sup> COM (2016) 815 *Proposal to amend Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems and Regulation (EC) No 987/2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004*.

<sup>20</sup> Considerando n. 8 della direttiva n. 2014/67.

È noto che nella disputa tra teoria della “incorporazione” e teoria della “sede reale” quale criterio di determinazione della *lex societatis*, la Corte di giustizia si è tradizionalmente schierata a favore della prima. Assumendo una nozione pressoché illimitata della libertà di stabilimento, la Corte ha infatti sempre scartato ogni tentativo di limitare le strategie di *regime shopping* basate sul presupposto della formale incorporazione/registrazione in un dato Stato membro<sup>21</sup>, sebbene non siano mancate occasioni per una quantomeno parziale correzione di rotta, come avvenuto a seguito delle Conclusioni prospettate dall’Avv. gen. Kokott nel recente caso *Polbud*<sup>22</sup>. In quell’occasione – seppur in modo «soft»<sup>23</sup> – l’Avv. gen. aveva invero cercato di convincere la Corte che se una società «mira unicamente a ottenere una modifica del diritto societario ad essa applicabile, è esclusa ogni applicazione della libertà di stabilimento. Quest’ultima, infatti, se è pur vero che accorda agli operatori economici dell’Unione la libertà di scegliere il luogo in cui svolgere la propria attività economica, *non concede la scelta del diritto ad essi applicabile*»<sup>24</sup>; né consente, si potrebbe aggiungere, di sfruttare la più conveniente legislazione sociale ivi vigente per mezzo della costituzione di fittizie società distaccanti.

Come noto, tuttavia, i suggerimenti dell’Avv. gen. – ampiamente condivisibili – non sono stati accolti dalla Corte di Lussemburgo, la quale ha al contrario affermato, o meglio ribadito, che rientra nell’ambito della libertà di stabilimento anche la registrazione di una società in uno Stato membro ove questa non svolga alcuna effettiva attività. Il fatto che una tale registrazione venga effettuata solo «al fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa», ha sancito la Corte in *Polbud*, «non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento».

<sup>21</sup> Essenziale rimane al riguardo il noto caso *Centros* (Corte giust., 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, ma v. anche più recentemente Corte giust., 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*).

<sup>22</sup> Corte giust., 25 ottobre 2017, C-106/16, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, su cui v. il Report del JURI Committee del Parlamento Europeo, *The Polbud judgment and the freedom of establishment for companies in the European Union: problems and perspectives* (PE 608.833 - ottobre 2018).

<sup>23</sup> Questo è il termine utilizzato da M. FUENTES NAHARRO, *Cross-Border Conversions and the Company Law Package*, in E. KOVÁCS, M. WINNER (a cura di), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Baden-Baden 2019.

<sup>24</sup> Corte giust., 25 ottobre 2017, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o Polbud*, cit., punto 38. Corsivo mio.

Al di là delle interpretazioni della Corte, ciò che comunque emerge dall'analisi della normativa vigente è una sorta di doppio regime del diritto/libertà di stabilimento nel diritto dell'Unione. Da una parte, la generalità delle imprese, che gode di un illimitato diritto di stabilimento a prescindere da ogni effettivo incardinamento organizzativo e produttivo con il paese ove esse scelgono di registrarsi. Dall'altra, le imprese interessate a porre in essere distacchi transfrontalieri di lavoratori, tenute a svolgere la loro attività "abituale" o "sostanziale" nello Stato di stabilimento a partire dal quale il distacco è operato. Si tratta dunque di un "regime speciale" della libertà di stabilimento, introdotto dal diritto secondario come una sorta di eccezione al regime generale stabilito dal diritto primario dell'Unione e dalla interpretazione che la Corte ne ha sin qui dato. Il che dimostra che il distacco dei lavoratori non può essere considerato alla stregua di una qualsiasi altra attività economica, e al contempo che il legislatore (secondario) dell'Unione ne è in qualche modo consapevole. Resta da vedere se una tale consapevolezza sia sufficiente ad impedire che il combinato disposto delle libertà "primarie" di stabilirsi e di prestare servizi nel mercato interno possa essere evocato anche al fine di giustificare pratiche di *letterbox posting* che in realtà nulla hanno a che vedere con i motivi per cui quelle libertà sono state riconosciute.

5. *La nozione di "distacco genuino": un argine efficace alle pratiche di letterbox posting?*

Si tratta dunque di definire se gli strumenti sinora adottati dal legislatore dell'UE corrispondano alla sua intenzione, ovvero se le norme contenute nelle direttive e regolamenti prima evocati siano in grado, ove correttamente applicate, di separare il distacco genuino da quello artificiale, riservando l'applicazione della più vantaggiosa legislazione sociale del paese d'origine solo alla prima e non alla seconda ipotesi.

Ricordata al riguardo l'insufficienza del richiesto carattere "abituale" o "sostanziale" della attività svolta nel paese di registrazione<sup>25</sup>, è necessario proseguire l'analisi soffermandosi sugli ulteriori requisiti previsti dai citati regolamenti, al fine di valutarne l'idoneità

<sup>25</sup> Nella recentissima Corte giust., 3 giugno 2021, C-784/19, *Team Power Europe c. Direktor na Teritorialna direksia na Natsionalna agentsia za prihodite – Varna*, la Corte ha tuttavia escluso che possa dirsi "sostanzialmente" stabilita in Bulgaria una agenzia di lavoro temporaneo la cui unica attività era quella di fornire lavoratori interinali ad imprese tedesche.

ad accertare la sussistenza di una reale ed effettiva connessione tra l'impresa distaccante e l'ordinamento dello stato ove essa è formalmente registrata.

a) *Il requisito della precedente affiliazione* – Secondo l'art. 14.1, reg. 987/2009, può dirsi (genuinamente) distaccato un lavoratore che «immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro [...] fosse già soggetto alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito». La previa affiliazione al sistema previdenziale dello Stato di provenienza è quindi considerata l'antidoto alle ipotesi estreme, ma non infrequenti, di *letterbox companies* costituite con il solo fine di registrarsi in un determinato giorno, assumere lavoratori il giorno successivo ed inviarli in distacco il giorno dopo (per poi sovente eclissarsi quando il distacco è finito).

Alcuni recenti sviluppi giurisprudenziali sembrano tuttavia in grado di vanificare un siffatto intento antielusivo, prospettando interpretazioni decisamente riduttive che paiono incoerenti con la *ratio* della disciplina. Mentre infatti secondo la Commissione il requisito della previa affiliazione può dirsi soddisfatto ove il lavoratore sia stato integrato nel regime di sicurezza sociale del paese di provenienza almeno un mese prima dell'inizio del distacco<sup>26</sup>; e mentre qualificati osservatori suggeriscono di estendere tale periodo a tre o anche sei mesi<sup>27</sup>, la Corte di giustizia ha sorprendentemente affermato che essere soggetti alla legislazione dello Stato membro di origine «immediatamente prima» l'inizio del distacco non vuol dire essere affiliati al relativo sistema di sicurezza sociale prima del distacco.

Nella discutibile sentenza *Walltopia*<sup>28</sup>, in particolare, una evidente sottovalutazione, se non un fraintendimento, delle finalità sottese alla disciplina sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale ha indotto la Corte a concludere che un lavoratore assunto con il solo fine di essere distaccato in un altro Stato membro (ovvero il “*core business*” delle *letterbox companies*) può essere considerato soggetto alla legislazione dello Stato di provenienza «immediatamente prima» dell'inizio del rapporto «quand'anche detto lavoratore non avesse la qualità di assicurato a norma della legislazione di tale Stato membro immediatamente prima dell'inizio della sua attività lavorativa subor-

<sup>26</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Practical guide on posting*, Luxembourg 2019.

<sup>27</sup> M. HOUWERZIJL, *Letterbox strategies*, cit., p. 84; T. HASTINGS, J. CREMERS, *Developing*, cit., p. 12.

<sup>28</sup> Corte giust., 25 ottobre 2018, C-451/17, “*Walltopia*” AD c. *Direktor na Teritorialna direksia na Natsionalnata agentsia za prihodite - Veliko Tarnovo*.

dinata, nella misura in cui il lavoratore fosse, a quell'epoca, residente in tale Stato membro». In questo modo l'obiettivo stesso del sistema di coordinamento della previdenza sociale nell'UE – ovvero «evitare una frammentazione delle biografie previdenziali»<sup>29</sup> dei lavoratori mobili, assicurando che durante il periodo di distacco essi mantengano l'affiliazione al sistema di sicurezza sociale dello Stato di origine – viene totalmente travisato. Sarebbe infatti alquanto arduo sostenere che la pronuncia della Corte sia funzionale al “mantenimento” del regime nazionale di sicurezza durante il distacco, visto che nell'ipotesi di un soggetto assunto solo per essere distaccato, non c'è proprio nulla da “mantenere”. Affermare che essere soggetti alla legislazione dello Stato di invio prima del distacco, significa semplicemente esserne residenti, trascura incomprensibilmente di considerare che la “legislazione” della quale l'art. 12, reg. 833/2004 e l'art. 14, reg. 987/2009 parlano nel momento in cui prevedono che il lavoratore distaccato debba essere «già soggetto alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito», è ovviamente la legislazione in materia di sicurezza sociale e non “qualsiasi” legislazione nazionale come quella relativa alla residenza.

*b) Il requisito di non sostituzione* – Al citato requisito della previa affiliazione, l'art. 12 del reg. 833/2014 affianca poi una ulteriore condizione, prevedendo che il lavoratore distaccato rimane soggetto alla legislazione sociale del paese di origine «a condizione che [...] non sia inviato in sostituzione di un'altra persona distaccata».

La tipica architettura dei distacchi artificiali – posti in essere di norma a mezzo di una serie di «compagini societarie di breve vita registrate nell'Europa orientale [...] con commesse che passano comunemente da una *letterbox company* ad un'altra all'interno della stessa catena di proprietà»<sup>30</sup> – rende l'applicazione della clausola di non-sostituzione piuttosto complessa, nella misura in cui strategie di distacco “a catena” o a “rotazione” possono assumere modalità diverse. Una medesima prestazione in precedenza svolta da un lavoratore distaccato può infatti essere potenzialmente affidata: *a)* allo stesso lavoratore distaccato dallo stesso datore di lavoro; *b)* ad un diverso lavoratore distaccato dallo stesso datore di lavoro; *c)* allo stesso lavoratore distaccato da un diverso datore di lavoro; *d)* a un diverso lavoratore

<sup>29</sup> M. HOUWERZIJL, *Improving*, cit., p. 31.

<sup>30</sup> T. HASTINGS, J. CREMERS, *Developing*, cit., i quali aggiungono subito dopo: «Quando i lavoratori tentano di far valere i propri diritti, o quando gli ispettori intervengono, le imprese di solito spariscono, per riapparire in seguito sotto una diversa denominazione».

distaccato da un diverso datore di lavoro. Si tratta di capire se la disposizione antielusiva di “non sostituzione” contenuta nell’art. 12 sia in grado porre un efficace argine rispetto a tutte oppure no.

*b.1) La sostituzione da parte dello stesso datore di lavoro* – Mentre è certo che allorquando lo stesso datore di lavoro sostituisca un precedente lavoratore distaccato con un altro (lett. *b*), il secondo lavoratore non possa dirsi genuinamente “distaccato” e rimanere dunque affiliato al regime previdenziale del paese di provenienza, qualche dubbio sussiste con riferimento alla situazione di cui alla lett. *a*), ovvero allorquando lo stesso datore di lavoro provveda a “ri-distaccare” lo stesso lavoratore. Ciò che l’art. 12 del reg. 883 espressamente disciplina è infatti solo una situazione in cui un lavoratore distaccato viene inviato «in sostituzione di un’altra persona distaccata». Un’interpretazione restrittiva porterebbe quindi a concludere che la condizione di non sostituzione si applica solo quando un lavoratore distaccato sia sostituito da un diverso lavoratore distaccato dallo stesso datore di lavoro; mentre al contrario lo stesso lavoratore potrebbe essere ri-distaccato entro il limite dei 24 mesi, senza perdere la (più favorevole per l’impresa distaccataria) affiliazione al regime previdenziale del paese di provenienza.

*b.2) La sostituzione da parte di un datore di lavoro diverso* – Dubbi analoghi potrebbero sorgere – e sono in effetti sorti – con riferimento alle fattispecie prima indicate *sub* lett. *c*) e *d*), ovvero allorquando la sostituzione avvenga ad opera di un datore di lavoro diverso. A questo proposito – probabilmente il più rilevante nei contesti di distacchi “a rotazione” tipicamente perseguiti con lo strumento di *letterbox companies* “volatili” – il recente caso *Alpenrind*<sup>31</sup> offre una chiara dimostrazione dei termini in cui diverse interpretazioni si contendono il campo.

I fatti di causa rivelano in tutta evidenza come la posta in gioco in *Alpenrind* fosse proprio un distacco artificiale posto in essere a mezzo di una pluralità di *letterbox companies* ungheresi, le quali si succedevano ogni 24 mesi<sup>32</sup> nel distacco di lavoratori presso una medesima impresa di lavorazione delle carni collocata in Austria.

Basandosi sulla discutibile premessa secondo la quale «la condizione di non-sostituzione deve essere considerata solamente dal punto di vista del datore di lavoro che distacca un suo lavoratore», l’Avv. gen.

<sup>31</sup> Corte giust., 6 settembre 2018, C-527/16, *Salzburger Gebietskrankenkasse and Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz c. Alpenrind GmbH et al.*

<sup>32</sup> Non a caso il periodo di distacco massimo oltre il quale non opera più il principio della *home country legislation* (Art. 12, reg. 883/2004).

ØE aveva concluso che «non c'è “sostituzione” ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004, quando un datore di lavoro B procede al distacco di un lavoratore per svolgere un lavoro che, precedentemente, era svolto da un lavoratore distaccato dal datore di lavoro A». Ne consegue che «nulla vieta al destinatario del servizio nello Stato membro ospitante di stipulare contratti successivi e distinti con imprese diverse per la realizzazione degli stessi lavori da effettuarsi con lavoratori distaccati che non vengono assoggettati al regime di sicurezza sociale dello Stato membro ospitante». Come è evidente, la rappresentazione offerta dall'Avv. gen., lungi dal costituire un argine alle pratiche di distacco “a catena” o “a rotazione”, ne costituisce al contrario una sorta di legittimazione, basandosi su un approccio atomistico che, tenendo esclusivamente conto della prospettiva dell'impresa distaccante, omette di dare la dovuta rilevanza al fatto che il *letterbox posting* è per definizione un fenomeno da valutare nella prospettiva olistica dell'obiettivo finale perseguito dalle due società (se non per dirla tutta, nella prospettiva della sola impresa distaccataria, unico vero soggetto economico sulla scena del distacco artificiale).

Il parere dell'Avv. gen. non è stato tuttavia accolto dalla Corte la quale – pur non affrontando direttamente il profilo di *letterbox posting* evidentemente ricorrente nel caso in esame – ha affermato che allorquando un lavoratore distaccato sia sostituito da un altro lavoratore distaccato da un diverso datore di lavoro «quest'ultimo lavoratore dev'essere considerato “inviato in sostituzione di un'altra persona”», con la conseguenza che non può «continuare ad essere assoggettato alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro esercita abitualmente le sue attività». Resta da vedere se una siffatta posizione della Corte, che ha l'indubbio e condivisibile effetto di ridurre la convenienza economica degli accordi di distacco effettuati attraverso reti di *letterbox companies* che si succedono l'una all'altra per la fornitura di un medesimo servizio, sarà confermata dalla futura giurisprudenza.

#### 6. *I principi del diritto del lavoro come strumento di contrasto al distacco artificiale. Una sorprendente pronuncia della Corte di giustizia*

Sebbene alcuni dei recenti sviluppi giudiziari – il citato *Alpenrind*, ma anche il coevo *Altun*<sup>33</sup> – abbiano iniziato a mettere qual-

<sup>33</sup> Corte giust., 6 febbraio 2018, C-359/16, *Ömer Altun et al. c. Openbaar Mini-*



che granello di sabbia negli ingranaggi del distacco artificiale, resta indiscutibile che l'attuale legislazione sul coordinamento della sicurezza sociale non offre sufficienti contro-limiti all'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestare servizi come strumento di *regime shopping*. Diverse prospettazioni sono dunque necessarie al fine di evitare fenomeni elusivi quali quelli qui in discussione.

Accanto ad un auspicabile ruolo della *neo*-costituita Autorità europea del lavoro in funzione di controllo ispettivo<sup>34</sup>, o ad una poco probabile revisione del quadro normativo pur da alcuni suggerita<sup>35</sup>, pare possibile indicare anche una diversa prospettiva, all'interno della quale estendere alla tutela previdenziale dei lavoratori distaccati quella stessa applicazione della *host country legislation* che per quanto riguarda la tutela giuslavoristica è già parzialmente assicurata dalla direttiva sul distacco. In questa diversa prospettiva, l'incardinamento dei lavoratori distaccati nel sistema di sicurezza sociale dello stato di destinazione potrebbe ermeneuticamente derivare dall'applicazione dei principi consolidati che sottendono la costruzione giuridica del contratto di lavoro nella maggior parte degli Stati membri.

In una siffatta prospettiva, sarebbe infatti agevole rilevare che nelle ipotesi di distacco artificiale realizzate con l'intervento di società fittiziamente stabilite in altri stati membri, l'unico autentico rapporto di lavoro presente sulla "scena del crimine" è quello intercorrente tra i lavoratori distaccati e l'impresa distaccataria, rivestendo l'im-

*sterie*, con il quale per la prima volta viene messa in discussione la assoluta insindacabilità del Modello A1 rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro di origine, ovvero i soggetti meno interessati a far emergere il carattere artificiale del distacco. Proprio con riferimento ad una fattispecie di *letterbox company* registrata in Bulgaria che distaccava regolarmente lavoratori in Belgio senza svolgere alcuna attività "sostanziale" in Bulgaria, la Corte ha aperto una breccia nel muro del "feticcio" A1, ritenendo che in presenza di adeguato fondamento probatorio il documento A1 può essere sindacato sia in sede di procedura di infrazione *ex art.* 259 TFUE, sia in sede di giurisdizione nazionale da parte dello stato ospite.

<sup>34</sup> M. ROCCA, *Les dernières minutes de la dernière chance: l'Agence Européenne du Travail et L'Union en 2019*, in S. BORELLI, M. MORSA e A. ALLAMPRESE (a cura di), *L'Autorité européenne du travail*, Bruxelles 2020; S. BORELLI, *Which way I ought to go from here? The European Labour Authority in the internal market regulation*, in S. BORELLI, A. GUZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. T. HASTINGS, J. CREMERS, *Developing*, cit., i quali propongono la rimozione di quel principio della *home country legislation* che costituisce la stessa ragione d'essere delle pratiche di distacco artificiale attraverso l'intervento di *letterbox companies*: «Ciò garantirebbe la corretta individuazione del regime previdenziale e fornirebbe un incentivo alle imprese a utilizzare lavoratori distaccati solo quando se ne riscontra una reale esigenza produttiva».

presa distaccante un ruolo meramente fittizio suscettibile di essere rimosso attraverso un duplice ordine di considerazioni.

a) *L'assenza di un effettivo rapporto di lavoro tra il lavoratore distaccato e l'impresa distaccante* – Da una parte occorre confutare la sussistenza di ogni effettivo legame organico tra l'impresa distaccante e il lavoratore distaccato. Coessenziale alla stessa nozione di distacco è infatti l'esistenza di «un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (art. 1.3.a., dir. 96/71/CE), ovvero che il lavoratore sia solo «temporaneamente» distaccato «in uno Stato membro diverso da quello nel quale o a partire dal quale esercita abitualmente la propria attività» (art. 4.3., dir. 2014/67/UE). Orbene, è quasi inutile sottolineare come nei casi di *letterbox posting* manchi del tutto qualsiasi evidenza fattuale di un luogo di lavoro «abitualmente» presso il quale il lavoratore faccia ritorno dopo un distacco «temporaneo». Malgrado la Corte abbia espressamente ribadito che «il vincolo necessario tra l'impresa che procede al distacco del lavoratore in uno Stato membro diverso da quello in cui la stessa è stabilita e il lavoratore distaccato, richiede il *mantenimento di un legame organico* tra tale impresa e tale lavoratore per tutta la durata del distacco di quest'ultimo»<sup>36</sup>, sarebbe invero arduo negare che tra le *letterbox companies* distaccanti e lavoratori distaccati non intercorra alcun «legame organico» da mantenere durante il periodo del distacco.

b) *Il vero (e unico) datore di lavoro* – D'altra parte, a medesime conclusioni può pervenirsi attraverso un percorso argomentativo specularmente inverso, volto ad evidenziare come nel caso di un distacco operato da imprese fittiziamente registrate in altro stato membro, i lavoratori distaccati siano *de facto* interamente gestiti dall'impresa distaccataria, la quale non può quindi che essere qualificata *de jure* come (l'unico) vero datore di lavoro.

Pur se si tratta di una conclusione tutt'altro che scontata, alcuni recenti sviluppi sembrano invero legittimare operazioni ermeneutiche in esito alle quali i rapporti dei lavoratori distaccati da una *letterbox company* potrebbero essere sottratti all'applicazione di una *home country legislation* che non ha alcun titolo per essere invocata, per essere invece ricondotti – in una prospettiva antifrode – al diritto previdenziale dello Stato in cui opera il loro reale (e unico) datore di lavoro.

<sup>36</sup> Corte giust., 6 febbraio 2018, *Ömer Altun et al. c. Openbaar Ministerie*, cit., punto 34.

In primo luogo, le innovazioni apportate con la direttiva n. 2018/957 testimoniano che il legislatore dell'UE è consapevole che il controlimite più efficace rispetto a strategie di *regime shopping* non propriamente commendevoli consiste nel rimuoverne la convenienza (ovvero l'applicazione del diritto del paese di provenienza), per sancire invece la sottoposizione dei lavoratori distaccati al regime previdenziale dello Stato ospite. In questa ottica pare muoversi l'art. 5.4 della citata direttiva di modifica, il quale prevede che quando «un'impresa, in modo scorretto o fraudolento, simuli che la situazione di un lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della presente direttiva, lo Stato membro in questione garantisce che il lavoratore benefici della normativa e della prassi pertinente». Anche se la disposizione avrebbe potuto essere redatta in modo più esplicito, ciò pare significare che in caso accertata frode, gli stati ospiti possono disporre che i lavoratori artificialmente distaccati siano soggetti alla propria legislazione nazionale.

Su un diverso versante, un particolare rilievo deve essere attribuito alla decisione recentemente resa dalla Corte di giustizia con riferimento al caso "cipriota" di cui si è detto nella prima parte di questo scritto (*supra*, § 2.a). Anticipata da Conclusioni dell'Avv. gen. Pikamäe che ne lasciavano intravedere la portata potenzialmente "eversiva" di una consolidata concezione dell'esercizio della libertà di impresa nel mercato interno, la sentenza della Corte nel caso *AFMB*<sup>37</sup> si colloca esattamente lungo la prospettiva prima indicata, dedicandosi essenzialmente alla identificazione del "vero" datore di lavoro nell'ambito di pratiche di *letterbox posting* nei quali il ruolo dell'impresa distaccante si riduce ad un utilizzo strumentale della libertà di stabilimento per la fornitura di manodopera a basso costo. Utilizzando parole piuttosto infrequenti nelle sedi giurisdizionali dell'Unione, l'Avv. gen. aveva esortato la Corte ad ispirarsi ad un approccio tale da «evitare che le libertà fondamentali del mercato unico vengano strumentalizzate o contribuiscano alla realizzazione di un'elusione», suggerendo che, in presenza di «costruzioni giuridiche artificiose», individuare il datore di lavoro (e quindi la legislazione applicabile) basandosi «unicamente sull'esistenza di un rapporto contrattuale, equivarrebbe a sostenere una posizione eccessivamente formalistica»<sup>38</sup>. Sorprendente, è il meno che si possa dire.

Sulla base di una impostazione siffatta, la decisione della Corte

<sup>37</sup> V. riferimenti alla nota n. 7.

<sup>38</sup> Citazioni tutte tratte dal punto 40 delle Conclusioni dell'Avv. gen. nel caso *AFMB*.

è giunta a conclusioni di indubbio interesse, il cui rilievo eccede la peculiarità del *letterbox posting* per autorizzare significative speculazioni sui limiti di un esercizio delle libertà economiche esclusivamente finalizzato a strategie di *social dumping*.

In primo luogo, perché la retorica del distacco dei lavoratori come necessario ed esclusivo sinonimo della libertà di fornire servizi nel mercato interno viene (finalmente) revocata in dubbio, confutando la stessa idea che nel *letterbox posting* ricorra un'autentica fattispecie di distacco. Attraverso una serie di considerazioni «rivoluzionarie»<sup>39</sup> per la Corte, ma decisamente più familiari per il giuslavorista italiano, i giudici di Lussemburgo hanno infatti con nettezza affermato che nelle ipotesi di distacco artificiale il “vero” datore di lavoro non può identificarsi con il titolare formale del relativo contratto: ai fini di una corretta imputazione del rapporto, afferma la Corte, occorre infatti «tener conto non solo delle informazioni formalmente contenute nel contratto di lavoro, ma anche del modo in cui le obbligazioni incombenti tanto al lavoratore quanto all'impresa in questione sono eseguite in pratica nell'ambito di tale contratto». Ne è derivato, con riferimento al caso “cipriota” oggetto della decisione, che «un autotrasportatore internazionale è impiegato non dall'impresa con cui formalmente ha stipulato un contratto di lavoro ma dall'impresa di trasporto che esercita su di esso l'autorità effettiva». Nell'addivenire a siffatte trancianti e inedite conclusioni, peraltro, la Corte ha dimostrato di voler attribuire rilievo primario a quell'“effetto di sostituzione” che, come in apertura evidenziato, costituisce una delle più comuni manifestazioni (e motivazioni) del distacco artificiale (*supra*, § 2): «alcuni degli autotrasportatori di cui al procedimento principale erano, prima della conclusione dei contratti di lavoro con l'*AFMB*, già dipendenti delle imprese di trasporto [...] conformemente alle constatazioni effettuate dal giudice del rinvio, “la situazione quotidiana non è cambiata o lo è di poco dopo l'intervento dell'*AFMB* nella relazione tra gli [autotrasportatori] e [tali imprese]”, poiché questi ultimi continuano, di fatto, ad essere alla completa disposizione e sottoposti all'autorità di dette imprese».

Più in generale, la sentenza *AFMB* costituisce uno dei rarissimi casi in cui la Corte di giustizia non ha potuto fare a meno di riconoscere che all'interno di un contesto economicamente differenziato come l'Unione post-allargamento, ostinarsi a negare che le libertà economiche fondamentali possano essere piegate a strumento di *re-*

<sup>39</sup> A. IOSSA, *Blocking*, cit.

*gime shopping* è posizione davvero insostenibile. Pur prudentemente evitando di prendere espressamente posizione sull'incandescente tema dell'"abuso del diritto" dell'UE, la Corte non ha infatti mancato di evocarne la sussistenza: una nozione "formale" di datore di lavoro distaccante che in ipotesi ricomprendesse anche le *letterbox companies*, ha affermato la Corte, finirebbe «per agevolare la possibilità per le imprese di fare uso di espedienti puramente artificiosi al fine di utilizzare la normativa dell'Unione al solo scopo di trarre vantaggio dalle differenze esistenti tra i regimi nazionali».

## 7. Conclusioni

Attraverso la spregiudicata combinazione di una illimitata libertà di stabilimento, di una logica di vantaggio competitivo sul mercato interno dei servizi, di talune falle del diritto derivato dell'Unione e di notevoli difficoltà sul piano dei controlli, il *letterbox posting* costituisce un esempio paradigmatico di come la competizione regolativa fondata sulla diversità dei costi del lavoro si sia trasformata «da non voluta conseguenza del mercato interno che gli Stati membri hanno il diritto di limitare, a cifra caratterizzante di quel mercato che gli stati hanno l'obbligo di tollerare»<sup>40</sup>.

Al di là delle sue pur non trascurabili dimensioni, il distacco artificiale può essere dunque qualificato come una sorta di cavallo di Troia del *dumping* sociale all'interno dei confini dell'Unione. Come tutte le insidie di tal guisa, il rimedio non può che consistere nel disvelare la realtà nascosta al di sotto dell'apparenza, evidenziando, fuor di metafora, come il presunto "distacco" operato da imprese fittizie non è in realtà ciò che pretende di essere. Piuttosto che pensare a nuove regole sulla legislazione sociale applicabile ai lavoratori distaccati, quindi, meglio sarebbe delimitare il campo di applicazione di quelle esistenti: una volta riconosciuto che l'utilizzo di lavoratori a basso costo messi a disposizione da una *letterbox company* registrata in uno Stato membro diverso per meri motivi di convenienza *non* è un distacco, il principio della applicazione della legislazione del paese di origine può essere accantonato a favore di un principio di parità di trattamento auspicabilmente destinato a governare tutte le forme di mobilità dei lavoratori all'interno dell'UE.

<sup>40</sup> F. COSTAMAGNA, *Regulatory competition in the social domain and the revision of the posted workers directive*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility*, cit.

MASSIMO PALLINI

Libertà di contrattazione collettiva  
dei lavoratori autonomi e tutela della concorrenza:  
apologia della giurisprudenza  
della Corte di giustizia dell'UE

SOMMARIO: 1. La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi al cospetto della dottrina *Albany*. – 2. Lo strasbismo “pan-lavorista” nell’analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia UE. – 3. I “falsi lavoratori autonomi” nella giurisprudenza in materia di concorrenza. – 4. Ambiti e limiti della contrattazione di “categoria” dei lavoratori autonomi non imprenditori. – 5. Ambiti e limiti della contrattazione “aziendale” dei lavoratori autonomi *tout court*.

1. *La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi al cospetto della dottrina Albany*

La giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea in merito alle restrizioni che la tutela della concorrenza reca alla libertà di contrattazione collettiva dei lavoratori subordinati si è ormai assestata da quasi un ventennio sulla c.d. dottrina *Albany*<sup>1</sup>. Come noto, secondo questo orientamento dei Giudici di Lussemburgo la contrattazione collettiva non è di per sé totalmente esentata dalla disciplina a tutela della concorrenza dettata dalle previsioni del TFUE e dalla legislazione secondaria dell’Unione. Tale esenzione sussiste solo in termini relativi, quando cioè «gli accordi conclusi nell’ambito di trattative collettive tra parti sociali [...] debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 85, n. 1, del Trattato» laddove perseguano l’obiettivo sociale della «ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro»<sup>2</sup>. Qualora

<sup>1</sup> Corte giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International Btv*, in *Racc.*, 1999-1, p. 430 ss.

<sup>2</sup> Cfr. punti 59 e 60 della sentenza *Albany*, cit.; Corte giust., 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers’ Federation e Finnish Seamen’s Union*, in *Racc.*, 2007, p. 772, punto 49; Corte giust., 9 luglio 2009, C-319/07, *P, 3F/*

invece la contrattazione collettiva travalichi i confini della disciplina delle obbligazioni *core* in seno al rapporto contrattuale individuale di lavoro, deve anch'essa osservare i divieti dettati dagli artt. 101 e ss. TFUE circa l'oggetto dell'accordo e non esser fonte – anche solo potenziale – di restrizioni o distorsioni della concorrenza tra imprese.

Tale orientamento è stato severamente criticato da gran parte degli interpreti giuslavoristi in tutta Europa, lamentando che in tal modo si legittima un sindacato giudiziale sull'oggetto e sugli scopi della contrattazione collettiva particolarmente insidioso, giacché tale contrattazione risponde a una genetica finalità restrittiva della concorrenza sia tra i lavoratori, con riguardo alle condizioni alle quali “offrire” la propria attività di lavoro, sia tra le stesse imprese, con riguardo alle condizioni alle quali “domandare” tale attività sul mercato del lavoro<sup>3</sup>.

Si deve ammettere tuttavia che, sebbene queste critiche abbiano un indubbio fondamento e non possa ritenersi soddisfacente sul piano assiologico e sistematico la soluzione di bilanciamento rinvenuta dalla Corte di giustizia, in realtà sino ad oggi lo stesso Giudice europeo ed i Giudici nazionali hanno fatto un utilizzo estremamente prudente e auto-restrittivo di tale potere di sindacato della compatibilità della contrattazione collettiva con la disciplina della concorrenza. Tant'è che in giro per l'Unione europea è assai raro imbattersi in pronunce giudiziali che abbiano rilevato la contrarietà di previsioni di un contratto collettivo di lavoro con la disciplina della concorrenza e ne abbiano per questo dichiarato la nullità.

Il problema sembrava pertanto esser oramai relegato tra quelli che appassionano, e di molto, gli accademici, ma che hanno poi una rilevanza pratica assai contenuta nelle dinamiche degli attori della negoziazione collettiva nel mercato del lavoro. Alcuni legislatori degli Stati membri UE hanno persino ritenuto di poter tranquillamente prevedere al livello nazionale l'esonero totale della contrattazione collettiva dalla disciplina della concorrenza<sup>4</sup>, esattamente nei mede-

*Commissione*, in *Racc.*, 2009, p. 435, punto 50; Corte giust., 21 settembre 1999, C-115/97, *Brentjens*, in *Racc.*, 1999, p. 434, punto 57; Corte giust., 21 settembre 1999, C-212/97, *Drijvende Bokken*, in *Racc.*, 1999, p. 437, punto 47; Corte giust., 12 settembre 2000, da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e a.*, in *Racc.*, 2000, p. 428, punto 67; Corte giust., 21 settembre 2000, C-222/98, *van der Woude*, in *Racc.*, 2000, p. 475, punto 22.

<sup>3</sup> G.P. CELLA, *Il sindacato*, Roma-Bari 1999, p. 56.

<sup>4</sup> Vedi ad esempio l'art. 47-*quater* della legge n. 128 del 2019 che ha previsto che il compenso dei *riders* non possa essere inferiore ai minimi dettati dai «contratti

simi termini in cui la stessa è prevista dallo *Sherman Act* del sistema federale statunitense<sup>5</sup>.

Di colpo il problema è invece tornato al centro del dibattito giuslavoristico al comparire delle prime iniziative di negoziazione collettiva dei lavoratori autonomi in condizioni di dipendenza economica, le cui schiere sono andate ingrossandosi esponenzialmente dagli inizi del nuovo secolo. Promotori di queste iniziative sono stati prevalentemente i c.d. *platform workers*<sup>6</sup>, che stanno cercando di organizzare una loro rappresentanza collettiva o attraverso le stesse organizzazioni sindacali che tradizionalmente rappresentano i lavoratori subordinati<sup>7</sup> oppure, più di frequente, attraverso nuove associazioni professionali<sup>8</sup>. In tal modo si mira a rafforzare il potere di negoziazione di questi lavoratori e ribilanciare, almeno parzialmente, la sproporzione dei rapporti di forza con i grandi committenti della *gig economy*. Si è correttamente rilevato che stiamo assistendo alle medesime dinamiche, seppur in un contesto produttivo e di mercato completamente mutato, che hanno caratterizzato la nascita e le

collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e che, in mancanza, si debba fare riferimento ai «minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti».

<sup>5</sup> Corte Suprema, 2 giugno 1975, n. 100, 421 US 616, *Connell Construction/ Plumbers and Steamfitters Local Union*.

<sup>6</sup> O. RAZZOLINI, *Collective action for self-employed workers: a necessary response to increasing income inequality*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. INT - 155/2021; ID., *Organizzazione e azione collettiva nei lavori autonomi*, in *Pol. soc.*, 2021, n. 1; M. FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Lab. Law Iss.*, 2018, 4, p. 42 ss.; A. LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, *ivi*, p. 5 s.; A. TASSINARI, V. MACCARRONE, *La mobilitazione dei fattorini della gig economy in Italia: forme organizzative e implicazioni per la rappresentanza*, in *Quad. rass. sind.*, 2018, p. 80 s. Si veda la *Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano*, sottoscritto da *Riders Union*, Cgil, Cisl e Uil e la *Sgnam e Mymenu*, con la mediazione del Comune di Bologna, nonché il contratto collettivo del 15 settembre 2020 per i *food delivery riders* sottoscritto da Ugl e *Assodelivery*, l’associazione datoriale più rappresentativa cui aderiscono le imprese che impiegano la maggior parte dei lavoratori del settore, che è stata però duramente criticata dalle altre organizzazioni sindacali confederali, contestando la effettiva maggiore rappresentatività dell’Ugl nel settore.

<sup>7</sup> Cfr. M. CARRIERI, P. FELTRIN, *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell’Italia di oggi*, Roma 2016.

<sup>8</sup> Cfr. R. SEMENZA, A. MORI, *Lavoro apolide. Freelance in cerca di riconoscimento*, Milano 2020, p. 116.



proto-forme di organizzazione dei sindacati di mestiere al tempo della prima rivoluzione industriale<sup>9</sup>.

La contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi, anche ove economicamente dipendenti, sembrerebbe, però, porsi in diretta rotta di collisione con il diritto della concorrenza, che rischia, se non di precluderla totalmente, quantomeno di restringerla in modo assai rilevante gli ambiti di agibilità.

Nella *vulgata* giuslavoristica del diritto europeo, infatti, i lavoratori autonomi sono equiparati *tout court* a delle imprese individuali, anche quando si avvalgono esclusivamente della loro personale attività di lavoro per prestare servizi al committente; e dunque, in quanto “imprese”, sono soggetti integralmente alla disciplina della concorrenza. In particolare l’art. 101, par. 2, lett. *a*, TFUE sembrerebbe precludere in modo assoluto la possibilità di qualsivoglia contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi con riguardo a quello che è invece l’oggetto principe della contrattazione dei lavoratori subordinati: il compenso minimo inderogabile individualmente. Questa norma del Trattato, infatti, detta una presunzione assoluta di anticoncorrenzialità di ogni accordo collettivo tra operatori economici sul prezzo del servizio<sup>10</sup>.

Molte voci<sup>11</sup> si sono alzate per denunciare l’inadeguatezza della

<sup>9</sup> Cfr. S. BOLOGNA, *Fine del lavoro come la fine della storia?*, Trieste 2020; E. MINGIONE ET AL., *Le organizzazioni sociali e i giovani professionisti nell’area milanese*, in *Quad. rass. sind.*, 2014, p. 125 ss.; G.P. CELLA, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee e italiane*, in *Stato merc.*, 2012, p. 34 s.; L. DORIGATTI, *Sindacati e alleanze sociali. Riflessioni a partire dalla campagna «Fight for \$ 15»*, in *Quad. rass. sind.*, 2015, p. 128 s.

<sup>10</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, le pratiche di fissazione diretta o indiretta dei prezzi di acquisto o vendita ovvero gli accordi di *price fixing* e gli accordi a questi accessori *ex art. 101, par. 1, lett. a, TFUE* sono considerati per loro natura anticoncorrenziali e vietati indipendentemente dall’esame dei loro effetti concreti e dalla circostanza che i prezzi fissati siano stati effettivamente rispettati (cfr. Corte giust., 4 giugno 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands e a.*; Corte giust., 11 luglio 1989, C-246/86, *Belasco*).

<sup>11</sup> Cfr. O. RAZZOLINI, *Collective action for self-employed workers*, cit.; N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *The Labour Law Framework: Self-Employed and Their Right to Bargain*, in B. WAAS, C. HIESSL (a cura di), *Collective bargaining for self-employed workers in Europe*, The Netherlands 2021, pp. 3-17; IDD., *New Trade Unions strategies for new forms of employment*, Brussels 2019; V. DASKALOVA, *The Competition Law Framework and Collective Bargaining Agreements for Self-Employed: Analysing Restrictions and Mapping Exemption Opportunities*, *ivi*, p. 18 ss.; I. LIANOS, *Reconciling Antitrust Standards and Collective Bargaining Rights: Towards a New Analytical Framework in EU Competition Law*, *ivi*; N. COUNTOURIS, V. DE

dottrina *Albany* per rimuovere questo ostacolo e consentire anche ai lavoratori autonomi di contrattare collettivamente la determinazione (in via diretta o indiretta) del corrispettivo. Tale dottrina ha sinora garantito il beneficio dell'esenzione "relativa" dalla disciplina della concorrenza (nei termini sopra sinteticamente illustrati) soltanto alla contrattazione collettiva dei lavoratori subordinati, così che ne potrebbero godere soltanto quei lavoratori autonomi che sono falsamente o erroneamente qualificati tali, quando invece in realtà il loro rapporto contrattuale risponda a tutti i caratteri della subordinazione.

La conferma dell'applicabilità di tale esenzione al solo lavoro subordinato è stata più di recente ravvisata nella pronuncia *FNV Kusten*<sup>12</sup>, laddove la Corte di giustizia ha statuito che «il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che la disposizione di un contratto collettivo di lavoro, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, contenente tariffe minime per i prestatori autonomi di servizi, affiliati a una delle organizzazioni di lavoratori parti del contratto, che svolgono per un datore di lavoro, in forza di un contratto d'opera, la stessa attività dei lavoratori subordinati di tale datore di lavoro, esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE solo qualora tali prestatori siano "falsi autonomi", ossia prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella di detti lavoratori».

Sembrirebbe quindi che, *a contrario*, non possano beneficiare di alcuna esenzione dalla disciplina della concorrenza tutti quei lavoratori autonomi genuinamente tali, seppure si trovino in condizioni di dipendenza economica e/o organizzativa da un mono-committente. È vero che la realtà della *gig economy* ha indotto un opportuno e necessario ripensamento in merito ai caratteri realmente qualificanti la "subordinazione" in tutti gli ordinamenti nazionali degli Stati membri

STEFANO, *New Trade Unions strategies for new forms of employment*, Brussels 2019; I. LIANOS, N. COUNTOURIS, V. DE STEFANO, *Re-Thinking the Competition Law/Labour Law Interaction: Promoting a Fairer Labour Market*, in *Eur. Lab. L. J.*, 2019, 10, pp. 291-333; P. LOI, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, pp. 843-869; D. SCHIEK, A. GIDEON, *Outsmarting the gig-economy through collective bargaining - EU competition law as a barrier?*, in *Eur. Leg. Stud. online papers*, 2018, 7, pp. 1-20; M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della l. n. 81 del 2017*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 472 s.

<sup>12</sup> Corte giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kusten*, punto 42, in *Riv. it. dir. lav.* 2015, 2, II, p. 566, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*.

dell'UE tendenzialmente nella direzione di un allargamento, per via giurisprudenziale o legislativa, dei confini di questa e, per l'effetto, dell'ambito di applicazione del regime legale protettivo che le è tradizionalmente destinato<sup>13</sup>. E ne è prova il moltiplicarsi di sentenze dei giudici nazionali che giungono a qualificare tipologie di *platform workers* come lavoratori subordinati o quantomeno soggetti in toto o in larga misura al regime legale protettivo applicabile a questi<sup>14</sup>.

È parimenti indubbio, però, che tra le fila di questi vi siano anche categorie di genuini lavoratori autonomi, seppur in condizioni di debolezza contrattuale e di dipendenza economica del tutto analoghe, e a volte anche più problematiche, dei lavoratori subordinati. Ad esempio, dubito che possano ricondursi alla fattispecie della subordinazione i c.d. *crowd workers*, quei lavoratori autonomi cioè che rispondono a "gare" (*bid*) per la prestazione di un servizio bandite su piattaforme digitali dagli stessi fruitori finali. La piattaforma in tal caso assolve la funzione di una "piazza" virtuale approntata da un gestore tecnologico, il quale richiede un *fee* per l'utilizzo, ma lasciando "appaltatore" e "appaltante" totalmente liberi circa le condizioni della loro negoziazione e del loro accordo per la prestazione del servizio.

Alcuni Stati membri hanno autonomamente preso l'iniziativa adottando leggi che esentano anche la contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi dal rispetto della disciplina della concorrenza. La Commissione UE a sua volta ha lanciato una consultazione delle parti sociali e due progetti di studio, uno condotto dalla Direzione generale *Competition* e l'altro da quella *Employment*, per valutare l'opportunità di formulare una proposta di direttiva per disciplinare al livello dell'ordinamento euro-unitario una tale esenzione in favore dei lavoratori autonomi e in quale misura.

## 2. Lo strasbismo "pan-lavorista" nell'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia UE

Un'accettabile soluzione sistematica a questo problema, però, può essere già rinvenuta nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia di concorrenza senza dover giungere a sco-

<sup>13</sup> A. PERULLI, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino 2021.

<sup>14</sup> Cfr. al riguardo i casi esaminati da P. DIGENNARO, *Subordination or Subjection? A study about the dividing line between subordinate work and self-employment in six European legal systems*, in *Lab. Law Iss.*, 2020, n. 6, pp. 1-47.

modare il legislatore euro-unitario. Tale giurisprudenza merita invero di essere riesaminata con più attenzione, soprattutto dai giuslavoristi, spostando il punto di osservazione dal rapporto contrattuale di lavoro al mercato dei beni e servizi. Si deve cioè, prima di invocare la previsione di esenzioni *ad hoc* per la contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi dall'ambito di applicazione della disciplina della concorrenza, interrogarsi circa gli effettivi confini di questa come designati non solo dalle previsioni del Trattato, ma anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, per ben comprendere in quali termini i lavoratori autonomi debbano essere collocati all'interno di questi.

Nel furore di condannare l'insufficienza della dimensione "sociale" dell'UE, che pur persiste, a volte si finisce per adottare delle letture "estremiste" della tutela offerta dall'ordinamento euro-unitario alla concorrenza e al libero mercato, correndo così il rischio di far cadere sotto i colpi del fuoco "amico" anche quel che di buono l'ordinamento sovranazionale indubbiamente offre a tutela dei diritti sociali.

Orbene nell'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia in questa materia da una prospettiva squisitamente giuslavorista è facile incorrere nell'errore di utilizzare le "categorie" concettuali proprie dell'ordinamento interno nel tentativo di rinvenire in quello euro-unitario elementi che possano concorrere ad una migliore definizione di queste o a una loro interpretazione evolutiva.

Ciò è inesorabilmente accaduto per tracciare la distinzione – cruciale in tutti i diritti nazionali dei Paesi membri – tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Accorta dottrina<sup>15</sup> da tempo ha messo in guardia circa la deformazione del diritto europeo che produce una trasposizione *sic et simpliciter* nel contesto nazionale dei tratti distintivi tra le due fattispecie tracciate dalla Corte di giustizia.

La nozione di lavoratore subordinato che i Giudici europei hanno autonomamente coniato per via pretoria non risponde ad alcuna finalità o ambizione "armonizzatrice" di quelle dettate dagli ordinamenti nazionali, quanto piuttosto ad una meramente "funziona-

<sup>15</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, n. 2, p. 207 ss.; ID., *La nozione europea di subordinazione*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino 2010, p. 37 ss.; L. NOGLER, *The concept of "subordination" in European and comparative law*, Trento 2009, p. 13 ss.; C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford 2006, p. 172 ss.; S. BORRELLI, *La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 del Trattato CE*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 225.

le” a definire le fattispecie governate dal diritto euro-unitario per le materie di sua competenza. Sarebbe pertanto più corretto nel contesto euro-unitario declinare al plurale la nozione di subordinazione e, specularmente, di lavoro autonomo, perché la Corte ne ha confezionata una propria per ogni “materia” per cui sussiste la competenza dell’Unione ed in funzione del diverso bene giuridico oggetto di tutela in ciascun ambito di disciplina: la tutela della concorrenza<sup>16</sup>, la libera circolazione delle persone<sup>17</sup> e dei servizi<sup>18</sup>, la tutela antidiscriminatoria<sup>19</sup>, la tutela della salute psico-fisica del lavoratore<sup>20</sup>, ecc.

Appunto la tutela della concorrenza è la materia in cui è ancor più necessario per il giuslavorista riporre le categorie “definitorie” dell’ordinamento nazionale e adottare la logica “funzionale” che guida la Corte di giustizia, se si vuol ben ricostruire e comprendere l’effettiva portata della giurisprudenza di quest’ultima e l’impatto che ha sul contesto regolativo nazionale<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Corte giust., 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1998, p. I-03851, punti 34-38; Corte giust., 16 settembre 1999, C-22/98, *Becu et al.*, in *Racc.*, 1999, p. I-05665, punti 26-37; Corte giust., 12 settembre 2000, *Pavlov*, cit., punti 74-77; Corte giust., 28 febbraio 2013, C-1/12, *Técnicos Oficiais de Contas c Autoridade da Concorrência*, in *Racc.*, 2013, p. 127, punti 35 ss.

<sup>17</sup> Corte giust., 23 marzo 2004, C-138/02, *Collins*, in *Racc.*, 2004, p. 2703; Corte giust., 10 dicembre 1991, C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA*, in *Racc.*, 1991, p. I-5889; Corte giust., 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85, in *Racc.* 1986, p. 2121; Corte giust., 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin*, in *Racc.*, 1982, p. 1035; Corte giust., 19 marzo 1964, C-75/63, *Unger*, in *Racc.*, 1964, p. 19.

<sup>18</sup> Corte giust., 15 gennaio 1986, C-41/84, *Pinna*, in *Racc.*, 1986, p. 1; Corte giust., 30 gennaio 1997, C-340/94, *De Jaeck*, in *Racc.*, 1997, p. I-00461; v. M. BORZAGA, *La libera circolazione dei lavoratori autonomi e le questioni previdenziali*, in L. NOGLER (a cura di), *Le attività autonome*, Torino 2006, p. 151; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea*, Bologna 2007, p. 36 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera circolazione dei servizi*, Bologna 2008, p. 49 ss.; mi sia consentito anche rinviare a M. PALLINI, *Nuova costituzione economica e tutela del lavoro*, Roma 2005, p. 167 ss.

<sup>19</sup> Corte giust., 13 gennaio 2004, C-256/01, *Debra Allonby*, in *Racc.*, 2004, p. I-873, punto 68.

<sup>20</sup> Corte giust., 22 aprile 2020, C-692/19, *Yodel*, in *Racc.*, 2020, p. 288.

<sup>21</sup> P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu Messineo*, Milano 2003, vol. III, p. 52 e ss.; S. GIUBBONI, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S. SCIARRA B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell’unione europea*, vol. V, p. 35 s.; quest’ultimo Autore rileva come la Corte abbia ricompreso nell’ambito di applicazione dell’art. 45 TFUE anche delle forme di lavoro associato (Corte giust., 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto*

### 3. I “falsi lavoratori autonomi” nella giurisprudenza in materia di concorrenza

In materia di tutela della concorrenza la Corte di giustizia utilizza una nozione di lavoratore subordinato declinata “in negativo”, che attrae in via residuale ogni operatore economico nel mercato del lavoro che non è qualificabile in termini di “impresa”.

Risulta priva di rilievo in questo contesto, quindi, la distinzione, invece cruciale per il diritto nazionale, tra lavoratore subordinato e lavoratore autonomo. Al contrario è centrale la distinzione tra lavoratore ed impresa: come detto, il primo si definisce in negativo rispetto alla seconda; di conseguenza questa fattispecie ha un'estensione infinitamente maggiore di quella di “lavoratore subordinato” propria dell'ordinamento nazionale, perché vi ricomprende tutti quei lavoratori che, sebbene il diritto nazionale qualifichi come autonomi, il diritto euro-unitario non giunge a qualificare come impresa, ancorché individuale. Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, non si evince una perfetta identificazione tra la nozione di “lavoratore autonomo” rispondente alla fattispecie del diritto nazionale e quella di “impresa” così come elaborata dalla stessa Corte.

Da questa prospettiva deve dunque esser osservata la statuizione della sentenza *FNV Kusten* soprariportata: i «falsi autonomi» cui intende riferirsi la Corte non debbono essere identificati esclusivamente nei lavoratori “subordinati” secondo le formali categorie definitorie nazionali, ma sono invece tutti quei lavoratori *sans phrase* che non rispondono alla nozione di “impresa” nel diritto euro-unitario della concorrenza, tra i quali sono ricompresi molti lavoratori che verrebbero definiti genuinamente autonomi secondo la classificazione nazionale.

Per discernere quali categorie di lavoratori autonomi siano esentati dall'obbligo di osservare le restrizioni alla libertà di contrattazione collettiva che detta il diritto della concorrenza è, dunque, dirimente interrogarsi circa i caratteri della nozione di “impresa” nel diritto della concorrenza.

La nozione d'impresa coniata dalla giurisprudenza europea ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione degli artt. 101 e ss. TFUE disattende tutti gli indici di qualificazione formale dell'impresa dettati nel nostro ordinamento dagli artt. 2082 e 2083 c.c.

*di Genova SpA*, cit.) o di attività formative di *stage* (Corte giust., 17 luglio 2008, C-94/07, *Raccanelli*, in *Racc.* 2008, p. I- 5939).

(personalità giuridica di diritto privato, professionalità dell'attività, utilizzo di un'organizzazione di risorse materiali e umane, finalità di produzione di scambio di beni e servizi<sup>22</sup>), per valorizzare esclusivamente la natura "economica" dell'attività svolta.

In assenza di una qualificazione espressa nei Trattati della nozione d'impresa<sup>23</sup>, la Corte ne ha autonomamente elaborato una definizione "funzionale" al fine di disegnare i confini applicativi delle disposizioni di cui agli artt. 101 e ss. TCE. Secondo il consolidato orientamento della Corte «nel contesto del diritto della concorrenza la qualifica di impresa si applica a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento»<sup>24</sup> e «costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»<sup>25</sup>. Deve dunque intendersi "economica" ogni attività per cui sussiste un mercato, attuale o solo potenziale, di domanda e offerta a titolo oneroso dei beni o dei servizi da produrre o da scambiare.

Tale nozione di impresa è così estesa che ricomprende ogni soggetto di qualsiasi natura (pubblica, privata, associativa, consortile o semplice persona fisica) che svolga, sia pur occasionalmente, una qualsiasi attività di rilevanza economica<sup>26</sup>. Pertanto è inevitabilmente sorto il dubbio che anche i "lavoratori"<sup>27</sup> potessero finire per esse-

<sup>22</sup> Cfr. L. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. I, Padova 1997, p. 252 e ss.

<sup>23</sup> Cfr. G. LEONE, *La nozione d'impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 4, I, p. 995; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 3, p. 594 ss.; L. SCUDIERO, *La nozione d'impresa nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1994, IV, p. 113; A. SPADAFORA, *La nozione d'impresa nel diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 283.

<sup>24</sup> Corte giust., 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, in *Racc.*, p. I-1979, punto 21; Corte giust., 16 novembre 1995, C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurances e a.*, in *Racc.*, p. I-4013, punto 14; Corte giust., 11 dicembre 1997, C-55/96, *Job Centre*, in *Racc.*, p. I-7119, punto 21.

<sup>25</sup> Corte giust., 16 giugno 1987, C-118/85, *Commissione/Italia*, in *Racc.*, p. 2599, punto 7.

<sup>26</sup> Corte giust., 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet v. Assurances Generales de France*, in *Racc.*, 1993, I, p. 637; Corte giust., 23 aprile 1991, C-41/90, *Hoefner e Elser v. Macroton*, in *Racc.*, 1991, I, 1979.

<sup>27</sup> V. Corte giust., 23 marzo 1982, *Levin*, cit.; R. FOGLIA, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, 4, p. 778; avevano già puntualmente rilevato che in coerenza con questa nozione debbono ricomprendersi nella nozione di impresa anche i collaboratori co-

re ricompresi in tale amplissima nozione di “impresa”, svolgendo anch’essi un’attività economica per la quale sussiste un mercato di domanda e offerta a titolo oneroso.

Sin dai primi anni ’70 la Corte di giustizia si è misurata con questo interrogativo esprimendosi chiaramente in senso negativo sulla base di condivisibili valutazioni<sup>28</sup>. I lavoratori, infatti, non sono attori del mercato dei beni e servizi; offrendo le loro prestazioni ad un datore di lavoro in cambio di retribuzione non affrontano – quantomeno direttamente – il rischio dell’operazione commerciale cui collaborano. È soltanto chi utilizza la prestazione di lavoro, anche quella propria come nel caso del *self-employment*<sup>29</sup>, per produrre beni o servizi da commercializzare ad essere attore di questo mercato. Il lavoratore che si limita a conferire la propria attività di lavoro personale rappresenta una risorsa strumentale e, al contempo, una voce di costo per la produzione e commercializzazione di beni e servizi. Il lavoratore quindi incide solo in tali termini “passivi” e indiretti sul mercato di questi, perché non ha possibilità di deciderne il prezzo e le condizioni di vendita<sup>30</sup>. Il lavoratore assume, invece, il ruolo di attore in un diverso mercato, quello del lavoro, che è correlato con quello dei beni e servizi, ma distinto da questo<sup>31</sup>. Il mercato del lavoro non può dirsi un mercato “rilevante”<sup>32</sup> ai fini degli art. 101 e ss. TFUE.

Questa nozione di “lavoratore” appare pressoché coincidere con quella di *worker* introdotta nell’ordinamento britannico dall’*Employment Act* del 1996<sup>33</sup>. Questa è una nozione più estesa di quella di

ordinati e continuativi (c.d. lavoratori para-subordinati) M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, 3, p. 509; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, *ivi*, p. 429.

<sup>28</sup> Corte giust., cause riunite 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie e al. v. Commissione*, in *Racc.*, 1975, 1663.

<sup>29</sup> Cfr. Corte giust., 18 giugno 1998, C-35/96, *Spedizionieri doganali*, punto 13.

<sup>30</sup> Corte giust., 16 settembre 1999, *Becu*, *cit.*, punto 25: «Per tale motivo i lavoratori dipendenti non sono imprese. In quanto organi ausiliari dell’impresa essi costituiscono con essa un’unità economica».

<sup>31</sup> La costituzionalizzazione dei diritti sociali comuni ai paesi membri preclude l’accesso nell’ordinamento comunitario di letture squisitamente mercantilistiche del bene-lavoro; cfr. M. GRANDI, *Il lavoro non è una merce*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 576.

<sup>32</sup> Secondo il gergo tecnico del diritto della concorrenza è il settore di mercato del prodotto in relazione al quale va valutata l’efficacia restrittiva degli accordi tra imprese; cfr. Corte giust., 21 febbraio 1971, *Continental Can*, in *Foro it.*, 1973, IV, p. 110; Corte giust., 11 febbraio 1980, *L’Oreal*, *ivi*, 1981, IV, p. 201.

<sup>33</sup> Art. 54, National minimum wage act 1998, in [www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/80039-g.htm#54](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/80039-g.htm#54).



*employee* perché non richiede che via sia un *employment contract* e si riferisce ad «ogni contratto, implicito ed esplicito, in forma scritta o in forma orale, in base al quale un individuo presta personalmente un lavoro o un servizio in favore di un'altra parte che, in virtù del disposto contrattuale, non ha lo *status* né di un cliente né di un consumatore finale di una professione o attività commerciale effettuata dallo stesso individuo»<sup>34</sup>.

Molti sono le analogie anche con la nozione di lavoratore “subordinato” declinata secondo la tesi della c.d. “doppia alienità”, tanto cara a Massimo Roccella<sup>35</sup>, secondo la quale dovrebbe ravvisarsi un rapporto di lavoro subordinato ogni qualvolta la prestazione di lavoro venga resa in seno ad una organizzazione produttiva predisposta e complessivamente governata dal committente e il risultato della prestazione sia imputabile economicamente e patrimonialmente al solo committente, che ha, quindi, il diritto di decidere se e a quali condizioni utilizzarla nell'ambito della propria organizzazione o se venderla sul mercato<sup>36</sup>. Tale nozione di subordinazione aveva trovato un conforto tanto autorevole quanto fugace nella sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1996<sup>37</sup>, per poi inabissarsi in un oblio della giurisprudenza durato circa un

<sup>34</sup> A questa categoria è applicata la medesima disciplina della retribuzione minima e dell'orario di lavoro, nonché di alcuni diritti sindacali applicati ai lavoratori subordinati. Cfr. S. DEAKIN, *Interpretare i contratti di lavoro: giudici, datori di lavoro, lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, p. 599; N. KOUNTOURIS, *The employment relationship: a comparative analysis of national judicial approach*, in G. CASALE, *The Employment relationship. A comparative overview*, Genève 2011, p. 46.

<sup>35</sup> M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 65/2008, p. 32 ss.; ID., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo: le tendenze in Europa e in Italia*, rapporto per la Commissione di indagine sul lavoro - CNEL, 2008, in [www.portalecnel.it](http://www.portalecnel.it); ID., *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del signor B.*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 131 ss.

<sup>36</sup> Questa tesi è stata autorevolmente avanzata in Italia originariamente U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano 1967, p. 188 ss., e L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, p. 17 e poi successivamente riproposta, oltre che da Massimo Roccella, anche da M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro*, oggi, in AA.Vv., *Le ragioni del diritto Scritti in onore di L. Mengoni*, vol. III, Milano 1995, p. 1057 ss.; ID., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino 1996, p. 40 ss.; ID., *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 601. In Germania tale tesi è stata strenuamente sostenuta da U. MÜCKENBERGER, R. WANK, H. BUCHNER, *Ridefinire la nozione di subordinazione? Il dibattito in Germania*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2000, 2, p. 339 ss.

<sup>37</sup> Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 30, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, V, 3, p. 616; per

quarto di secolo per riemergere all'improvviso di recente proprio con riguardo ai *platform workers*<sup>38</sup>.

Ci si muove in tal caso in quel "settore di frontiera" su cui si interrogava l'Avv. gen. Jacobs nelle conclusioni nei casi *Albany*<sup>39</sup> e *Pavlov*<sup>40</sup>, nel quale il lavoratore, pur non prestando la sua attività "sotto la direzione" di un committente, comunque "dipende" organizzativamente da questo circa le possibilità e modalità di prestazione dei suoi servizi sul mercato dei clienti o consumatori finali. Non è un caso che in queste pronunce ed in modo quanto mai evidente nella sentenza *FNV Kusten*<sup>41</sup> la Corte di giustizia nel sottrarre questi soggetti dall'ambito di applicazione degli artt. 101 e ss. TFUE eviti attentamente di qualificarli come lavoratori subordinati, ma si limiti sempre ad utilizzare la dizione "lavoratori", nella consapevolezza della sua maggiore capienza rispetto alla prima laddove si traspongano le sue considerazioni in seno agli ordinamenti nazionali. Al riguardo la Corte significativamente puntualizza che «un prestatore di servizi può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque d'impresa, qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente»<sup>42</sup>.

Di contro la Corte è sempre stata ferma circa l'integrale soggezione alla disciplina della concorrenza<sup>43</sup> di ogni forma di negoziazione collettiva dei "lavoratori autonomi" quando questi abbiano la piena possibilità di determinare autonomamente la loro condotta sul mercato, in particolare nel decidere prezzo e modalità di offerta dei loro servizi. Questa contrattazione è caduta sotto la mannaia dei Giudici di Lussemburgo persino quando sia la legge statale a rimettere alle associazioni professionali il potere di determinare le tariffe minime

isolate pronunce di legittimità nel medesimo analogo v. Cass., 9 ottobre 2006, n. 21646, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 144; Cass., 16 gennaio 2007, n. 820, *ivi*, p. 654.

Trib. Palermo, 24 novembre 2020, in *www.i2.res.24o.it*.

<sup>38</sup> Trib. Palermo, 24 novembre 2020, cit.

<sup>39</sup> Corte giust., 21 settembre 1999, *Albany*, cit., punto 217.

<sup>40</sup> Corte giust., 12 settembre 2000, *Pavlov*, cit., punto 112.

<sup>41</sup> Corte giust., 4 dicembre 2014, *FNV Kusten*, cit., punto 33.

<sup>42</sup> Corte giust., 4 dicembre 2014, *FNV Kusten*, cit., punto 33.

<sup>43</sup> V. Corte giust., 12 settembre 2000, *Pavlov*, cit.; Corte giust., 18 giugno 1998, *Spedizionieri doganali*, cit., in *Racc.*, 1998, I-3851; Corte giust., 21 settembre 2000, *van der Woude*, cit.; Corte giust., 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA*, cit.

per poi incorporarle in atti amministrativi o normativi subprimari. Ad esempio, la Corte ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario la disciplina italiana di determinazione delle tariffe degli spedizionieri doganali<sup>44</sup>. La legge italiana<sup>45</sup> rimetteva all'ordine professionale, quale soggetto di diritto pubblico, la determinazione dei minimi tariffari della categoria; tale determinazione doveva però poi essere recepita con decreto ministeriale del Ministro dei trasporti; il Ministro esercitava un controllo sulla congruità della determinazione tariffaria e l'adozione del decreto di recepimento pertanto non era un atto dovuto, ben potendo il Ministro rinviare il tariffario agli ordini affinché venisse emendato. Sebbene la fonte giuridica dell'efficacia *erga omnes* e dell'inderogabilità di questo tariffario non fosse l'accordo tra professionisti, bensì il combinato disposto della legge e del decreto attuativo, tuttavia la Corte ha bypassato tale obiezione, giungendo egualmente a ritenere che la disciplina dettata per la determinazione del tariffario degli spedizionieri doganali non fosse compatibile con il disposto degli artt. 101 e ss. TFUE.

Ha miracolosamente scampato al tempo lo stesso destino la legge che regolava il tariffario degli avvocati<sup>46</sup>. In tal caso la Corte ha (ge-

<sup>44</sup> Corte giust., 18 giugno 1998, *Spedizionieri doganali*, cit., punto 37: «Orbene, l'attività degli spedizionieri doganali presenta natura economica. Infatti, questi offrono, contro retribuzione, servizi che consistono nell'espletare formalità doganali, concernenti soprattutto l'importazione, l'esportazione e il transito di merci, nonché altri servizi complementari, quali i servizi appartenenti ai settori monetario, commerciale e tributario. Inoltre, essi assumono a proprio carico i rischi finanziari connessi all'esercizio di tale attività (Corte giust., 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie e a./Commissione*, in *Racc.*, 1975, p. 1663, punto 541). In caso di squilibrio fra uscite ed entrate, lo spedizioniere doganale deve sopportare direttamente i disavanzi». Ma v. già in precedenza la decisione della Commissione, 5 giugno 1996, 96/438/EC, *Fenex*, in GU L 181 del 20 luglio 1996, pp. 28-36, si era espressa nel medesimo senso in merito al tariffario degli spedizionieri olandesi, che, ancorché non inderogabile *ex lege*, è stato comunque valutato dalla Corte idoneo a produrre un'omogeneizzazione della politica dei prezzi tra gli appartenenti alla categoria.

<sup>45</sup> Per le tariffe degli spedizionieri doganali v. artt. 11 e 14, legge 22 dicembre 1960, n. 1612; per le tariffe degli avvocati v. artt. 57 e 58, regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1579, convertito in legge 22 gennaio 1934, n. 36.

<sup>46</sup> Corte giust., 19 febbraio 2002, C-35/99, *Arduino*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 187, con nota di S. BASTIANON, *Due pronunce, tanti problemi, nessuna soluzione. Ovvero, gli avvocati e l'antitrust secondo la Corte di giustizia.*; in termini identici v. Corte giust., 17 novembre 1993, C-185/91, *Reiff*, in *Racc.*, 1993, p. I-5801, riguardo la determinazione delle tariffe obbligatorie per il trasporto di merci su strada a lunga distanza in Germania; Corte giust., 9 giugno 1994, C-153/93, *Delta*,

nerosamente) valorizzato la circostanza che la legislazione nazionale prevedesse una verifica della congruità delle tariffe da parte non solo del Ministro, ma anche di organi deputati a tutelare gli interessi degli utenti composti da esperti indipendenti non appartenenti alla categoria professionale degli avvocati<sup>47</sup>: le tariffe forensi una volta approvate dal Consiglio nazionale forense, infatti, dovevano essere approvate con decreto ministeriale previo il parere del Comitato interministeriale dei prezzi e del Consiglio di Stato.

#### 4. *Ambiti e limiti della contrattazione di “categoria” dei lavoratori autonomi non imprenditori*

Se, dunque, si conviene che il “lavoratore”, nell’accezione lata sopra chiarita, non possa essere ricompreso nella nozione d’impresa, ne consegue che la disciplina della concorrenza del Trattato non può trovare applicazione al mercato del lavoro, neppure quale principio di regolazione dei divergenti interessi sia tra lavoratori sia tra *insiders* e *outsiders*<sup>48</sup>.

L’obiettivo di fornire a tutti i cittadini europei l’occasione dell’emancipazione dal bisogno attraverso il lavoro non può essere perseguito applicando senza opportuni correttivi le medesime regole della concorrenza di mercato. Si finirebbe per giungere – soprattutto in

in *Racc.*, 1994, p. I-2517, riguardo la determinazione delle tariffe obbligatorie per il trasporto di merci per via fluviale sempre in Germania. La Corte di giustizia ha, invece, sostanzialmente evitato di prender posizione circa la compatibilità della normativa nazionale di determinazione delle tariffe degli architetti, in quanto nel caso sottoposto era in discussione l’inderogabilità ad opera del giudice in sede di adozione di un decreto ingiuntivo *ex art.* 636 c.p.c. della tariffa dichiarata conforme con parere di congruità dell’ordine professionale e non già del minimo tariffario ad opera del professionista: v. Corte giust., 29 novembre 2001, C-221/99, *Conte c. Rossi*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 1, con nota di S. BASTIANON.

<sup>47</sup> Per un diverso approccio che attribuisce rilevanza al tipo di diritto tutelato dalla disciplina nazionale delle professioni ai fini di un tentativo di bilanciamento tra obiettivi della concorrenza dell’ordinamento comunitario e spazi della regolazione nazionale di protezione sociale v. ora Corte giust., 19 febbraio 2002, C-309/99, *Wouters*, in *Foro it.*, 2002, IV, p. 186; con cui la Corte ha ritenuto non in contrasto con l’art. 81 TCE il regolamento adottato dall’ordine olandese degli avvocati che vieta l’associazione professionale tra avvocati e revisori dei conti al fine di preservare l’autonomia e l’indipendenza nell’esercizio del patrocinio legale.

<sup>48</sup> Cfr. su tale problema, che in Italia si traduce principalmente in un conflitto generazionale, P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano 1997; ID., *Riduzione dell’orario di lavoro e concorrenza tra occupati e disoccupati*, in *Lav. dir.*, 1994, p. 343 ss.

una comunità sovranazionale senza restrizione di circolazione delle persone e delle imprese e che ha optato per politiche economiche non inflazionistiche – a dei risultati del tutto opposti rispetto a tali obiettivi scatenando, almeno per le professionalità con minore forza contrattuale individuale, un'inarrestabile corsa al ribasso dei minimi di trattamento a scapito dei valori della dignità umana e della solidarietà sociale. La contrattazione collettiva, nel dettare delle inderogabili condizioni minime di trattamento, produce inevitabilmente effetti restrittivi della concorrenza tra lavoratori, ma ciò è strumentale all'effettività di un potere collettivo di autotutela volto a riequilibrare la debolezza contrattuale del singolo lavoratore rispetto alla controparte datoriale. Le logiche concorrenziali possono invece liberamente dispiegarsi negli spazi (al di sopra dei minimi) affrancati dal bisogno di tutela<sup>49</sup>.

Coerentemente occorre ritenere che neppure i sindacati, quando agiscono come rappresentanti dei lavoratori in sede di negoziazione contrattuale, possono essere qualificati come associazioni di imprese<sup>50</sup>. Essi possono rispondere anche ad una natura imprenditoriale laddove svolgano attività di rilevanza economica (ad es. la fornitura in favore degli iscritti di servizi di formazione, di consulenza, di assistenza e previdenza integrativa, di assicurazione, ecc.), ma questa non può incidere sull'esercizio del mandato di rappresentanza dei lavoratori ai fini della negoziazione collettiva, salvo quando oggetto di questa sia – direttamente o indirettamente – la regolazione delle condizioni di fruizione, finanziamento o prestazione dei servizi di consistenza economica gestiti dal sindacato in concorrenza, attuale o potenziale, con altri operatori economici.

Tali conclusioni, contrariamente a quanto parrebbe *prima facie*, non sono affatto in contraddizione con quanto afferma la Corte di giustizia con la dottrina *Albany*. In nessuna delle pronunce che possono ascrivere a quest'orientamento, infatti, la Corte di giustizia ha mai affermato che il sindacato, quale associazione di rappresen-

<sup>49</sup> Formulano sul punto le medesime considerazioni sia la Commissione nelle proprie difese, sia l'Avvocato generale nelle proprie conclusioni, cfr. punti 178 e 209.

<sup>50</sup> Cfr. A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 261; il quale sottolinea come possa attribuirsi natura sindacale ai soli contratti che rispondano alla condizione della «effettività dell'autotutela», sarebbe pertanto preclusa una tale qualificazione non solo ai contratti stipulati dai sindacati di comodo, ma anche a quei contratti c.d. pirata stipulati da soggetti che non possono porsi in posizione paritaria alla controparte datoriale e, dunque, inidonei a tutelare gli interessi dei lavoratori.

tanza degli interessi dei lavoratori, di per sé risponda nell'assolvere questo mandato alla natura dell'"impresa" o di un'associazione di "imprese".

La Corte è invece giunta a ricomprendere la contrattazione collettiva "di categoria" nell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza aderendo implicitamente alle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs<sup>51</sup>, secondo cui il contratto collettivo di categoria presuppone necessariamente un previo accordo tra le imprese rappresentate dall'associazione datoriale che esprime la volontà congiunta della compagine datoriale e/o tra le imprese che vi aderiscono autonomamente. Sebbene il contratto collettivo di categoria non determini in via diretta il prezzo dei beni e servizi commercializzati da queste imprese sul mercato, comporta comunque una condotta concordata tra imprese circa le modalità e le condizioni di reperimento, utilizzo e compenso della risorsa essenziale per la produzione, quella umana, e ciò legittima la sua soggezione agli artt. 101 e ss. TFUE nei limiti in cui detta contrattazione produca o sia in grado di produrre effetti restrittivi e/o distorsivi della concorrenza tra le stesse imprese nel rilevante mercato di beni e servizi.

Già in passato<sup>52</sup> ho criticato questa soluzione "aritmetica" (secondo cui il totale contiene tutti i fattori della somma), certamente ingegnosa, ma fuorviante della realtà fattuale prima ancora che giuridica. La presenza del sindacato come parte della contrattazione collettiva non è un elemento accessorio, in quanto condiziona la stessa natura del contratto che trascende la sua natura formale di negozio privato per divenire strumento di "democrazia industriale"<sup>53</sup>. È piuttosto l'accordo tra imprese ad essere un elemento accessorio ed occasionale della contrattazione collettiva, tant'è che il sindacato può contrattare anche con una sola impresa. Sottrarre a quella contrattazione il sindacato e lasciarvi tutti gli altri soggetti imprenditoriali, al contrario, ne altererebbe totalmente la natura e la funzione. L'incontro della volontà sindacale e datoriale non si limita ad aggiungere una parte con caratteri soggettivi diversi ad un accordo tra imprese, ma

<sup>51</sup> V. punti 238-244, che richiamano anche un precedente decisione della Commissione del 30 settembre 1986, 86/507/CEE, IV/31.362, *Irish Banks' Standing Committee*, in GU L 295, p. 28.

<sup>52</sup> M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, 2, II, p. 2230 ss.

<sup>53</sup> Per tale qualificazione della contrattazione collettiva è obbligato il rinvio a M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano 1981, p. 176 ss.

qualifica l'accordo in modo totalmente diverso. Non si realizza una convergenza di interessi tra soggetti imprenditoriali, ma si compone il conflitto tra la proprietà dei mezzi di produzione e l'offerta di lavoro retribuito, il quale ha senza dubbio una rilevanza economica, ma è in primo luogo un conflitto sociale. L'accordo sindacale è dunque – indipendentemente dall'efficacia giuridica attribuibile – una fonte di regolazione sociale e non un semplice negozio tra privati.

La Corte di giustizia si è ben guardata dal misurarsi apertamente con questi argomenti spesi dalla difesa della Confederazione europea dei sindacati nel caso *Albany*<sup>54</sup> e non ha mai abiurato negli anni a seguire la qualificazione del contratto collettivo di categoria come accordo (anche) tra imprese; al contempo però la stessa Corte è sempre stata ferma nel respingere quelle tesi radicali, proposte dalla dottrina di diritto commerciale<sup>55</sup>, secondo cui lo stesso sindacato andrebbe qualificato come impresa a norma degli artt. 101 e ss. TCE in quanto in grado con la sua azione di produrre effetti restrittivi o distorsivi della concorrenza di mercato. Si deve inoltre dar atto che la dottrina *Albany*, pur insoddisfacente sul piano assiologico e sistematico, alla prova di oltre un ventennio ha offerto in concreto alla contrattazione collettiva di categoria uno scudo ampiamente protettivo avverso le interferenze del diritto della concorrenza.

I Giudici di Lussemburgo non hanno mai espressamente chiarito quando la contrattazione collettiva finisca per travalicare i confini della sua “*natura*” e del suo “*oggetto*” a tutela delle condizioni di lavoro, così da doversi assoggettare al diritto della concorrenza. Questi confini implicitamente risultano, però, dover esser ritenuti assai estesi se le previsioni dei contratti collettivi che nella giurisprudenza di quest'ultimo ventennio sono stati chiamati a giustificare gli effetti restrittivi della concorrenza di mercato prodotti riguardano quasi esclusivamente la disciplina di adesione da parte delle aziende a fondi di previdenza e assistenza integrativa. Ed oltretutto nella maggior parte dei casi questi accordi collettivi sono usciti indenni o per l'irrelevanza delle restrizioni della concorrenza che erano effettivamente in grado di arrecare oppure, di contro, per la loro adeguatezza, necessità e proporzionalità nel perseguire gli obiettivi di protezione sociale che le parti negoziali si prefissavano.

Orbene per le ragioni una esenzione così estesa dalla discipli-

<sup>54</sup> V. B. BERCUSSON, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, in *Eur. Law J.*, 2007, p. 279 e ss.

<sup>55</sup> V. L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, Napoli 2004, p. 92 ss.

na della concorrenza non può che essere naturalmente riconosciuta anche ai lavoratori autonomi non imprenditori o in condizione di dipendenza organizzativa.

##### 5. *Ambiti e limiti della contrattazione “aziendale” dei lavoratori autonomi tout court*

Nel caso della contrattazione aziendale, condotta cioè da più lavoratori autonomi o da una o più loro associazioni di rappresentanza con una sola impresa, deve riconoscersi un’esonazione della disciplina della concorrenza ancor più ampia di quella assicurata dalla dottrina *Albany* alla contrattazione di categoria. Non solo perché è più frequente che operi l’eccezione *de minimis*, giacché è assai raro che la condotta di una sola impresa committente possa produrre significativi effetti restrittivi o distorsivi della concorrenza su tutto il mercato rilevante, ma soprattutto perché la stessa disciplina della concorrenza ammette accordi “verticali” tra imprese circa il prezzo o le condizioni di un servizio quando le stesse parti costituiscono di fatto una *single economic unit*, pur composta da più soggetti giuridici distinti<sup>56</sup>, e di contro non vi è una collettività di imprese che negoziano insieme come nella ipotesi del contratto di categoria.

Secondo gli orientamenti della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>57</sup> ricorre quest’ipotesi quando nell’integrazione verticale tra imprese quella committente incorpora in un prodotto finale l’apporto delle altre e solo quest’ultima opera sul mercato dei beni e servizi decidendo il prezzo e le condizioni alle quali offrire detto prodotto. Le altre imprese della filiera verticale sono così integrate nel processo di produzione organizzato dalla committente che si atteggiavano ai fini della disciplina della concorrenza come parti inscindibili di un unico attore del mercato dei beni e servizi. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, dunque,

<sup>56</sup> Cfr. O. ODUDU, D. BAILEY, *The single economic entity doctrine in Eu competition law*, in *Comm. Market L. Rev.*, 2014, 51, p. 1721 ss.

<sup>57</sup> Cfr. Corte giust., 28 febbraio 1991, C-234/89, *Delimitis*, in *Racc.*, 1991, p. I-935, punti 13-15; Corte giust., 7 dicembre 2000, C-214/99, *Neste Markkinointi Oy*, in *Racc.*, 2000, p. I-11121, punto 25; Corte giust., 11 settembre 2008, C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA LV Tobar e Hijos SL*, in *Racc.*, 2008, p. I-6681, punto 43; Corte giust., 2 aprile 2009, C-260/07, *Pedro IV Servicios SL*, in *Racc.*, 2009, p. I-2437, punto 83; nella giurisprudenza nazionale v. Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 490.



l'“impresa” rilevante ai fini del diritto della concorrenza può ben essere un'unità economica anche qualora questa sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche che sul mercato si atteggiavano come un unico operatore. Pertanto un accordo tra i soggetti che compongono detta unità non può essere ritenuto un accordo tra imprese a norma degli artt. 101 e ss. TFUE.

Alle medesime conclusioni i Giudici di Lussemburgo sono anche giunti quando partecipino a questa impresa “integrata” verticalmente dei lavoratori autonomi. Ad es. nel caso *Suiker* è stato ritenuto che gli accordi di regolazione di una rete di rappresentanti di commercio con il comune committente non possano qualificarsi come accordi rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina della concorrenza<sup>58</sup>.

Questa condizione può riguardare non solo i “falsi” lavoratori autonomi nell'accezione ampia sopra illustrata, ma anche i lavoratori autonomi genuini, pur ove sia per loro possibile avere più committenti. La dottrina della *single unit*, infatti, non richiede necessariamente la sussistenza di un rapporto di esclusività del prestatore con il committente, né tantomeno l'esclusività del rapporto tra committente e prestatore, potendosi il primo ben valersi di più collaboratori autonomi e imprenditoriali nella sua organizzazione verticale. Così come non è precluso che questi ultimi si accordino tra loro per negoziare congiuntamente con il comune committente il prezzo e le condizioni del loro servizio. Ciò che unicamente rileva per sottrarre

<sup>58</sup> Cfr. Corte giust., 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, *Suiker Unie e a./Commissione*, in *Racc.*, 1975, p. 1663, punto 539: «i contratti di cui è causa sono, giuridicamente, contratti di rappresentanza commerciale, in quanto, tra l'altro, attribuiscono espressamente agli intermediari la qualità di rappresentante di commercio ai sensi del diritto tedesco, li obbligano a concludere vendite di zucchero in nome e per conto del committente, a seguire le direttive di questi e a tutelare i suoi interessi, ed infine assegnano loro determinate zone di rappresentanza. Quando agisce per il committente, un siffatto intermediario può essere considerato, in linea di massima, come un organo ausiliario facente parte dell'impresa del committente, tenuto a seguire le istruzioni di questi, e tale da formare con detta impresa, alla stessa stregua di un dipendente ad essa legato da un rapporto di lavoro subordinato, una sola entità economica»; nel medesimo senso v. Corte giust., 24 ottobre 1995, C-266/93, *Bundeskartellamt Volkswagen Avv. gen. and VAG Leasing GmbH*, in *Racc.*, 1995, p. I-3477; Corte giust., 14 dicembre 2006, C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio Compañía Española de Petróleos SA*, in *Racc.*, 2006, p. I-19877; Corte giust., 11 settembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA LV Tobar e Hijos SL*, cit., p. I-6681.

questi accordi “interni” dall’ambito della disciplina della concorrenza è che il committente sia di diritto o semplicemente di fatto in condizione di determinare o di influenzare in modo decisivo le politiche commerciali nel mercato dei beni e servizi che intendono adottare i collaboratori di cui si avvale e che – per questo – non si pongono in concorrenza con il committente sullo stesso mercato<sup>59</sup>.

Nelle ipotesi in cui si realizza questa condizione deve ritenersi compatibile con il diritto della concorrenza la contrattazione collettiva che intercorre tra committente e lavoratori autonomi componenti dell’unità economica. Ciò induce a ritenere che possa ritenersi lecita non solo la contrattazione aziendale dei *platform workers* con il gestore dell’*app* (ad es. *Uber*, *Deliveroo*, *Foodora*), ma anche quella dei *crowd workers*, non già per i prezzi e le condizioni da offrire ai loro appaltanti ai cui “bandi di gara” per il servizio richiesto hanno risposto sulla piattaforma, bensì per negoziare prezzi e condizioni di utilizzo della piattaforma con il gestore della stessa.

<sup>59</sup> Cfr. Corte giust., 24 ottobre 1996, C-73/95, *Vihø Europe BV v. Commission*, in *Racc.*, 1996, p. I-05457, punto 47; Corte giust., 22 giugno 1994, C-9/93, *IHT Internationale Heiztechnik v. Ideal Standard*, in *Racc.*, 1994, p. I-2789, punti 30, 40-43; Corte giust., 25 ottobre 1983, C-107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v. Commission*, in *Racc.*, 1983, p. 3151, punto 49.



STEFANIA SCARPONI

## *Work life balance* fra diritto dell'UE e diritto interno

SOMMARIO: 1. La direttiva n. 19/1158 *Work-life balance*. – 2. Condivisione della cura “genitoriale” e modelli europei. – 3. Diritti dei padri e orientamenti della Corte di giustizia: il caso *W.A.* - 3.1. ...e il caso *Caisse primaire d'assurance maladie*. – 4. Esigenza di una riforma legislativa per promuovere la fruizione effettiva dei congedi da parte del padre. – 5. Estensione della titolarità dei congedi in rapporto al mutamento delle famiglie e del mondo del lavoro. – 6. Flessibilità degli orari e portata del diritto individuale a farne richiesta.

### 1. *La direttiva n. 19/1158 Work-life balance*

L'avvento della pandemia e i fenomeni che ne sono derivati, in particolare la chiusura delle scuole e il ricorso obbligato allo “*smart-working*”, hanno posto in luce, se ve ne fosse stato bisogno, come la realizzazione del bilanciamento tra vita lavorativa e cura familiare sia questione cruciale per l'eguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, valore che costituisce storicamente uno dei pilastri della dimensione sociale del diritto comunitario. Oltre ad essere sancita dalle norme dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali e di specifiche direttive, è oggetto di attenzione nella determinazione degli obiettivi delle politiche occupazionali e, *last but not least*, di un cospicuo filone della Corte di giustizia. Al riguardo, in una delle prime e più note sentenze relative alla concettualizzazione del divieto di discriminazione indiretta, Massimo Roccella ha sottolineato che: «attribuendo rilevanza giuridica agli ostacoli materiali alla parità di trattamento oltre il profilo meramente formale dell'eguaglianza, il ragionamento ruota attorno alla constatazione delle “difficoltà incontrate dalle lavoratrici per poter lavorare a tempo pieno”»<sup>1</sup>; così

<sup>1</sup> M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997, p. 131,

come altra pronuncia sottolinea il potenziale discriminatorio del criterio per l'attribuzione di maggiorazioni retributive connesso alla disponibilità ad orari variabili data la «consapevolezza che “a causa degli impegni casalinghi e familiari di cui le lavoratrici hanno sovente la responsabilità [...] possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile”»<sup>2</sup>.

L'evoluzione successiva è avvenuta in relazione all'applicazione del principio di eguaglianza anche formale in tema di ripartizione dei congedi genitoriali, affrontata pure da recenti pronunce (*infra*, § 3) e all'ingresso, accanto al tema della “conciliazione tra tempi di vita e di lavoro”, della percezione dell'importanza della “condivisione del lavoro di cura” tra i *partners* e la valorizzazione del ruolo paterno, anche nell'interesse del minore ad un precoce attaccamento ad entrambi i genitori. Tale visione si è affermata fin dalla fine del secolo scorso ed è stata confermata dalla recente direttiva europea *Work-life Balance* n. 2019/1158<sup>3</sup> che, tra l'altro, disciplina il congedo di paternità obbligatorio. Sulla direttiva in questione pesa, per la verità, il fallimento della ben più ambiziosa proposta che mediante il dialogo sociale europeo mirava alla riforma della dir. n. 92/85 sulla tutela della maternità<sup>4</sup>, tuttavia il suo contenuto comporta alcune innovazioni positive che pongono sfide significative nei confronti del nostro ordinamento. Si tratta in particolare della titolarità e modalità di fruizione del congedo di paternità e degli strumenti per assicurarne il godimento effettivo, della maggior copertura economica dei congedi parentali per incentivarne l'uso anche da parte dei padri, nonché del riconoscimento del diritto di richiedere formule flessibili del tempo e del rapporto di lavoro. Alla finalità di migliorare le condizioni per lo svolgimento dell'attività genitoriale si affianca per

riferendosi alla sentenza Corte giust., 13 maggio 1986, C-170/84, *Bilka-Kaufshaus v. Weber von Hartz*, in materia di contratto di lavoro a tempo parziale che ha anticipato il divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo pieno comparabili di cui alla dir. 97/81 CE.

<sup>2</sup> M. ROCCELLA, *o.u.c.*, p. 132, con riferimento alla sentenza Corte giust., 17 ottobre 1989, C-109/88, *Handels v. Danfoss*.

<sup>3</sup> Come chiariscono il *considerando* n. 10 della direttiva n. 1158 e la Comunicazione della Commissione Europea “*Towards a gender equal Europe*” dedicato alla “Strategia per l'eguaglianza di genere 2020-2025”.

<sup>4</sup> E. CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro la nuova direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 2, p. 125; D. GOTTARDI, *La forza e la debolezza: la normativa e le politiche contro le discriminazioni di genere in Europa*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere: temi e questioni*, Napoli 2020, p. 7 ss.

la prima volta, inoltre, il riconoscimento dell'importanza dell'attività di assistenza intesa in senso più in generale nei confronti dei “*care givers*” mediante un approccio integrato e non più frammentato nei confronti dei diversi istituti, non a caso valutato positivamente dai commentatori<sup>5</sup>.

Uno dei principali profili da focalizzare, oltre a quello relativo all'indispensabile presenza dei servizi pubblici di sostegno alle diverse attività di “*care*”<sup>6</sup> da assumere come priorità nella gestione dei fondi concessi nell'ambito del *Next Generation EU*, riguarda la necessità di sviluppare politiche di effettiva condivisione dei compiti di cura anche all'interno della coppia fin dalla nascita o dall'adozione o affidamento del minore, rafforzando in primo luogo il congedo di paternità quale diritto autonomo e non cedibile. Nell'ordinamento interno l'evoluzione nell'interpretazione dell'art. 37, comma 1, cost. della formula «essenziale funzione familiare» da parte della Corte costituzionale, con la sentenza 14 gennaio 1987, n. 1, ha permesso di superare il riferimento testuale esclusivo alla donna lavoratrice. Incentivare il ruolo paterno significa infatti creare una dimensione familiare equilibrata e ispirata all'eguaglianza di genere in senso sostanziale, superando il modello del c.d. *male bread-winner*, oramai inadeguato anche sotto il profilo economico, con maggiori probabilità per la madre di accedere o conservare il lavoro extradomestico. La “condivisione della cura familiare fra i *partners*” come obiettivo perseguito dall'ordinamento in chiave di eguaglianza u/d costituisce una delle finalità delle «azioni positive» disciplinate dall'art. 1, comma 2, lett. e, l. n. 125/1991 (ora art. 42, comma 2, lett. f, d.lgs. 198/2006 “Codice pari opportunità”) e, in seguito, è stato assunto come uno degli assi portanti del t.u. sulla maternità e paternità di cui al d.lgs. 151/2001, in parallelo al riconoscimento del diritto all'equilibrio fra vita professionale e vita familiare enunciato dall'art. 33, par. 2, Carta UE sulla scorta della Carta Sociale europea riveduta. Corrispondono alla logica della condivisione della funzione genitoriale in modo paritario tra madre e padre vari istituti propri della disciplina nazionale vigente – in tema di congedi parentali, di riposi dopo il periodo di congedo obbligatorio e di diritto alle assenze per malattie del figlio fino a tre anni – tuttavia è ben noto che si tratta

<sup>5</sup> E. CARACCILO DI TORELLA, *An emerging right to care in UE: a “New Start to Support the work life balance for Parents and Givers*, in *ERA Forum*, 18, p. 187; D. IZZI, *Il Work-life balance al maschile: a proposito di congedo dei padri*, in *Lav. dir.*, 2020, p. 335.

<sup>6</sup> Da ultimo S. BORELLI, *Who cares?*, Torino 2020.

di diritti che vengono raramente utilizzati dai padri. Nel corso della pandemia, una drammatica smentita di distribuzione paritaria dei ruoli familiari in Italia emerge dai dati risultanti dalle analisi empiriche relative alla prevalenza nettamente femminile nell'utilizzo dei c.d. congedi Covid-19<sup>7</sup> e da quelli dell'Ispettorato del Lavoro relativi alle dimissioni delle lavoratrici da cui emerge che la causa principale è dovuta alla impellenza dei compiti di cura genitoriale. Il persistere della divisione tradizionale dei ruoli familiari è confermato, altresì, dalle analisi sulla "contrattazione di *welfare*" che pongono in luce la propensione nettamente più frequente da parte delle lavoratrici a privilegiare le misure finalizzate a soddisfare le esigenze di "conciliazione", con il rischio, tuttavia, di subire ripercussioni negative sul versante retributivo<sup>8</sup>. Poco incisiva, inoltre, si è rivelata la misura connessa al congedo di paternità: pur essendone stata attribuita la titolarità autonoma anche al padre, oltre quella in chiave solo sostitutiva alla madre<sup>9</sup>, la sua durata è rimasta a lungo limitata a soli 2 giorni e subordinata alle leggi di bilancio annuali e solo recentemente aumentata fino a 10 gg. in virtù della legge di Bilancio 2021<sup>10</sup>, in conformità a quanto stabilito dalla direttiva n. 1158. Tuttavia, si tratta di una riforma minimale, mentre la trasposizione della direttiva può essere l'occasione per rivedere il quadro normativo vigente onde assicurare maggiore effettività alla prospettiva di condivisione dei ruoli genitoriali, secondo l'esempio di altri ordinamenti.

<sup>7</sup> Secondo il Rapporto INAPP, *Il lavoro di donne e di uomini in tempi di Covid: Dalla Fase1 alla Fase2*, in [www.inaip.it](http://www.inaip.it), commentato da V. CARDINALI, *Post Lock-down. Rischi di transizione in chiave di genere*, in *INAP Policy Brief*, 21 novembre 2020, *ivi*, i Congedi Covid – pur essendo previsti in modo indifferenziato a favore di ciascuno dei due genitori che possono fruirne alternativamente in omaggio alla "parità di genere" ai sensi dell'art. 25, d.l. n. 18/2020 – sono stati utilizzati al 90% dalle madri il cui ritorno al lavoro professionale avviene con molto più ritardo dei *partners* sulla base di un "accordo familiare". Le cause di tale fenomeno sono ben note: la retribuzione femminile mediamente più bassa – per cui le assenze incidono meno sul bilancio familiare – e la mancanza di condivisione del *partner* nel ruolo di cura rendono il lavoro delle donne "sacrificabile".

<sup>8</sup> Cfr. D.GOTTARDI, M.PERUZZI, *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva*, Torino 2017.

<sup>9</sup> Impossibilitata a prendersi cura del neonato in quanto deceduta, gravemente malata o in caso di affidamento esclusivo al padre, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 151/2001.

<sup>10</sup> In attuazione del d.d.l. delega 11 giugno 2020, «Misure per il sostegno e la valorizzazione della famiglia», c.d. *Family Act*, che per le parti restanti in materia di attuazione della direttiva n. 1158 non è ancora stato attuato.

## 2. Condivisione della cura “genitoriale” e modelli europei

Prendendo in considerazione il congedo obbligatorio di paternità, dal panorama europeo emerge che la sua durata è in molti casi più elevata di quella vigente<sup>11</sup> e se ne potrebbe prospettare pertanto un aumento significativo, auspicando che l'elevata copertura economica ne renda più appetibile l'effettiva fruizione. In effetti, secondo la disciplina vigente il congedo di paternità è remunerato al 100% in misura superiore a quella spettante alla madre cui è riservato solo l'80%, disparità giustificata quale “azione positiva” per indurre una maggior propensione all'effettivo utilizzo<sup>12</sup>, ma certamente rivedibile in ipotesi di allungamento del periodo complessivo onde non sovraccaricare i costi. Nella prospettiva della condivisione dei compiti di cura e della valorizzazione del ruolo paterno si profilano soluzioni ispirate alla tendenziale parificazione dei congedi di maternità e paternità, come la recente riforma varata in Spagna (d.R. n. 6/2019) che ha elevato progressivamente la durata del congedo di paternità per cui nel 2021 esso ha raggiunto la stessa durata di quello di maternità, pari a 16 settimane, con copertura economica al 100%, cui si aggiungono altre 10 settimane facoltative, il cui utilizzo deve essere negoziato con il datore di lavoro, durante il primo anno del figlio/a<sup>13</sup>. La parificazione così raggiunta tra madre e padre sconta, peraltro, il fatto che il periodo di congedo individuale sia più breve di quello di altri ordinamenti (solo 4 mesi); inoltre, il periodo di congedo parentale (c.d. *excedencia*), non è retribuito, mostrando come l'intero sistema abbia bilanciato i costi maggiori derivanti dall'ampliamento della durata del congedo di paternità.

Questione diversa, anche se in parte collegata, riguarda la trasferibilità dei congedi di cui ciascun genitore è titolare, da affrontare sapendo che se il soggetto che ne fruisce in larga o esclusiva parte è la madre se ne compromette la partecipazione al mercato del lavoro

<sup>11</sup> La tendenza ad aumentare la durata del congedo di paternità non caratterizza soltanto i paesi nordici ma anche i paesi mediterranei, superando le vischiosità dei fattori socioculturali, come nel caso della legge adottata dal Portogallo n. 40/2019 che ha modificato l'art. 43 del codice del lavoro elevando a 20 gg. il congedo di paternità, cfr. C. CARVALHO, *Conciliare vie professionnelle et vie familiale pour promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes au Portugal*, in *Rév. Dr. Comp. Trav. Séc. Soc.*, 2020, n. 3, p. 85.

<sup>12</sup> Da ultimo M.L. VALLAURI, *op.cit.*, p. 150, anche per ulteriore bibliografia.

<sup>13</sup> Cfr. *International Review on parental leaves policies*, 2020, in [www.leave-network.org](http://www.leave-network.org).



professionale e il riequilibrio dei ruoli familiari<sup>14</sup>. Ciò non implica annullare ogni spazio alle decisioni interne alla coppia ma assumere la visione improntata al perseguimento degli obiettivi ricordati. Ciò potrebbe condurre anche ad una modifica dell'assetto normativo nazionale nel senso, opposto, di permettere alla madre di scegliere se cedere al padre una parte del proprio congedo obbligatorio, che ha una durata più elevata di quella mediamente diffusa in Europa (5 mesi) e di quella stabilita dalla dir. 92/85 CEE, a condizione di salvaguardare la quota necessaria alla tutela della sua salute dopo l'evento del parto e ad assicurare il costituirsi dell'indispensabile rapporto con il neonato, secondo i principi consolidati in materia. La distinzione tra le funzioni del congedo è stata sottolineata, come è noto, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha avuto occasione di esprimersi anche in due casi recenti originati dal modello opposto e tradizionale di riconoscimento solo nei confronti della madre della funzione di cura dei figli da parte dell'ordinamento. Analizzando brevemente le pronunce emergono spunti interessanti di riflessione.

### 3. *Diritti dei padri e orientamenti della Corte di giustizia: il caso W.A.*

La violazione del principio di eguaglianza u/d è stata sollevata nei confronti di una disposizione di legge spagnola<sup>15</sup> che assegnava un'integrazione della pensione, con natura di pensione pubblica contributiva, a vantaggio di donne che avessero avuto almeno 2 figli biologici o adottivi, con importi articolati a seconda del numero dei figli, e fossero titolari di un'altra pensione di vecchiaia, di reversibilità o di invalidità permanente, giustificata «dal loro apporto demografico alla previdenza sociale»<sup>16</sup>. La destinazione esclusiva alle donne era difesa basandosi sul loro diverso e più intenso apporto

<sup>14</sup> Per tale ragione il nostro ordinamento prevede la titolarità separata dei congedi parentali e la loro non trasferibilità, che in base al principio di "non regresso" deve essere mantenuta, essendo coerente con il fine dichiaratamente perseguito dalla direttiva n. 1158, nonostante che la stessa, all'art. 5 par. 2, ammetta la possibilità di trasferire una quota di congedi parentali di 2 mesi su un totale di 4 come soglia minima superiore a quella disposta in precedenza dall'Accordo quadro europeo riveduto e recepito dal par. 2, comma 2, dir. 10/18.

<sup>15</sup> Art. 60, Ley General de la Seguridad Social, recepita dal R.d.lgs. n. 8/2015.

<sup>16</sup> Corte giust., 12 dicembre 2019, C-450/2018, *WA v. Instituto Nacional de Seguridad Social*.

alla politica demografica dovuto non solo alla gravidanza e al parto, ma altresì all'accudimento e alla cura dei figli, causa frequente di minori introiti retributivi e di svantaggi pensionistici, circostanza invocata come legittima deroga al principio di eguaglianza secondo quanto previsto dalla direttiva<sup>17</sup> e altresì dall'art. 157, par. 4, TFUE, qualora i *preferential treatments* abbiano «la finalità di compensare gli svantaggi o i ritardi nella carriera professionale». La sentenza, tuttavia, constata che l'apporto dei padri alla “politica demografica” è altrettanto fondamentale di quello delle madri da un punto di vista biologico e, sulla scorta del precedente *Griesmar*<sup>18</sup> con cui per la prima volta la Corte ha contrastato sul piano previdenziale l'infungibilità delle donne nell'espletamento dei compiti di educazione e assistenza nella vita familiare<sup>19</sup>, non accoglie neppure l'ulteriore giustificazione fondata sullo scopo “compensativo” della misura nei confronti delle donne. Indubbiamente la genericità della disposizione controversa presta il fianco alle osservazioni critiche contenute nella sentenza che ha rilevato l'assenza di alcun riferimento specifico né alla protezione della gravidanza e del parto, anzi smentita dall'estensione all'ipotesi di adozione, né al fatto che le lavoratrici abbiano effettivamente cessato di lavorare almeno per un certo periodo o abbiano diminuito il tempo di lavoro con effetti negativi sul versante retributivo e pensionistico, quale presupposto necessario per l'applicazione del regime integrativo. La decisione permette di ritenere, peraltro, che una normativa corrispondente a tali requisiti sia legittima e non contrastante con il principio di eguaglianza in conformità alle disposizioni citate. In questa logica va inquadrata l'asserzione della Corte (p. 66 della sentenza) secondo la quale la misura in discussione, essendo a carattere meramente compensativo, «non ha l'obiettivo di contrastare gli effetti negativi dovuti alla cura familiare durante la vita lavorativa, a cui viceversa dovrebbero tendere gli Stati Membri, secondo il principio affermato dalla Dichiarazione n. 28 allegata al Trattato di Amsterdam e richiamata dal *considerando* n. 22 D.06/54 Ce». Tale approccio esprime limpidamente la necessità per gli Stati membri di attuare una politica sociale efficace in modo da evitare a monte il prodursi del fenomeno che ha dato origine alla questione, in linea con il modello europeo ribadito dalla recente direttiva n. 1158,

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. *b*, dir. 7/79 CE, assorbita dalla dir. 06/54.

<sup>18</sup> Corte giust., 29 novembre 2001, C-366/99, *Griesmar*.

<sup>19</sup> T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova 2019, p. 305.

anche se presta il fianco alla critica di non tener conto a sufficienza del fatto che, finché tali obiettivi non siano effettivamente realizzati, gli impegni familiari destinati al lavoro di cura molto frequentemente determinano effetti negativi nei confronti delle donne sul versante dell'attività professionale.

### 3.1....e il caso Caisse primaire d'assurance maladie

L'altro caso relativo alla (mancata) condivisione dei ruoli familiari<sup>20</sup> attiene ad una disciplina di fonte contrattuale collettiva che attribuiva un congedo di maternità supplementare a quello legale, articolato nella durata e nella copertura retributiva, nei confronti della madre lavoratrice che si prendesse cura direttamente del figlio/a dopo la nascita<sup>21</sup>. Il congedo supplementare di 3 mesi per accudire il proprio figlio era stato invece negato dalla direzione aziendale ad un lavoratore padre, nonostante la sua richiesta fosse appoggiata dal sindacato stipulante, sul presupposto che si trattava di un beneficio riservato alle madri. Anche in questo caso il *focus* della sentenza si concentra sulla funzione svolta dai congedi, ponendosi la questione fino a che punto secondo la disciplina negoziale essi risultassero collegati alla tutela della salute biologica della madre e alle particolari relazioni fra madre e figlio nel periodo successivo alla nascita, quali valori enunciati fin dal noto caso *Hofmann* (C-184/83), oppure alla funzione educativa che, potendo essere svolta da entrambi i genitori, rende discriminatorio un diritto riservato solo alla madre. Per dirimere la questione assumono rilievo le caratteristiche della disciplina contrattuale sotto il profilo della diminuita copertura economica in caso di congedo pari a 3 mesi, al presupposto dell'anzianità di lavoro minima di 6 mesi per la titolarità del diritto<sup>22</sup>, infine alla durata

<sup>20</sup> Corte giust., 18 novembre 2020, C-463/19, *Syndicat du personnels de la Caisse primaire d'assurance maladie la Moselle*, commentata da R. ZUCARO, *L'indirizzo europeo sul congedo di maternità supplementare*, in *Lav. giur.*, 2021, n. 4, p. 369 ss.

<sup>21</sup> Il regime prevedeva tre mesi a retribuzione dimezzata oppure un mese e mezzo a retribuzione piena, oppure un anno senza retribuzione elevabile a due a discrezione della dirigenza dell'ente. In tutti i casi descritti la lavoratrice manteneva il diritto al termine del congedo di rientrare sul proprio posto di lavoro, salvo nell'ipotesi di concessione di un anno ulteriore di congedo ove il diritto al rientro era subordinato alla disponibilità di posto pur essendo riconosciuto un diritto di prelazione.

<sup>22</sup> La legittimità di un periodo di anzianità lavorativa quale requisito per il diritto ai congedi parentali è stato riaffermato da Corte giust., 25 febbraio 2021,

variabile del congedo che poteva andare da 1 mese e mezzo fino a 2 anni e 3 mesi e non sempre con garanzia della retribuzione, come rileva la sentenza nel rinviare al giudice di merito la valutazione sulle disposizioni controverse. La disomogeneità della disciplina sembra opporsi alla possibilità di ricondurre in ogni caso il complesso dei congedi alla tutela della gravidanza e maternità e della relazione con il neonato o la neonata e, dunque, solo in linea di principio la disciplina del contratto collettivo non è ritenuta *di per sé* (corsivo mio) in contrasto con il divieto di discriminazione senza che, d'altro lato, sia stata accolta la posizione dell'Avvocato generale propensa a sottolineare maggiormente la tendenza dell'ordinamento comunitario verso la trasformazione dei tradizionali ruoli genitoriali<sup>23</sup>, secondo l'auspicio confermato dalla direttiva n. 1158/2019.

#### 4. *Esigenza di una riforma legislativa per promuovere la fruizione effettiva dei congedi da parte del padre*

L'atteggiamento ancora cauto della Corte di giustizia suggerisce che la via migliore per perseguire l'obiettivo enunciato dalla direttiva sia affidato al modo della sua trasposizione, che dovrà essere tale da armonizzare l'ordinamento interno agli obiettivi perseguiti a vantaggio di una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro mediante una trasformazione profonda dei modelli culturali e sociali.

Indubbiamente una delle questioni più rilevanti a questo riguardo attiene alla mancanza di una regolamentazione complessiva del congedo di paternità che manca di strumenti atti a garantirne la fruizione effettiva, salvo il divieto di discriminazione sancito dall'art. 25, comma 2-*bis*, del Codice di Pari Opportunità. Neppure il mantenimento integrale della retribuzione, in misura addirittura superiore a quella della madre, e l'assicurazione delle coperture previdenziali, si è dimostrata sufficiente per promuoverne l'effettivo utilizzo. Assume pertanto particolare rilievo introdurre strumenti che agevolino di fatto il ricorso al congedo di paternità – come l'utilizzo flessibile secondo il modello già disposto per i congedi parentali<sup>24</sup> – ma altresì

C-129/2020, *XI v. Caisse primaire des enfants*, che ha escluso, al contrario, la legittimità della condizione di essere lavoratore/trice al momento della nascita del figlio.

<sup>23</sup> Per riferimenti R. ZUCARO, *L'indirizzo europeo*, cit., p. 378.

<sup>24</sup> L'art. 32, commi 1-*bis* e 1-*ter*, d.lgs. n. 151/2001 determina le regole in ordine al necessario preavviso nei confronti del datore di lavoro e al modo di calcolo

un apparato sanzionatorio in grado di colmare l'attuale vuoto che, nonostante la qualificazione come «obbligatorio», rende il congedo di paternità un mero diritto potestativo. Di conseguenza, il sistema normativo andrebbe integrato per es. estendendo nei confronti del datore di lavoro che rifiuti il congedo la sanzione amministrativa prevista in caso di rifiuto a riconoscere il congedo parentale, ai sensi dell'art. 38 t.u. o prevedendo altre forme di penalizzazione, senza tralasciare neppure l'ipotesi in cui sia lo stesso lavoratore a non dichiarare la paternità, rendendo impossibile esercitare il diritto al congedo.

La questione della effettività riguarda, come è noto, anche l'utilizzo del congedo parentale da parte del padre, il cui rimedio dovrebbe consistere nell'innalzamento della copertura economica al livello diffuso in molti paesi dell'UE, pari al 70% o 80% della retribuzione, almeno per un certo numero di mesi, in senso conforme al dettato della direttiva europea che puntualizza, all'art. 8, par. 3, la necessità che il suo livello sia tale da incoraggiare entrambi i genitori al suo utilizzo. Ciò permetterebbe di superare una delle cause più frequenti della scelta di attribuire alla madre il maggior carico di cura, ovvero il detrimento al reddito familiare derivante dal differenziale retributivo mediamente più elevato dei lavoratori padri e dalla conseguente maggiore perdita in caso di assenza. L'aumento della copertura dei congedi parentali riveste, pertanto, un'importanza altrettanto rilevante allo scopo di creare le condizioni affinché il padre assuma pari dignità e pari responsabilità della madre riequilibrando i ruoli nella coppia.

Nella medesima logica è di estremo rilievo, altresì, la tutela dei diritti retributivi già riconducibile, almeno in parte, al diritto antidiscriminatorio per ciò che concerne i possibili effetti negativi sugli importi di natura integrativa alla retribuzione base che siano ridotti a causa dell'utilizzo dei congedi<sup>25</sup>, così come potrebbero essere vagliati i compensi supplementari connessi alla presenza sul luogo di lavoro. Peraltro, la materia della gestione degli orari è presa in considerazio-

della retribuzione. L'uso flessibile è sollecitato dal *considerando* n. 19 della direttiva europea n. 1158, che affida agli Stati membri il compito di stabilire «se e a quali condizioni consentire che il congedo di paternità sia fruito a tempo parziale, a periodi alternati, ad esempio per un certo numero di giorni consecutivi di congedi separati da periodi di lavoro, o in altri modi flessibili».

<sup>25</sup> Al riguardo Trib. Torino, 26 ottobre 2016, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, p. 286, con nota di M. PERUZZI, ha ritenuto indirettamente discriminatorio un criterio basato sulla presenza nel posto di lavoro. In tema gli AA. cit. in nota 9.

ne dalla direttiva in chiave di adattamento delle condizioni di lavoro alle esigenze di cura in capo ai lavoratori/lavoratrici che, pur senza approdare a riconoscere diritti soggettivi perfetti, sono oggetto di una specifica disciplina da parte della direttiva (*infra*, § 6).

##### 5. *Estensione della titolarità dei congedi in rapporto al mutamento delle famiglie e del mondo del lavoro*

Accanto ai profili appena esaminati una delle sfide in sede di trasposizione della direttiva n. 1158 riguarda la titolarità dei congedi. Le regole per il congedo di paternità stabilite dall'art. 4, commi 2 e 3, prescrivono, oltre all'irrelevanza dell'anzianità di servizio e dallo stato civile o di famiglia del lavoratore, il riconoscimento anche nei confronti del «secondo genitore equivalente» come disciplinato a livello nazionale, imponendo di adeguare la disciplina vigente con riferimento alla legge n. 76/2016 sulle «unioni civili» in modo da eliminare una differenza di regime che altrimenti darebbe luogo a una discriminazione per orientamento sessuale<sup>26</sup>. In merito, oltre al percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in tema di «omo-genitorialità»<sup>27</sup>, va segnalata positivamente la giurisprudenza di merito che ha già riconosciuto il diritto ai congedi parentali nei confronti del genitore intenzionale di una coppia unita civilmente, in determinate circostanze. Valorizzando il legame genitoriale esistente nei confronti del bambino<sup>28</sup> – in conformità al parere emesso dall'INPS in applicazione dell'art. 32, comma 1, lett. *b*, d.lgs. n. 151/2001 – ha superato il dato letterale che fa riferimento al padre come destinatario del congedo, come unica interpretazione in grado di assicurare al figlio la stessa dimensione affettiva e di

<sup>26</sup> M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, Torino 2020, p. 138.

<sup>27</sup> La sollecitazione nei confronti del legislatore è affermata in più occasioni dalla Corte costituzionale: Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230; Corte cost., 9 marzo 2021, nn. 32 e 33; per la giurisprudenza di legittimità da ultimo Cass., Sez. un., 12 gennaio 2021, n. 9006.

<sup>28</sup> Trib. Milano, 12 novembre 2020, ha fondato la propria decisione sul riconoscimento avvenuto davanti all'Ufficiale di Stato Civile del figlio nato fuori dal matrimonio da parte di entrambi i genitori con tecniche di PMA, riconoscimento ripetuto dall'atto di nascita e di per sé idoneo a indentificare la riconducibilità del bambino a un determinato nucleo familiare, «senza che si ponga il problema del riconoscimento di atti formati all'estero o di pronunce di giudici stranieri» e non essendovi contrasto con i principi enunciati dalla Corte costituzionale (pronuncia n. 230/2020).

cura garantita dalle coppie eterosessuali e dunque nell'ottica del *best interest for the child* enunciato dalla Conv. ONU sui diritti del fanciullo, ratificata in Italia con l. 27 maggio 1919, n. 176. La soluzione è suscettibile di applicazione analogica nei confronti del congedo di paternità, una volta che si verifichino gli stessi presupposti costituiti principalmente dal riconoscimento dello stato civile di genitore, pur essendo necessaria una legislazione che affronti in modo compiuto l'intera tematica. Il termine «secondo genitore equivalente» si presta anche ad altre innovazioni legislative, tenuto conto della varietà di situazioni possibili. Un esempio concerne il caso di famiglia monoparentale. Qualora sia il padre a mancare, oppure ad essere gravemente infermo o nel caso in cui il figlio sia affidato esclusivamente alla madre, in mancanza di norme a favore della madre come invece avviene nei confronti del padre nell'ipotesi simmetrica, sarebbe opportuno prevedere che il congedo obbligatorio di paternità possa essere in questi casi trasferito ad altra persona di fiducia secondo le indicazioni della madre, per ovviare alla sua "solitudine" nell'accudimento del figlio/a.

Un profilo di tutt'altra natura, ma altrettanto cruciale, concerne l'estensione nei confronti della platea di lavoratori "atipici" nonché dei dipendenti delle pp.aa., già presi in considerazione dall'art. 4, comma 3, *Family Act*. La rilevanza di diritto fondamentale dei congedi, in particolare di maternità e paternità, impone altresì che se ne estenda il campo applicativo nei confronti dei lavoratori non subordinati, tra cui i collaboratori etero-organizzati assimilati ai lavoratori dipendenti sotto il profilo delle tutele, ai sensi dell'art. 47-bis, l. n. 81/2015 (come modificato dalla legge c.d. "riders", d.l. n. 128/2019)<sup>29</sup>. La stessa portata espansiva dovrebbe riguardare i lavoratori autonomi, i lavoratori iscritti alla gestione separata INPS, o altre casse previdenziali, nonché i liberi professionisti, che, per ciò che riguarda il congedo di paternità, ne sono ammessi a fruire solo in via sostitutiva (in caso di morte della madre, grave infermità o affidamento in via esclusiva del figlio al padre) e solo a condizione che la madre sia una lavoratrice che rientra nelle categorie specificamente previste ed abbia soddisfatto gli specifici requisiti contributivi (le parasubordinate e le libere professioniste almeno 3 mesi di contributi nei 12 mesi precedenti l'inizio del congedo). Nella logica di

<sup>29</sup> Per il riconoscimento delle tutele previste per i lavoratori subordinati anche in campo previdenziale cfr. Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, nonché la circ. 30 ottobre 2020, n. 7 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

una riforma di ampio respiro sarebbe opportuno, altresì, superare i limiti soggettivi del campo di applicazione nei confronti dei lavoratori autonomi iscritti a casse previdenziali anche diverse dall'INPS e approntare soluzione che permettano l'effettivo godimento del congedo sull'esempio di quanto previsto nei confronti delle madri libere professioniste e delle lavoratrici autonome, ampliando la prospettiva già intrapresa in questo senso in occasione dell'emanazione della normativa in materia di "congedi Covid-19"<sup>30</sup>.

#### 6. *Flessibilità degli orari e portata del diritto individuale a farne richiesta*

È ben noto che al fine dell'equilibrio tra lavoro e vita familiare e della partecipazione delle donne al mercato del lavoro un nodo di estremo rilievo riguarda la gestione dell'orario di lavoro che, se adeguata, consente di conciliare le esigenze di cura con quelle lavorative senza dover rinunciare al posto di lavoro o alla retribuzione oppure, al contrario, può essere causa di aggravamento delle condizioni di lavoro<sup>31</sup>. In merito, la direttiva n. 1158, all'art. 9, comma 1, riconosce il diritto in capo ai dipendenti con responsabilità genitoriali oppure di assistenza di chiedere orari di lavoro flessibili (da intendersi ai sensi dell'art. 3, lett. *f*, riferiti anche a riduzioni di orario o calendari flessibili o possibilità di lavoro a distanza), reversibili in caso di mutamento della situazione che vi ha dato origine, con una portata differente e più estesa rispetto alle forme di flessibilità dei congedi parentali, costituendo in tal senso una novità rispetto al quadro nazionale vigente nel settore privato<sup>32</sup>. Un nodo da sciogliere in pro-

<sup>30</sup> In merito al mancato riconoscimento del diritto ad un effettivo congedo e non soltanto all'indennità sostitutiva nei confronti dei padri liberi professionisti, cfr. L. CALAFÀ, *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma 2020, p. 164 ss.; in merito alla normativa che riconosce il diritto al congedo con indennità e in alternativa il "bonus baby-sitter" facendo presumere il godimento effettivo, cfr. F. SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, *ivi*, p. 237.

<sup>31</sup> Come sottolinea il *considerando* n. 10 alla luce della constatazione «della crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano».

<sup>32</sup> Per un'ampia disamina delle disposizioni in materia di lavoro notturno, forme di impiego flessibile in materia di congedo parentale, nonché della specifica azione positiva disciplinata dall'art. 9, l. n. 53/2000 circa la flessibilità degli orari di lavoro in funzione di conciliazione tra lavoro e vita privata; e infine del ricorso allo



posito riguarda il giusto coordinamento tra gestione degli orari di lavoro e ricorso a modalità di lavoro flessibile se si tiene conto che, per es., il lavoro a tempo parziale svolto con modalità elastiche in funzione delle esigenze organizzative può creare incompatibilità con la funzione familiare, oppure che lo *smart-working*, se considerato di per sé uno strumento di conciliazione può essere tale, in realtà, da impedire l'esercizio del diritto al congedo parentale<sup>33</sup>.

La formulazione della disposizione, frutto di un difficoltoso processo di negoziazione, esclude che si tratti di un diritto soggettivo perfetto, potendosi configurare esclusivamente a stregua di interesse qualificato, peraltro sostenuto da oneri procedurali a carico del datore di lavoro consistenti nella presa in considerazione della domanda e nell'onere di rispondere entro un periodo di tempo ragionevole motivando l'eventuale rifiuto della richiesta, ai sensi dell'art. 9, comma 2, non in modo generico ma tale da permettere lo scrutinio giudiziale<sup>34</sup>. La dimensione procedimentale non deve essere sottovalutata dal momento che introduce un onere di trasparenza nell'agire organizzativo del datore di lavoro e un obbligo di interlocuzione atti ad impedire eventuali condotte discriminatorie nel trattamento riservato ai dipendenti che avanzino la richiesta, e configurabili in caso di mancata o inadeguata motivazione.

Fermo restando il ruolo della contrattazione collettiva sia nazionale che decentrata, vincoli più stringenti applicabili al settore privato potrebbero essere introdotti in sede di trasposizione della direttiva sulla scorta della disposizione che, nel settore del lavoro con le p.a., detta i criteri di gestione del personale stabilendo l'obbligo del dirigente di «tener conto di particolari esigenze legate alla genitorialità e alla cura in capo ai dipendenti» ai fini di concedere condizioni di impiego flessibile, ai sensi dell'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, cui si riallaccia la disciplina della contrattazione collettiva di comparto e decentrata, anch'esso presidiato dal divieto di discriminazione<sup>35</sup>.

*smart-working* disposto dal d.lgs. n. 81/2015, cfr. M.L. VALLAURI, *op. cit.*, p. 42 ss.; M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 162 ss.

<sup>33</sup> Cfr. A.R. TINTI, *Il lavoro agile e i rischi della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT - 419/2020; sui rischi del c.d. *work-life blending*, M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 60 ss.

<sup>34</sup> In tal senso D. IZZI, *Il Work-life balance*, cit., p. 347; M. BELL, *Working life balance and the Right to request flexible hours, Regulating for Globalisation*, 21 giugno 2019, in [www.regulatingforglobalisation.com](http://www.regulatingforglobalisation.com).

<sup>35</sup> Mi permetto di rinviare a S. SCARPONI, *La parità di genere sul lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e gene-*

Il diritto di chiedere orari flessibili previsto dalla direttiva, peraltro, potrebbe essere direttamente invocabile anche indipendentemente dalla trasposizione della direttiva o anticipatamente al suo recepimento fissato entro il 2 agosto 2022. Rileva in proposito il collegamento con il principio di eguaglianza u/d nel lavoro e con il divieto di discriminazione che implicano uno stretto legame con la Carta UE sotto il profilo non soltanto del diritto alla conciliazione tra vita familiare e professionale sancito dall'art. 33, ma altresì del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione sanciti dagli artt. 21 e 23, che hanno portata primaria. Pur con la cautela imposta dal tema del primato del diritto comunitario nel sistema delle fonti<sup>36</sup>, non si possono trascurare le indicazioni provenienti dall'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di effetto diretto orizzontale dovuta alla combinazione tra Carta UE e direttive antidiscriminatorie<sup>37</sup>. La conclusione qui sostenuta si basa sul fatto che il diritto in questione nel testo della direttiva n. 1158, ai sensi dell'art. 9, commi 1 e 2, è formulato in modo chiaro, preciso e incondizionato nello stabilire i soggetti titolari (genitori con figli fino a 8 anni e prestatori di assistenza) e nello specificare gli obblighi in capo ai datori di lavoro secondo le modalità sopra esaminate. Un'interpretazione di questo tipo sarebbe del tutto conforme anche al principio contenuto nell'art. 37, comma 1, della Costituzione, che nel menzionare l'obbligo a che «le condizioni di lavoro garantiscano lo svolgimento dell'essenziale funzione familiare», ne riconosce il profondo valore non solo personale ma anche sociale.

re, cit., p. 55, per l'analisi di Trib. Firenze, 22 ottobre 2019, in *Giustizia civile.com*, che ha configurato come violazione dell'art. 25, comma 2-bis, d.lgs. 198/2006, c.d. "Codice di pari opportunità", una decisione da parte di un dirigente della p.a. di modificare l'orario di servizio con conseguente irrigidimento degli orari di entrata al lavoro, in precedenza più flessibili, senza che fossero addotte giustificazioni specifiche se non un generico richiamo al principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

<sup>36</sup> M. ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 109 ss.;

<sup>37</sup> Cfr. Corte giust., 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*; Corte giust., 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften EV c. T. Shimizu*.



## Le Autrici e gli Autori

MARIAPAOLA AIMO, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Torino.

EDOARDO ALES, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Napoli Parthenope.

CRISTINA ALESSI, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Brescia.

ANDREA ALLAMPRESE, Professore associato presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

AMOS ANDREONI, già Professore presso l'Università La Sapienza di Roma.

MARIA VITTORIA BALLESTRERO, Professoressa emerita presso l'Università degli Studi di Genova.

FABRIZIO BANO, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Sassari.

MARZIA BARBERA, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Brescia.

MARCO BARBIERI, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Foggia.

VINCENZO BAVARO, Professore associato presso l'Università degli Studi di Bari.

ANTONIO BAYLOS GRAU, Catedrático presso l'Universidad de Castilla La Mancha.

ALESSANDRO BELLAVISTA, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Palermo.

OLIVIA BONARDI, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Milano.

SILVIA BORELLI, Professoressa associata presso l'Università degli Studi di Ferrara.

FRANCO CARINCI, già Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Bologna.

- LUISA CORAZZA, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi del Molise.
- GISELLA DE SIMONE, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Genova.
- MADIA D'ONGHIA, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Foggia.
- ANNA FENOGLIO, Professoressa associata presso l'Università degli Studi di Torino.
- VINCENZO FERRANTE, Professore ordinario presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.
- LORENZO GAETA, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Siena.
- ALESSANDRO GARILLI, già Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Palermo.
- DOMENICO GAROFALO, Professore ordinario presso l'Università degli Studi Aldo Moro di Bari.
- STEFANO GIUBBONI, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Perugia.
- SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, Catedrático presso l'Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.
- DONATA GOTTARDI, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Verona.
- LUCIANA GUAGLIANONE, Professoressa associata presso l'Università degli Studi di Brescia.
- FAUSTA GUARRIELLO, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi Gabriele d'Annunzio di Chieti-Pescara.
- DANIELA IZZI, Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Torino.
- ANDREA LASSANDARI, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Bologna.
- ANTONIO LO FARO, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Catania.
- PIERA LOI, Professoressa associata presso l'Università degli Studi di Cagliari.
- MARIELLA MAGNANI, Professoressa emerita presso l'Università degli Studi di Pavia.
- FEDERICO MARTELLONI, Professore associato presso l'Università degli Studi di Bologna.
- ORONZO MAZZOTTA, Professore emerito presso l'Università di Pisa.
- LUIGI MENGHINI, già Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Trieste.

MARCO NOVELLA, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Genova.

GIOVANNI ORLANDINI, Professore associato presso l'Università degli Studi di Siena.

MASSIMO PALLINI, Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Milano.

PAOLO PASCUCCI, Professore ordinario presso l'Università degli Studi Carlo Bo di Urbino.

ADALBERTO PERULLI, Professore ordinario presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

FABIO RAVELLI, Ricercatore presso l'Università degli Studi di Brescia.

ORSOLA RAZZOLINI, Professoressa associata presso l'Università degli Studi di Milano.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, già Catedrático presso l'Universidad de Alcalá de Henares

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Catedrático presso l'Universidad de Sevilla.

UMBERTO ROMAGNOLI, già Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Bologna.

GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, Professore emerito presso l'Università La Sapienza di Roma.

STEFANIA SCARPONI, già Professoressa ordinaria presso l'Università degli Studi di Trento.

TIZIANO TREU, Professore emerito presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

JESÚS CRUZ VILLALÓN, Catedrático presso l'Universidad de Sevilla.

LORENZO ZOPPOLI, Professore ordinario presso l'Università degli Studi Federico II di Napoli.



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso  
nel mese di ottobre dell'anno 2021  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy  
red.nignat - ftc.topint

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli  
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477  
Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)







Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino  
17/2021

7621101210



Questo volume, sprovvisto del taloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

ISBN 978-88-495-4648-4



€ 130,00

Studi in memoria  
di Massimo Roccella  
EST