

indice

editoriale

- 261 DONATA GOTTARDI
Recovery Plan e lavoro femminile

saggi

- 271 MASSIMILIANO DELFINO
Ultima direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori e trasposizione in Italia nel prisma del bilanciamento degli interessi
- 291 TEODORO TAGLIAFERRI
Alle origini dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro: governo mondiale e pace universale
- 317 LAURA TOMASI
Stranieri e prestazioni sociali tra giurisprudenza costituzionale ed europea
- 345 CLAUDIA MURENA
Welfare aziendale e famiglia dentro e fuori le Leggi di Bilancio: limiti e prospettive
- 371 LINA DEL VECCHIO
Il lavoro agile oltre l'emergenza

giurisprudenza

- 411 SIMONE D'ASCOLA
Trasferimenti d'azienda con due cessionari: quando la Corte di Giustizia crea problemi anziché risolverli
(Commento a Corte di giustizia dell'Unione Europea 26 marzo 2020, C-344/18, *ISS Facility Services NV*)

- 423 LAURA TEBANO
Il distacco e i suoi presupposti tra (prevedibili) conferme e (auspicabili) distinzioni
(Commento a Cassazione 11 settembre 2020 n. 18959)
- 435 ANDREA GENTILE
Interesse e vantaggio dell'Ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica
(Commento a Cassazione 17 novembre 2020 n. 4480)

opinioni e pareri

- 449 *La proposta di direttiva UE sui salari minimi adeguati*
- 450 *Le opinioni di Maximilian Fuchs (Germania), Emanuele Menegatti (Italia), Thomas Pasquier (Francia), Barbara Surdykowska, Łukasz Pisarczyk (Polonia)*

osservatorio

- 507 GIUSEPPE DELLA ROCCA, PIERLUIGI MASTROGIUSEPPE
"Valutazione" nella pubblica amministrazione: questione irrisolta

recensione

- 523 GIUGLIEMO CORSALINI
Maurizio Cinelli, Guglielmo Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè-Lefebvre, 2020, pp. 330
- 531 *Notizie sugli autori*
- 533 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 261 DONATA GOTTARDI
Recovery Plan and Women's Work

articles

- 271 MASSIMILIANO DELFINO
The Latest Directive on Transnational Posting of Workers in the Light of the Balancing of Interests
- 291 TEODORO TAGLIAFERRI
The Origins of International Labour Organization: World Government and Universal Peace
- 317 LAURA TOMASI
Foreigners and Social Benefits: Constitutional and European Case-law
- 345 CLAUDIA MURENA
Corporate Welfare and Family Inside and Outside the Budget Laws: Limits and Perspectives
- 371 LINA DEL VECCHIO
Remote Working beyond the Emergency

case law

- 411 SIMONE D'ASCOLA
Transfer of Undertaking and the Continuity of the Employment Relationship: When the CJEU Creates Problems rather than Solving Them
(Comment to CJEU 26 March 2020, C-344/18, *ISS Facility Services NV*)

- 423 LAURA TEBANO
Posting of Workers and its Conditions between (Predictable) Confirmations and (Desirable) Distinctions
(Comment to Cassazione 11 September 2020 No. 18959)
- 435 ANDREA GENTILE
Interest and Advantage of the Legal Body and the Systematic violation of the Accident Prevention Legislation
(Comment to Cassazione 17 November 2020 No. 4480)

opinions and views

- 449 *The Proposal for an EU Directive on Adequate Minimum Wages*
- 450 *The opinions of Maximilian Fuchs (Germany), Emanuele Menegatti (Italy), Thomas Pasquier (France), Barbara Surdykowska, Łukasz Pisarczyk (Poland)*

observatory

- 507 GIUSEPPE DELLA ROCCA, PIERLUIGI MASTROGIUSEPPE
“Assessment” in public administration: an unresolved problem

review

- 523 GIUGLIEMO CORSALINI
Maurizio Cinelli, Guglielmo Corsalini, La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL, Giuffrè-Lefebvre, 2020, pp. 330
- 531 *Authors’ information*
- 533 *Abbreviations*

Donata Gottardi
Recovery Plan e lavoro femminile

Sommario: **1.** Le disuguaglianze di genere nel patto per il futuro. **2.** Le politiche per le donne. **3.** Imprenditoria femminile e certificazione della parità di genere. **4.** L'importanza di intervenire.

1. Le disuguaglianze di genere nel patto per il futuro

L'architettura del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) è complessa: basata su tre assi strategici, corrispondenti a digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale; declinata in sei Missioni rivolte a obiettivi trasversali finalizzati alla coesione e all'equità sociale.

Il Piano, come prevede il Regolamento 2021/241/UE *che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*, mette le azioni progettate in relazione diretta con le Raccomandazioni per Paese della Commissione europea che, come ormai abbiamo imparato a conoscere, ci sollecita politiche sociali, tra cui spicca la richiesta di adottare una strategia complessiva per la partecipazione delle donne al mercato del lavoro, composta da servizi di qualità e competenze digitali. La seconda Raccomandazione per il 2019 individuava "in particolare ... l'accesso a servizi di assistenza all'infanzia e a lungo termine di qualità".

È già nelle prime righe della Premessa che si dà evidenza delle ricadute peggiori della Pandemia su donne e giovani, soprattutto nel Mezzogiorno, anche a causa delle preesistenti carenze. Ne deriva un impegno, alla luce del Pilastro europeo dei diritti sociali nelle dimensioni della parità di opportunità, a promuovere cambiamenti nelle politiche (attive) del lavoro, segnatamente in riferimento alle disuguaglianze di genere e ai divari generazionali e territoriali (p. 12).

Genere, generazioni e territori diventa così la triade ricorrentemente evocata con grande enfasi e che può essere considerata uno dei perni fondamentali su cui far ruotare le azioni proposte, che disegnano quello che potremmo definire un patto verso il futuro. Non si può che ritenerla un'ottima indicazione per un Paese come il nostro, ove permane una tradizionale divisione dei ruoli familiari ed è geograficamente diversificato.

La declinazione risulta, tuttavia, troppo spesso ripiegata su sé stessa ed è così che si torna al binomio 'donne e giovani' di inquietante antica memoria (anche se allora ci si riferiva ai minori, anzi ai fanciulli) e alla divaricazione Nord-Sud. Eppure quando si parla di generazioni si dovrebbe aprire il diaframma e considerare la rilevanza di tutte le diverse età e non solo quella minoril-giovanile. Lo stesso si può affermare per i territori, che sono in realtà diversificati anche all'interno di ciascuna regione e provincia, oltre che tra centro e periferie.

Grande assente è il richiamo alle genti. Nulla nel piano fa riferimento ai flussi migratori. Le migrazioni sono quelle digitali "al *cloud*" e, se un accenno viene effettuato, questo riguarda l'emigrazione dei nostri giovani. È evidente il condizionamento politico ad evitare un tema ritenuto impropriamente 'sensibile', dimostrando di essere ancora avviluppati nella logica emergenziale.

Quanto a 'donne e giovani', le perplessità non sono solo formali. Magari lo fossero. Accomunare donne e giovani come soggetti deboli (le famose 'mezze forze' del lavoro) significa banalizzare il riconoscimento dei rischi di discriminazione, non tener conto delle causali e degli ambiti, e immaginare una uniformità che, invece, risulta solo nel preoccupante dato occupazionale.

2. *Le politiche per le donne*

Questo approccio è purtroppo molto lontano dalla scelta, apparentemente simile, della Spagna che ha basato il suo Piano sull'adozione di una prospettiva intersezionale, sulla parità come leva per la ripresa e sull'economia della cura. Nel nostro testo, invece, nelle "Priorità trasversali", si aggiungono "le persone con disabilità" e, di seguito, si parla di "cittadini che non esprimono oggi pienamente il loro potenziale", il che porta a parlare della "assenza di pari opportunità a prescindere da provenienza, religione, disabilità,

età o orientamento sessuale”, che non sono “solo un problema individuale, ma ... un ostacolo significativo alla crescita economica” (p. 33).

È del tutto ovvio che non si può pretendere da un documento di più di 250 pagine, costruito con le note difficoltà politiche e temporali, una precisione lessicale e un approccio organico che nemmeno i testi legislativi stanno da lungo tempo garantendo, ma quanto sopra riportato è talmente infarcito di contraddizioni da non poter passare sotto silenzio: non ci sono persone (e non solo cittadini) che non esprimono il potenziale, ma discriminazioni da contrastare; non è l'assenza di parità 'a prescindere', ma semmai il suo contrario; i diritti sociali sono individuali e collettivi e non sono strumentali a un obiettivo economico.

Più adeguato appare l'elenco dei numerosi profili delle disuguaglianze di genere, che apre il paragrafo dedicato alle “politiche per le donne”: contesto familiare, formazione, tasso di occupazione, differenziali retributivi, progressione di carriera e maternità, mancanza di servizi, scarsa imprenditoria femminile. Peccato che nella conclusione si ritenga si tratti “di forme di discriminazione indiretta, a cui si aggiungono varie forme dirette, come il bullismo in ambito scolastico e il sessismo nei luoghi di lavoro” (p. 35). L'imperizia nell'occuparsi del tema balza di prepotenza agli occhi.

A ulteriore conferma si propone un “percorso di riforma e investimento sulle politiche per promuovere la natalità avviato col *Family Act*” (p. 36). Ed è questo, infatti, a comparire tra le ‘Riforme di accompagnamento al Piano’: un d.d.l. organico, rispondente all'obiettivo del Governo di contrastare la denatalità, volto al “sostegno e la valorizzazione della famiglia”. In particolare il sostegno è previsto per “le famiglie con figli, per la promozione della partecipazione al lavoro delle donne, per il sostegno ai giovani”. Come è noto, si tratta della razionalizzazione del sistema mediante l'introduzione “dell'assegno unico e universale, la revisione dei congedi parentali e il sostegno ai percorsi educativi dei figli, la sicurezza lavorativa, attraverso le misure di sostegno al lavoro femminile e ... una revisione moderna dei meccanismi che consentono una conciliazione dei tempi di lavoro e di cura dei figli a carico di entrambi i genitori” (p. 78 e s.). Si tratta, inoltre, del riordino e dell'introduzione di provvidenze, come, ad esempio la copertura delle rette per gli asili e le scuole d'infanzia, e “agevolazioni fiscali per le spese sostenute per gli addetti ai servizi domestici o di assistenza di familiari con deficit di autonomia” (p. 79 e s.).

Il *Family Act* – denominazione inutilmente esterofila, che mortifica e

rende unico il modello derivato dalla tradizione – è solo uno degli esempi di correlazione tra il Piano, presentato e approvato dalla Commissione europea, e le riforme governativo-parlamentari, che si stanno alacramente succedendo nell'agenda politica, in collegamento con le sei Missioni previste.

Nella prima Missione ('Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo') si prevedono, come politiche per le donne, "nuovi meccanismi di reclutamento nella pubblica amministrazione e ... revisione delle opportunità di promozione alle posizioni dirigenziali di alto livello". Inoltre si fa riferimento alle misure dedicate al lavoro agile nella PA, che "incentivano un più corretto bilanciamento tra vita professionale e vita privata" (p. 36). Chi ha scritto questa parte sembra dimenticare che nella PA il problema principale per le donne non è l'accesso, ma la progressione di carriera e la difficoltà di arrivare ai ruoli apicali.

Delude che, nella illustrazione della "riforma della PA" (p. 44 ss.), nulla sia messo in campo per le donne, né nella buona amministrazione, né nelle competenze, né nella digitalizzazione. Nulla si trova nemmeno nel maggior dettaglio fornito nella parte dedicata alla 'Modernizzazione della PA'. La spiegazione forse si trova nel *Focus* sulla dimensione trasversale, dove si ritiene che sia la riforma in sé della PA a evitare 'divari di genere', come "storicamente" è avvenuto (p. 114), affermazione che lascia stupefatti. Nelle PA, invece, sia pure lentamente, sta crescendo la consapevolezza degli squilibri e ci si sta dotando di uno strumento – ignorato nel Piano – come il 'bilancio di genere', che non risolve ma costruisce una base di dati solida per affrontare con consapevolezza il cambiamento.

Quanto al lavoro agile, siamo in attesa di una presa di consapevolezza dell'importanza svolta dal lavoro da casa emergenziale durante la Pandemia e della necessità di organizzare il lavoro in modalità *off-line*, se si vuole davvero consentire la conciliazione tra lavoro professionale e lavoro di cura e la redistribuzione dei ruoli. In questa direzione va il passaggio, da valorizzare, in cui si riconosce la connessione tra conciliazione vita-lavoro e il raggiungimento degli obiettivi, anziché "la mera presenza in ufficio" (p. 114).

Inoltre, il lavoro agile compare, assieme al telelavoro e al lavoro flessibile, quale misura premiale "per i datori di lavoro che realizzino politiche atte a promuovere una piena armonizzazione tra vita privata e lavoro" (p. 80). Nulla di nuovo sotto il sole. Speriamo che l'infelice conclusione dell'esperienza dell'articolo 9 della legge n. 53 del 2000, sulle misure di sostegno della fles-

sibilità di orario, porti consiglio per evitare di replicarla senza tener conto degli ostacoli incontrati nella sua attuazione.

Ancora in riferimento alla prima Missione, si ricorda che banda larga e connessioni veloci forniscono la base volta allo sviluppo dell'imprenditoria e "generano significative ricadute occupazionali su settori a forte presenza femminile come quello alberghiero, della ristorazione, delle attività culturali" (p. 36). Nulla di più ovvio se non fosse che non si presta la dovuta attenzione ai problemi di quelli che sono stati e forse continueranno ad essere, fino a Pandemia cessata, i settori più esposti a chiusure e crisi. Un mero riferimento si trova nella parte rivolta a 'Turismo e cultura', dove si ricorda che questi sono i settori "con maggiore incidenza del lavoro giovanile e femminile", quindi, quelli "estremamente importanti per il raggiungimento dei *target* generazionali e di genere del PNRR" (p. 105).

3. *Imprenditoria femminile e certificazione della parità di genere*

A questo fornisce supporto quanto previsto nella quinta Missione, con "uno specifico investimento per sostenere l'imprenditoria femminile", consistente in una strategia integrata di sostegni e "un sistema nazionale di certificazione della parità di genere", con il quale si "intende accompagnare le imprese nella riduzione dei divari in tutte le aree più critiche per la crescita professionale delle donne, e rafforzare la trasparenza salariale".

Siamo arrivati così finalmente alle due azioni specifiche inserite nel Piano: la 'creazione di imprese femminili' (Investimento 1.2) e il 'sistema di certificazione della parità di genere' (Investimento 1.3). La prima consiste in "una strategia integrata di investimenti di carattere finanziario e di servizi di supporto", razionalizzando le misure già esistenti (p. 204). La seconda prefigura un sistema nazionale di certificazione "che accompagni e incentivi le imprese ad adottare *policy* adeguate a ridurre il gap di genere" nelle aree critiche (p. 205). Entrambe le misure evocano tentativi pregressi: quanto alla prima non si può non ricordare la legge n. 215 del 1992 che ha erogato sostegni alle imprese femminili senza tuttavia produrre gli esiti sperati ed è stata abrogata nel 2012; quanto alla seconda il pensiero va ai tentativi di certificazione – con bollino rosa – a suo tempo elaborati nell'ambito della prospettiva della responsabilità sociale d'impresa, ormai uscita dall'attenzione delle stesse istituzioni UE che l'avevano proposta.

È questa la parte del Piano che pone minori criticità espositive, sede primaria per l'*empowerment* femminile riconosciuto espressamente nel Piano (p. 198). Vi si riconosce, ad esempio, il “valore sociale dell’attività di cura” (p. 199), che è finalizzata allo sviluppo dei servizi alla persona sia per salvaguardare il lavoro professionale delle donne, sgravandole dal suo peso, sia per incrementare l’occupazione delle donne, che è prevalente proprio in questi settori. Un tipico esempio di politica che produce un doppio risultato positivo per le lavoratrici.

È nella quinta Missione (‘Inclusione e coesione’) che si prefigurano “effetti indiretti sull’occupazione tramite l’alleggerimento del carico di cura gravante sulla componente femminile della popolazione”. In diretta correlazione si prevede, nella sesta Missione (‘Salute’), “il rafforzamento dei servizi di prossimità e di supporto all’assistenza domiciliare, (che) contribuisce a ridurre l’onere delle attività di cura, fornite in famiglia, prevalentemente dalle donne” (p. 37).

Un riferimento ai servizi compare anche nella sesta Missione con il progetto di ‘Case di comunità’, che promuove un approccio alla “medicina di genere” (p. 225). Inoltre, nella quarta Missione (‘Istruzione e ricerca’), si prevede un intervento (Investimento 1.1) di sviluppo degli asili nido e dei servizi educativi dell’infanzia, nonché l’estensione del tempo pieno scolastico (investimento 1.2), entrambi considerati “sostegno alle madri con figli piccoli” e contributo all’occupazione femminile (p. 36 e 177). Sono da salutare con favore questi interventi sui servizi, da lungo tempo invocati, e speriamo si colga l’occasione per un investimento che vada oltre la mera età dei bambini.

Solo un cenno fuggevole è dedicato all’orientamento scolastico e alla diversificazione dei percorsi formativi: investire “nelle competenze STEM tra le studentesse” (p. 196) è un obiettivo che avrebbe bisogno di azioni concrete dato che gli stereotipi di genere sembrano tuttora in incremento.

Da ultimo, un intervento operativo consiste nella previsione di criteri premiali per le “imprese che, a diverso titolo, parteciperanno ai progetti finanziati dal PNRR” di assumere “giovani e donne”, anche inserendo “clausole nei bandi di gara”. Tali criteri dovranno tener conto “dell’oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto, in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, non discriminazione, trasparenza, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giovanile al 2026 anche tenendo conto dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi set-

toriali europei in cui vengono svolti i progetti” (p. 33). Se è da apprezzare lo sforzo di individuare il percorso e gli elementi da regolare, pare inevitabile ritenere ardua l’applicazione concreta. In ogni caso, nulla viene previsto nella riforma dedicata a ‘Semplificazione e concorrenza’, nemmeno nella parte sui ‘contratti pubblici’ e nei principi e criteri destinati alla legge delega in materia (p. 65). L’unico riferimento al lavoro riguarda il vincolo a misure per “la tutela del lavoro nell’affidamento dei contratti” (p. 66). La questione, quindi, è ancora più preoccupante, mancando non solo riferimenti al lavoro delle donne, ma al lavoro in generale, tranne il richiamo totalmente generico alla ‘tutela del lavoro’.

Nella seconda Missione (‘Rivoluzione verde e transizione ecologica’) spicca l’assenza, a fronte del continuo riferimento all’obiettivo dell’incremento quantitativo e qualitativo di posti di lavoro, di indicazioni utili al superamento delle disparità trasversali. Un cenno si trova solo nel *Focus* finale sui ‘Divari di genere’ dove si spiega il contrasto alle disegualianze di genere mediante “le misure connesse all’edilizia residenziale pubblica ..., posto che la carenza abitativa si riflette differentemente su uomini e donne per via del differente ruolo familiare loro attribuito e del fatto che la maggior parte delle famiglie monoparentali siano affidate (sic!) a donne” (p. 152).

Lo stesso avviene nella terza Missione (‘Infrastrutture per una mobilità sostenibile’), dove si parla in via generica dell’incremento dei posti di lavoro, ad esempio nello “sviluppo del sistema portuale” (p. 165). Il *Focus* finale sulla trasversalità ricorda solo la diversa, più intensa e più frammentata, “mobilità delle donne”, anche perché “utilizzano più degli uomini i trasporti collettivi e meno l’auto privata” (p. 169). Non sfugge a nessuno le implicazioni di questa affermazione che non merita commento: maggiore attenzione all’ecologia, paura di guidare o automobile unica e indisponibile?

Colpisce che l’ultima pagina del PNR sia dedicata a riconoscere “che la focalizzazione ... sulla transizione ecologica, le infrastrutture per la mobilità sostenibile, le reti di telecomunicazione e la digitalizzazione tende ad incrementare maggiormente l’occupazione maschile” (p. 266). Il riequilibrio lo si ipotizza a più lungo termine, riepilogando le misure intraprese. Sembra una inattesa autocritica e una smentita della forza della trasversalità affidata alla rimozione dei divari di genere, generazione e territori da cui il Piano è partito. Forse anche per questo nella valutazione da parte della Commissione europea questi profili sono richiamati senza alcuna enfasi.

4. *L'importanza di intervenire*

Arrivati alla fine del documento e dopo questo setacciamento di contenuti, noioso ma (si spera) utile, si può condividere l'importanza di intervenire sul divario di genere, di generazioni e di territori, con il rilancio di alcune politiche, sostenute da incentivi come quelle per il lavoro flessibile e l'imprenditoria femminile, così come la certificazione di genere. Determinante per la loro attuazione sarà far tesoro del passato e affiancare alle buone intenzioni la conoscenza degli ostacoli che di fatto hanno portato al fallimento le esperienze precedenti.

Che sia impellente intervenire lo dimostra a pieno titolo la stessa lettura del Piano. Colpisce l'imprecisione del linguaggio e la mancanza di autentiche novità in progetti che appaiono ancora allo stato embrionale e rimasticature del passato. Colpisce l'assenza di coinvolgimento delle figure istituzionali e della rete di comitati, commissioni e associazioni di rappresentanza del poliedrico universo femminile, nel lungo elenco di audizioni organizzate in Parlamento nel mese di marzo. Nel dubbio se l'assenza è ulteriore dimostrazione di mancata conoscenza della realtà o è determinata dalla loro effettiva involuzione, si può solo riconoscere la necessità di intervenire.

In parte dovuto, in parte scelto, l'obiettivo è da apprezzare. Dovuto lo è per il collegamento con le criticità rilevate anche nelle Raccomandazioni della Commissione UE, ma non si dimentichi che per ottemperarvi si sarebbe potuto ritualmente confinare il tema in un singolo ambito senza farne, come è avvenuto, obiettivo trasversale, simile alle clausole orizzontali contenute nei Trattati UE.

Va, quindi, reso omaggio alla scelta e, per paradossale che sembri, anche all'imperizia degli estensori del testo che finisce per dimostrare quanto impellente diventi 'prendere sul serio' il tema e la sua complessità.

La posta in gioco è troppo importante per permettersi di non credere nella possibilità di cambiare.

Keywords

Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, differenze di genere, promozione del lavoro femminile, conciliazione vita-lavoro, aumento dei servizi alla persona.

National Recovery and Resilience Plan, Gender gaps, Promotion of women's work, Work-life balance, Increase of personal Services.

Massimiliano Delfino

**Ultima direttiva sul distacco transnazionale
dei lavoratori e trasposizione in Italia nel prisma
del bilanciamento degli interessi***

Sommario: **1.** La Corte di giustizia e la “libera prestazione di servizi su base equa”. **2.** Il bilanciamento con i diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione. **3.** La centralità dell’ordine pubblico nella determinazione dei “costi” e dei “benefici” del distacco. **4.** La via italiana alla trasposizione delle direttive europee sul distacco transnazionale. **5.** La questione dei contratti collettivi e il nodo della retribuzione.

1. La Corte di giustizia e la “libera prestazione di servizi su base equa”

In questa sede non si intende ripercorrere la storia e le ragioni che hanno portato ad approvare la direttiva 2018/957 del 28 giugno 2018, che regola da ultimo il distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi – fenomeno in aumento nell’Unione¹ – né analizzare nel dettaglio tutte

* Questo contributo sarà pubblicato anche in CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Vita e pensiero, 2021.

¹ Secondo i dati disponibili nel 2014 i lavoratori distaccati nell’Unione erano oltre 1,9 milioni (pari allo 0,7% della forza lavoro totale dell’UE), con un aumento del 10,3% rispetto al 2013 e del 44,4% rispetto al 2010. In sintesi, un fenomeno piuttosto limitato sui dati complessivi della forza lavoro anche se in rapido aumento. Per quanto riguarda le ragioni di questo crescente utilizzo del distacco, uno studio – Eurofound, *Fraudulent contracting of work: Abusing the posting of workers (Belgium, Finland and Italy)*, Eurofound, Dublin, 2017 – indica i seguenti: 1) la maggiore concorrenza sul mercato; 2) la difficoltà di trovare lavoratori con competenze adeguate. La concorrenza sul mercato richiede una riduzione dei costi, in particolare la riduzione del costo del lavoro. L’esistenza di differenziali nei tassi di sicurezza sociale negli Stati membri dell’Unione potrebbe indurre le imprese, in particolare nei settori ad alta intensità di manodopera come l’edilizia, a utilizzare lavoratori distaccati (generalmente provenienti dagli Stati membri centrali

le previsioni della fonte secondaria. Invece l'obiettivo è esaminare la più recente normativa (europea e italiana) sul distacco transnazionale dei lavoratori nell'ottica del temperamento fra interessi contrapposti. A tal fine, è utile partire da alcune affermazioni contenute nelle sentenze della Corte di giustizia *Ungheria e Polonia*² che faranno da filo conduttore del presente contributo. È opportuno prendere le mosse da quanto detto da entrambe le pronunce (ed anticipato nel preambolo della fonte europea), e cioè che l'ultima direttiva garantisce la libera prestazione di servizi su base equa, affermazione che rende appieno l'idea del bilanciamento alla base delle direttive 1996/71 del 16 dicembre 1996, 2014/67 del 15 maggio 2014 e 2018/957. Infatti, a giudizio della Corte, tali fonti mirano “a conciliare due interessi, ossia, da un lato, garantire alle imprese di tutti gli Stati membri la possibilità di fornire prestazioni di servizi nell'ambito del mercato interno distaccando lavoratori dello Stato membro in cui esse sono stabilite verso lo Stato ... in cui ... effettuano le loro prestazioni e, dall'altro, tutelare i diritti dei lavoratori distaccati”³. Le modifiche della direttiva 96/71 vanno nella direzione di accrescere i diritti dei lavoratori distaccati, come ad esempio il riconoscimento della parità di trattamento in tema di retribuzione e non più soltanto di minimi salariali⁴. Ciò si è rivelato necessario perché dal 1996 in poi si è verificato l'ingresso nel “mercato delle imprese di Stati membri nei quali, generalmente, erano applicabili condizioni di lavoro e di occupazione lontane da quelle ... [previste] negli altri Stati membri”⁵. L'ampliamento delle tutele dei lavoratori distaccati non passa attraverso il riconoscimento di diritti identici a quelli dei lavoratori delle imprese dello Stato di stabilimento, di modo che la libera concorrenza nel mercato comune sembra essere garantita dal

dell'UE) al fine di beneficiare di contributi previdenziali inferiori e per diventare più competitivi.

² Rispettivamente, C. Giust. 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo e C. Giust. 8 dicembre 2020, C-626/18, Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*.

³ Sentenza *Ungheria*, punto 50.

⁴ La Corte afferma che “né la sostituzione della nozione di ‘tariffe minime salariali’ con quella di ‘retribuzione’, all'articolo 3, paragrafo 1, primo comma, lettera c), della direttiva 96/71 modificata, né l'applicazione ai lavoratori distaccati delle condizioni di lavoro e di occupazione dello Stato membro ospitante relativamente al rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio dei lavoratori lontani dal loro domicilio per motivi professionali finiscono per porre questi ultimi in una situazione identica o analoga a quella dei lavoratori impiegati da imprese stabilite nello Stato membro ospitante”: sentenza *Ungheria*, punto 148.

⁵ Sentenza *Ungheria*, punto 62.

fatto che la direttiva del 2018 non ha “effetto sugli altri elementi dei costi delle imprese che distaccano simili lavoratori, quali la [loro] produttività o ... efficienza”⁶. Insomma, la Corte di giustizia sottolinea che il rispetto del principio di libera concorrenza è garantito perché la competizione non si fa soltanto attraverso le differenziazioni in tema di condizioni di lavoro e occupazione, a partire da quelle salariali, ma anche sulla base degli altri elementi ricordati nella sentenza in grado di incidere sui costi imprenditoriali e in virtù degli altri profili riportati nel considerando 16 della direttiva del 2018, ovvero il livello d’istruzione e di competenza della forza lavoro, la qualità dei loro beni e servizi, nonché lo stadio di innovazione degli stessi. Inoltre, come sottolinea sempre la Corte⁷, l’ultima direttiva non riconosce la parità di trattamento fra lavoratori distaccati e dipendenti delle imprese dello Stato ospitante con riguardo a tutte le condizioni d’impiego e d’occupazione, ma appunto soltanto a quelle indicate dal (nuovo) art. 3.1, dir. 96/71, fra le quali spiccano la retribuzione e il rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio dei lavoratori lontani dal loro domicilio per motivi professionali.

In altre parole, da quanto detto dai giudici di Lussemburgo sembra potersi ricavare che la direttiva 96/71, modificata nel 2018, garantisce un certo equilibrio fra alcuni valori meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento sovranazionale. È innegabile infatti che le misure previste dalla fonte secondaria europea abbiano una coloritura protezionistica⁸ – derivante dalla circostanza che l’art. 3.1, imponendo agli Stati membri di applicare “ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie elencate” previste dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva interne – garantisce l’applicazione della disciplina nazionale su alcune materie fondamentali quali la retribuzione e impedisce così alle imprese estere distaccanti, soprattutto da alcuni Stati membri ove le tutele dei lavoratori sono generalmente ridotte, di sfruttare il minor costo del lavoro rispetto alle imprese italiane. Tuttavia, l’effetto protezionistico appare secondario rispetto ad altre esigenze, come anzitutto il principio di parità di trattamento considerato un valore rilevante anche per l’ordinamento dell’Unione.

⁶ Sentenza *Ungheria*, punto 128.

⁷ Sentenza *Polonia*, punto 50.

⁸ ZOPPOLI I., *Questioni semantiche e percorsi di mondialisation alla luce della Direttiva UE 2018/957*, in GARGIULO, RANIERI (a cura di), *Protezionismo e diritto del lavoro. Spunti di riflessione*, in *Quad. di q. Rivista*, 2020, 9, p. 184.

2. *Il bilanciamento con i diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione*

Nella prospettiva scelta l'altro elemento (più o meno) simbolico nelle modifiche alla direttiva distacco approvate nel 2018 è il riferimento contenuto nell'art. 1, par. 1 *bis*, dir. 96/71, secondo il quale la fonte secondaria "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. Essa non pregiudica neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali". Queste affermazioni vanno nella direzione del bilanciamento fra valori messo in evidenza dalle sentenze della Corte di giustizia prima richiamate e rappresentano il contraltare di quanto affermato dalla medesima Corte nel quattetto *Laval* e più recentemente nella pronuncia *Iraklis*⁹. L'idea è che, nonostante la direttiva abbia la sua base giuridica nella libera circolazione dei servizi e non nell'art. 153 Tratt. Funz. UE, non va dimenticata l'operatività della Carta dei diritti fondamentali e, in particolare, per quel che interessa in questa sede, dell'art. 28. Si è argomentato altrove¹⁰ che i diritti contenuti in quella norma della Carta, come lo sciopero e la serrata, avrebbero un'applicazione limitata *per tabulas* al solo livello sovranazionale, in quanto si tratta di situazioni, che, salvo modifiche delle norme del Trattato, non possono dar luogo ad un'attuazione del diritto dell'Unione, com'è confermato dall'art. 51, ultimo periodo del paragrafo 1 e paragrafo 2, della Carta¹¹, sì da risultare inapplicabili, almeno *prima facie*, agli ordinamenti interni.

In questa logica si è distinto fra gli effetti prodotti sull'ordinamento

⁹ Sul punto v. PALLINI, *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*, in *VTDL*, 2021, 1, p. 118.

¹⁰ Si consenta il rinvio a DELFINO, *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi fondamentali*, in *q. Rivista*, 2014, p. 176 ss. e DELFINO, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *DLRI*, 2018, p. 183.

¹¹ Infatti, il *rispetto* dei diritti e l'osservanza dei principi da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione va fatto "nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione e nei trattati", in quanto la Carta "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di fuori delle competenze, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati".

dell'Unione e quelli cagionati sugli ordinamenti degli Stati membri. Con riguardo all'ordinamento europeo, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, richiamati nell'art. 51, devono rispettare i diritti, osservare i principi e promuoverne l'applicazione nell'esercizio delle competenze attribuitegli dai Trattati. E ciò vale principalmente, come d'altronde ha autorevolmente sostenuto la Commissione europea¹², per le istituzioni, gli organi e gli organismi che partecipano alla formazione del diritto dell'Unione, cosicché le previsioni contenute negli atti normativi secondari, indipendentemente dalla materia su cui vertono, non possono essere in contrasto con i diritti e i principi tutelati dalla Carta di Nizza¹³ e, comunque, nei casi dubbi vanno interpretati in conformità a quei diritti e a quei principi. Probabilmente ciò è avvenuto con la direttiva del 2018 che non è un caso contenga una norma del tenore di quella prima richiamata. In altre parole, l'art. 28 contribuisce a stimolare l'approvazione di norme secondarie che tengano conto di quanto in esso previsto. Eloquente è anche l'art. 2 della proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi mai approvata¹⁴, secondo il quale “l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali”. La formulazione di tale norma è diversa dall'omologa previsione del Regolamento 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, antecedente sia alla giurisprudenza europea in materia di bilanciamento del diritto di sciopero e delle libertà fondamentali, sia al riconoscimento del valore vincolante alle norme della Carta di Nizza. Non è un caso, infatti, che, secondo quanto disposto dall'art. 2, il reg. 2679/98 “non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il di-

¹² V. la Comunicazione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010)573 final del 19 ottobre 2010.

¹³ La Comunicazione della Commissione del 2010 afferma infatti che gli atti giuridici della Commissione medesima, del Parlamento e del Consiglio “devono essere pienamente conformi alla Carta” (p. 3).

¹⁴ COM(2012) 130 final del 21 marzo 2012.

ritto o la libertà di sciopero”. E ciò senza che vi sia alcuna traccia del discorso del bilanciamento¹⁵.

Passando al piano degli ordinamenti nazionali, va ricordato che i diritti e i principi vanno rispettati o osservati anche nell’attuazione del diritto dell’Unione europea. E, in generale, questo riferimento non può essere inteso in senso restrittivo, e quindi non può significare che i diritti e i principi garantiti dalla Carta si applichino soltanto nel procedimento di attuazione riguardante l’istituto cui il diritto o il principio fa specificamente riferimento, ma devono essere rispettati nel momento in cui si procede ad attuare *tutte* le fonti secondarie dell’Unione e, principalmente, le direttive. Tuttavia, un discorso a parte va fatto proprio per il diritto di intraprendere azioni collettive di cui all’art. 28. Appare difficile sostenere che tale diritto debba essere assicurato anche nella trasposizione di direttive su istituti non presi in considerazione dalla norma della Carta, ma “a rischio di impatto” con il diritto in oggetto, come, ad esempio, il distacco transnazionale dei lavoratori. Infatti, stando alla lettera della spiegazione all’art. 51, visto che la Carta non può avere l’effetto di estendere le competenze dell’Unione “il rinvio alla Carta nell’articolo 6 del Trattato sull’Unione europea non può essere inteso come un’estensione automatica della gamma degli interventi degli Stati membri che vanno considerati ‘attuazione del diritto dell’Unione’”¹⁶. In altre parole, sulla base di questa spiegazione, l’assenza di competenza sovranazionale sembra impedire che il diritto di intraprendere azioni collettive sia direttamente

¹⁵ Mi pare che sul diritto all’azione collettiva di cui all’art. 28 non si possa dire molto di più, in considerazione del fatto che le spiegazioni all’art. 51 ribadiscono che la Carta non può avere l’effetto di ampliare le competenze e i compiti assegnati all’Unione, cosicché “i diritti fondamentali garantiti nell’Unione producono effetti solo nell’ambito delle competenze determinate dai trattati”. Sostengono invece l’irrelevanza delle spiegazioni del *Praesidium*, nonostante la lettera del preambolo della Carta dei diritti fondamentali (“la Carta sarà interpretata dai giudici dell’Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l’autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta”), SCIARRA, *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. *Collective Volumes* - 1/2011, p. 85 e BRONZINI, *Happy Birthday; il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali*, cit., p. 41, anche se tale autore riconosce che la Corte costituzionale italiana “nella ... sentenza n. 138/2010 sulle nozze gay ha utilizzato le spiegazioni come limite al riconoscimento del diritto” (nt. 38).

¹⁶ Spiegazioni relative all’art. 51, par. 3.

azionabile dai privati nella trasposizione del diritto dell'Unione, come accadrebbe nell'ipotesi in cui la normativa interna attuativa della direttiva sul distacco fosse in contrasto con l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali. Naturalmente, questo è un discorso teorico perché, come si vedrà, non può dirsi che sia riscontrabile un contrasto di tal genere tra la normativa italiana e il diritto riconosciuto da quella disposizione della Carta.

Diversa è la situazione, con riferimento agli ordinamenti interni, per il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi previsto sempre dall'art. 28, grazie al fatto che in materia c'è competenza dell'Unione. Di modo che se una normativa traspositiva della direttiva sul distacco violasse espressamente il diritto *de quo* sarebbe possibile per il giudice interno, sollecitato dal lavoratore, disapplicare la previsione nazionale non conforme alla stessa direttiva.

Comunque, a parte gli effetti dell'art. 28 sugli ordinamenti coinvolti, è molto evidente che l'idea del bilanciamento fra diritti e libertà fondamentali sposata dalla direttiva 2018/957 è in sintonia con il riconoscimento, nel 2009, alle norme della Carta dello stesso rango giuridico di quelle dei Trattati. Analoga sintonia è riscontrabile con il Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017, che nel suo insieme è considerato come un elenco di diritti volto a rilanciare la politica sociale europea e a fungere da contraltare rispetto alle libertà fondamentali. Ovviamente, con un limite in più rispetto alla Carta dei diritti fondamentali, rappresentato dalla sua non vincolatività.

3. *La centralità dell'ordine pubblico nella determinazione dei "costi" e dei "benefici" del distacco*

C'è un altro profilo della direttiva (e della normativa di trasposizione) che appare centrale nel discorso che si sta qui conducendo in merito al bilanciamento fra interesse delle imprese e tutela dei lavoratori, sul quale non sono stati sciolti i dubbi rispetto alla versione originaria della fonte secondaria europea, ovvero la definizione delle "disposizioni" di ordine pubblico. Com'è noto, l'ordine pubblico è menzionato nell'articolo 3.10 della direttiva 96/71, secondo la quale, "la presente direttiva non osta a che gli Stati membri ... applichino alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati membri, sulla base della parità di trattamento, condizioni di lavoro e di occupazione..., laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico".

È evidente che l'ordine pubblico dell'Unione è diverso dall'ordine pub-

blico internazionale e che, a seconda dell'opzione interpretativa scelta, potrebbe coincidere oppure no con l'ordine pubblico interno. Si fa riferimento in questo contesto ai contenuti dell'ordine pubblico con riguardo alla dimensione internazionale, ove le categorie di ordine pubblico non sono in conflitto tra loro. Lo dimostra una sentenza della Corte di Cassazione del 2017¹⁷, secondo la quale “il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza”.

Naturalmente, occorre tracciare i confini dell'ordine pubblico nazionale, soprattutto nell'interesse delle imprese, che hanno la necessità di conoscere il grado di tutela previsto per i lavoratori distaccati in Italia, ricordando che alla base della legislazione italiana abrogata nel 2016 vi era un concetto ampio di ordine pubblico comprensivo dell'intero sistema di norme imperative applicabili in Italia¹⁸. A prima vista, i principi fondamentali della Costituzione italiana potrebbero essere considerati disposizioni di ordine pubblico. E ciò sembra essere confermato anche dalla sentenza della Cassazione poc'anzi menzionata, che fa riferimento a “materie, come per esempio quella del lavoro ... che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica”.

Tuttavia, la giurisprudenza in materia di ordine pubblico nel diritto del lavoro non è uniforme. Oltre alla suddetta pronuncia, altre decisioni hanno affermato che l'ordine pubblico è una nozione interna, da definirsi attraverso una clausola generale. In altre parole, l'ordine pubblico non è costituito né da singole norme imperative né da principi generali dell'ordinamento giuridico, né da disposizioni costituzionali. Alcuni giudici hanno sottolineato che la stabilità dell'occupazione è un valore che appartiene all'ordine pubblico italiano¹⁹. Al contrario, altre sentenze hanno affermato che l'ordine pubblico internazionale non corrisponde necessariamente all'ordine pubblico interno e che l'efficacia della legislazione straniera non può essere limitata ai soli casi in cui tale legislazione è più favorevole ai lavoratori rispetto a quella italiana. Ciò esclude la possibilità di confrontare i trattamenti complessivi dei lavoratori in ciascuno degli ordinamenti giuridici interessati²⁰. Secondo quest'ultima serie di sentenze, il giudice dovrebbe operare una di-

¹⁷ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017 n. 16601.

¹⁸ IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, p. 126.

¹⁹ Cass. 11 novembre 2002 n. 15822.

²⁰ Cass. 11 novembre 2000 n. 14662; Cass. 26 novembre 2004 n. 22332.

stinzione tra i principi fondamentali, che sono peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, e quelli che tale ordinamento ha in comune con gli altri ordinamenti interni, al fine di dichiarare inapplicabili solo le disposizioni nazionali straniere in contrasto con gli ultimi principi richiamati.

Pertanto, se si segue la prima serie di sentenze, i principi fondamentali nazionali e le previsioni legali di attuazione di tali principi sono applicabili ai lavoratori distaccati presso un'impresa stabilita in Italia. Ne sono un esempio l'art. 39, co. 1, Cost., che tutela la libertà sindacale e la legislazione attuativa in materia di diritti sindacali (organismi di rappresentanza sindacale, riunioni, ecc.), contenuta nello Statuto dei lavoratori. Queste disposizioni possono essere considerate di ordine pubblico e la tutela da esse fornita può essere applicata ai lavoratori distaccati da un'impresa situata in un altro Stato membro dell'Unione²¹.

Tuttavia, se si dà seguito all'altro orientamento, i cui fondamenti appaiono più robusti, si può giungere a conclusioni diverse. L'ordine pubblico internazionale è costituito sia dai principi fondamentali della Costituzione sia dalle norme convenzionali internazionali a tutela dei diritti individuali, cosicché, secondo quest'orientamento, sarebbero di ordine pubblico soltanto quei principi riconosciuti da entrambi gli ordinamenti (italiano e internazionale). Volendo fare un esempio, secondo questa giurisprudenza, una disposizione di ordine pubblico sarebbe quella secondo la quale i licenziamenti sono legittimi soltanto se giustificati. Affermazione che si fonderebbe sia sull'art. 4 della Costituzione, dal quale deriva che il diritto al lavoro non è affidato alla mera discrezionalità del datore di lavoro, sia sull'art. 30, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede espressamente la tutela contro ogni licenziamento ingiustificato²².

Tale interpretazione è abbastanza simile a quella proposta dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Laval* e *Commissione c. Lussemburgo*²³, che limitavano la capacità degli Stati membri di definire unilateralmente le condizioni di lavoro riconducibili all'ordine pubblico e quindi di applicarle ai lavoratori distaccati²⁴.

²¹ CORDELLA, *L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*, in *q. Rivista*, 2019, p. 263.

²² Cass. 22 dicembre 2013 n. 4545.

²³ C. Giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval* e C. Giust. 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

²⁴ ROCCA, *The reform of the EU directive on posting of workers. Fortune smiles on the Juncker*

Nondimeno, anche se si accetta l'idea che, nel caso del distacco transnazionale dei lavoratori, le disposizioni di ordine pubblico hanno le loro radici soltanto nei principi fondamentali nazionali, va ricordato che la nozione si applica caso per caso. Inoltre, va osservato che una nozione più ampia di ordine pubblico, comprendente, ad esempio, le norme imperative del diritto del lavoro, produrrebbe il rischio di un ritorno alla legislazione abrogata che recepiva in Italia la direttiva 96/71 nella sua versione originaria, in base alla quale tutte le tutele dei lavoratori erano garantite anche ai lavoratori distaccati, normativa che però violava la disciplina sovranazionale²⁵.

A prescindere dalla nozione di ordine pubblico che si intende accogliere occorre ricordare che il riferimento normativo con riguardo al distacco transnazionale è rappresentato dall'art. 3.10, dir. 96/71, modificato nel 2018. Come si è anticipato, questa previsione non impedisce agli Stati membri di applicare alle imprese nazionali e di altri Stati "condizioni di lavoro e di occupazione ... laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico". L'unico requisito che la norma prevede è che tali condizioni riguardino "materie diverse da quelle contemplate al primo comma del paragrafo 1", cosicché l'ampliamento delle materie per le quali viene garantita la parità di trattamento influisce necessariamente sulla nozione di ordine pubblico secondo un rapporto di inversa proporzionalità.

Inoltre, non è opportuno confondere le "disposizioni" di ordine pubblico di cui alla direttiva del 1996 dai "motivi" di ordine pubblico previsti dall'art. 52 Tratt. Funz. UE, come giustificazione per l'applicazione di un regime particolare per i cittadini stranieri in materia di libertà di stabilimento. Si tratta evidentemente di due concetti solo in parte sovrapponibili che hanno una *ratio* diversa: il primo è volto a riconoscere ai lavoratori stranieri distaccati, ad esempio in Italia, tutele aggiuntive rispetto a quelle riconosciute dalla direttiva e una parità di trattamento con i lavoratori stabiliti nel Paese con riguardo a condizioni di lavoro ulteriori rispetto a quelle indicate nel-

presidency?, in CASALE, TREU (a cura di), *Transformations of Work: Challenges for the National Systems of Labour Law and Social Security*. XXII World Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law, Turin, 4-7 September 2018, Giappichelli, 2018, p. 1172.

²⁵ Più specificamente violava la direttiva e la libertà dei servizi garantita dall'art. 56 Tratt. Funz. UE. La ragione di tale disposizione era chiara: tutelava il mercato italiano dalla concorrenza delle imprese situate in Stati membri caratterizzati da un minor costo del lavoro. Sul punto v. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *q. Rivista*, 2006, p. 571.

l'art. 1, par. 1 della direttiva; al contrario, la nozione contenuta nella norma del Trattato consente, come si diceva, l'applicazione di un regime speciale agli stranieri (e quindi anche ai lavoratori esteri distaccati in Italia) per la presenza di motivi eccezionali, quali, oltre all'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica, che sembrano riguardare il rapporto fra lo straniero e lo Stato e non invece, come accade nel distacco, la relazione contrattuale fra lavoratore (straniero) e datore di lavoro (impresa estera)²⁶. Peraltro, la Corte di giustizia ha chiarito che l'applicazione dei "motivi" di ordine pubblico (e degli altri motivi) è stata intesa in senso restrittivo ed "è stata circoscritta ai casi in cui esiste una minaccia grave e attuale allo Stato membro ospitante"²⁷. Venendo a vicende concrete, la pandemia da Covid-19 non sembra possa essere considerata né un "motivo" né una "disposizione" di ordine pubblico in grado di ampliare il campo di applicazione delle condizioni di lavoro per le quali è garantita la parità di trattamento fra lavoratori esteri e lavoratori interni²⁸. Semmai la pandemia è un motivo di sanità pubblica a causa del quale si può prevedere (e si è previsto) per i cittadini stranieri un regime particolare in materia di libertà di circolazione e stabilimento che ha portato in alcuni casi anche alla sospensione di tali libertà. La situazione pandemica ha prodotto conseguenze sulle materie per le quali è garantita la parità di trattamento *ex art. 3, par. 1 della direttiva 96/71* perché la disciplina emergenziale è applicabile anche ai lavoratori distaccati in Italia, ma non al punto di accrescere il numero di materie per le quali è assicurata la parità di trattamento. Al contrario, può influire sull'estensione delle tutele con riguardo a quegli istituti presi in considerazione. Esempificando quanto detto con riferimento ad una delle materie previste dalla direttiva, ossia la "durata minima dei congedi annuali retribuiti", la normativa emergenziale si applicherà ai lavoratori distaccati soltanto se riguarderà lo specifico istituto indicato e non potrà modificare i "confini" dell'istituto, includendo, ad esempio, la disciplina delle cause di sospensione del rapporto di lavoro diverse dal congedo²⁹.

Un problema maggiore riguarda le materie più ampie, come la sicu-

²⁶ Su questo punto v. CORDELLA, *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2020, pp. 109–111.

²⁷ Così CORDELLA, *Distacco transnazionale*, cit., che richiama la giurisprudenza a p. 110, nelle note 61 e 62.

²⁸ ORLANDINI, *Il distacco transnazionale dopo il d.lgs. 122/2020*, in *DLRI*, 2020, p. 764.

²⁹ In senso contrario ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 764.

rezza, la salute e l'igiene sul lavoro, poiché in questo caso sono molteplici le previsioni della legislazione emergenziale che non c'è dubbio si applicano anche ai lavoratori distaccati sempre per il tramite del principio di parità di trattamento. Dunque, tutte le prescrizioni in tema di salute e sicurezza sul lavoro previste nel periodo dell'emergenza, il più delle volte in via temporanea, sono applicabili ai lavoratori "stabiliti" e a quelli "distaccati". Tale interpretazione sembra inevitabile anche se non c'è bisogno di ricorrere a un'estensione della nozione di ordine pubblico per affermare che le disposizioni concernenti le materie indicate nella direttiva e nella normativa di attuazione, temporanee e definitive, debbano applicarsi ai lavoratori distaccati. Inoltre, quest'interpretazione è in grado di andare incontro alle esigenze delle imprese straniere che distaccano in Italia, le quali non potrebbero fronteggiare anche una possibile estensione delle materie per le quali si applica la parità di trattamento, poiché sono già tenute, entro i confini di quelle materie, ad applicare le eventuali tutele emergenziali, e, più in generale, le (eventuali) disposizioni di ordine pubblico nel senso precedentemente indicato. Se si accedesse a una diversa interpretazione l'incertezza per tali imprese sarebbe troppo elevata.

4. *La via italiana alla trasposizione delle direttive europee sul distacco transnazionale*

Passando alla legislazione interna, occorre fare riferimento alle norme legali di recepimento delle direttive del 1996, del 2014 e del 2018, che, come noto, intervengono sulla base dell'articolo 23³⁰ del Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cd. Roma I), derogando così alle disposizioni di tale Regolamento in materia di contratti individuali di lavoro³¹. Resta fermo il taglio scelto e quindi si privilegeranno le previsioni ove è più evidente la relazione fra interesse dell'impresa e tutela dei lavoratori.

Nonostante il percorso traspositivo sia stato articolato³², le disposizioni

³⁰ IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 154.

³¹ Sul punto v. LOFFREDO, *Datore di lavoro transnazionale e dumping sociale nell'Unione europea*, in *q. Rivista*, 2019, p. 239 ss.

³² La Direttiva 96/71 è stata recepita in Italia per la prima volta nel 2002, mentre nel 2016 è stata varata una nuova disciplina legale per dare nuovamente attuazione alla Direttiva del 1996

normative di cui tenere conto sono contenute nel d.lgs. 17 luglio 2016 n. 136 poiché il d.lgs. 15 settembre 2020 n. 122 si innesta su quello precedente. La legislazione di trasposizione si ispira alle stesse finalità della disciplina europea, riproponendo a livello nazionale, con poche modifiche, quanto era già stabilito sul piano sovranazionale. Inoltre, tale normativa mira a racchiudere in un unico testo la disciplina applicabile in materia di distacco transnazionale dei lavoratori.

Il decreto 136 fa riferimento al “distacco dei lavoratori” ma avrebbe dovuto usare il termine più ampio “mobilità”³³, poiché si riferisce anche ai contratti d’appalto transnazionali e ora anche alle agenzie di somministrazione di lavoro stabilite in uno Stato membro diverso dall’Italia che inviano i lavoratori a svolgere l’attività lavorativa nel nostro Paese³⁴.

Per contro, è apprezzabile che il decreto abbia modificato l’ambito di applicazione della normativa di recepimento rispetto alla precedente disciplina. L’art. 1, co. 1, d.lgs. 136/16, ai sensi dell’articolo 1.3, lettera a), della direttiva 96/71, prevede infatti che la normativa nazionale si applichi alle imprese situate in uno Stato membro, che inviano lavoratori non solo ad altra impresa o ad un altro stabilimento all’interno del territorio italiano, ma anche ad un altro “destinatario della prestazione di servizi”. L’uso di questo termine implica che i lavoratori possano essere inviati anche presso il cliente di un appalto pubblico aggiudicato dal prestatore di servizi estero, dando così

e dare attuazione per la prima volta alla Direttiva del 2014. Infine nel 2020 si è proceduto ad attuare la Direttiva del 2018 mediante il decreto legislativo 122.

³³ V. in merito BORELLI, GUAZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Jovene, 2019.

³⁴ Il co. 2-bis dell’art. 1, d.lgs. 136/16, introdotto dal d.lgs. 122/20, prevede quanto segue. “Il presente decreto si applica alle agenzie di somministrazione di lavoro stabilite in uno Stato membro diverso dall’Italia che distaccano presso un’impresa utilizzatrice con sede nel medesimo o in un altro Stato membro uno o più lavoratori da tale ultima impresa inviati, nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, diversa dalla somministrazione, presso una propria unità produttiva o altra impresa, anche appartenente allo stesso gruppo, che ha sede in Italia; in tal caso i lavoratori sono considerati distaccati in Italia dall’agenzia di somministrazione con la quale intercorre il rapporto di lavoro. Il presente decreto si applica altresì alle agenzie di somministrazione di lavoro stabilite in uno Stato membro diverso dall’Italia che distaccano presso un’impresa utilizzatrice che ha la propria sede o unità produttiva in Italia, uno o più lavoratori da tale ultima impresa inviati, nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, diversa dalla somministrazione, nel territorio di un altro Stato membro, diverso da quello in cui ha sede l’agenzia di somministrazione; anche in questo caso il lavoratore è considerato distaccato dall’agenzia di somministrazione con la quale intercorre il rapporto di lavoro”.

luogo a interferenze, nella determinazione del trattamento dei lavoratori, tra la disciplina italiana del distacco transnazionale e il Codice dei contratti pubblici³⁵.

Secondo la legislazione italiana, un “lavoratore distaccato” è un lavoratore che è normalmente impegnato in uno Stato membro e svolge la sua attività lavorativa in Italia per un periodo limitato, determinato in anticipo o prevedibile con riferimento a un evento futuro e certo³⁶.

Il presupposto più importante per la legittimità del distacco transnazionale dei lavoratori è la sua natura temporanea, mentre la normativa italiana di recepimento non richiede un interesse del datore di lavoro distaccante e questa è una differenza importante con il distacco interno dei lavoratori³⁷. La temporaneità nel distacco transnazionale dei lavoratori è stata oggetto di varie interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali anche prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo del 2016. A seconda delle diverse soluzioni, la provvisorietà non implica necessariamente la predeterminazione temporale del rapporto di lavoro, ma corrisponde alla natura non definitiva del distacco. Pertanto, il periodo durante il quale il lavoratore è distaccato presso imprese situate in uno Stato membro diverso non deve essere necessariamente predeterminato. La giurisprudenza italiana ha sottolineato che il carattere temporaneo può persistere fino alla cessazione del rapporto di lavoro³⁸.

5. *La questione dei contratti collettivi e il nodo della retribuzione*

A proposito della durata del distacco, la normativa italiana necessitava di essere modificata per recepire la direttiva del 2018, che, come è noto, pre-

³⁵ V. da ultimo IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 100.

³⁶ Allo scopo perseguire effetti antielusivi, il d.lgs. 136/16 chiarisce i criteri per la definizione dell’effettivo distacco dei lavoratori, che devono essere opportunamente valutati da alcuni organi di controllo e, in particolare, dall’Osservatorio, istituito presso il Ministero Lavoro e Politiche Sociali, “con compiti di monitoraggio sul distacco dei lavoratori finalizzato a garantire una migliore diffusione tra imprese e lavoratori delle informazioni sulle condizioni di lavoro e di occupazione” (art. 6, co. 1).

³⁷ Sul punto v., da ultimo, TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale scientifica, 2020, p. 84 ss.

³⁸ Cass. 8 febbraio 1985 n. 1013. Per approfondimenti v. AVONDOLA, *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale: “segnali dal futuro” per la lotta al dumping salariale*, in *RDSS*, 2019, 4, p. 147.

vede un periodo di tempo limitato per il distacco dei lavoratori, dodici mesi³⁹, trascorso il quale i lavoratori, secondo la nuova direttiva, hanno diritto a tutte le condizioni di lavoro e occupazione dello Stato ospitante, con talune eccezioni sulle quali si tornerà a breve. Alcuni autori ritenevano che questa disposizione fosse autoapplicativa e che dopo la scadenza del termine di attuazione della direttiva (il 30 luglio 2020), il periodo di dodici mesi avrebbe potuto essere applicato agli Stati membri anche in assenza di una legislazione specifica di recepimento⁴⁰. Comunque, questo profilo è superato dal momento che l'art. 4-*bis*, d.lgs. 136/16, introdotto nel 2020, prevede che in caso di durata effettiva del distacco superiore ai dodici mesi si applicano, oltre alle condizioni di lavoro e di occupazione (di cui si parlerà di qui a poco), “tutte le condizioni di lavoro e di occupazione previste in Italia da disposizioni normative e dai contratti collettivi nazionali e territoriali stipulati da organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”, con l'esclusione di una serie limitata di eccezioni, che ricalca quanto previsto dalla direttiva, ovvero le procedure e le condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, le clausole di non concorrenza; la previdenza integrativa di categoria, alle quali si applica quindi la disciplina del Paese di origine del lavoratore. L'elencazione non presenta particolari problemi, mentre non può dirsi altrettanto per la garanzia di parità di trattamento, poiché si rinvia ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative, rinvio che, com'è noto, nell'ordinamento italiano non garantisce che quelle fonti negoziali siano dotate dell'efficacia generalizzata richiesta dalla direttiva⁴¹. Pertanto, ha ragione chi rileva “profili di contrasto con il diritto dell'Unione”, cosicché “i giudici europei potrebbero in futuro essere chiamati ad esprimersi”⁴². Peraltro, il nodo della contrattazione collettiva è cruciale anche nella prospettiva scelta, poiché la fonte negoziale è il “luogo”

³⁹ Secondo la direttiva, con notifica motivata, questo periodo di dodici mesi può essere esteso a diciotto mesi.

⁴⁰ ZOPPOLI L., *Il distacco del lavoratore nel quadro giuridico delle fonti multidimensionali*, Paper presentato a una Convegno tenutosi al Tribunale di Milano il 28 marzo 2019, pp. 16-17.

⁴¹ V. l'art. 3, par. 1 *bis*, dir. 96/71 così come modificato nel 2018 e anche l'art. 3, par. 8 che è ancora più chiaro in merito: “per contratti collettivi . . ., dichiarati 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”.

⁴² ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 763.

naturale di contemperamento di interessi contrapposti e ciò è messo a repentaglio dall'eventuale contrasto con la dimensione sovranazionale delle previsioni interne in materia.

Si diceva che un altro aspetto importante delle disposizioni di legge approvate nel 2016, sempre nell'ottica del bilanciamento, riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione che le imprese italiane devono garantire ai lavoratori distaccati e che sono state profondamente modificate per essere più rispettose di quelle previste dalla fonte sovranazionale. Infatti, secondo la normativa italiana, le condizioni di lavoro e occupazione riguardavano una serie di materie⁴³. È noto che il d.lgs. 122/20 si è adeguato alle modifiche apportate dalla direttiva del 2018, prevedendo un nuovo elenco che include alcune materie diverse dalle precedenti⁴⁴, fra le quali spiccano il passaggio dalle tariffe minime salariali alla retribuzione, la sostituzione delle ferie annuali minime retribuite alla durata minima dei congedi annuali retribuiti, l'inclusione fra le condizioni di lavoro delle situazioni di alloggio adeguate e dell'indennità o rimborsi a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori fuori sede.

Va segnalata la centralità del passaggio dai minimi salariali alla retribuzione nel suo complesso, in base al quale i lavoratori distaccati hanno diritto alla stessa retribuzione dei lavoratori locali per lo stesso lavoro nello stesso

⁴³ a) Periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) ferie annuali minime retribuite; c) le tariffe minime salariali, comprese le tariffe per gli straordinari; d) le condizioni di cessione dei lavoratori; e) salute, sicurezza e igiene sul lavoro; f) misure protettive per quanto riguarda i termini e le condizioni di lavoro delle donne incinte o che hanno partorito da poco, dei bambini e dei giovani; e g) parità di trattamento tra uomini e donne e altre disposizioni sulla non discriminazione.

⁴⁴ a) Periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima dei congedi annuali retribuiti; c) retribuzione, comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario. Tale previsione non si applica ai regimi pensionistici di categoria; d) condizioni di somministrazione di lavoratori, con particolare riferimento alla fornitura di lavoratori da parte di agenzie di somministrazione; e) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione; h) condizioni di alloggio adeguate per i lavoratori, nei casi in cui l'alloggio sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori distaccati lontani dalla loro abituale sede di lavoro; i) indennità o rimborsi a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori fuori sede per esigenze di servizio. Rientrano in tali ipotesi le spese di viaggio, vitto e alloggio sostenute dai lavoratori distaccati nel territorio italiano, sia nei casi in cui gli stessi debbano recarsi al loro abituale luogo di lavoro, sia nei casi in cui vengano inviati temporaneamente presso un'altra sede di lavoro diversa da quella abituale, in Italia o all'estero.

luogo e la nozione di retribuzione deve essere determinata in base alla legge e/o alla prassi nazionale dello Stato ospitante⁴⁵. È chiaro che la sostituzione dell'espressione "tariffe minime salariali" con il termine "retribuzione" è un aspetto positivo per i lavoratori distaccati, che potrebbero accrescere i loro guadagni, ma potrebbe avere un effetto deterrente sulle imprese straniere, a causa dell'incertezza giuridica che circonda quella nozione. In effetti, la nozione di retribuzione deve essere declinata dagli Stati membri e ciò probabilmente avverrà in molti modi differenti⁴⁶.

Peraltro, secondo alcuni autori, il riferimento alle sole tariffe minime salariali avrebbe lasciato il decreto legislativo 136/16 in balia di diverse interpretazioni, senza fornire un'adeguata tutela contro il *dumping* salariale⁴⁷, cosicché è bene che tale disposizione sia stata modificata al fine di tenere in considerazione la direttiva del 2018.

È possibile riproporre in questa sede quanto poc'anzi detto con riguardo alla parità di trattamento da riconoscere trascorsi i dodici mesi di distacco. Il *punctum dolens* è sempre quello dell'efficacia limitata dei contratti collettivi, soltanto parzialmente "temperato" con riguardo ai trattamenti retributivi dalla ben nota soluzione giurisprudenziale che considera i contratti collettivi come parametri di riferimento della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost.⁴⁸. Si tratta di un problema generale dell'ordinamento giuridico italiano, in questo caso aggravato dalla circostanza che le condizioni di lavoro e occupazione devono essere applicate anche dalle imprese estere che inviano lavoratori in Italia.

⁴⁵ L'ultima direttiva prevede alcune indennità specifiche per il distacco. Queste indennità devono essere considerate parte della retribuzione del lavoratore distaccato, a meno che non coprano le spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come quelle per viaggio, vitto e alloggio. Il datore di lavoro deve rimborsare tali spese in conformità con la legge e/o le prassi nazionali che si applicano al rapporto di lavoro.

⁴⁶ V. RASNAČA, *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State social interests in the posting of workers: the case of Latvia*, in *ECLR*, 2018, p. 145.

⁴⁷ V. ORLANDINI, *Note sulla proposta di direttiva recante modifiche alla direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*, European and International Policies Area, www.europeanrights.eu, 2016. Secondo questo autore, ciò è valido se si considera che a tale nozione viene attribuito il significato che ha nel nostro ordinamento giuridico, ovvero il salario minimo previsto nei contratti collettivi nazionali.

⁴⁸ CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'U.E.: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in *VTDL*, 2021, p. 74 e PALLINI, *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*, in *VTDL*, 2021, p. 111 sottolineano i limiti di quest'interpretazione.

Invero, la direttiva prevede un'alternativa ai contratti collettivi di applicazione generale, rappresentata dai “contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale ... applicati in tutto il territorio nazionale”⁴⁹. Tuttavia, la previsione italiana che rinvia ai “contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015”⁵⁰, ovvero ai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, contrasta con la disposizione della direttiva appena menzionata, poiché, mentre la norma interna esclude i contratti aziendali, non prevede analoga esclusione per quelli territoriali, che per loro natura non possono essere applicati in tutto il territorio nazionale⁵¹. D'altronde, l'impossibilità di adoperare accordi territoriali o aziendali, che non garantiscono l'uniformità del trattamento dei lavoratori, e la preferenza per gli accordi interconfederali o nazionali è stata anticipata dalla Corte di giustizia in alcune sentenze, come nel caso *Laval*⁵². In effetti, i sistemi basati sulla negoziazione a livello aziendale, oltre a quanto appena sottolineato, rendono impossibile per il prestatore di servizi conoscere in anticipo le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati e quindi sono considerati restrittivi della libera prestazione dei servizi. Inoltre, tali sistemi non garantiscono “la parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere”⁵³ prevista dalla direttiva già nella versione del 1996.

È per tutti i motivi evidenziati che in tale contesto non possono essere utilizzati i contratti collettivi di prossimità, introdotti nel 2011 dall'art. 8 del decreto legge 138. Tali accordi, infatti, hanno efficacia *erga omnes* e possono derogare a disposizioni di legge e contratti collettivi, purché rispettino la Costituzione e le restrizioni derivanti dal diritto dell'Unione e dalle convenzioni internazionali, ma sono, appunto, contratti collettivi territoriali e aziendali.

⁴⁹ Art. 3, par. 8.

⁵⁰ Art. 2, co. 1, lett. e), d.lgs. 136/16 come modificato dal d.lgs. 122/20.

⁵¹ ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 761, CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori*, p. 73.

⁵² V. in precedenza C. Giust. 10 luglio 1986, C-235/84, *Commissione c. Italia*; C. Giust. 8 luglio 1999, C-234-97, *Teresa Fernandez de Bocadilla*. Sul punto v. GIUBBONI, ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 2018, 4, p. 925.

⁵³ ROCCA, *The reform of the EU directive*, cit., p. 1173. V. anche PALLINI, *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *RGL*, 2017, pp. 490-491; SANTAGATA, *EU law on posting of workers and the attempt to revitalize equal treatment*, in *ILLEJ*, 2020, 2, pp. 149-169.

I limiti della contrattazione collettiva italiana impongono di sospendere il giudizio sulla capacità, peraltro tipica della fonte negoziale, di contemperare gli interessi contrapposti con riferimento alla concreta applicazione del principio di parità di trattamento nella duplice declinazione evidenziata.

Abstract

Il contributo analizza il distacco transnazionale dei lavoratori nella prospettiva del bilanciamento fra interessi dell'impresa e tutele dei lavoratori partendo dal concetto di "libera prestazione di servizi su base equa". Centrali nel discorso sono aspetti quali la relazione delle direttive europee in materia con i diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione e la nozione di ordine pubblico ai fini della determinazione dei "costi" e dei "benefici" del distacco. La seconda parte del contributo è dedicata alla via italiana alla trasposizione delle fonti secondarie europee sul distacco transnazionale, caratterizzata dalla questione dei contratti collettivi, la cui efficacia limitata alle parti stipulanti impone di sospendere il giudizio sulla capacità, peraltro tipica della fonte negoziale, di contemperare gli interessi contrapposti.

This contribution analyses the transnational posting of workers with a view to balancing the interests of the company and the protection of workers, starting from the concept of 'freedom to provide services on a fair basis'. Central to this are aspects such as the relationship of the relevant EU Directives with the fundamental rights recognised by the Member States and at the Union level and the notion of public policy for the purpose of setting the 'costs' and 'benefits' of posting. The second part of the contribution is dedicated to the Italian way to transpose the European secondary sources on transnational posting, characterized by the issue of collective agreements, whose effectiveness limited to the signatory parties requires the suspension of judgment on the ability, which is typical of the collective source, to reconcile the opposing interests.

Keywords

Distacco transnazionale dei lavoratori, bilanciamento di interessi, diritti fondamentali, ordine pubblico, contratti collettivi.

Transnational posting of workers, interests balancing, fundamental rights, public policy, collective agreements.

Teodoro Tagliaferri

Alle origini dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro: governo mondiale e pace universale*

Sommario: **1.** OIL e Società delle Nazioni. **2.** Lo *status quaestionis* storiografico. **3.** Verso il governo internazionale. **4.** Le condizioni e le sfide del nuovo ordine globale. **5.** Il ruolo dell'OIL nella creazione della "Grande Società" ecumenica: legislazione cosmopolitica. **6.** *Segue.* Pluralismo culturale. **7.** *Segue.* Etica umanitaria. **8.** Conclusione: idealismo e realismo nella visione internazionalista.

“Il possibile non verrebbe mai raggiunto se nel mondo non si tentasse sempre di nuovo l'impossibile”.
Max Weber, 1919.

“L'Organizzazione Internazionale del Lavoro identifica i problemi del lavoro con la causa della preservazione della pace mondiale”.
George Nicoll Barnes, 1920.

I. *OIL e Società delle Nazioni*

Il mio intervento aspira a introdurre nella riflessione sull'esperienza progressiva e sulle prospettive avvenire dell'Organizzazione Internazionale del La-

* Relazione tenuta al seminario/convegno internazionale L'OIL tra passato e futuro: problemi e prospettive dei core labour standards, svoltosi il 16 dicembre 2019 all'Università di Napoli Federico II per commemorare il centenario dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, con interventi di Lucia Venditti, Massimiliano Delfino, Antonello Zoppoli, Thomas Pasquier, Giulio Quadri, Carla Spinelli, Charles F.X. Szymanski, Lorenzo Zoppoli (UFFICIO OIL PER L'ITALIA E SAN MARINO, Notiziario del lavoro, ottobre 2019-gennaio 2020, p. 24; https://lavorodignitoso.org/files/20191216_napoli.pdf). Ringrazio la collega e amica Laura Tebano per avere favorito la mia partecipazione a questo assai stimolante incontro di studio.

voro a cent'anni dalla nascita, in corso stamane all'Università di Napoli per meritoria iniziativa congiunta dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Scienze Politiche, un punto di vista scientifico-disciplinare – quello dello storico dell'età contemporanea – che confido possa risultare proficuamente complementare ai differenti approcci al tema in discussione proposti dagli altri colleghi partecipanti al seminario, tutti autorevoli giuslavoristi¹. Il mio contributo alla discussione si concentrerà altresì, in larga prevalenza, sul passato più remoto dell'organizzazione ginevrina e alluderà solo indirettamente e virtualmente al suo futuro, prefiggendosi l'obiettivo primario di rievocare lo spirito con il quale i suoi protagonisti, in particolare britannici, ne intrapresero la creazione, ovvero di inquadrarne la genesi nell'orizzonte del progetto complessivo della Società delle Nazioni quale si presentava agli occhi di una componente dell'internazionalismo liberale postbellico alquanto distinta dal wilsonismo².

Nella percezione di molti dei suoi padri fondatori l'OIL appariva infatti, prima e più di ogni altra cosa, come di gran lunga il maggiore fra i molteplici “esperimenti costruttivi tendenti a creare una comunità di nazioni genuinamente internazionale” messi in cantiere all'indomani della Grande Guerra. Data la sua speciale attitudine “a collocare la SdN in un rapporto di contatto simpatetico e intimo con la vita quotidiana della massa dei lavoratori”, l'OIL prometteva infatti di diventare “un vincolo potente per la preservazione dell'unità e della pace tra tutte le genti”: una preziosa, indispensabile sorgente di legittimazione per una SdN oltremodo bisognosa, in vista del suo elevato tasso di novità e artificialità, di radicarsi nella coscienza e nell'*ethos* collettivi dei popoli del mondo³.

¹ TAGLIAFERRI, *The New Global Past. An Introduction to the Global History of the Contemporary Age*, Università di Napoli Federico II, Dipartimento di Scienze Politiche, *Master's degree in International Relations*, A.A. 2020-2021 (<https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/alle-gati/materiale-didattico/34291313>).

² TAGLIAFERRI, *Dalla Greater Britain alla World Society: Impero, internazionalismo e multiculturalismo nel discorso coloniale britannico tra l'Otto e il Novecento*, in ID., *La nazione, le colonie, il mondo. Saggi sulla cultura imperiale britannica (1861-1947)*, Edizioni di Storia e Letteratura, 2018, pp. 168-182. Tra i rari riconoscimenti del valore epocale dell'“esperimento della SdN” venuti in occasione del suo centenario, coincidente anch'esso con la firma del Trattato di Versailles, si segnala quello, assai vigoroso e perspicuo, contenuto nel *Discorso del Santo Padre Francesco ai membri del Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede per la presentazione degli auguri per il nuovo anno*, il 7 gennaio 2019 (http://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2019/january/documents/papa-francesco_20190107_corpo-diplomatico.html).

³ BARNES, *The Scope and Purpose of International Labour Legislation*, in SOLANO (a cura di),

Per intendere a fondo il movente e il senso originario dell'istituzione dell'OIL, che è presupposto imprescindibile per poter apprezzare il perdurante valore d'attualità di avvenimenti pur risalenti a un secolo orsono e a tutt'altra congiuntura storica, occorre dunque non perdere mai di vista, né considerare un dato meramente estrinseco e formale, come l'"agenzia permanente" delineata nella Parte Tredicesima del Trattato di Versailles del 28 giugno 1919 – la cosiddetta "*Labour Section*" del Trattato – venisse progettata in adempimento di una precisa disposizione del Patto della SdN, il cui testo era stato approvato dalla Conferenza di Pace un paio di mesi prima⁴. L'articolo 23 comma a) del Patto, che del Trattato forma anch'esso parte integrante occupandone i primi 26 articoli, impegnava ciascuno Stato membro ad assicurare condizioni d'impiego "eque e umane" tanto alla propria popolazione lavoratrice quanto agli "uomini, donne e fanciulli" di tutti i paesi con i quali esso intrattenesse "relazioni commerciali e industriali". Ed era stato a questo fine che i "*peacemakers*" avevano previsto che i sottoscrittori si dotassero delle "necessarie organizzazioni internazionali", ossia dell'apparato indispensabile a intessere la corrispondente trama di reciproche obbligazioni interstatali⁵.

Labour as an International Problem. A Series of Essays comprising a Short History of the International Labour Legislation and a Review of General Industrial Problems, Macmillan, 1920, pp. 8, 37; ANON, *The International Labour Section of the Treaties*, in TEMPERLEY, *A History of the Peace Conference of Paris, Published under the auspices of the British Institute of International Affairs*, 6 volumi, Henry Frowde and Hodder & Stoughton, 1920-1924, vol. 6, Capitolo VI, *International Developments under the League of Nations*, Parte II, p. 462.

⁴ *Extract from secretary's notes of conversation held in M. Pinchon's room at the Quai d'Orsay, Paris, on Thursday, January 23, 1919, at 10.30, A.M.*, in SHOTWELL (a cura di), *The Origins of the International Labour Organization*, 2 volumi, *Published for the Carnegie Endowment for International Peace (The Paris Peace Conference History and Document Series)*, Columbia University Press, 1934, vol. 2, *Documents*, no. 31, p. 141; *The Labour Section (Part XIII) of the Treaty of Versailles, Being a reprint of the Text of Part XIII of the Treaty of Versailles and the corresponding parts of the other Peace Treaties, which created the International Labour Organisation of the League*, terza edizione, League of Nations Union, 1929.

⁵ *Pacte de la Société des Nations*, in *Petit manuel de la Société des Nations*, seconda edizione, Section d'information du Secrétariat de la Société des Nations, 1934, p. 206; MACMILLAN, *Peacemakers. Six Months that Changed the World*, Murray, 2001 (trad. it. di A.M. Sioli, Mondadori, 2006).

2. *Lo status questionis storiografico*

Il compito di chiarire l'intimo nesso che collega l'esperimento di "politica sociale globale" varato a Parigi nel Diciannove alla visione di un nuovo ordine mondiale propugnata dall'internazionalismo liberale all'indomani della Grande Guerra è oggi agevolato dalla circostanza che il centenario di cui si celebra la ricorrenza cada in un momento di relativo rigoglio degli studi propriamente storiografici riguardanti gli antecedenti otto-novecenteschi, il periodo formativo e iniziale, le successive fortune e trasmutazioni dell'OIL⁶. L'attenzione per certi versi inedita che da non molto tempo in qua gli studiosi hanno cominciato (o ricominciato) a dedicare alla sua storia, per lungo tempo ritenuta d'importanza al massimo settoriale e rimasta ai margini delle grandi narrazioni invalse durante la Guerra Fredda, riflette a sua volta la più generale tendenza della migliore contemporaneistica recente a focalizzare lo sguardo sulle correnti transnazionali che contraddistinguono la globalizzazione otto-novecentesca⁷, tendenza che ha portato con sé, tra le altre cose, una parziale revisione del bilancio d'insieme della screditatissima SdN basata sulla valorizzazione della sua multiforme attività istituzionale "nell'ambito della cooperazione umanitaria e tecnica (...) transfrontaliera"⁸.

Per il vigente senso comune storiografico, notoriamente impervio o in cronico ritardo rispetto al progredire degli studi⁹, quella della SdN continua a essere, per la verità, un'esperienza trascurabile, o suscettibile di venire menzionata solo per evocarne il fallimento rispetto alle grandi aspettative create al suo sorgere, nonché la delusione e il discredito che ne accompagnò il tramonto negli anni Trenta: un antefatto puramente negativo, insomma, del

⁶ Si vedano le bibliografie allegate a MAUL, *The International Labour Organization. 100 Years of Global Social Policy*, De Gruyter, 2019, e KOTT, *ILO: Social Justice in a Global World? A History in Tension*, in GIRONDE, CARBONNIER (a cura di), *The ILO @ 100. Tackling Today's Dilemmas and Tomorrow's Challenges*, Brill, 2019, pp. 21-39.

⁷ ROSENBERG, *Transnational Currents in a Shrinking World, 1870-1945*, Harvard University Press, 2014, pp. 34-35; HIDALGO-WEBER, *Dimensions transnationales des politiques sociales britanniques: Le rôle de la Grande-Bretagne au sein de l'OIT, 1919-1946*, Ph.D. diss., Université de Genève, 2015.

⁸ CONZE, *Die große Illusion: Versailles 1919 und die Neuordnung der Welt*, Siedler Verlag, 2018, trad. it. di A. Colagiovanni e G. Scotto, Rizzoli, 2018, p. 234.

⁹ GRENDI, *Fra storiografia e didattica: una discussione. Del senso comune storiografico*, in *Quaderni Storia*, 1979, 14, 2, pp. 698-707.

nuovo inizio nella storia delle organizzazioni internazionali rappresentato dalle Nazioni Unite¹⁰.

L'immagine della SdN che sta facendosi largo tra i contemporaneisti, corroborata dai risultati empirici delle indagini stimolate dal rinnovato interesse per la sua storia, appare molto più diversificata a paragone della valutazione del tutto negativa divenuta predominante dopo il 1945 e ancora echeggiante nella letteratura manualistica italiana. L'evidente inettitudine della SdN a prevenire lo scoppio del secondo conflitto mondiale favorì il consolidarsi di una reinterpretazione della sua parabola interamente e teleologicamente focalizzata sul fiasco flagrante nel quale si era risolto il tentativo di giuridificazione delle relazioni internazionali che l'aveva vista protagonista e sulle cause ineluttabili di tale insuccesso, imputato tanto alle deficienze intrinseche del sistema della sicurezza collettiva che avrebbe dovuto condurre, integrato dal Patto Briand-Kellogg del 1928, alla "messa al bando della guerra", quanto alla sua persistente e ipocrita subordinazione agli egoismi nazionali, alla logica della *Machtpolitik*, ai metodi della "vecchia diplomazia"¹¹.

Il nuovo consenso storiografico in procinto di subentrare a una rappresentazione tanto monocromatica dell'esperimento ginevrino è stato ben sintetizzato da Hatsue Shinohara nel *Palgrave Dictionary of Transnational History*. "Se si esamina la prestazione della SdN in un'ottica intergovernativa o inter-statale" – scrive la studiosa nippo-americana, autrice di un importante volume sul nuovo diritto internazionale statunitense del periodo tra le due guerre –, "è impossibile non giungere alla conclusione convenzionale che la SdN fallì nel suo compito originario e primario, che era di promuovere la pace (...). Ma un approccio alternativo alla storia della SdN – che tenga conto, in particolare, dell'influenza della SdN sullo sviluppo delle attività e delle relazioni transnazionali – dischiude una prospettiva nuova sul ruolo svolto dall'organizzazione internazionale nel plasmare l'ordine mondiale", con effetti duraturi che si prolungano sino ai nostri giorni, soprattutto per mezzo delle sue poli-

¹⁰ POLSI, *Le istituzioni internazionali: Nazioni Unite e Unione Europea*, in MERIGGI, TEDOLDI (a cura di), *Storia delle istituzioni politiche. Dall'antico regime all'era globale*, Carocci, 2014, p. 241.

¹¹ CONZE, *op. cit.*, pp. 232-234; TOYNBEE, *The Conduct of British Empire Foreign Relations since the Peace Settlement, Issued under the auspices of the Royal Institute for International Affairs*, Oxford University Press, 1928, pp. 23, 43-44; SOFER, *Old and New Diplomacy: A Debate Revisited*, in *Review of International Studies*, 1988, 14, 3, pp. 195-211; HATHAWAY, SHAPIRO, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, Simon and Schuster, 2017 (trad. it. di F. Verzotto e S. Toso, Neri Pozza, 2018).

tiche in campo sociale, umanitario e culturale, contraddistinte da un effettivo ed efficace sforzo di trascendere gli interessi e gli orizzonti nazionali e dal coinvolgimento di attori non statali¹², come nell'originale "sistema tripartito" dell'OIL (governi, sindacati, associazioni imprenditoriali)¹³.

Agli occhi di una parte della storiografia più aggiornata e avvertita, in altri termini, l'OIL delle origini andrebbe considerata come l'antesignana e la più cospicua – per importanza del ruolo assegnatole nel riordino del mondo postbellico, per ambizioni e realizzazioni dei suoi pionieri, per capacità di trasmettere alle successive generazioni di costruttori "della democrazia sociale e dello stato democratico del *welfare*" un'eredità che giunge ben oltre il 1945 – di una folta pattuglia di organismi cosiddetti "tecnici" o "ausiliari" inquadrati in varia maniera nella SdN e sorti in rapida successione tra la Conferenza di Pace e i primi anni Venti, tra i quali si annoverano anche l'Organizzazione Economica e Finanziaria, l'Organizzazione per le Comunicazioni e il Transito, l'Organizzazione per la Salute (precursoria dell'Organizzazione Mondiale della Sanità), il Comitato sul traffico dell'oppio e delle altre droghe nocive, la Commissione contro il traffico delle donne e dei fanciulli, l'Organizzazione per la Cooperazione Intellettuale (precursoria dell'UNESCO), la Commissione Permanente sui Mandati, la Commissione sulla Schiavitù, la Commissione Nansen per i rifugiati¹⁴.

Questa galassia istituzionale, entro cui l'OIL gode senza dubbio di una posizione privilegiata anche in virtù della presenza di suoi delegati in altre agenzie e dipartimenti che la compongono (come la Commissione per i Mandati e la Commissione sulla Schiavitù), è incaricata di sovrintendere, con i metodi della cooperazione internazionale, a quelle che nel gergo del pe-

¹² SHINOHARA, *League of Nations System*, in IRIYE, SAUNIER (a cura di), *The Palgrave Dictionary of Transnational History. From the Mid-19th Century to the Present Day*, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 645, 648; EAD., *US international Lawyers in the Interwar Years. A Forgotten Crusade*, Cambridge University Press, 2012.

¹³ BÉGUIN, *ILO and the Tripartite System (International Conciliation Series, no. 523)*, Carnegie Endowment for International Peace, 1959.

¹⁴ WHELEN, *The League in Being*, in MARVIN (a cura di), *The Evolution of World-Peace (The Unity Series, 4)*, Oxford University Press, 1921, p. 155; *Petit manuel de la SdN*, cit., pp. 80-96, 100-105, 112-114; BAYLY, *Remaking the Modern World, 1900-2015. Global Connections and Comparisons*, Wiley Blackwell, 2018, pp. 264-265; CONZE, *op. cit.*, p. 234. Giova puntualizzare che l'organica appartenenza dell'OIL al "sistema della Società delle Nazioni" non comporta in nessun modo una completa e meccanica sovrapposibilità tra le due entità istituzionali. Prova ne sia la presoché immediata ammissione all'OIL della Germania, che sarebbe invece entrata a fare parte della SdN solo nel 1926 (cfr. *infra*, p. 22).

riodo fra le due guerre vengono comprensivamente chiamate le “attività sociali” della SdN, ovvero le “funzioni economiche e sociali” e “umanitarie” dell’organizzazione ginevrina specificate o esemplificate negli articoli dal 22 al 25 del *Covenant* istitutivo¹⁵. Tali “attività della SdN in tempo di pace”¹⁶ includono la “regolamentazione internazionale delle condizioni lavorative” in vista del “benessere fisico, morale e intellettuale” del salariato, ovvero del loro progressivo adeguamento a uno standard uniforme secondo i nove principi generali elencati nell’articolo 427 del Trattato di Pace¹⁷; l’assicurazione di un “equo trattamento delle popolazioni indigene” nei territori soggetti all’amministrazione degli Stati membri e l’abolizione della schiavitù in ogni sua forma (compreso il lavoro coatto ancora diffuso nelle società coloniali¹⁸); la lotta contro la tratta delle donne e dei bambini, il traffico di armi e di stupefacenti e la pornografia¹⁹; la liberalizzazione e la facilitazione delle comunicazioni e del transito sui territori degli Stati membri e l’assicurazione di condizioni “eque” ai loro commerci²⁰; la prevenzione e il controllo delle malattie epidemiche²¹; la verifica dell’effettivo adempimento, a vantaggio del “benessere” e dello “sviluppo” degli abitanti, della “sacra missione di civiltà” affidata dalla SdN agli Stati membri detentori dei Mandati²²; l’organizzazione

¹⁵ WHELEN, *op. cit.*, pp. 155, 157; *The League of Nations: Social and Humanitarian Work*, League of Nations Secretariat, 1923; TOYNBEE, BOULTER, *Economic and Social Co-Operation (1920-1925)*, in AA.VV., *Survey of International Affairs 1925, Issued under the auspices of the Royal Institute of International Affairs*, vol. 2, Oxford University Press, 1928, Parte I, *World Affairs*, Sezione B, p. 80.

¹⁶ WHELEN, *op. cit.*, p. 154.

¹⁷ *Draft Convention Creating a Permanent Organisation for the Promotion of International Regulation of Labour Conditions, Prepared by the British Delegation, January 21, 1919*, in SHOTWELL, *The Origins of the ILO*, cit., vol. 2, *Documents*, no. 30, pp. 137-140; *Part XIII of the Treaty of Peace of Versailles*, in INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Official Bulletin*, 1919-1920, 1, Sezione II, *General Principles*, p. 342.

¹⁸ *Pacte de la SdN*, cit., p. 206 (art. 23, comma b); TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 150-152.

¹⁹ *Pacte de la SdN*, cit., p. 206 (art. 23, commi c) e d); TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 148-150.

²⁰ *Pacte de la SdN*, cit., p. 206 (art. 23, comma e). Un piccolo ma significativo e ancor tangibile esempio dell’operosità della SdN in materia di *governance* globale è l’odierna segnaletica stradale verticale, figlia di una proposta di standardizzazione elaborata dall’Organizzazione per le Comunicazioni e il Transito recepita in una convenzione internazionale del 1931 per ovviare ai problemi generati dal forte sviluppo del traffico automobilistico internazionale negli anni tra le due guerre mondiali (*Petit manuel*, cit., p. 138).

²¹ *Pacte de la SdN*, cit., p. 206 (art. 23, comma f).

²² *Ivi*, p. 204 (art. 22, 1); PEDERSEN, *The Guardians. The League of Nations and the Crisis of Empire*, Oxford University Press, 2015.

e istituzionalizzazione della cooperazione intellettuale internazionale²³; l'assistenza umanitaria, in particolare ai rifugiati²⁴; il coordinamento delle politiche migratorie²⁵.

3. Verso il governo internazionale

È decisivo notare come la propaganda postbellica non solo indicasse nel mosaico di agenzie e dipartimenti della SdN, di cui l'OIL avrebbe dovuto costituire un tassello chiave, il germe rudimentale di una futura, unitaria e organica amministrazione mondiale degli affari globali, ma scorgesse nella crescita necessariamente graduale di una siffatta forma di “*international government*” una precondizione essenziale anche per il concretizzarsi delle speranze di pace universale del 1919-20²⁶. La riscoperta oggi in corso della

²³ TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 110-116.

²⁴ *Ivi*, pp. 152-154.

²⁵ Secondo la rassegna degli affari internazionali curata da ARNOLD J. TOYNBEE negli anni Venti e Trenta per conto di Chatham House, proprio l'OIL sarebbe stata l'agenzia della SdN naturalmente preposta, almeno in potenza, alla regolazione delle migrazioni internazionali, “un importante campo di attività che le era stato specificamente assegnato nella sua costituzione originaria, e del quale essa era particolarmente ben qualificata a occuparsi” (TOYNBEE, *The Movement of Population*, in *Id.*, *Survey of International Affairs, 1924, Issued under the auspices of the British Institute of International Affairs*, Oxford University Press, 1926, Parte I, *World Affairs*, Sezione B, p. 127). Nei fatti, inoltre, “per quanto riguardava i problemi dell'emigrazione e dell'immigrazione, i primi passi in direzione di una soluzione internazionale erano stati intrapresi (...) dall'OIL tramite la raccolta di evidenze statistiche e di altri tipi di informazione e la selezione e il confronto dei correlativi aspetti delle legislazioni nazionali. Un'innovazione notevole, quest'ultima, nonostante la sua apparente modestia, perché, sotto il vigente regime giuridico internazionale, emigrazione e immigrazione erano considerate materie rientranti in maniera esclusiva nella giurisdizione domestica degli Stati interessati; e, in conformità con tale principio, le questioni di maggiore importanza venivano regolate o dalle legislazioni nazionali o da accordi bilaterali, oppure affrontate con il rischioso metodo della controversia diplomatica” (TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 79-80).

²⁶ “Se la SdN ha successo (...) le attività destinate ad aumentare sono quelle che adesso appaiono secondarie (...). Mi riferisco a quelle attività nelle quali le nazioni stanno lavorando costruttivamente per il bene comune e gettando le fondamenta del governo internazionale (...): la cooperazione economica, la codifica del diritto internazionale, la cooperazione contro le malattie epidemiche, le varie intraprese umanitarie; l'immenso campo di azione congiunta che si estende dinanzi all'OIL; e forse, nel corso del tempo, il pieno sviluppo dei semi latenti della cooperazione intellettuale” (MURRAY, *The Ordeal of this Generation. The War, the League and the Future, The Halley Stewart Lectures, 1928*, George Allen and Unwin, 1929, p. 79). Il riferimento implicito è a WOOLF, *International Government, Two Reports prepared for the Fabian Research Department, together with a Project by a Fabian Committee for a Supernational Authority that will prevent War*, George Allen & Unwin, 1916.

caleidoscopica “opera sociale e umanitaria” della SdN²⁷ si riallaccia dunque più o meno consapevolmente a un *Leitmotiv* cruciale della strategia retorico-argomentativa dispiegata dai sostenitori della causa dell’internazionalismo liberale, con autentico zelo missionario, in un profluvio sterminato di libri, articoli, opuscoli, conferenze²⁸ finalizzati allo scopo ultimo di educare le opinioni pubbliche a “pensare internazionalmente”²⁹.

Un documento tra i più rappresentativi di questa letteratura è la rassegna della politica internazionale curata da Arnold J. Toynbee per il *Royal Institute of International Affairs* di Londra, fondato anch’esso a Parigi nel maggio del 1919 per dare continuità all’eccezionale esperienza di coinvolgimento nelle trattative di pace maturata dai membri delle delegazioni britannica e statunitense³⁰. L’influente annuario di Chatham House riserva un posto di assoluta centralità alle prosaiche ma solide realizzazioni della neonata OIL, dando conto dei progressi compiuti dalla cooperazione economica e sociale sotto l’egida della SdN nella sezione dedicata ai “*World Affairs*”, ossia agli eventi e

²⁷ *Petit manuel de la SdN*, cit., p. 149.

²⁸ Come osservava Harold LASKI (*Foreword*, in BEHRENS, *The International Labour Office of the League of Nations. A Survey of Certain Problems of International Administration*, Leonard Parsons, 1924, p. 9), “La letteratura sulle organizzazioni internazionali è cresciuta oltre il limite entro il quale è possibile controllarla. Ogni pubblicista il quale avverte intimamente i pericoli inerenti all’anarchia europea ha cercato di dare forma stampata alle sue aspirazioni a un mondo migliore (...). La parte di gran lunga maggiore di tale letteratura ha un carattere declamatorio. Prospetta ampi ideali; veicola vaste speranze”.

²⁹ “Se in futuro intendiamo preservare la pace mondiale, dobbiamo abituarci a pensare non solo nazionalmente, ma anche internazionalmente (...). Una delle grandi lezioni della Guerra è che pensare nazionalmente senza pensare internazionalmente conduce al disastro” (dal discorso pronunciato da Sir Edward Grey all’inaugurazione del *British Institute of International Relations*, citato in GIONA, *Think Tanks and International Affairs during the Interwar Period: Ispi (Institute for Studies in International Politics) between Foreign Policy and Public Opinion (1919-1943)*, PhD Thesis, IMT School for Advanced Studies, Lucca, 2016, p. 40). Cfr. anche *infra*, nota 45.

³⁰ KING-HALL, *Chatham House: A Brief Account of the Origins, Purposes and Methods of the Royal Institute of International Affairs*, Oxford University Press, 1937; BOSCO, NAVARI (a cura di), *Chatham House and British Foreign Policy, 1919-1945: The Royal Institute of International Affairs during the Inter-War Period*, Lothian Foundation Press, 1994; PARMAR, *Think Tanks and Power in Foreign Policy. A Comparative Study of the Role and Influence of the Council on Foreign Relations and the Royal Institute of International Affairs, 1939-1945*, Palgrave Macmillan, 2004; TOYNBEE, *The Writing of Contemporary History for Chatham House*, in *International Affairs*, 1953, 29, 2, pp. 127-140; TAGLIAFERRI, *Il futuro dell’Occidente e il “contatto fra le civiltà”*: Toynbee interprete del primo dopoguerra, in ID., *La nazione, le colonie*, cit., pp. 247-279; STROMBERG, *A Study of History and a World at War: Toynbee’s Two Great Enterprises*, in MCINTIRE, PERRY (a cura di), *Toynbee. Reappraisals*, University of Toronto Press, 1989, pp. 141-159.

alle tendenze della storia internazionale contemporanea ritenuti di intrinseca e più immediata rilevanza storico-universale anziché regionale, e riconoscendo dunque all'azione meno appariscente dell'Ufficio Internazionale del Lavoro il medesimo rango attribuibile alle iniziative e alle negoziazioni diplomatiche concernenti i massimi problemi della sicurezza e del disarmo³¹, o alla fondazione della Terza Internazionale e dell'Unione Sovietica³².

Secondo la grande narrazione ispirata alla "prospettiva ginevrina", ad accomunare e a rendere d'interesse internazionale e d'importanza mondiale e pan-umana le materie considerate di specifica competenza delle agenzie "tecniche" della SdN – prima fra tutte le legislazioni e le politiche nazionali influenti sulle condizioni occupazionali, sugli standard di vita, sul "welfare" complessivo delle classi lavoratrici – era stata la grande accelerazione impressa dalla seconda rivoluzione industriale al processo di unificazione e integrazione dell'Ecumene in un singolo campo di interazioni e connessioni³³. Già nel mezzo secolo anteriore alla Grande Guerra aveva cominciato a diventare manifesta l'inadeguatezza del sistema delle Grandi Potenze, e dello Stato-nazione sovrano *superiorem non recognoscens* in genere, a tenere sotto controllo dinamiche d'interdipendenza che ne eccedevano oramai di gran lunga la scala giurisdizionale e operativa e a corrispondere dunque a esigenze, come l'allineamento delle condizioni lavorative allo standard minimo più elevato possibile, che avrebbero potuto essere soddisfatte unicamente per mezzo di organizzazioni internazionali d'ampiezza mondiale e di apposite procedure di "cosmopolitan law making"³⁴. La globalizzazione della *Belle Époque* aveva

³¹ TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 79-154. Queste pagine, con la sola eccezione del paragrafo dedicato alla lotta internazionale contro il traffico di stupefacenti (*ivi*, pp. 121-136), il cui autore aveva preferito rimanere anonimo, erano state approntate da Toynbee per un precedente volume della *Survey* (GATHORNE-HARDY, *Preface, ivi*, p.V). "The Work of the International Labour Office" è specificamente trattato *ivi*, pp. 82-92.

³² TOYNBEE, *Survey of International Affairs, 1924*, cit., Parte I, *World Affairs*, Sezione C, *The Third (Communist) International and the Union of the Soviet Socialist Republics*, pp. 161-264. Nella *Survey* del 1924, come già accennato, la disamina degli "affari mondiali", per quanto attiene alla dimensione del "governo internazionale" e al ruolo giocatovi dall'OIL, si focalizza sulla questione migratoria (*ivi*, pp. 81-160, e *supra*, nota 25).

³³ TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 79, 83; TAGLIAFERRI, *Storia ecumenica. Materiali per lo studio dell'opera di Toynbee*, Rubbettino, 2002, pp. 44-45; BAYLY, *The Birth of the Modern World, 1780-1914. Global Connections and Comparisons*, Blackwell, 2004, pp. 451-467 (trad. it. di M. Marchetti e S. Mobiglia, Einaudi, 2007).

³⁴ TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 80, 83; WOOLF, *op. cit.*, pp. 168-195. Nel suo secondo rapporto alla *Fabian Society* Woolf tratta dello sviluppo della "International Labour Legislation" e delle

pertanto alimentato la crescita vigorosa delle associazioni e organizzazioni internazionali operanti nella sfera economico-sociale e filantropica (come il precursore diretto dell'OIL, l'*International Association for Labour Legislation* fondata nel 1900) chiaramente osservabile alla vigilia 1914. Rispetto a questa prima stagione di fioritura prebellica il rafforzamento, l'estensione e il coordinamento di tali organizzazioni, previsto dal Patto della SdN e dai trattati di pace, non andavano giudicati in alcun modo una novità radicale, ma un tentativo lungimirante di accelerare e dare sistematicità a un processo già in atto spontaneamente in risposta all'accresciuta urgenza che la catastrofe del conflitto mondiale e l'ambizioso esperimento di abolizione della guerra avviato a Parigi nel 1919 avevano conferito al preesistente bisogno di governo e regolamentazione giuridica internazionale dei problemi globali³⁵.

4. *Le condizioni e le sfide del nuovo ordine globale*

L'interpretazione della missione storica dell'OIL predominante tra i suoi fautori e simpatizzanti cent'anni orsono poneva infatti un'enfasi assai spiccata sulla funzionalità ultima dell'impegno profuso nel perseguimento della giustizia sociale da parte della "Sezione Industriale della Società delle Nazioni" (così esplicitamente la definisce nel 1920 George Barnes³⁶) all'instaurazione della pace universale e permanente cui mirava la SdN, in coerenza, del resto, con quanto solennemente proclamato nel prologo della "*Labour Section*" del Trattato di Versailles³⁷. Ciò rende evidente un'insidia

iniziative della *International Association for Labour Legislation* come esempio preminente della tendenza alla "legislazione cosmopolitica" profilatasi nel corso del lungo Ottocento (*ivi*, pp. 180-192). Un piccolo ma assai importante documento dell'influenza esercitata dalla pionieristica opera di Woolf sulla visione storico-politica degli internazionalisti è la recensione dedicatagli da Toynbee sul *Journal of the British Institute of International Affairs* (1924, 3, 5, pp. 270-271), in occasione della seconda edizione, pubblicata senza modifiche nel 1924 con un'introduzione di George Bernard Shaw. Cfr. anche TOYNBEE, *The World after the Peace*, cit., p. 25 e nota 1. Sulla figura di Woolf si veda ora LEVENTHAL, STANSKI, *Leonard Woolf. Bloomsbury Socialist*, Oxford University Press, 2019.

³⁵ TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, p. 80. Per un altro esempio di narrazione storico-universale prodotta all'indomani della Grande Guerra e imperniata sullo sviluppo dell'interdipendenza globale cfr. BURNS, *A Short History of International Intercourse*, George Allen and Unwin, 1924.

³⁶ BARNES, *The Industrial Section of the League of Nations, Address delivered in Balliol College Hall, Oxford, on May 28, 1920 (Barnett House Papers, no. 5)*, Oxford University Press, 1920.

³⁷ FONTAINE, *A Review of International Labour Legislation*, in SOLANO, *op. cit.*, p. 194. Cfr. *Part XIII of the Treaty*, cit., Sezione I, *Organisation of Labour*, p. 332: "*the League of Nations has for*

insita nella propensione della storiografia recente a contrapporre, come si è visto, i successi, la durevolezza, la fecondità storica dell'“opera tecnica”³⁸ della SdN, esemplificati al meglio dall'azione dell'OIL, e il suo completo fallimento nel compito precipuo di mettere al bando la guerra nelle relazioni tra i popoli. Il dualismo troppo netto, prospettato da Eckhart Conze, tra “la SdN della ‘grande politica’”, che delude o tradisce le aspettative palingenetiche, ireniche e cosmopolitiche più o meno realisticamente riposte in essa (in sostanziale continuità con gli esiti più incresciosi della Conferenza di Pace di Parigi), e “un'altra Società delle Nazioni”, la cui storia solo in apparenza minore ha per artefici, tanto più costruttivi quanto più umili, le donne e gli uomini gravitanti nell'orbita dell'OIL e della schiera di dipartimenti e agenzie preposte alle attività sociali e umanitarie della SdN e getta le basi della moderna cooperazione internazionale nel quadro delle Nazioni Unite, rischia di relegare in secondo piano, se non di fare perdere di vista, l'autentico cordone ombelicale per mezzo del quale l'OIL, come e forse più delle consorelle, trae ispirazione e nutrimento dalla dedizione dei suoi padri fondatori alla causa e al programma del pacifismo internazionalista liberale, laburista, socialista democratico e cristiano³⁹.

Gli ex tradeunionisti, politici, diplomatici e funzionari pubblici britannici che recitano un ruolo da protagonisti nella genesi dell'OIL (britannica è la bozza iniziale della Parte XIII del Trattato di Versailles)⁴⁰ condividono intimamente le speranze dei loro connazionali internazionalisti, la cui grandiosa visione di un nuovo ordine globale imperniato sulla SdN assegna a sua volta all'OIL un significato che va persino oltre l'esplicito riconoscimento della “suprema importanza internazionale” del “benessere fisico, morale e intellettuale dei salariati” contenuto nel Trattato⁴¹. Ad avviso di George Bar-

its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established only if it is based upon social justice (...). The HIGH CONTRACTING PARTIES, moved by sentiments of justice and humanity as well as by the desire to secure the permanent peace of the world, agree to the following” etc.

³⁸ *Petit manuel de la SdN*, cit., p. 129.

³⁹ CONZE, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁰ PHELAN, *British Preparations*, in SHOTWELL, *The Origins of the ILO*, cit., vol. 1, *History*, Parte 2, *The Peace Conference*, Sezione IV, *The Preliminaries of the Peace Conference*, § 3, pp. 105-126; PHELAN, *The Commission on International Labor Legislation*, *ivi*, Sezione V, p. 131; HIDALGO-WEBER, *The Creation of the ILO: The Role of British Actors*, in KOTT, DROUX (a cura di), *Globalizing Social Rights. The International Labour Organization and Beyond*, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 17-31.

⁴¹ *Part XIII of the Treaty*, cit., Sezione II, *General Principles*, p. 342.

nes – membro laburista del Gabinetto di Guerra presieduto da David Lloyd George, plenipotenziario alla Conferenza di Pace, vicepresidente della *Commission on International Labour Legislation* che a Parigi sovrintende alla fondazione dell'OIL, nonché uno dei suoi primi storici⁴² –, il valore supremo della neonata organizzazione risiedeva nel fatto che questo vero e proprio “Soviet internazionale di tipo riformista e costruttivo” offriva ai popoli una concreta opportunità di avvezzarsi “a pensare e ad agire internazionalmente”, perché in grado di contribuire alla pace mondiale non solo negativamente, ossia neutralizzando le cause di guerra e di conflittualità interstatale, interculturale e interraziale radicate nel malcontento operaio o in pratiche di *dumping* sociale, ma anche costruttivamente, forgiando positivi “legami d’interesse e di simpatia tra i popoli”⁴³.

Nel passo or ora citato, tratto da una conferenza tenuta al *Balliol College* di Oxford nel 1920, Barnes sta in realtà evocando quel già menzionato luogo comune della retorica internazionalista liberale⁴⁴, secondo il quale le possibilità di riuscita del tentativo di stabilire la pace perpetua sostituendo all’anarchia interstatale “un *rule of law* democratico”, operante attraverso la SdN, sarebbero dipese, in ultima analisi, dall’attecchimento nelle opinioni pubbliche e nella mentalità di massa dell’attitudine a “pensare internazionalmente”, anziché o oltre che “nazionalmente” e “imperialmente”, ossia in accordo con le categorie di un patriottismo dell’umanità comparabile ma alternativo al patriottismo chiusamente parrocchiale, etnocentrico e sovranista divenuto egemone nei decenni anteriori al 1914 e che ancora minacciava di far fallire i sogni di pace del dopoguerra⁴⁵.

⁴² BARNES, *The History of the International Labour Office*, Williams and Norgate, 1926; REID, *Barnes, George Nicoll (1859-1940)*, in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press, 2004.

⁴³ BARNES, *The Industrial Section*, cit., p. 16.

⁴⁴ Cfr. *supra*, p. 9.

⁴⁵ Cfr. MARVIN, *Introductory: The Appeal to History*, in ID., *The Evolution of World-Peace*, cit., p. 14: “Nella dimensione dello spazio geografico, dobbiamo, come stiamo già facendo con sempre maggior frequenza, adottare la prospettiva internazionale non soltanto in campo scientifico, dove è essenziale, ma anche in politica e nella vita sociale, che siamo stati troppo proclivi a trattare in chiave nazionale. ‘Pensate internazionalmente’ diviene la parola d’ordine dello statista non meno che dello storico, in luogo di quel ‘pensate imperialmente’ che ha perduto una parte così grande del suo fascino allorché abbiamo visto altri metterla in pratica a nostro danno”. “*Learn to think imperially*” è in origine l’esortazione rivolta ai britannici dall’allora Segretario di Stato alle Colonie e leader imperialista Joseph Chamberlain parlando alla Guildhall di Londra il 19 gennaio 1904, e fatta propria, tra gli altri, dal fondatore della geopolitica Halford Mackinder

Per gli internazionalisti liberali la Conferenze di Pace, per quanto gravi fossero state le sue manchevolezze e i suoi misfatti e fondate le accuse formulate al suo indirizzo, tra gli altri, da John Maynard Keynes, aveva segnato una svolta epocale nella storia umana, perché le Potenze Alleate, con la creazione della SdN, avevano dato qualche effettiva sostanza al principio secondo cui, nella conduzione degli affari esteri, gli Stati erano tenuti ad armonizzare l'interesse nazionale con il bene comune (“*welfare*”) della società mondiale nel suo insieme⁴⁶. In tal modo, il Diciannove aveva posto le premesse, sia pure fragili ed elementari, per la trasformazione dell'arena internazionale in una grande “famiglia” di nazioni a carattere multirazziale e multiculturale intenta a realizzare la pace permanente e il governo cooperativo delle dinamiche globali, nonché a garantire e promuovere l'eguaglianza nella diversità di tutti i popoli eredi delle tradizioni di civiltà dello spazio euro-afro-asiatico, sulla base dell'autolimitazione volontaria della sovranità nazionale⁴⁷.

Ai critici federalisti della SdN⁴⁸, che li tacciavano di utopismo, gli internazionalisti liberali opponevano un argomento che ricorre, in termini analoghi, anche nelle discussioni parigine riguardanti la fisionomia della Conferenza Generale dei rappresentanti degli Stati membri dell'OIL, cui una minoranza avrebbe voluto attribuire, del tutto irrealisticamente, i poteri di un “Super-Parlamento”, ovvero del “Parlamento Industriale Mondiale” di una sorta di “Super-Stato Industriale Internazionale” (o “Stato Mondiale Industriale”)⁴⁹: le condizioni del mondo contemporaneo rendevano del tutto

(*On Thinking Imperially*, in SADLER (a cura di), *Lectures on Empire 1906/07*, s.e., London, 1907, pp. 32-42). Sulla corretta relazione tra *thinking nationally* e *thinking internationally* secondo gli internazionalisti liberali si veda sopra la nota 29. L'espressione “democratic rule of law”, nell'accezione indicata, figura ad es. in TOYNBEE, *After Munich: the World Outlook*, in *International Affairs*, 1939, 18, 1, p. 16.

⁴⁶ Preface, in TEMPERLEY, *op. cit.*, vol. 1, p. VII; TAGLIAFERRI, *Il futuro dell'Occidente*, cit., p. 265; KEYNES, *The Economic Consequences of the Peace*, Macmillan, 1919 (trad. it. di F. Salvatorelli, Adelphi, 2007).

⁴⁷ TAGLIAFERRI, *La repubblica dell'umanità. Fonti culturali e religiose dell'universalismo imperiale britannico*, Rubbettino, 2012, pp. 8 e *passim*.

⁴⁸ AMATO, Einaudi, Agnelli and Cabiati: *Between Criticism of the League of Nations and Ideas of European Unification*, in DINI, D'AURIA (a cura di), *The Space of Crisis. Images and Ideas of Europe in the Age of Crisis, 1914-1945*, Peter Lang, 2013, pp. 105-116.

⁴⁹ BARNES, *The Scope and Purpose*, cit., p. 6; SHOTWELL, *Historical Significance of the International Labour Conference*, in SOLANO, *op. cit.*, p. 57; THOMAS, *The Task of the International Labour Office*, *ivi*, p. 263; ANON., *International Labour at the Conference*, in TEMPERLEY, *op. cit.*, vol. 2, *The Settlement with Germany* (1920), Capitolo II, *General and International Clauses*, Parte II, pp. 36-37, 38-39.

impraticabile, almeno nel breve e nel medio periodo, il disegno di abolire l'anarchia internazionale per mezzo di un "Super-Stato"⁵⁰.

Il tratto distintivo dell'età contemporanea consisteva, per gli internazionalisti britannici, nell'intensificazione simultanea di un complesso parallelogramma di movimenti unificanti e movimenti divisivi, potenzialmente ma non necessariamente contraddittori⁵¹. A partire dall'ultimo quarto del XIX secolo, il globalizzarsi del capitalismo industriale aveva finito per avviluppare nelle maglie costrittive dell'interdipendenza planetaria tanto le stesse Grandi Potenze quanto le regioni culturali dell'Oriente eurasiatico, accentuando l'esigenza di collaborazione interstatale e il correlativo sviluppo di "relazioni internazionali organizzate". Al tempo stesso, l'esaudimento delle aspirazioni politiche di comunità nazionali di calibro inferiore alle Grandi Potenze andava moltiplicando il numero degli Stati la cui sovranità residua veniva assurgendo a maggior minaccia per l'umanità globalizzata. E il risveglio delle società orientali investite dall'espansione dell'Europa dischiudeva la prospettiva di una reazione identitaria sfociante in un generalizzato "clash of civilizations" non meno deleterio per l'integrazione mondiale a trazione occidentale⁵².

In tutti i precedenti casi testimoniati dalla storia di "Grandi Società" multiculturali articolate in sistemi di Stati (come il mondo mediterraneo dell'antichità o la Cina del periodo degli Stati Contendenti) un'analoga combinazione di tendenze all'unificazione e tendenze alla divisione aveva dato luogo, al termine di ripetuti cicli di guerre devastanti, a paci egemoniche imposte da un vincitore o da un gruppo di vincitori a scapito dell'autonomia, dell'individualità e della vitalità di tutti i competitori, vincitori compresi⁵³.

⁵⁰ TOYNBEE, *The Conduct of British Empire*, cit., pp. 19, 43.

⁵¹ TOYNBEE, *Divisive and Unifying Movements in History*, in ID., *Change and Habit. The Challenge of Our Time*, Oxford University Press, 1966, pp. 54-89.

⁵² TOYNBEE, recensione di WOOLF, *op. cit.*, p. 271; TOYNBEE, *The World after the Peace Conference, Being an Epilogue to the History of the Peace Conference of Paris and a Prologue to the Survey of International Affairs, 1920-1923, Issued under the auspices of the British Institute of International Affairs*, Oxford University Press, 1925, pp. 13-25, 68-82; TAGLIAFERRI, *Storia ecumenica*, cit., pp. 28-30, 50-57; DI FIORE, *L'Islam e l'impero. Il Medio Oriente di Toynbee all'indomani della Grande guerra*, Viella, 2015. Sulle origini postbelliche dell'espressione "scontro di civiltà" (diventa poi d'uso corrente un settantennio più tardi in seguito alla pubblicazione e alla fortuna di HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Simon and Schuster, 1996; trad. it. di S. Minucci, Garzanti, 1997), cfr. TAGLIAFERRI, *La repubblica dell'umanità*, cit., p. 244.

⁵³ WALLAS, *The Great Society. A Psychological Analysis*, Macmillan, 1914; TOYNBEE, *The We-*

A rendere del tutto originale l'esperienza iniziata a Parigi nel Diciannove era dunque, per gli internazionalisti, la ricerca di una forma di unità mondiale alternativa all'impero universale, perché fondata sull'auto-disciplinamento spontaneo della sovranità nazionale e sul corrispondente consolidamento di un'autorità internazionale non territoriale, che traesse la sua forza obbligatoria dagli interessi e dai valori condivisi, dal senso di coappartenenza a una singola società ecumenica, dalla convergenza e fertilizzazione incrociata dei patrimoni identitari di tutti i gruppi umani di cui reclamava l'obbedienza⁵⁴.

Il fattore al quale gli internazionalisti liberali vedevano legata la difficile soluzione del problema politico centrale della modernità – la riconciliazione di unità, pluralità e diversità su una scala geo-storica sempre più ampia e tendenzialmente planetaria – era insomma di ordine principalmente etico e psicologico. “Pensare internazionalmente” implicava prima di ogni altra cosa, per l'uomo del Novecento, compiere lo sforzo di immaginazione morale necessario ad allargare i confini della propria coscienza comunitaria fino a includervi il mondo intero. “L'ordalia di questa generazione” – argomentava nel 1928 Gilbert Murray, presidente della *League of Nations Union* e sostenitore entusiasta dell'OIL⁵⁵ – consisteva nell'adattarsi alle trasformazioni del passato mezzo secolo acquisendo abiti mentali e comportamentali corrispondenti a un *habitat* sociale divenuto più grande, più impersonale, più vario, coltivando sentimenti identitari riferiti a una collettività umana più vasta, articolata e disomogenea della singola nazione o civiltà, prendendo consapevolezza della rete di doveri e responsabilità abbracciante la totalità dei suoi membri⁵⁶.

Gli accenti religiosi, addirittura messianici con i quali la propaganda internazionalista del primo dopoguerra esalta le potenzialità e le realizzazioni dell'OIL, giungendo a descriverla come “la speranza del mondo” meritevole del “supporto degli uomini di buona volontà di tutte le nazioni”, esprimevano dunque il convincimento che la sua azione sociale potesse risultare particolarmente feconda ai fini del superamento delle tre maggiori sfide con le quali l'umanità contemporanea era chiamata a misurarsi: l'armonizzazione

stern Question in Greece and Turkey. A Study in the Contact of Civilizations, Constable, 1922, p. 361; ID., *The World after the Peace*, cit., p. 6 e nota 3; ID., *The Conduct of the British Empire*, cit., pp. 42-44.

⁵⁴ TAGLIAFERRI, *Dalla Greater Britain alla World Society*, cit., pp. 168-182.

⁵⁵ Cfr. *supra*, nota 26.

⁵⁶ MURRAY, *op. cit.*

della libertà nazionale con il “*welfare*” della comunità mondiale, la prevenzione del conflitto tra Oriente e Occidente, la conversione delle opinioni pubbliche dal nazionalismo e dall’etnocentrismo al patriottismo ecumenico pluralista⁵⁷.

5. *Il ruolo dell’OIL nella creazione della “Grande Società” ecumenica: legislazione cosmopolitica*

La scelta compiuta a Parigi di limitare le prerogative dell’annuale Conferenza Generale dell’OIL all’adozione di progetti di convenzione e raccomandazioni, anziché aspirare a farne un Super-Parlamento, comportava che lo scopo internazionale perseguito dall’organizzazione potesse venire attuato solo per mezzo di una legislazione sociale che continuava a rimanere confinata dentro la sfera giurisdizionale domestica dello Stato sovrano⁵⁸.

D’altro canto, i lavori preparatori e le deliberazioni della Conferenza Generale davano innesco al prolungato e complesso “processo di legislazione cosmopolitica” illustrato nel 1916 da Leonard Woolf, processo il quale offriva considerevoli opportunità di influire efficacemente sull’*iter* decisionale dei singoli Stati membri a una pluralità di attori internazionali e transnazionali – associazioni non governative, gruppi professionali e d’interesse, opinioni pubbliche straniere⁵⁹. Senza dire della diuturna pressione diplomatica esercitata dall’Ufficio Internazionale del Lavoro e dagli stessi Stati membri per ottenere il rispetto degli impegni assunti in sede di Conferenza Generale⁶⁰.

Di conseguenza, secondo le previsioni e gli auspici degli internazionalisti, la produzione di “*cosmopolitan Labour Legislation*”, che toccava così da vicino la vita delle masse popolari, era destinata ad avere ripercussioni sensibili sulla visione e sull’esercizio della sovranità nazionale. Il suo sviluppo avrebbe contribuito a screditare “la concezione della sovranità come assoluta” e ad attenuarne gradualmente l’identificazione con l’ideale (o piuttosto con il “mito irrealista” denunciato da Luigi Einaudi nel 1920) della “completa

⁵⁷ WHELEN, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁸ MAYOR DES PLANCHES, *La legislazione internazionale del lavoro alla Conferenza della Pace*, in *Bollettino della emigrazione*, 1919, 18, 4, pp. 11, 18; PHELAN, *The Commission on International Labor*, *cit.*, pp. 145-163.

⁵⁹ WOOLF, *op. cit.*, p. 169.

⁶⁰ TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, p. 84.

indipendenza” degli Stati l’uno dall’altro, favorendo il diffondersi di una mentalità politica più propensa ad accettare “le limitazioni di sovranità che sono implicite nell’idea della SdN”⁶¹.

6. Segue. *Pluralismo culturale*

La pubblicistica internazionalista suole porre altresì un forte accento sulle relevantissime implicazioni storico-culturali della clausola contenuta nel preambolo della sezione del Trattato di Versailles consacrata ai Principi Generali dell’OIL che ammetteva la sussistenza tra gli Stati membri di “differenze di clima, di abitudini e di consuetudini, di opportunità economiche e di tradizioni industriali” di portata tale da rendere arduo l’immediato conseguimento di standard giuslavoristici internazionali rigidamente uniformi e da giustificare quindi, all’occorrenza, l’adeguamento dei nove principi alle condizioni “speciali” nelle quali alcuni di loro eventualmente versassero⁶².

La clausola delle “*special circumstances*” era stata introdotta nel Trattato di Pace su richiesta della delegazione nipponica ed era stata invocata con successo già nella prima Conferenza Generale dell’OIL, svoltasi a Washington nell’autunno del 1919, che aveva adottato un progetto di convenzione che accoglieva il principio delle otto ore al giorno e delle quarantotto ore settimanali, concedendo però al Giappone e all’India britannica di abbassare il limite legale a cinquantasette e a sessanta ore settimanali rispettivamente ed escludendo del tutto Cina, Persia e Siam dall’applicazione delle sue disposizioni⁶³.

⁶¹ WOOLF, *op. cit.*, p. 170; SHOTWELL, *Historical Significance*, cit., p. 56; EINAUDI, *Popoli dominatori e popoli oppressi*, in *La Minerva*, 16 gennaio 1920, poi in *Id.*, *Gli ideali di un economista*, Quaderni della Voce, 1921, p. 235; TOYNBEE, *Self-Determination*, in *The Quarterly Review*, 1925, 244, 484, p. 335.

⁶² *Part XIII of the Treaty*, cit., Sezione II, *General Principles*, p. 343. Cfr. anche l’art. 405 del Trattato (*ivi*, Sezione I, *Organisation of Labour*, p. 337): “*In framing any recommendation or draft convention of general application the Conference shall have due regard to those countries in which climatic conditions, the imperfect development of industrial organization or other special circumstances make the industrial conditions substantially different and shall suggest the modifications, if any, which it considers may be required to meet the case of such countries*”.

⁶³ ZIMMERMANN, “*Special Circumstances*” in *Geneva: The ILO and the World of Non-Metropolitan Labour in the Inter-War Years*, in VAN DAELE, RODRÍGUEZ GARCÍA, VAN GOETHEM, VAN DER LINDEN (a cura di), *ILO Histories. Essays on the International Labour Organization and Its Impact on the World During the Twentieth Century*, Peter Lang, 2010, pp. 221-250.

Il motivo che induceva un altro padre fondatore britannico dell'OIL come Harold Butler – suo primo Vicedirettore e secondo Direttore Generale – ad attribuire “enorme importanza” alle modalità d’inclusione dei “paesi orientali e tropicali” nel raggio operativo dell’organizzazione era la percezione, già molto diffusa nei decenni iniziali del Novecento, che la necessità di fronteggiare le conseguenze dell’incipiente ingresso nell’arena industriale dei popoli asiatici costituisse in realtà, specie in prospettiva, la ragion d’essere più profonda della regolamentazione internazionale delle condizioni di lavoro⁶⁴. La posta in gioco non era però soltanto la tutela dei più elevati standard di vita delle classi lavoratrici dei *first comers* occidentali. A rendere la legislazione del lavoro asiatica una questione internazionale concorrevano il suo complicato intrecciarsi con l’incontro di civiltà, potenzialmente esplosivo, in corso tra Oriente e Occidente⁶⁵.

Ad avviso del filosofo morale idealista scozzese Hector Hetherington, sollecitato dallo stesso Butler a scrivere una storia della Conferenza di Washington, l’imposizione di condizioni uniformi a paesi di antica civiltà non europea come la Cina per salvaguardare gli standard dei lavoratori inglesi o francesi, oltre ad apparire di dubbia praticabilità, nonché una forma particolarmente odiosa e controproducente di protezionismo mascherato da umanitarismo, andava giudicata indesiderabile anche per ragioni di principio, perché suscettibile di mettere in moto una catena di azioni e reazioni socio-economiche incompatibili con il peculiare “genio” delle civiltà orientali e dunque nocive per la preservazione della loro individualità culturale. “Il principio di differenziazione” accolto dall’OIL garantiva invece che gli Stati asiatici in via d’industrializzazione facessero tesoro delle esperienze e degli errori dei pionieri europei a beneficio delle proprie classi lavoratrici, senza esacerbare però il montante antioccidentalismo⁶⁶. Più generalmente, “la diversità dei suoi membri, in termini di equipaggiamento individuale e di carattere personale, è una risorsa di importanza primaria per qualsiasi comunità – sia nazionale che internazionale; e il rispetto delle ‘personalità’ dei differenti Stati è una condizione fondamentale per un saggio ordinamento delle relazioni internazionali”⁶⁷.

⁶⁴ BUTLER, *The Washington Conference, 1919*, in SOLANO, *op. cit.*, p. 216; TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁶⁵ *Ivi*, p. 83; TAGLIAFERRI, *Il futuro dell’Occidente*, *cit.*, pp. 270-279.

⁶⁶ HETHERINGTON, *International Labour Legislation*, Methuen, 1920, pp. 10-15.

⁶⁷ *Ivi*, p. 12.

La strada imboccata dall'OIL già a partire dalla Conferenza di Washington aveva insomma mostrato all'umanità intera come affrontare e risolvere "il supremo problema di garantirsi politiche adattabili alle varietà culturali"⁶⁸, superando il contrasto tra cosmopolitismo e identità nazionali e civilizzazionali. Secondo l'articolata diagnosi di Butler, "l'idea di cooperazione internazionale, in ogni suo aspetto, è ancora così nuova da essere spesso guardata con profondo sospetto. La coscienza nazionale, sgorgante dal sentimento immediato di una comunità di sangue, lingua e tradizione, e che tanto ha fatto per il progresso mondiale, è talmente radicata che qualsiasi visione più ampia delle relazioni umane sembra per molti ancora inconcepibile. L'idea internazionale appare loro o una pericolosa illusione, implicante la negazione del patriottismo e dell'individualità nazionale, oppure, nel migliore dei casi, quella che Platone definì 'una specie di amicizia annacquata', priva di ogni vitalità ed efficace elemento di coesione. Spetterà al futuro trovare la sintesi che riconcili tra di loro queste due grandi forze della società umana e dimostrare che, come le famiglie e le tribù si sono unite nella nazione senza smarrire le proprie identità, e anzi arricchendo la nazione in ragione della loro varietà tipologica e di esperienze collettive, così le nazioni sapranno unirsi nel *commonwealth* mondiale senza sacrificare alcunché delle loro peculiari virtù o del loro genio individuale, bensì recando in dono questi ultimi al bene comune. La Sezione del Trattato di Pace riguardante il Lavoro rappresenta un esperimento costruttivo che va esattamente in tale direzione; e sebbene si tratti per ora soltanto di un esperimento, di questo almeno possiamo almeno essere sicuri – che la Conferenza di Washington ha rivelato che val bene la pena portarlo avanti"⁶⁹.

7. Segue. *Etica umanitaria*

Un ultimo importante aspetto della relazione tra l'OIL e l'internazionalismo liberale degli anni tra le due guerre può essere convenientemente illustrato richiamando l'attenzione sull'origine esatta del ben noto e già ricordato riferimento alla "giustizia sociale" quale presupposto indispensabile

⁶⁸ SHOTWELL, *Historical Significance of the International*, cit., p. 64.

⁶⁹ BUTLER, *The Washington Conference*, cit., pp. 245-246. Butler attribuisce erroneamente a Platone un luogo di ARISTOTELE, *Politica*, a cura di R. LAURENTI, 1993, II (B), 4, 1262 b, p. 36.

della “pace universale” che compare nel capoverso iniziale del preambolo alla costituzione dell’organizzazione⁷⁰. Dal resoconto stenografico dei lavori della *Commission on International Labour Legislation* della Conferenza di Parigi si ricava l’interessante notizia che esso è in realtà il risultato di un emendamento alla bozza preparatoria, avanzato dal socialista e ministro della giustizia belga Emile Vandervelde e prontamente sottoscritto dall’unanimità dei membri. Secondo il testo originario, redatto dai delegati britannici in un linguaggio assai più marcatamente utilitaristico, la pace perseguita dalla SdN avrebbe potuto essere realizzata “solo se basata sulla prosperità e sull’appagamento di tutte le classi in tutte le nazioni”⁷¹.

La modifica è tutt’altro che di poco conto, e rappresenta una spia oltremodo significativa dell’influsso esercitato sull’ideologia fondativa dell’OIL da varie correnti nazionali di socialismo etico e cristianesimo sociale⁷². Definire l’obiettivo istituzionale dell’OIL in termini di giustizia, anziché di benessere materiale e maggior felicità del maggior numero, equivaleva infatti a individuare la sostanza antropologica ultima della legislazione giuslavoristica internazionale in una rete di doveri e diritti reciproci non limitata ai connazionali, ma estesa virtualmente a tutti i popoli, e idonea perciò a suscitare o rafforzare in loro quel sentimento più generale di coappartenenza a una medesima comunità umana, quel “fanatismo dell’umanità, abbastanza forte da controbilanciare, o riassorbire, il fanatismo della nazionalità”, in mancanza del quale, secondo la preoccupata diagnosi avanzata da Élie Halévy nel 1929, la SdN non sarebbe stata in grado di adempiere la primaria missione storica di instaurare una pace durevole⁷³.

⁷⁰ Val la pena osservare come, nel logo del centenario (https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_663767/lang-en/index.htm), non si riscontri invece alcuna esplicita allusione al nesso tra “social justice” e pace mondiale.

⁷¹ “*The League of Nations has for its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established only if it is based upon the prosperity and contentment of all classes in all nations*” (citato in PHELAN, *The Commission on International Labor*, cit., p. 132).

⁷² Sulla distinzione tra utilitarismo benthamiano e umanesimo laico o cristiano quali principi di legittimazione dello Stato sociale di mercato cfr. TAGLIAFERRI, *Vivarelli, Lord Acton e l’interpretazione Whig della storia*, in MENOZZI (a cura di), *Storiografia e impegno civile. Studi sull’opera di Roberto Vivarelli*, Viella, 2017, pp. 187-195.

⁷³ HALÉVY, *The World Crisis of 1914-1918: An Interpretation, Being the Rhodes Memorial Lectures delivered in 1929*, Clarendon Press, 1930, p. 57 (trad. it. di A. Pocecco in ID., *L’era delle tirannie*, a cura di G. QUAGLIARIELLO, Ideazione, 1998). Cfr. BRESCIANI, *From “East to West”, the “World Crisis” of 1905-1920: A Re-Reading of Élie Halévy*, in *First World War Studies*, 2018, 9, 3, pp. 275-295.

E che proprio in ciò, un secolo orsono, consistesse l'ambizione suprema dei creatori dell'OIL, è attestato nella maniera più eloquente dalle parole del suo primo Direttore Generale, Albert Thomas, secondo il quale a ispirare l'anonimo impegno dei collaboratori dell'organizzazione ginevrina era la coscienza di stare usufruendo del "privilegio di dedicare le proprie energie alla costruzione di una delle principali fondamenta di un mondo nuovo", dove, in luogo del nazionalismo, "nozioni più veritiere di giustizia e fraternità universale prevarranno tra gli uomini"⁷⁴.

8. *Conclusion: idealismo e realismo nella visione internazionalista*

L'insistenza sulla sobria modestia, sull'oscurità e gradualità, sul paziente pragmatismo terra terra delle pur assai concrete, feconde e durature realizzazioni sociali dell'OIL e della SdN in genere, a paragone della presuntuosa *grandeur*, della teatralità scenografica, dei ritmi concitati, delle ambizioni e della frequente inconcludenza o sterilità della politica evenemenziale, può essere considerata un ulteriore *tòpos* della retorica internazionalista, che non manca di formularne persino una curiosa versione genderizzata. La lontananza delle organizzazioni della SdN dal proscenio dell'alta diplomazia, e perciò anche dalle sue passioni e dai suoi clamori, consentiva agli Stati membri di intrattenere forme di cooperazione tecnica persino con paesi con i quali perduravano condizioni di estraniamento politico, come la Germania (ammessa nell'OIL già nell'autunno del 1919) e l'Unione Sovietica. Il grado di notorietà massmediatica, pertanto, non forniva un indice adeguato dell'importanza storica di organizzazioni internazionali le quali, "conseguendo i massimi risultati proprio quando il mondo esterno meno ne parlava o se ne dava pensiero, attuavano l'ideale che Pericle prospettò alle donne di Atene: 'la loro suprema aspirazione' era 'che si udisse di loro, nel bene e nel male, il meno possibile'"⁷⁵.

⁷⁴ THOMAS, *The Task of the International*, cit., p. 270. Sull'*ethos* originario del personale dell'OIL cfr. anche ID., *Preface*, in *The International Labour Organisation. The First Decade*, George Allen and Unwin, 1931, pp. 5-12.

⁷⁵ TOYNBEE, BOULTER, *op. cit.*, p. 82. La citazione, in verità alquanto ellittica, è presa da TUCIDIDE, *Guerra del Peloponneso* (II, 45, 2), trad. it. di L. Annibaletto, 2 voll., Mondadori, 1971, vol. I, p. 128: "E se devo fare un accenno anche alla virtù delle donne, per quante ora si troveranno in vedovanza, comprenderò tutto in questa breve esortazione. Gran vanto per voi dimostrarvi all'altezza della vostra femminile natura; grande è la reputazione di quella donna di cui, per lode o biasimo, si parli il meno possibile fra gli uomini".

Gli internazionalisti degli anni Venti, contrariamente allo stereotipo che li dipinge come puri sognatori e visionari⁷⁶, non erano dunque per nulla indifferenti alla questione delle forze effettuali sulle quali le loro speranze di pace avrebbero potuto appoggiarsi per vincere le gigantesche difficoltà e resistenze che ostacolavano l'avvento del vagheggiato nuovo ordine mondiale. Il loro idealismo consisteva piuttosto nello scommettere che i delicati filamenti dello “*human web*” planetario, germinante a poco a poco dall'operosità sociale dei popoli, si sarebbero infittiti e ispessiti fino al punto da permettere alla crescita di una comunità umana di dimensioni ecumeniche, assecondata e disciplinata dall'amorevole attivismo dell'OIL e delle altre istituzioni della cooperazione globale, di avviluppare e assoggettare alla propria benigna logica integrativa e coesiva il dinamismo potenzialmente distruttivo e catastrofico del conflitto internazionale e interciviltà⁷⁷. Le supreme aspettative riposte dagli internazionalisti nella SdN e nelle sue organizzazioni tecniche erano destinate ad andare deluse, o a rivelarsi infondate se non auto-illusorie, anzitutto perché presupponevano una valutazione troppo ottimistica – ai limiti del *wishful thinking* – del tempo a disposizione delle tendenze unificanti in atto sulla scena contemporanea per addomesticare, con il loro necessariamente assai più lento incedere, quelle divisive. Quest'ultima considerazione critica, tuttavia, non può costituire un buon motivo per non approfittare del centenario dell'OIL anche per riscattare almeno per un momento dall'oblio e dalla “condiscendenza della posterità”⁷⁸, e talora dalla *damnatio memoriae*, un'esperienza storica capace di suscitare così grandi attese, entusiasmi, sforzi, fervore di idee, e il cui bilancio complessivo rimane ancora, in realtà, in larghissima parte da investigare. Tanto più che – sia detto a titolo di poscritto – il gruppo di problemi con i quali la SdN seppe dopo tutto pionieristicamente misurarsi, e che oggi, aumentati di numero e di rilevanza, raggrupperemmo sotto l'etichetta di *governance* globale, sono stati resi di tragica evidenza e at-

⁷⁶ CARR, *The Twenty Years' Crisis, 1919-1939: An Introduction to the Study of International Relations*, Palgrave, 2001 (prima ed. 1939, seconda ed. 1945); trad. it. di M. Mancini, *Utopia e realtà: un'introduzione allo studio della politica internazionale*, a cura di A. CAMPI, Rubbettino, 2009.

⁷⁷ TOYNBEE, *The World after the Peace*, cit., p. 68; TAGLIAFERRI, *La nuova storiografia britannica e lo sviluppo del welfarismo. Ricerche su R.H. Tawney*, Liguori, 2000, pp. 270-276; J.R. MCNEILL, W.H. MCNEILL, *The Human Web: A Bird's-Eye View of World History*, University of Chicago Press, 2004.

⁷⁸ THOMPSON, *The Making of the English Working Class*, Victor Gollancz, 1963, p. 12 (trad. it. di B. Maffi, *Rivoluzione industriale e classe operaia in Inghilterra*, 2 volumi, Il Saggiatore, 1968).

tualità, in una maniera forse mai sperimentata in precedenza nella storia umana, dalla crisi pandemica mondiale scoppiata nel 2019, a un secolo esatto di distanza dalla Pace di Parigi⁷⁹.

⁷⁹ Come ha sostenuto Jared Diamond, è plausibile che “il maggior cambiamento” apportato dalla pandemia possa rivelarsi essere “che il mondo, per la prima volta nella sua storia, fronteggia un problema globale che viene riconosciuto come tale” (LEE MINJI, *COVID-19 is “First Global Problem Recognized as Global Problem”*: Jared Diamond, in *Yonhap News Agency*, 4 giugno 2020). In sede più propriamente storiografica, l’arduo problema politico posto con tanta coerenza dalla pandemia e la sua conseguente importanza storico-universale sono stati di recente diagnosticati da Wilfried Loth nei termini di una dialettica tra “multilateralismo” e “unilateralismo”, “solidarietà internazionale” e “nuovo nazionalismo” in un contesto di crescente globalizzazione; dialettica che non può non richiamare alla mente la lettura della contemporaneità avanzata dagli internazionalisti liberali degli anni Venti (cfr. *supra*, §§ 3-4): “I governi nazionali non sono in grado di affrontare con i propri mezzi l’emergenza provocata dal Coronavirus. Ma il malcontento della popolazione che ne deriva, che può ben presto trasformarsi in collera e paura, minaccia tuttavia sempre più decisamente di spingerli a rifiutare la solidarietà internazionale. Questa è perciò la questione decisiva per il futuro dell’ordine mondiale: se le forze politiche responsabili riusciranno a trovare una via d’uscita da questo circolo vizioso” (LOTH, *Tensioni globali. Una storia politica del mondo, 1945-2020*, trad. it. di A. La Rocca, Einaudi, 2021, pp. 236, 237, 244). Sulla medesima lunghezza d’onda DETTI, GOZZINI, *Storia contemporanea*, volume 2, *Il Novecento*, seconda edizione, Pearson, 2021, p. 444, per i quali d’altronde le prime indicazioni ricavabili dalla pandemia parrebbero confermare che “una politica a dimensione globale in grado di affrontare le sfide altrettanto globali del nostro tempo (...) deve ancora nascere”.

Abstract

Questo saggio ricostruisce, sulla scorta della più recente storiografia e di un primo sondaggio delle copiose fonti a stampa contemporanee, l'interpretazione della nascita dell'OIL diffusa un secolo orsono tra i suoi padri fondatori, in particolare britannici. Le idee di questi pionieri si rivelano in sintonia con una corrente dell'internazionalismo liberale postbellico che scorgeva nella schiera di agenzie tecniche della Società delle Nazioni, di cui l'OIL veniva considerata un'articolazione cruciale, il primo passo verso l'istituzionalizzazione di forme di governo mondiale volte ad assoggettare le dinamiche della globalizzazione otto-novecentesca al controllo politico e giuridico di una "Grande Società" a carattere ecumenico. Gli internazionalisti individuavano perciò nell'OIL un protagonista chiave della graduale conversione delle opinioni pubbliche degli Stati membri dal nazionalismo etnocentrico al cosmopolitismo pluralista – un cambiamento intellettuale e morale giudicato indispensabile per dar fondamento realistico alle speranze di pace universale del 1919.

This essay reconstructs, on the basis of recent historiography and a preliminary survey of the copious contemporary printed sources, the interpretation of the birth of the ILO espoused a century ago by its founding fathers, particularly the British. These pioneers' main ideas appear in substantial agreement with a current of post-war liberal internationalism that regarded the system of technical agencies gravitating around the League of Nations, of which the ILO represented in their eyes a crucial component, as a first step towards the institutionalization of forms of world government aimed at subjecting the dynamics of the 19th- and 20th-century globalization to the political and juridical control of an ecumenical "Great Society". The internationalists identified therefore the ILO as a key protagonist in the gradual conversion of the public opinions of the member States from ethnocentric nationalism to pluralist cosmopolitanism – an intellectual and moral change they deemed indispensable in order to provide the 1919 hopes for universal peace with a more realistic foundation.

Keywords

Organizzazione Internazionale del Lavoro, Società delle Nazioni, Internazionalismo liberale, Storia e *governance* globale, Pace mondiale.

International Labour Organization, League of Nations, Liberal internationalism, Global history and governance, World peace.

Laura Tomasi
Stranieri e prestazioni sociali
tra giurisprudenza costituzionale ed europea

Sommario: **1.** Stranieri e prestazioni sociali: il quadro costituzionale e normativo di riferimento. **2.** La Corte costituzionale e l'esclusione degli stranieri dalle prestazioni sociali: un sindacato fondato sui parametri costituzionali interni. **3.** La limitazione delle prestazioni di invalidità e di assistenza sociale ai soggiornanti di lungo periodo: l'emersione del riferimento alla CEDU nella giurisprudenza costituzionale. **4.** Le prestazioni familiari: prove di dialogo con la Corte di giustizia. **5.** Considerazioni conclusive.

1. Stranieri e prestazioni sociali: il quadro costituzionale e normativo di riferimento

Il riconoscimento, in capo ai cittadini stranieri¹ residenti in Italia, del diritto di accesso alle prestazioni sociali garantite dalla Repubblica² è un tema

¹ Per tali intendendosi i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e gli apolidi: art. 1, comma 1, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero).

² Su cui v. *ex multis* BOLOGNA, *Eguaglianza e welfare degli immigrati: tra self-restraint legislativo e aperture giurisprudenziali e contrattuali*, in *RGL*, 2017, n. 4, p. 636 ss.; BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza, La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, 2013; CARTABIA, *Gli "immigrati" nella giurisprudenza costituzionale: beneficiari e protagonisti della solidarietà*, in *AA.VV., Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, ESI, 2016, pp. 179-194; CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 3; CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini e stranieri tra principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in *DOLSO* (a cura di) *Dignità, eguaglianza e costituzione*, EUT, 2019, pp. 139-200; D'ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LD*, 2018, n. 1, pp. 93-112; GRILLO PASQUARELLI, *Prestazioni sociali a cui possono accedere gli stranieri e diritto europeo*, in CIRIELLO (a cura di), *Nuovi orientamenti della legislazione e nella giurisprudenza in materia di lavoro*, Bancaria Editrice, 2020,

scottante, perché tocca questioni politiche scomode come l'integrazione dei migranti e la giustizia redistributiva³ e chiama in causa i principi di eguaglianza e non discriminazione, pietre angolari tanto del nostro ordinamento costituzionale, quanto di quello dell'Unione europea e del sistema della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU).

L'erogazione delle prestazioni sociali, oltre a essere espressamente prevista dall'art. 38 Cost., costituisce attuazione degli artt. 2 e 3 Cost., che sanciscono garanzie applicabili a prescindere dalla cittadinanza⁴ e, con riferimento ai cittadini stranieri, sono incarnati nel diritto primario dalle norme generali del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) che riconoscono allo straniero «comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato» i diritti fondamentali della persona previsti dal diritto interno e internazionale (art. 2, comma 1)⁵; che sanciscono per il lavoratore straniero e la sua famiglia il diritto alla parità di trattamento con i lavoratori italiani ai sensi della convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975 (art. 2, comma 3); che, con specifico riferimento a provvidenze e prestazioni di assistenza sociale, equiparano ai cittadini italiani gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori al seguito (art. 41)⁶.

pp. 79-88; LOSANA, «Stranieri» e principio costituzionale di uguaglianza, in GIORGIS, GROSSO, LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Franco Angeli, 2017, p. 67 ss.; FERRANTE, È incostituzionale l'esclusione dei cittadini extra-UE dai benefici sociali: si apre la via all'uguaglianza sostanziale?, in *RDSS*, 2018, n. 4, pp. 739-756; FERRARA M. D., *Status degli stranieri e questioni di welfare tra diritti e inclusione sociale*, in *RDSS*, 2017, n. 2, pp. 265-292; PITINO, *Gli stranieri nel diritto pubblico italiano*, Giappichelli, 2018; SCIARRA, 'Migranti' e 'persone' al centro di alcune pronunce della Corte costituzionale sull'accesso a prestazioni sociali, *Convegno 60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti supreme italiane*, Consiglio di Stato, 26 maggio 2017, reperibile al sito internet www.cortecostituzionale.it.

³ Cfr. GIUBBONI, *L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel "dialogo" tra le Corti*, in *LDE*, 2021, n. 1, reperibile al sito internet www.lavorodirittieuropa.it, a p. 6.

⁴ V. le sentenze n. 120 del 1967, n. 432 del 2005, n. 186 del 2020 della Corte costituzionale sull'applicabilità agli stranieri dell'art. 3 Cost., che pure fa riferimento testuale ai soli cittadini.

⁵ Ad esso si collega l'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, secondo cui «ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso ed al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva».

⁶ Tale norma generale è derogata in relazione a determinati servizi. Ad esempio, le pre-

Sul piano europeo, d'altro canto, vengono in considerazione i principi generali di uguaglianza e non discriminazione, consacrati dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), testo di sicura vocazione costituzionale, e inverte, nel diritto derivato, dalle clausole di parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato ospitante, previste a favore dei cittadini di Stati terzi titolari dello *status* di soggiornanti di lungo periodo (art. 11 della direttiva 2003/109/CE)⁷, o titolari del c.d. permesso unico di soggiorno e lavoro (art. 12 della direttiva 2011/98/UE⁸). Senza dimenticare, infine, il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti fondamentali, sancito dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU).

Proprio il concorso di fonti costituzionali ed europee fa sì che sul tema dell'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali convergono le de-

stazioni sanitarie sono assicurate, su un piano di parità con i cittadini italiani, a tutti gli stranieri che hanno l'obbligo di iscriversi al SSN, ossia gli stranieri regolarmente soggiornanti che abbiano in corso regolari attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo o siano iscritti nelle liste di collocamento; gli stranieri regolarmente soggiornanti o che abbiano chiesto il rinnovo del titolo di soggiorno per lavoro subordinato, per lavoro autonomo, per motivi familiari, per asilo, per protezione sussidiaria, per casi speciali, per protezione speciale, per cure mediche ai sensi dell'art. 19, comma 2, lettera *d-bis*), per richiesta di asilo, per attesa adozione, per affidamento, per acquisto della cittadinanza; i minori stranieri non accompagnati, anche nelle more del rilascio del permesso di soggiorno, a seguito delle segnalazioni di legge dopo il loro ritrovamento nel territorio nazionale (art. 34, comma 1, T.U. immigrazione). L'accesso all'edilizia residenziale popolare (ERP) spetta invece agli stranieri titolari di carta di soggiorno e agli stranieri regolarmente soggiornanti in possesso di permesso di soggiorno almeno biennale e che esercitano una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo (art. 40, comma 6, del medesimo T.U.).

⁷ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

⁸ Direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, che stabilisce una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare a fini lavorativi nel territorio di uno Stato membro, e un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, a prescindere dalle finalità dell'ingresso iniziale nel territorio dello Stato (art. 1); lo strumento si applica (art. 3, paragrafo 1): *a*) ai cittadini di paesi terzi che chiedono di soggiornare in uno Stato membro a fini lavorativi; *b*) ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini diversi dall'attività lavorativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale, ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno ai sensi del regolamento (CE) n. 1030/2002; *c*) ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi a norma del diritto dell'Unione o nazionale.

cisioni dei giudici comuni, della Corte costituzionale, di Corte di giustizia e Corte EDU, in una sorta di laboratorio permanente di sperimentazione delle tecniche di tutela “integrata” dei diritti fondamentali.

L’analisi giurisprudenziale che segue privilegerà il punto di vista della Corte costituzionale, pur colto nell’interazione con la giurisprudenza delle Corti europee, e cercherà di illustrare sia il contenuto delle garanzie riconosciute agli stranieri nell’accesso alle prestazioni previdenziali e assistenziali, sia le tecniche di tutela adottate, che hanno conosciuto una significativa evoluzione nel corso dell’ultimo decennio.

2. *La Corte costituzionale e l’esclusione degli stranieri dalle prestazioni sociali: un sindacato fondato sui parametri costituzionali interni*

Per lungo tempo, la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare la legittimità di previsioni statali e regionali che escludevano o limitavano l’accesso degli stranieri alle prestazioni sociali sulla base esclusiva di parametri della Carta costituzionale. Essa ha in prevalenza accolto le questioni sottopostele, utilizzando quale parametro di scrutinio essenzialmente i principi di non discriminazione-eguaglianza-ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. e delineando un duplice vincolo costituzionale alle scelte legislative sull’individuazione dei beneficiari delle prestazioni sociali: il divieto di escludere lo straniero dal godimento dei diritti fondamentali che attingono ai «bisogni primari» della persona e il rispetto del criterio di ragionevolezza, che esige la sussistenza di una correlazione tra requisiti richiesti per il godimento di una determinata prestazione, e *ratio* di quest’ultima.

La sentenza capostipite di questo orientamento è la n. 432 del 2005, con cui la Corte ha dichiarato illegittima una disposizione della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 che riconosceva il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea ai cittadini italiani residenti in Regione e totalmente invalidi per cause civili, così escludendo gli stranieri dal novero dei beneficiari. La Corte ha osservato che, pur non essendo tale provvidenza funzionale alla tutela di un bisogno primario della persona, né annoverabile tra i livelli essenziali di assistenza, la delimitazione della cerchia dei beneficiari doveva pur sempre rispondere al principio di ragionevolezza, che in specie risultava violato, in difetto di una

ragionevole correlazione tra il criterio discrezionale della cittadinanza, e la *ratio* e funzione del diritto di circolazione gratuita, rispondente a finalità sociali e ricordato, sul piano della “causa” normativa, a valori di solidarietà, essendo previsto a beneficio di soggetti invalidi al 100%. La Corte ha altresì richiamato la clausola generale di parità di trattamento dello straniero legalmente residente in Italia da almeno un anno rispetto alle prestazioni di assistenza sociale, di cui all’art. 41 T.U. immigrazione, ritenuta espressiva di un principio di rilievo generale, rispetto a cui qualsiasi regime regionale derogatorio deve esibire «una specifica, trasparente e razionale “causa giustificatrice”, idonea a “spiegare”, sul piano costituzionale, le “ragioni” poste a base della deroga».

Il test di ragionevole correlazione tra criterio di selezione dei beneficiari di una determinata prestazione sociale e *ratio* di quest’ultima costituisce una costante della giurisprudenza successiva, che è stata tanto più propensa a censurare, al metro dell’art. 3 Cost., normative che limitassero direttamente o indirettamente la fruizione di prestazioni sociali da parte degli stranieri, quanto più venissero in rilievo provvidenze destinate a palliare «situazioni di bisogno e di disagio riferibili direttamente alla persona in quanto tale», che «per la loro stessa natura, non tollerano distinzioni basate né sulla cittadinanza, né su particolari tipologie di residenza volte ad escludere proprio coloro che risultano i soggetti più esposti alle condizioni di bisogno e di disagio» (sentenza n. 40 del 2011)⁹.

Questo tipo di scrutinio costituzionale, eminentemente basato sul pa-

⁹ Solo in alcune pronunce, quantitativamente minoritarie, la Corte ha “salvato” normative che prevedevano, per la fruizione da parte degli stranieri di determinate prestazioni sociali, requisiti di residenza prolungata, facendo leva sulla circostanza che si trattasse di misure non legate ai bisogni primari della persona, ma in qualche modo “premiali” rispetto al «contributo offerto dalla famiglia al progresso morale e materiale della comunità costituita su base regionale»: v. sentenza n. 222 del 2013, nella parte in cui la Corte ha escluso l’illegittimità della previsione, nella legge del Friuli-Venezia Giulia n. 16 del 2011 del requisito della residenza nel territorio regionale da almeno ventiquattro mesi, per l’accesso a prestazioni ritenute “premiali” (assegni di sostegno alla natalità, sostegno alle locazioni, accesso agli alloggi di edilizia convenzionata, sostegno in caso di contrazione del reddito familiare, fruizione di beni e servizi, riduzione di imposte e tasse, per mezzo della “Carta Famiglia” e di voucher volti a favorire il reinserimento lavorativo dei genitori); sentenza n. 141 del 2014, che parimenti ha ritenuto legittima una disposizione della legge campana 15 marzo 2011, n. 4, che condizionava l’attribuzione di un bonus *una tantum* a favore delle famiglie numerose al requisito della residenza in Campania per almeno un biennio dalla nascita del bambino.

rametro interno dell'art. 3 Cost., si può cogliere nell'appena citata sentenza n. 40 del 2011, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di una disposizione friulana che individuava, quali destinatari del sistema regionale di tutela dei diritti di cittadinanza sociale¹⁰, i soli cittadini italiani e dell'Unione residenti da almeno trentasei mesi nella Regione, così escludendo i cittadini di Stati terzi. Esso si ritrova puntualmente nelle sentenze relative all'imposizione, in capo agli stranieri, di requisiti di residenza prolungata per la fruizione di prestazioni regionali di assistenza sociale di natura economica (sentenza n. 2 del 2013¹¹), di assegni regionali per il nucleo familiare (sentenza n. 133 del 2013¹²), di assegni regionali per persone non autosufficienti (sentenza n. 172 del 2013¹³), per l'accesso al fondo regionale per il contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale e ad assegni di studio (sentenza n. 222 del 2013¹⁴),

¹⁰ Si trattava dell'art. 4 della l. r. Friuli-Venezia Giulia 31 marzo 2006, n. 6, che concerneva «la predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario».

¹¹ Ove la Corte ha dichiarato illegittime alcune disposizioni della legge della Provincia autonoma di Bolzano 28 ottobre 2011, n. 12 che prevedevano, per l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale aventi natura economica e per i soli stranieri, il requisito di cinque anni di ininterrotta residenza e dimora stabile nella provincia, non essendo possibile presumere, in termini assoluti, che gli stranieri immigrati nella Provincia da meno di cinque anni, ma pur sempre ivi stabilmente residenti o dimoranti, versino in stato di bisogno minore rispetto a chi vi risiede o dimora da più anni.

¹² Ove, con motivazione assimilabile a quella della sentenza n. 3 del 2013, la Corte ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 3, comma 1, secondo periodo, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 18 febbraio 2005, n. 1, censurata nella parte relativa alla previsione della possibilità di attribuzione dell'assegno regionale al nucleo familiare per figli ed equiparati ai cittadini stranieri extracomunitari solo se residenti in Regione da almeno cinque anni.

¹³ Ivi la Corte ha ritenuto contraria all'art. 3 Cost. una disposizione della legge provinciale trentina 24 luglio 2012, n. 15 che limitava l'erogazione del c.d. assegno di cura agli stranieri che fossero titolari del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo e residenti nel territorio della Provincia da almeno tre anni consecutivi, ritenendo irragionevole il requisito della residenza triennale continuativa in rapporto a una prestazione volta ad alleviare situazioni di bisogno e di disagio anche economico riferibili direttamente alla persona non autosufficiente.

¹⁴ In tale pronuncia la Corte ha anzitutto dichiarato incostituzionale l'art. 9 della legge friulana 30 novembre 2011, n. 16 che, per tutte le prestazioni sociali erogate dalla Regione, esigeva per gli stranieri la residenza in Italia da non meno di cinque anni, oltre che la titolarità, quanto meno, del permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno. Ivi la Corte ha

per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica (sentenza n. 44 del 2020¹⁵).

Decisamente meno frequente è stato l'uso di parametri di matrice europea per sindacare norme interne impositive di vincoli di residenza prolungata. L'unica disposizione venuta in rilievo è l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE, relativa ai cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo, che stabilisce il principio di parità di trattamento tra gli stranieri titolari del relativo *status* (ottenibile dopo cinque anni di residenza legale e nel concorso di requisiti reddituali¹⁶) e i cittadini dello Stato membro ospitante. La

censurato l'indiscriminata previsione, per tutta una serie di prestazioni sociali di natura assai diversa, dell'identico requisito della residenza quinquennale, osservando che, onde accertare la sussistenza di «un adeguato nesso tra la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica, e l'erogazione della provvidenza» il legislatore «è tenuto a rivolgere lo sguardo non soltanto, per il passato, alla durata della residenza sul territorio nazionale o locale oltre una soglia temporale minima, ma anche, in prospettiva, alla presenza o all'assenza di indici idonei a testimoniare il legame tendenzialmente stabile tra la persona e la comunità». Nella medesima pronuncia, la Corte ha poi dichiarato illegittime altre disposizioni della medesima legge che subordinavano l'accesso al fondo regionale per il contrasto dei fenomeni di povertà e disagio sociale e agli assegni di studio alla residenza nel territorio regionale da almeno ventiquattro mesi, trattandosi di prestazioni «intrinsecamente legate ai bisogni della persona, piuttosto che al sostegno dei membri della comunità».

¹⁵ In tale sentenza, la Corte ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 22, comma 1, lettera b), della l. r. Lombardia n. 16 del 2016, che stabiliva che i potenziali beneficiari dell'edilizia residenziale pubblica dovessero soddisfare il requisito della residenza anagrafica o svolgimento di attività lavorativa in Regione Lombardia per almeno cinque anni nel periodo immediatamente precedente la data di presentazione della domanda. La Corte ha ritenuto che difettesse una ragionevole correlazione tra la finalità del servizio sociale da erogare, diretto ad assicurare il soddisfacimento del bisogno primario all'abitazione, e le caratteristiche soggettive richieste ai suoi potenziali beneficiari. Secondo la Corte, il requisito della residenza quinquennale non è di per sé indice di un'elevata probabilità di permanenza in un determinato ambito territoriale e, in ogni caso, non potrebbe comunque assumere importanza tale da escludere qualsiasi rilievo del bisogno. Sono state ritenute assorbite le censure, pure avanzate dal rimettente, di violazione degli artt. 117, primo comma, Cost., e 11 della direttiva 2003/109/CE sui soggiornanti di lungo periodo. Sulla sentenza v. CORSI, *Illegittimità costituzionale del requisito della residenza protratta per i servizi abitativi*, in www.questionegiustizia.it, 5 maggio 2020; PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *ConsultaOnline*, n. 1/2020, p. 173 ss.

¹⁶ Lo *status* di soggiornante di lungo periodo è conferito ai cittadini di paesi terzi che hanno soggiornato legalmente e ininterrottamente per cinque anni nel territorio di uno Stato membro (art. 4, paragrafo 1 della direttiva 2003/109/CE), che dispongono di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, senza fare ricorso al sistema di as-

previsione è stata utilizzata in sole tre occasioni: come parametro interposto dell'art. 117, primo comma, Cost., per annullare disposizioni regionali¹⁷ che annoveravano, tra i requisiti di accesso degli stranieri all'edilizia residenziale pubblica, quello della prolungata residenza in Regione (sentenze n. 168 del 2014 e n. 106 del 2018); e come criterio interpretativo dell'art. 3 Cost., per dichiarare illegittima una disposizione statale (l'art. 11, comma 13, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 del 2008, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133) che aveva introdotto, per l'erogazione del contributo integrativo per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, il requisito della residenza da almeno dieci anni nel territorio nazionale, o da almeno cinque anni nella medesima Regione (sentenza n. 166 del 2018)¹⁸.

3. *La limitazione delle prestazioni di invalidità e di assistenza sociale ai soggiornanti di lungo periodo: l'emersione del riferimento alla CEDU nella giurisprudenza costituzionale*

Se nelle sentenze da ultimo citate il riferimento allo *status* dei cittadini di Stati terzi lungosoggiornanti ai sensi della direttiva 2003/109/CE è stato utilizzato come parametro interposto o come strumento interpretativo funzionale a delineare un principio di parità di trattamento degli stranieri ri-

sistenza sociale dello Stato membro interessato e di un'assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente coperti per i propri cittadini nello Stato membro interessato. Gli Stati membri possono esigere il soddisfacimento di condizioni di integrazione (art. 5).

¹⁷ Rispettivamente, l'art. 19, comma 1, lettera b), della l. r. Valle d'Aosta 13 febbraio 2013, n. 3 e l'art. 4, comma 1, della l. r. Liguria 6 giugno 2017, n. 13.

¹⁸ La Corte ha ravvisato ulteriori profili di violazione dell'art. 3 Cost., ritenendo vulnerato il principio di ragionevolezza, atteso che il termine decennale per l'ottenimento del contributo coincideva con quello necessario e sufficiente a richiedere la cittadinanza italiana. Anche il termine di cinque anni nel territorio regionale è stato giudicato irragionevole e sproporzionato, sul rilievo che, da un lato, i fondi in questione erano stati istituiti anche per favorire la mobilità nel settore della locazione, e, dall'altro lato, difettava una ragionevole correlazione tra il soddisfacimento del bisogno abitativo di chi versò in condizioni di povertà e la lunga protrazione nel tempo del radicamento territoriale. Sulla pronuncia v. BELLETTI, *La Corte costituzionale torna, in tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento*, in *Le Regioni*, 2018, n. 5-6, pp. 1138-1169; BILANCIA, *La reciproca interferenza tra diritto di residenza e fruizione delle prestazioni sociali in relazione alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini stranieri*, in *GCost.*, 2018, n. 4, p. 1742 ss.

spetto ai cittadini italiani, in un altro cospicuo filone di pronunce, è stata, viceversa, proprio la necessità del possesso di tale *status* per l'accesso a prestazioni assistenziali legate alle invalidità civili a essere censurata.

Si tratte delle sentenze in cui la Corte ha scrutinato le limitazioni al godimento di tali provvidenze, derivanti dall'art. 80, comma 19, della l. 23 dicembre 2000, n. 388, disposizione che, in deroga all'art. 41 T.U. immigrazione, dispone che l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali siano concessi agli stranieri soltanto se titolari della "carta di soggiorno", poi sostituita dal permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, con l'entrata in vigore del d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3, di attuazione della già ricordata direttiva 2003/109/CE.

In queste pronunce – in assoluta prevalenza di accoglimento delle questioni sollevate – la Corte costituzionale si ha continuato a fare riferimento ai parametri costituzionali interni e, in particolare, agli artt. 2, 3, 32 Cost., ma ha scrutinato le limitazioni previste dall'art. 80, comma 19, l. n. 388 del 2000 anche in base agli art. 117, primo comma, Cost., riferito agli artt. 1 del primo Protocollo alla CEDU, che tutela il diritto al rispetto dei beni, e 14 CEDU, che enuncia il divieto di discriminazione nel godimento dei diritti garantiti dalla CEDU.

Le prime due pronunce della "serie" (la n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009, che hanno dichiarato illegittimi i requisiti reddituali – quelli per l'ottenimento della carta di soggiorno – richiesti agli stranieri per poter fruire dell'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della l. 11 febbraio 1980, n. 18 e della pensione di inabilità *ex* art. 12 della l. 30 marzo 1971, n. 118) fanno invero ancora riferimento ai soli artt. 2, 3, 10, primo comma, 32 e 38 Cost., evocati per giudicare manifestamente irragionevole, oltre che lesiva del diritto alla salute e del diritto a non subire discriminazioni, la previsione di un requisito reddituale per la concessione di provvidenze che prescindono dal reddito, o il cui presupposto è proprio l'assenza di reddito superiore a una determinata e assai esigua soglia.

A partire dalla sentenza n. 187 del 2010, la Corte ha ripetutamente dichiarato illegittimo l'art. 80, comma 19, l. n. 388 del 2000, censurando direttamente la previsione della titolarità della carta di soggiorno (ora: permesso per lungosoggiornanti) quale requisito per accedere alle provvidenze di volta in volte considerate (assegno mensile di invalidità *ex* art. 13 della l. n. 118 del 1971 nella sentenza n. 187 del 2010; indennità di frequenza *ex* art. 1 della l.

11 ottobre 1990, n. 289 nella sentenza n. 329 del 2011; indennità di accompagnamento *ex art. 1 l. n. 18 del 1980* e pensione di inabilità *ex art. 12 l. n. 118 del 1971* nella sentenza n. 40 del 2013; pensione di invalidità per ciechi *ex art. 8 della l. 10 febbraio 1962, n. 66* e indennità in favore dei ciechi parziali *ex art. 3, comma 1, della l. 21 novembre 1988, n. 508* nella sentenza n. 22 del 2015; pensione di invalidità civile per sordi *ex lege 26 maggio 1970, n. 381* e indennità di comunicazione, di cui l. n. 508 del 1988 nella sentenza n. 230 del 2015).

Tali declaratorie si sono fondate sia sulla considerazione che dette provvidenze assicurano alle persone invalide un minimo sostentamento e condizioni di vita accettabili, a tutela della stessa dignità e salute degli interessati e in adempimento di doveri di solidarietà sociale, sicché estenderne la fruizione agli stranieri, pur non in possesso dello *status* di lungosoggiornanti, è imposto dagli artt. 2, 3, 32, 38 Cost.¹⁹; sia sull'evocazione del divieto di discriminazione tra stranieri e cittadini nel godimento delle prestazioni assistenziali, ricondotto al combinato disposto degli artt. 117, primo comma, Cost., 14 CEDU e 1 del primo Protocollo alla Convenzione²⁰.

In particolare, nella sentenza n. 187 del 2010 la Corte ha fatto ampio richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che pure non si era al-

¹⁹ Si tratta di considerazioni evocate anche nella sentenza n. 4 del 2013, ove la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 2, comma 3, della l.r. Calabria 20 dicembre 2011, n. 44, nella parte in cui prevedeva che i cittadini extracomunitari, per beneficiare degli interventi ivi previsti per il sostegno delle persone non autosufficienti, dovessero essere in possesso del permesso per lungoresidenti, sempre sul presupposto che tale provvidenza fosse destinata a rispondere a situazioni di bisogno o disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale; nonché nella sentenza n. 172 del 2013, ove la Corte ha ritenuto contrario all'art. 3 Cost. l'art. 9, comma 1, lettera a), della legge della Provincia autonoma di Trento 24 luglio 2012, n. 15, nella parte in cui subordinava ad analogo requisito la concessione dell'assegno di cura erogato dalla Provincia agli stranieri ivi legalmente residenti, sul rilievo che si trattasse di una provvidenza destinata a consentire il concreto soddisfacimento di diritti fondamentali della persona non autosufficiente.

²⁰ Salvo che nella sentenza n. 230 del 2015, dal momento che il giudice che aveva rimesso alla Corte la questione esaminata in detta pronuncia non aveva espressamente evocato tali parametri. La Corte ha peraltro fatto un accenno anche all'art. 14 CEDU, affermando che «la discriminazione che [l'art. 80, comma 19, l. n. 388 del 2000] irragionevolmente opera nei confronti dei cittadini extracomunitari legalmente soggiornanti, con l'attribuzione di un non proporzionato rilievo alla circostanza della durata della permanenza legale nel territorio dello Stato, risulta, d'altra parte, in contrasto con il principio costituzionale – oltre che convenzionale – di eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.) [...]».

lora mai occupata della specifica questione della limitazione delle prestazioni assistenziali previste nell'ordinamento italiano agli stranieri soggiornanti di lungo periodo²¹, ma che aveva comunque ricondotto la materia delle prestazioni previdenziali e assistenziali all'art. 1 del Protocollo addizionale e affermato che, benché la Convenzione non obblighi gli Stati parte a realizzare un sistema di protezione sociale o ad assicurare un determinato livello delle prestazioni assistenziali, una volta che tali prestazioni siano state istituite e concesse, la relativa disciplina non potrà sottrarsi al giudizio di compatibilità con l'art. 14 CEDU, che vieta la previsione di trattamenti discriminatori (Corte EDU, *Stec ed altri contro Regno Unito*, decisione sulla ricevibilità del 6 luglio 2005; *Koua Poirrez contro Francia*, sentenza del 30 settembre 2003; *Gaygusuz contro Austria*, sentenza del 16 settembre 1996; *Salesi contro Italia*, sentenza del 26 febbraio 1993)²², tra i quali, in linea di principio, rientrano le differenze di trattamento fondate esclusivamente sulla nazionalità (*Si Amer contro Francia*, sentenza del 29 ottobre 2009)²³.

L'enfasi data ai parametri convenzionali e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo non è casuale. La sentenza n. 187 del 2010 è di pochi anni successiva alle celebri "sentenze gemelle" n. 348 e 349 del 2007, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto alle disposizioni della CEDU il rango di norme interposte nel giudizio di costituzionalità delle leggi nazionali, al contempo evidenziando il ruolo fondamentale della Corte di Strasburgo quale giudice preposto ad interpretare – e dunque a riempire di significato – le garanzie convenzionali. Essa segue anche le c.d. seconde sentenze gemelle nn. 311 e 317 del 2009, ove la Corte ha enfatizzato l'intreccio delle garanzie poste rispettivamente da Costituzione e CEDU, elaborando la nota formula della «massima espansione delle garanzie».

²¹ La questione sarebbe venuta in rilievo solo diversi anni dopo, con la sentenza *Dhabbi c. Italia* dell'8 aprile 2014, relativa peraltro a una diversa prestazione (l'assegno per famiglie numerose di cui all'art. 65 della l. 23 dicembre 1998, n. 448) e a diversa condizione di esclusione (la provvidenza era, all'epoca, concessa ai soli cittadini italiani).

²² Si tratta della nota giurisprudenza sui c.d. diritti addizionali, secondo cui, anche nei casi in cui la Convenzione non garantisce di per sé un determinato diritto, gli Stati che autonomamente scelgono di riconoscerlo sono tenuti a garantirne il godimento senza restrizioni irragionevoli o discriminatorie: v. volendo ZAGREBELSKY, CHENAL, TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, 2019, p. 157.

²³ Secondo la Corte EDU, infatti, soltanto «considerazioni molto forti potranno indurre a far ritenere compatibile con la Convenzione una differenza di trattamento fondata esclusivamente sulla nazionalità».

Anche le già ricordate sentenze successive alla n. 187 del 2010 (n. 329 del 2011, n. 40 del 2013, n. 22 del 2015) hanno sempre fatto riferimento agli artt. 117, primo comma, Cost., 14 CEDU e 1 del Protocollo addizionale per accertare l'illegittimità costituzionale delle limitazioni al godimento delle prestazioni assistenziali di volta in volta rilevanti, previste a carico dei cittadini stranieri non in possesso del permesso per soggiornanti di lungo periodo.

Il riferimento ai parametri convenzionali non è tuttavia valso a estendere questa giurisprudenza a prestazioni assistenziali non legate all'invalidità: la sentenza n. 50 del 2019 ha infatti "salvato" l'art. 80, comma 19, l. n. 388 del 2000, nella parte in cui limita la concessione dell'assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, della l. 8 agosto 1995, n. 335 agli stranieri soggiornanti di lungo periodo²⁴.

La risposta negativa della Corte si è fondata sulla – invero opinabile²⁵ – qualificazione dell'assegno sociale come prestazione eccedente i bisogni primari della persona e finalizzata a offrire ai beneficiari «alle soglie dell'uscita dal mondo del lavoro, un sostegno da parte della collettività nella quale hanno operato [...] che è anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.)». Tali caratteristiche giustificherebbero una fruizione modulata in funzione

²⁴ Su questa pronuncia v. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso UE per soggiornanti di lungo periodo*, in *GCost.*, 2019, n. 2, p. 762 ss.; CORVAJA, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale: la Corte costituzionale fa un passo indietro e uno di lato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, n. 3, pp. 243-263; SPINELLI, *La sentenza n. 50/2019: cronaca di un inaspettato arresto nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di prestazioni sociali degli stranieri*, in *RGL*, 2019, n. 4, pp. 667-678.

²⁵ L'assegno sociale, infatti, è una prestazione erogata a prescindere dal previo versamento di contribuzione e, quindi, di attività lavorativa. La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 152 del 2020, relativa all'importo della pensione di inabilità, richiamando pronunce precedenti alla sentenza n. 50 del 2019, ha affermato che «l'assegno sociale costituisce una prestazione assistenziale, erogata agli ultrasessantacinquenni (ora sessantasettenni), istituita in attuazione dell'art. 38 Cost. per far fronte al "particolare stato di bisogno derivante dall'indigenza, risultando altre prestazioni – assistenza sanitaria, indennità di accompagnamento – preordinate a soccorrere lo stato di bisogno derivante da grave invalidità o non autosufficienza, insorte in un momento nel quale non vi è più ragione per annettere significato alla riduzione della capacità lavorativa, elemento che, per contro, caratterizza le prestazioni assistenziali in favore dei soggetti infrasessantacinquenni" (sentenze n. 12 del 2019 e n. 400 del 1999). E nello stesso senso la pregressa pensione sociale – sostituita appunto dall'assegno sociale – consiste in una prestazione di natura assistenziale, che mira a soccorrere i cittadini anziani sprovvisti dei mezzi necessari per vivere (sentenza n. 31 del 1986)».

del grado di «inserimento socio-giuridico del cittadino extracomunitario nel contesto nazionale», senza alcun *vulnus* agli artt. 3 o 38 Cost.²⁶.

Tale qualificazione è valsa anche a escludere – con motivazione invero assai stringata – la violazione dei parametri interposti di matrice europea (art. 14 CEDU, in relazione alla differenza di trattamento tra cittadini e stranieri, e art. 12 della direttiva 2011/98/UE, che garantisce la parità di trattamento nei settori della sicurezza sociale ai titolari del permesso unico di soggiorno e lavoro), unitamente al rilievo che l’assegno sociale è provvidenza «sganciata dallo *status* lavorativo».

Si tratta di un precedente che ha segnato una battuta d’arresto nel percorso di “apertura” della Corte costituzionale rispetto al riconoscimento dell’accesso agli stranieri legalmente residenti in Italia a prestazioni di tipo assistenziale, cui forse non state estranee preoccupazioni sui potenziali effetti indiretti di una eventuale pronuncia di accoglimento sulla sorte della disciplina del reddito di cittadinanza, approvata proprio nelle more della pubblicazione della sentenza n. 50 del 2019, che parimenti prevede tra i requisiti per beneficiare della provvidenza il possesso del permesso per soggiornanti di lungo periodo (art. 2 del d.l. 28 gennaio 2019 n. 4, recante Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni, convertito dalla l. 28 marzo 2019)²⁷.

²⁶ La Corte ha tra l’altro disatteso la censura per cui sarebbe manifestamente irragionevole subordinare il conseguimento dell’assegno sociale al possesso del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, posto che quest’ultimo viene ottenuto solo se si ha un reddito di importo pari all’assegno sociale stesso, osservando che l’assegno sociale sarebbe funzionale a fornire un sostegno a quegli stranieri che, una volta conseguito il permesso di soggiorno di lunga durata, siano poi incorsi in difficoltà che ne abbiano determinato l’indigenza. Da notare che l’accoglimento di una censura analoga era stata, invece, posta alla base delle già ricordate sentenze n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009 in tema di indennità di accompagnamento e pensione di inabilità.

²⁷ Nella successiva sentenza n. 146 del 2020, la Corte ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Bergamo in riferimento all’art. 3, comma 1, lettera a), n. 1), del d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147 (Disposizioni per l’introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà), che limita l’erogazione del reddito di inclusione (ReI) ivi istituito agli stranieri soggiornanti di lungo periodo. La Corte ha ritenuto che il rimettente non avesse spiegato perché nel giudizio *a quo* venisse in considerazione il ReI e non il reddito di cittadinanza, che sostituisce il primo a decorrere dal 1° aprile 2019. Lo stesso Tribunale, con ordinanza del 9 luglio 2020, ha sollevato poi questione di legittimità costituzionale dell’art. 2, comma 1, lettera a), del d.l. n. 4 del 2019, censurando la limitazione della concessione del reddito di cittadinanza agli stranieri lungosoggiornanti, sicché la Corte sarà presto chiamata a pronunciarsi sul tema.

4. *Le prestazioni familiari: prove di dialogo con la Corte di giustizia*

Abbiamo appena visto che, nelle sentenze della Corte costituzionale relative alle prestazioni di invalidità, ha rivestito notevole rilievo il riferimento alle previsioni della CEDU. Nel terzo filone di pronunce che ci accingiamo a esaminare, relativo alle prestazioni di sostegno al nucleo familiare, acquistano invece un ruolo centrale, quali parametri interposti del giudizio di costituzionalità, le disposizioni di diritto dell'Unione europea in materia di parità di trattamento dei cittadini di Stati terzi.

Come le sentenze sulle prestazioni di invalidità riflettono la stagione della giurisprudenza costituzionale di “scoperta” della CEDU come parametro interposto, così le pronunce sulle prestazioni al nucleo familiare sono specchio dell'attuale fase di rimediazione dei rapporti tra diritto dell'Unione e giudizio di costituzionalità.

È ampiamente noto che nell'ultimo triennio la Corte costituzionale, nell'ottica di “recuperare” al giudizio di costituzionalità *tutte* le questioni che involgono i diritti fondamentali, ha rivisitato l'orientamento inaugurato con la storica sentenza *Granital* (n. 170 del 1984), che predicava l'irrelevanza delle questioni aventi a oggetto il contrasto tra norme interne e norme comunitarie (poi dell'Unione) direttamente applicabili, sul presupposto del potere-dovere del giudice comune di applicare direttamente – previa eventuale interlocuzione con la Corte di giustizia – la norma comunitaria/unionale «in luogo» di quella nazionale; disapplicazione che avrebbe ceduto il passo all'incidente di costituzionalità solo in caso di contrasto della norma interna con una norma Ue non direttamente applicabile (v. per tutte ordinanza n. 207 del 2013; sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)²⁸.

A partire dal celeberrimo *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, poi precisato e «temperato»²⁹ dalle sentenze n. 20 e 63 del 2019 e applicato nelle sentenze n. 11 e 44 del 2020³⁰, la Corte ha affermato che, quando una

²⁸ Con la precisazione che tali meccanismi possono operare solo a condizione che le disposizioni di diritto comunitario (oggi: dell'Unione) pertinenti a loro volta rispettino i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e i diritti inalienabili della persona (c.d. controlimiti) (sentenze n. 183 del 1973, 170 del 1984 e 232 del 1989, ordinanza n. 24 del 2017).

²⁹ Cfr. AMALFITANO, *Il rinvio pregiudiziale come strumento necessario per l'interpretazione delle norme dell'Unione europea tra obblighi “comunitari” e giurisprudenza costituzionale*, in PALMISANO (a cura di), *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, ES, 2020, pp. 263-295, a p. 271.

³⁰ La bibliografia sul tema è ormai sterminata, volendo limitarsi a contributi successivi

disposizione di legge viola, al contempo, un diritto costituzionale e un diritto garantito dalla CDFUE, o da «una norma europea dal contenuto costituzionale»³¹ (c.d. doppia pregiudizialità), il giudice, anche ove la previsione di diritto (primario o derivato) dell'UE sia direttamente applicabile, può, invece di disapplicare il diritto interno contrastante, sollevare questione di legittimità costituzionale³². Quest'ultima non sarà più considerata inammissibile, ma sarà esaminata nel merito della Corte costituzionale, la quale si farà carico, se del caso, del “dialogo” con la Corte di giustizia, nelle forme del rinvio pregiudiziale. Ciò al fine sia di «assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali», sia di garantire, in caso di accoglimento delle questioni sollevate, un effetto *erga omnes* che non sarebbe conseguibile con la disapplicazione operata, volta per volta, da ciascun singolo giudice comune.

Ebbene, le pronunce in materia di accesso degli stranieri alle prestazioni familiari non fanno che rispecchiare fedelmente questo cambio di paradigma.

Nella prima ordinanza sul tema, la n. 95 del 2017, la Corte ha dichiarato

alle sentenze della Corte costituzionale del 2019, si possono ricordare MASSA, *Dopo la «precisione»*. *Sviluppi di Corte cost. n. 269 del 2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, reperibile al sito internet www.osservatoriosullefonti.it; DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea*, in *DUE*, 2019, n. 2, p. 261 ss.; VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 69 del 2019 della Corte costituzionale*, e CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2019, n. 10, reperibile al sito internet www.federalismi.it; SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2019, n. 3, reperibile al sito internet www.giurcost.org, p. 538 ss.; CARUSO, *Granital Reloaded. La “precisione” nell'integrazione attraverso i conflitti*, in CARUSO, MEDICO, MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, BUP, 2020, pp. 29-45; DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, *ibidem*, pp. 67-80; GUASTAFERRO, *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017*, *ibidem*, pp. 89-101; LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di un diritto fondamentale a doppia tutela?*, *ibidem*, pp. 103-110; MARTINICO, *Corte costituzionale e diritti fra armonie e disarmonie giurisprudenziali*, *ibidem*, pp. 137-148; MEDICO, *La sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale: l'eccezione a Granital?*, *ibidem*, pp. 149-162; SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: dalla Carta dei diritti all'accentramento del controllo sul diritto dell'Unione self-executing?*, *ibidem*, pp. 203-214; AMALFITANO, *op. cit.*, p. 266 ss.

³¹ PADULA, *Le “spinte centripete” nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 4, pp. 62-77, a p. 69.

³² Che si tratti di una scelta e non di un obbligo è stato chiarito dalla sentenza n. 63 del 2019.

manifestamente inammissibili, per difetto di motivazione sulla rilevanza, alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate da giudici di merito che censuravano l'art. 74 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui riserva l'accesso all'assegno di maternità di base alle sole donne straniere in possesso del permesso di soggiorno UE di lungo periodo, lamentando la violazione, tra l'altro, dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 14 CEDU e 21 CDFUE. La Corte ha "rimproverato" ai rimettenti di non avere risolto le questioni applicando l'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, che, attraverso il richiamo all'art. 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento CE n. 884/2004, riconosce la parità di trattamento in materia di sicurezza sociale ai cittadini di paesi terzi ammessi in uno Stato membro a fini diversi dall'attività lavorativa a norma del diritto dell'Unione o nazionale, ai quali è consentito lavorare e che sono in possesso di un permesso di soggiorno ai sensi del regolamento (CE) n. 1030/2002. La Corte, in perfetta aderenza alla giurisprudenza *Granital*, ha in sostanza invitato i giudici *a quibus* ad applicare direttamente l'art. 12 della direttiva 2011/98, disapplicando *in parte qua* l'art. 74 d.lgs. n. 151 del 2001, e così garantendo la possibilità di beneficiare dell'assegno di maternità di base anche alle donne straniere legalmente residenti in Italia ma non in possesso del permesso per lungosoggiornanti.

Il precedente – forse perché relativo a fattispecie pressoché identica – è stato richiamato nell'ordinanza n. 52 del 2019, pur successiva al *revirement* operato con l'*obiter* della sentenza n. 269 del 2017 e con la sentenza n. 20 del 2019. In questa ordinanza, la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibili, stavolta per inesatta e incompleta ricostruzione del quadro normativo di riferimento, *sub specie* della mancata considerazione dell'art. 12 della direttiva 2011/98, alcune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 65, comma 1, della l. n. 448 del 1998 e, di nuovo, dell'art. 74, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001, censurati per la limitazione delle provvidenze in essi contemplate (assegno per i nuclei familiari numerosi e assegno di maternità) agli stranieri lungosoggiornanti. Di nuovo, la Corte è parsa suggerire al rimettente di fare diretta applicazione del principio di parità di cui all'art. 12 della direttiva³³, tanto più che, nel caso di specie, successivamente all'ordinanza di

³³ La Corte infatti afferma che «il giudice rimettente avrebbe dovuto prendere in esame la suddetta direttiva 2011/98/UE – e in particolare il principio di parità di trattamento, come interpretato dalla Corte di giustizia – e valutarne l'applicabilità nel caso sottoposto al suo giudizio».

rimessione, era intervenuta la sentenza Martinez della Corte di giustizia³⁴ a dissipare ogni dubbio sulla riconducibilità dell'assegno per nuclei familiari numerosi alle prestazioni familiari per cui va garantita la parità di trattamento agli stranieri titolari di un permesso unico di soggiorno e lavoro, ex artt. 12 della direttiva 2011/98 e 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento n. 883/2004.

Successivamente però la Corte costituzionale ha optato per l'applicazione del diverso schema di controllo costituzionale delineato nella sentenza n. 269 del 2017 e nelle pronunce successive che l'hanno "precisata", forte anche del fatto che la Corte di cassazione, sezione lavoro, dopo un'iniziale resistenza a adattarsi a questo nuovo paradigma³⁵, ha risolutamente imboccato la strada del sindacato accentrato di costituzionalità nelle fattispecie di c.d. doppia pregiudizialità.

Ci si riferisce alle note ordinanze del 17 giugno 2019³⁶, con cui la Se-

³⁴ C. Giust., 21 giugno 2017, causa C-449/16, *Kerly Del Rosario Martinez Silva*.

³⁵ Si vedano la sentenza 17 maggio 2018, n. 12108, relativa al licenziamento, per sopraggiunti limiti di età, delle ballerine della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, nella quale la Corte di cassazione – dopo avere adito la Corte di giustizia ex art. 267 Tratt. Funz. UE – ha cassato la sentenza di appello che aveva respinto la domanda delle lavoratrici, evidenziando l'incompatibilità dell'art. 3, comma 7, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64 (convertito in l. 29 giugno 2010, n. 100) con l'art. 14, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2006/54/CE sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego e non ritenendo necessario promuovere incidente di costituzionalità, in base al triplice rilievo della non vincolatività dell'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 (allora non ancora confermato da altre sentenze), della già avvenuta interlocuzione con la Corte di giustizia, e dell'assenza di concreto rilievo delle disposizioni della CDFUE nell'*iter* argomentativo della Corte di giustizia; l'ordinanza 30 maggio 2018, n. 13678, ove lo stesso Collegio della Sezione lavoro, in una causa relativa al licenziamento, per sopraggiunti limiti di età, di un pilota, dovendo valutare la compatibilità della normativa interna (d.P.C.M. 9 settembre 2008, recante regolamento sui limiti di impiego del personale navigante di CAI s.p.a. e adottato in attuazione dell'art. 748, comma 3, del codice della navigazione) con il regolamento CE n. 1178/2011 e con il divieto di discriminazione in base all'età ex art. 21 CDFUE, ha ritenuto di procedere al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, senza previamente sollevare incidente di costituzionalità, valorizzando nuovamente la natura di *obiter dictum* delle indicazioni contenute nella sentenza n. 269 del 2017 e sottolineando altresì la «chiara prevalenza», nella fattispecie oggetto di causa, dei profili di diritto dell'Unione su quelli «nazionali»; l'ordinanza 10 gennaio 2019, n. 451, che, sulla base delle medesime motivazioni spese nella precedente pronuncia n. 13678 del 2018, ha sollevato rinvio pregiudiziale ex art. 267 Tratt. Funz. UE in una causa di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per il pagamento dell'indennità sostitutiva di ferie e permessi per festività soppresse, rivolgendo alla Corte di giustizia un quesito interpretativo sulla portata dell'art. 7, paragrafo 2 della direttiva 2003/88 e dell'art. 31, paragrafo 2, CDFUE.

³⁶ Nn. 16163, 16164, 16165, 16166, 16167, 16168, 16169, 16170, 16171, 16172 del 2019.

zione lavoro ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 125, della l. 23 dicembre 2004, n. 190, istitutivo dell'assegno di natalità (c.d. bonus bebè) e, di nuovo, dell'art. 74 d.lgs. n. 151 del 2001, relativo all'assegno di maternità di base, nella parte in cui dette disposizioni subordinano l'erogazione, ai cittadini extracomunitari, delle provvidenze in questione al possesso del permesso per soggiornanti di lungo periodo, anziché al possesso di un permesso di soggiorno e di lavoro di durata non inferiore all'anno, come previsto dall'art. 41 del T.U. immigrazione in relazione all'assistenza sociale; ciò sul presupposto che tali provvidenze rientrino nella nozione di «prestazioni di sicurezza sociale», rispetto a cui l'art. 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva 2011/98/UE³⁷ garantisce il diritto dei lavoratori di paesi terzi alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospitante³⁸.

La Corte di cassazione, pur dando atto della possibilità di disapplicare l'art. 1, comma 125, l. n. 190 del 2014, per contrasto con l'art. 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva 2011/98³⁹, ha scelto di promuovere l'incidente di costituzionalità, evocando a parametro non l'art. 12 della direttiva, ma gli artt. 3, 31, 37 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 CDFUE. La Corte ha giustificato tale opzione osservando

³⁷ Direttiva 2011/98/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro.

³⁸ Si noti che è stata stralciata dal testo definitivo della legge 22 aprile 2021, n. 97 (legge di delegazione europea 2019/2020) la previsione della possibilità di riconoscere ai cittadini di Paesi terzi titolari di alcune categorie di permessi di soggiorno per lavoro, studio e ricerca, il diritto alla parità di trattamento per quanto riguarda l'assegno di maternità di base, l'assegno di maternità per lavori atipici e discontinui, l'assegno di natalità, il pagamento di rette relative alla frequenza di asili nido pubblici e privati, nonché altre forme di supporto presso la propria abitazione in favore dei bambini al di sotto dei tre anni affetti da gravi patologie croniche. Tale misura sarebbe stata necessaria alla luce della procedura d'infrazione (2019/2100) avviata dalla Commissione europea per non corretto recepimento della direttiva 2011/98/UE. L'art. 2 della l. 1° aprile 2021, n. 46, istitutiva dell'assegno unico e universale per i figli a carico, prevede poi che l'assegno spetti agli stranieri in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o del permesso di soggiorno per motivi di lavoro o di ricerca di durata almeno annuale.

³⁹ In quanto le cause relative al bonus bebè erano relative a fattispecie perfezionate dopo la scadenza del termine di attuazione della direttiva 2011/98. Diversamente, nei giudizi relativi all'assegno di maternità (nn. 16163 e 16167 del 2019), la Corte di cassazione non avrebbe potuto disapplicare l'art. 74 d.lgs. n. 151 del 2001, in quanto, all'epoca dei fatti di causa, non era ancora scaduto il termine per l'attuazione della direttiva 2011/98.

che il meccanismo di non applicazione della disposizione interna non è in grado di realizzare l'effetto *erga omnes* di una sentenza delle Corti costituzionale e che «solo in sede di giudizio costituzionale è possibile [...] valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi»⁴⁰.

L'orientamento assunto dalla Corte di cassazione – probabilmente ispirato alla dottrina secondo cui la scelta tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale dovrebbe operarsi in base al grado di discrezionalità di cui gode il legislatore nazionale nell'attuare la normativa unionale che si ritiene violata dalla norma interna⁴¹ – ha trovato pronta eco nella Corte costituzionale.

Quest'ultima infatti, implicitamente valutando come rilevanti le questioni poste dalla Corte di cassazione, ha scelto di interpellare la Corte di giustizia, *ex art. 269 Tratt. Funz. UE*, per chiarire «se l'art. 34 della [...] CDFUE [...] debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrano l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'art. 3, paragrafo 1, lettere b) e f), del regolamento (CE) n. 883/2004, [...] relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, richiamato dall'art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE, [...], e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo».

La scelta della Corte costituzionale di adire la Corte di giustizia non è stata esente da critiche⁴², con riferimento sia alla formulazione del quesito interpretativo – atteso che le fonti decisive per riconoscere la parità di trattamento agli stranieri non lungosoggiornanti sono gli artt. 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva 2011/98 e 3, paragrafo 1, lettere b) e f), del regolamento 883/2004 e non l'art. 34 CDFUE, silente sul punto⁴³ – sia all'op-

⁴⁰ Sul punto, in senso adesivo rispetto al *revirement* della Corte di cassazione, CAVALLARO, *La tutela dei diritti a prestazione tra diritto dell'Unione e Costituzione italiana: profili problematici*, in *GiustiziaInsieme.it*, 4 ottobre 2019.

⁴¹ MASTROIANNI, *La Carta UE dei diritti fa gola o paura?*, in *GiustiziaInsieme.it*, aprile 2019.

⁴² GIUBBONI, *op. cit.*, p. 7 ss.

⁴³ La disposizione si limita a prevedere che «1. L'Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in

portunità di chiedere chiarimenti sulla riconducibilità degli assegni di natalità e maternità alle «prestazioni familiari» per le quali vige la parità di trattamento in forza dell'art. 12 della direttiva citata. È infatti consolidata la giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui costituiscono prestazioni familiari quelle erogate sulla base di criteri oggettivi che prescindono da una valutazione individuale⁴⁴, indipendentemente dalle modalità di finanziamento⁴⁵, e si sostanziano in «un contributo pubblico al bilancio familiare, destinato ad alleviare gli oneri derivanti dal mantenimento dei figli»⁴⁶.

In proposito può osservarsi che le questioni sollevate dalla Corte di cassazione avrebbero potuto essere risolte anche sulla base della pregressa giurisprudenza della Corte di giustizia, pur non riguardante le specifiche provvidenze in specie rilevanti, atteso che assegno di natalità e maternità sono prestazioni attribuite in base a criteri oggettivi definiti per legge – come riconosciuto dalla stessa ordinanza n. 182 del 2020 – e appaiono entrambe volte, in via esclusiva (l'assegno di maternità) o prevalente (il bonus bebè)⁴⁷, ad alleviare gli oneri di mantenimento della prole.

L'atteggiamento prudente mostrato nell'ordinanza n. 182 è però spiegabile alla luce sia dei risvolti economici e “politici” di una pronuncia di ac-

caso di perdita del posto di lavoro, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali. 2. Ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali. 3. Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali».

⁴⁴ C. Giust., sentenza 2 aprile 2020, causa C-802/18, *Caisse pour l'avenir des enfants*, paragrafo 36.

⁴⁵ C. Giust., sentenza 24 ottobre 2013, causa C-177/2012, *Lachheb*, paragrafo 32.

⁴⁶ C. Giust., sentenze *Martinez*, cit., e 19 settembre 2013, cause riunite C-216/12 e C-217/12, *Hliddal e Bornand*, paragrafo 55.

⁴⁷ L'art. 1, comma 125, l. n. 190 del 2014 espressamente statuisce che l'assegno di natalità è accordato «al fine di incentivare la natalità e contribuire alle spese per il suo sostegno». Da notare che la Corte costituzionale ha motivato il proprio dubbio in ordine alla riconducibilità di tale provvidenza alle «prestazioni familiari» in base alla considerazione la misura, per espresso dettato normativo, sarebbe funzionale non solo ad offrire un contributo pubblico al bilancio della famiglia, ma anche a “premiare” la propensione ad avere figli. Ma la circostanza che il contributo sia corrisposto anche in relazione ai figli adottati parrebbe significativa quantomeno di una prevalenza della funzione di sostegno economico.

coglimento, sia della politica giudiziaria perseguita dalla Corte a partire dalla sentenza n. 269 del 2017. Poiché quest'ultima ha invitato i giudici comuni a ricorrere di preferenza all'incidente di costituzionalità in situazioni di doppia pregiudizialità, così "intromettendosi" nel sistema di dialogo diretto tra giudice comune e Corte di giustizia fondato sul rinvio pregiudiziale, è evidente che la persuasività di questo invito è direttamente proporzionale all'aspettativa che il giudice costituzionale sia incline a farsi carico con una certa generosità dell'interlocuzione con la Corte di Lussemburgo. Non è poi sorprendente che il dialogo con la Corte giustizia avvenga in termini diversi da quelli che ispirerebbero il giudice comune: compito di quest'ultimo è la ricerca della soluzione del caso concreto, laddove la Corte costituzionale è mossa dal più ampio obiettivo di trovare un bilanciamento "di sistema", con effetti *erga omnes*, tra diritti e interessi di rango costituzionale. Può dunque comprendersi e condividersi che la Corte abbia sentito la necessità di non basarsi solo sulla giurisprudenza pregressa della Corte di giustizia, ma di sollecitare una pronuncia sulle specifiche provvidenze che venivano in considerazione nel caso di specie. La risposta della Corte di Giustizia, del resto, non si è fatta attendere: nella recente sentenza del 2 settembre 2021 (causa C-350/20) *O.D. e al.*), essa ha in effetti qualificato gli assegni di natalità e maternità – in base alla ritenuta natura di contributo al bilancio nazionale – come prestazioni familiari ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento n. 883/2004, che spettano anche ai cittadini di Stati terzi titolari del permesso unico di lavoro, in forza dell'art. 12, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2011/98. Un esempio virtuoso di dialogo tra le Corti, atto a conferire una legittimazione anche "europea" a una (a questo punto probabile) decisione della Corte costituzionale di accoglimento delle questioni sollevate dalla Corte di cassazione.

L'ultima e ancora aperta vicenda relativa all'accesso degli stranieri alle prestazioni familiari dimostra il successo del nuovo corso "riaccentratore" della giurisprudenza costituzionale.

Si tratta della questione relativa alla concessione dell'assegno al nucleo familiare (ANF) di cui all'art. 2 del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, convertito dalla l. 14 maggio 1988, n. 153, provvidenza erogabile a lavoratori dipendenti e pensionati il cui nucleo familiare sia composto da coniuge non separato e figli minori di diciotto anni o soggetti equiparati, che però, in forza del divieto previsto dal comma 6-*bis* della disposizione, non spetta ove i familiari del cittadino straniero siano residenti all'estero, salva l'applicazione della con-

dizione di reciprocità o di convenzioni internazionali in materia di trattamenti di famiglia.

Con le ordinanze n. 9021 e 9022 del 1° aprile 2019, la Corte di cassazione aveva operato rinvio pregiudiziale *ex art.* 267 Tratt. Funz. UE, onde accertare la compatibilità di tale limitazione sia con l'art. 11, paragrafo 1, lettera *d*), della direttiva 2003/109/CE che sancisce il diritto alla parità di trattamento dei soggiornanti di lungo periodo nel godimento di prestazioni sociali, assistenza sociale e protezione sociale, sia con l'art. 12, paragrafo 1, lettera *e*), della direttiva 2011/98/UE, che tale parità di trattamento riconosce, nei settori di sicurezza sociale definiti dal regolamento n. 883/2004, ai cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro con permesso di soggiorno per lavoro.

Con due sentenze del 25 novembre 2020⁴⁸, la Corte di giustizia ha affermato che anche rispetto ai familiari del cittadino straniero residenti fuori dall'Unione europea va garantito il principio di parità di trattamento enunciato dalle disposizioni appena richiamate; con la conseguenza che l'art. 2, comma 6-*bis*, d.l. n. 69 del 1988 non può essere applicato per limitare, in rapporto alla residenza dei familiari, il diritto alla percezione dell'ANF da parte sia del soggiornante di lungo periodo, di cui alla direttiva 2003/109, sia del cittadino straniero residente da meno dei cinque anni necessari per acquisire lo *status* di lungosoggiornante, ma comunque titolare del permesso unico rilasciato a fini lavorativi, di cui alla direttiva 2011/98.

All'esito di tali pronunce, la Corte di cassazione ben avrebbe potuto confermare le pronunce di merito che avevano disapplicato l'art. 2, comma 6-*bis*, d.l. n. 69 del 1988, per contrasto con l'art. 11, paragrafo 1, lettera *d*), della direttiva 2003/109/CE nell'un caso, e con l'art. 12, paragrafo 1, lettera *e*), della direttiva 2011/98/UE nell'altro. Sembra infatti difficile negare che tali disposizioni siano provviste di effetto diretto, atteso che le norme europee, di diritto primario e derivato, e anche contenute in direttive, che sanciscono divieti di discriminazione (in base alla cittadinanza, al sesso, all'età

⁴⁸ C. Giust., 25 novembre 2020, causa C-302/19, *INPS c. WS*, relativa all'art. 12, paragrafo 1, lettera *e*), della direttiva 2011/98/UE e 25 novembre 2020, causa C-303/19, *INPS c. VR*, relativa all'art. 11, paragrafo 1, lettera *d*), della direttiva 2003/109/CE; sulle due pronunce v. COLOSIMO, *Stranieri dei Paesi terzi e assegno per il nucleo familiare: parità di trattamento e integrazione nel dialogo tra le Corti*, in *GiustiziaInsieme.it*, 29 gennaio 2021.

ecc.) «sono esempi “da manuale” di norme cui la Corte di giustizia ha riconosciuto effetto diretto (talora anche nei rapporti orizzontali)»⁴⁹. Il meccanismo della disapplicazione avrebbe semplicemente comportato un effetto di «esclusione» dell’operatività, nelle fattispecie oggetto di causa, del comma 6-*bis* del citato art. 2, con riespansione della disciplina generale dettata dal comma 6 della disposizione, che individua i componenti del nucleo familiare del beneficiario dell’ANF, senza riferimento alla loro cittadinanza o residenza.

La Corte di cassazione ha, però, seguito un percorso diverso, sollevando, in esito al rinvio pregiudiziale, questioni di legittimità costituzionale del comma 6-*bis*, per contrarietà agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione, rispettivamente, agli artt. 2, paragrafo 1, lettere *a*), *b*) e 11, paragrafo 1, lettera *d*), della direttiva 2003/109 (ordinanza n. 9378 dell’8 aprile 2021), e agli artt. 3, paragrafo 1, lettere *b*) e *c*) e 12, paragrafo 1, lettera *e*) della direttiva 2011/98 (ordinanza n. 9379 di pari data).

A sostegno della scelta, la Cassazione ha addotto l’impossibilità di disapplicare il comma 6-*bis*, in difetto di una disciplina *self executing* in grado di sostituirsi a quella nazionale «giacché il diritto dell’Unione non regola direttamente la materia dei trattamenti di famiglia».

Si tratta di una motivazione francamente difficile da condividere, alla luce di quanto appena osservato circa la possibilità di attribuire efficacia diretta degli artt. 11, paragrafo 1, lettera *d*), della direttiva 2003/109/CE e 12, paragrafo 1, lettera *e*), della direttiva 2011/98/UE, e di reperire comunque la disciplina applicabile alla fattispecie nelle previsioni generali dell’art. 2, comma 6, d.l. n. 69 del 1988, “depurate” dalla norma contenuta nel comma 6-*bis* e incompatibile con il diritto dell’Unione. Si potrebbe aggiungere che mai la Corte di giustizia ha sostenuto che l’effetto diretto dei divieti di discriminazione, architrave della costruzione comunitaria e oggi unionale, possa prodursi solo in settori normativi oggetto di armonizzazione⁵⁰, e che tale ar-

⁴⁹ PADULA, *Uno sviluppo*, cit., p. 176, in relazione all’ordinanza di rimessione all’origine della sentenza n. 44 del 2020 in materia di accesso degli stranieri all’edilizia pubblica residenziale, anche per puntuali riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra cui si possono ricordare le sentenze 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne*; 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*; 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kucukdeveci*; 16 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri*; 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*; 11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR*; 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*.

⁵⁰ Al contrario, le storiche sentenze della Corte di giustizia che hanno riconosciuto l’ef-

gomentazione non si ritrova nemmeno nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁵¹.

Quella della Cassazione è però una motivazione da cui traspare – al di là delle segnalate problematicità – una piena adesione all’idea, veicolata dal nuovo corso della giurisprudenza costituzionale, secondo cui le “grandi questioni” in materia di diritti fondamentali “a doppia tutela” (costituzionale ed europea) meritano di essere vagliate (anche) dalla Corte costituzionale, e non solo dai giudici comuni e dalla Corte di giustizia. E tali sono certamente le questioni relative al principio di eguaglianza e non discriminazione, pietra angolare della costruzione europea e, a un tempo, principio fondativo della nostra Carta costituzionale.

5. *Considerazioni conclusive*

Sul tema dell’accesso degli stranieri alle prestazioni sociali si misura la capacità della Corte costituzionale di mantenere dritta la barra dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, nel mare agitato della limitatezza delle risorse disponibili, resa ancora più acuta dall’attuale pandemia, ma anche di (ri)affermare la centralità del proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, nel sistema “a rete” che coinvolge giudici comuni e Corti europee.

Il sindacato della Corte, esercitato in maniera prevalente nel senso dell’estensione agli stranieri dei diritti previsti per i cittadini, è stato condotto utilizzando il parametro dell’art. 3 Cost. in riferimento a normative che

fatto diretto del divieto di discriminazione in base alla cittadinanza (v. ad esempio 21 giugno 1974, causa C-2/74, *Reyners*; 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*) e consentito la realizzazione della libera circolazione dei lavoratori e la creazione del mercato unico europeo sono tutte relative a settori nei quali nessuna armonizzazione era stata realizzata. Sugli effetti diretti si veda a ultimo BARATTA, *L’effetto diretto delle disposizioni internazionali self-executing*, in PALMISANO, *op. cit.*, pp. 75-112.

⁵¹ Non supportano infatti questa conclusione le pronunce citate dalla Corte di cassazione nelle ordinanze n. 9378 e 9379: le sentenze n. 232 del 1975, n. 183 del 1973, e n. 98 del 1965 sono addirittura precedenti alla storica sentenza *Granital* (n. 170 del 1984) con la quale è stata riconosciuta la possibilità di disapplicazione del diritto interno contrastante con il diritto dell’Unione; la sentenza n. 227 del 2010 riguarda una decisione quadro, che anche la Corte di giustizia ritiene inidonea a produrre effetti diretti a differenza delle direttive, le cui disposizioni li possono produrre se sufficientemente precise e incondizionate: v. *ex multis* sentenza 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Popławski*, paragrafo 53 ss.

escludevano *tout court* gli stranieri da determinate provvidenze o imponevano requisiti di residenza prolungati per la fruizione delle stesse. Le normative che condizionavano l'erogazione di prestazioni a un elevato grado di integrazione degli stranieri nel tessuto economico e sociale, attraverso l'imposizione del requisito del possesso del permesso per soggiornanti di lungo periodo, sono state invece sindacate al metro di parametri interposti di matrice sovranazionale: la CEDU rispetto alle prestazioni di invalidità, il diritto dell'Unione rispetto alle prestazioni familiari.

La giurisprudenza in questa materia ha dimostrato un atteggiamento di apertura della Corte nei confronti degli stimoli provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale di Strasburgo e di Lussemburgo, funzionale a un disegno "accentratore", volto a mantenere il governo di questioni attinenti al tema, carico di implicazioni economiche e politiche, dell'integrazione dei cittadini stranieri in Italia, e a ridurre lo spazio per la disapplicazione, da parte dei giudici comuni, delle normative interne limitative dei diritti degli stranieri, per contrarietà al diritto dell'Unione.

Vi è da chiedersi se questo corso della giurisprudenza costituzionale, che è stato sostanzialmente condiviso, nell'ultimo biennio, dalla Corte di cassazione, si risolva in un arretramento della tutela dei diritti a prestazione sociale degli stranieri.

Ci pare che al quesito possa darsi risposta negativa. Il coinvolgimento della Corte costituzionale in questioni attinenti l'accesso degli stranieri alle prestazioni sociali, che involgono anche il diritto dell'Unione, non costituisce una mera forma di rispetto istituzionale del giudice delle leggi, ma può garantire una tutela effettiva dei diritti dei migranti⁵². La disapplicazione, da parte del giudice comune, della norma interna contrastante con i principi di parità di trattamento risultanti dal diritto dell'Unione garantisce indubbiamente una tutela dei diritti dei singoli più rapida e immediata rispetto al promovimento dell'incidente di costituzionalità, ma opera solo *in uno specifico caso e processo* ed è dunque inidonea a risolvere una volta per tutte il conflitto tra fonti. Prova ne è che le questioni oggetto delle ordinanze di rimessione

⁵² Meccanismo già sperimentato con successo in materia di diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi volti all'irrogazione di sanzioni punitive, come dimostrano l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 117 del 2019 della Corte EDU, seguita dalla sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *D B. contro Consob*, della Corte di giustizia e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2021, nonché in relazione alle aziende del bonus bebè di cui si è dato conto nel paragrafo precedente.

della Corte di cassazione sull'assegno di maternità⁵³, sul bonus bebè⁵⁴ e sull'ANF⁵⁵ erano già state ripetutamente risolte dai giudici di merito con la disapplicazione *in parte qua* dell'art. 1, comma 125, della l. n. 190 del 2014, dell'art. 74 d.lgs. n. 151 del 2001 e dell'art. 2, comma 6-*bis*, d.l. n. 69 del 1988, per contrasto con i principi di parità di trattamento sanciti nelle direttive 2011/98/UE e 2003/109/CE, senza però che l'INPS abbia mai modificato i propri orientamenti di segno negativo rispetto all'erogazione di tali provvidenze agli stranieri non lungosoggiornanti. Una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale, dato l'effetto *erga omnes*, sarebbe idonea invece a risolvere le questioni di volta in volta rilevanti in via definitiva. Senza dimenticare che nulla preclude al giudice che sollevi questione di legittimità costituzionale di disapplicare comunque, in via cautelare, la norma interna contrastante con quella europea, garantendo così una tutela interinale immediata delle posizioni giuridiche dei singoli.

⁵³ V. Trib. Busto Arsizio, ordinanza 24 gennaio 2018; tra le tante, Trib. Bergamo, ordinanza 23 marzo 2018; Trib. Torino, ordinanza 15 febbraio 2019; Trib. Perugia, ordinanza 26 luglio 2019; App. Brescia, sentenza 9 luglio 2020.

⁵⁴ Si vedano *inter alia* Trib. Milano, ordinanza 5 dicembre 2016; Trib. Bergamo, ordinanza 15 aprile 2016; Trib. Brescia, ordinanza 5 giugno 2017; Trib. Alessandria, ordinanza 22 settembre 2017; Trib. Milano, ordinanza 28 febbraio 2018; Trib. Monza, ordinanza 1° agosto 2018; Trib. Padova, sentenza 21 febbraio 2019; App. Brescia, sentenza 26 febbraio 2019.

⁵⁵ V. *ex multis* Trib. Milano, ordinanza 6 novembre 2017; App. Torino, sentenza 6 novembre 2017; Trib. Pavia, ordinanza 6 giugno 2018; App. Brescia, sentenza 16 luglio 2018; Trib. Alessandria, ordinanza 20 gennaio 2021.

Abstract

Il contributo analizza la giurisprudenza costituzionale in materia di accesso dei cittadini di Stati terzi alle prestazioni sociali, mettendone in luce l'evoluzione da un sindacato di eguaglianza–ragionevolezza fondato sul parametro interno dell'art. 3 Cost., a un sindacato arricchito dal riferimento a parametri interposti di matrice internazionale e sovranazionale (Cedu, diritto Ue) che pure esprimono il principio di eguaglianza e non discriminazione, fino all'assunzione, da parte della Corte costituzionale, di un ruolo attivo nell'interlocuzione con la Corte di giustizia. Tale evoluzione appare funzionale a un disegno “accentratore” della Corte costituzionale, volto a mantenere il governo di questioni attinenti al tema sensibile dell'integrazione dei cittadini stranieri in Italia, e relative al principio di eguaglianza e non discriminazione, pietra angolare della costruzione europea e, a un tempo, principio fondativo della Carta costituzionale.

The article analyses the Constitutional Court's case law on the recognition of social security and social assistance benefits to third-countries nationals. It points out that the Court' scrutiny has shifted from an almost exclusive reference to the principle of equality and reasonableness enshrined in Article 3 of the Constitution, to a solid backing on ECHR and EU law sources on equality and non-discrimination. The Constitutional Court has also assumed a leading role in the interaction with the Court of Justice, hence showing its determination of “centralise” the decision of migrants' integration cases based on equality and non-discrimination principles, at a time cornerstones of the European construction and founding principles of the Italian Constitution.

Keywords

Corte costituzionale, prestazioni sociali, cittadini di Stati terzi, ragionevolezza, non discriminazione.

Constitutional Court, social security and social assistance benefits, third-countries nationals, reasonableness, non-discrimination.

Claudia Murena
Welfare aziendale e famiglia
dentro e fuori le Leggi di Bilancio:
limiti e prospettive*

Sommario: **1.** La fluidità dei concetti di ‘welfare aziendale’ e ‘famiglia’ nel diritto del lavoro: brevi cenni. **2.** La dimensione fiscale del *welfare* aziendale ed il sostegno alla famiglia: la ‘svolta incoerente’ della Legge di Stabilità per il 2016. **3.** L’allargamento delle prestazioni erogabili a vantaggio della famiglia: i *flexible benefit* ed i *fringe benefit*. **4.** Il *welfare* aziendale dentro e fuori le Leggi di Bilancio: limiti e prospettive.

1. La fluidità dei concetti di ‘welfare aziendale’ e ‘famiglia’ nel diritto de lavoro: brevi cenni

La scelta di occuparsi di *welfare* aziendale e famiglia porta con sé il fascino, ed il rischio, di solcare terreni impervi, dai confini labili ed incerti. Basti qui ricordare, da un lato, che il tema della famiglia nel diritto del lavoro è “scivoloso e non dissodato, o non ben identificato dal punto di vista giuridico, assorbito, in modo anche fuorviante, dal filone della tutela del lavoro femminile”¹.

È peraltro innegabile che la famiglia rivesta un ruolo indiscusso nella nostra società, anche alla stregua di “ammortizzatore sociale ed in genere di fonte di *welfare*”: nell’era della *gig-economy* e della progressiva “destandardizzazione” – ma direi anche ‘destrutturazione’ – dei rapporti di lavoro, la fa-

* Il saggio è destinato agli *Atti* del Convegno telematico organizzato dall’Università di Siena, Dipartimento di giurisprudenza, su *La famiglia nel prisma giuslavoristico: valori, rapporti, tutele*, 27 maggio 2021.

¹ MAGNANI, *La famiglia nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2012, I, p. 844.V., in argomento, altresì CALAFÀ, GOTTARDI, *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, in *LD*, 2001, p. 5 ss.

miglia si fa carico delle incertezze e delle difficili fasi di transizione di quanti – non solo giovani – circolano spaesati nel mercato del lavoro, si trovano ad uscirne, o non riescono proprio ad entrarvi².

Su un altro fronte, è noto come il *welfare* aziendale sia un fenomeno “disorganico e a-sistematico”³, per il quale manca un quadro normativo chiaro in materia⁴; ad esso, secondo un paradigma consolidato, è possibile ricondurre quelle iniziative, di stampo unilaterale, o negoziate a livello di impresa (*welfare contrattuale*⁵), inclusive di un insieme di prestazioni volte a migliorare la vita privata e lavorativa del dipendente ed a sostenerne il reddito: esso viene infatti identificato tradizionalmente con “l’insieme dei benefit e servizi forniti dall’azienda ai propri dipendenti al fine di migliorarne la vita privata e lavorativa, che vanno dal sostegno al reddito familiare, allo studio, e alla genitorialità, alla tutela della salute e fino a proposte per il tempo libero e agevolazioni di carattere familiare”⁶. Si tratta, come è evidente, di una tematica che lambisce ambiti normativi diversi: ai più classici profili attinenti alla previdenza complementare ed all’assistenza sanitaria integrativa

² Le citazioni sono tutte di MAGNANI, *op. cit.*, p. 844. L’Autrice, a proposito di quanto detto, evidenzia proprio il ruolo della famiglia quale “servizio per l’impiego”, di ausilio ai giovani nella ricerca di un posto di lavoro.

³ TURSI, *Il “Welfare aziendale”: profili istituzionali*, in *RPS*, 2012, p. 219. Tra i moltissimi contributi in argomento, AA.VV., *Welfare for people. Primo rapporto su Il welfare occupazionale e aziendale in Italia*, a cura di Ubi banca e Adapt, Adapt University Press, 2018; CIUCCIOVINO, ROMEI, *Welfare aziendale, trasformazioni del lavoro e trasformazioni delle regole del lavoro: tendenze e prospettive*, in ALVINO, CIUCCIOVINO, ROMEI (a cura di), *Il welfare aziendale. Una prospettiva giuridica*, il Mulino, 2019, p. 15 ss.; COLOMBO, *Il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle scelte di welfare aziendale*, in *RPS*, 2012, p. 115 ss.; MAINO, MALLONE, *Secondo welfare e imprese: nesso e prospettive*, *ivi*, p. 195 ss.; MASSAGLI (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un’indagine ricostruttiva*, ADAPT Labour Studies, e-Book series 31/2014; MATTEI, *La gestione dei rapporti di lavoro in azienda tra partecipazione e contrattazione. Innovazione e rapporti di lavoro in azienda*, in *DRI*, 2020, p. 1001 ss.; OLIVELLI, *L’inquadramento sistematico del welfare aziendale*, in *RDSS*, 2020, p. 103 ss.; SPATTINI, MASSAGLI, *Cosa intendiamo quando parliamo di welfare aziendale? Un tentativo di mappatura concettuale di un concetto abusato* (articolo del 23 gennaio 2017), in www.bollettinoadapt.it; TIRABOSCHI, *Il welfare aziendale ed occupazionale in Italia: una prospettiva di relazioni industriali*, in *DRI*, 2020, p. 86 ss.; TREU (a cura di), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Ipsoa, 2013; ID. (a cura di), *Welfare aziendale. Secondo welfare, novità, gestione e buone pratiche*, Ipsoa, 2020.

⁴ BACCHINI, *Welfare aziendale: illusioni (ricostruttive) giuslavoristiche (I. Parte generale)*, in *ADL*, 2017, I, parla di “caos definitorio ... nel silenzio (pressoché totale) del legislatore”: p. 635.

⁵ Cf. FORLIVESI, *Welfare contrattuale e retribuzione: interazioni e limiti di una disciplina frammentata*, in *LD*, 2020, p. 237 ss.

⁶ MAINO, MALLONE, *op. cit.*, p. 200.

si affiancano quelle forme di retribuzione non monetaria (tra cui ricomprendere i cc.dd. *fringe benefit*, prestazioni e servizi aziendali destinati alla generalità o a categorie di dipendenti o loro familiari), che, “a differenza delle prime, vengono in rilievo esclusivamente nella dimensione fiscale e contributiva”⁷.

Un simile approccio abbraccia la visione del *welfare* aziendale alla stregua di “secondo welfare”, accentuando in tal modo l’avanzamento della forza privata in risposta all’arretramento dei servizi che dovrebbero essere garantiti dal *welfare* statale, in tal modo “... contribuendo a restituire sicurezza ai lavoratori; è un cambio reputazionale in corso, non concluso, ma decisivo, perché capovolge l’idea egemone fino a poco tempo fa del welfare aziendale come cavallo di troia della rottura dell’universalismo del sistema o puro strumento di paternalismo padronale”⁸.

2. *La dimensione fiscale del welfare aziendale ed il sostegno alla famiglia: la ‘svolta incoerente’ della Legge di Stabilità per il 2016*

La tematica del *welfare* aziendale viene affrontata con un riferimento pressoché esclusivo alla sua dimensione economico-fiscale. Si chiarirà, nel prosieguo della trattazione, come questa prospettiva, unitamente alla visione del fenomeno alla stregua di *secondo welfare*, sia, a parere di chi scrive, fortemente limitativa delle sue potenzialità e della stessa “essenza” del fenomeno, non ingabbiabile in rigidi schemi predefiniti. Tuttavia, appare corretto partire da qui, anche perché, negli ultimi anni, le leggi di Bilancio hanno indubbiamente operato un mutamento di paradigma nel regime di una serie di opere/beni/servizi – che non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente – destinati a promuovere un innalzamento della qualità di vita dei lavoratori e dei propri familiari.

Procedendo con ordine, la Legge di Stabilità per il 2016 (l. 28 dicembre 2015 n. 218, art. 1, co. 182) ha, innanzitutto, stabilito – solo in relazione al settore privato⁹ – un regime fiscale agevolato per i premi di risultato di ammontare variabile, la cui corresponsione sia legata ad incrementi di

⁷ TURSI, *Il “Welfare aziendale”*, cit., pp. 219-220.

⁸ Cfr. il *Primo Rapporto Censis-Eudaimon sul welfare aziendale* – le cui risultanze sono state presentate alla fine di gennaio del 2018 – consultabile in www.censis.it, p. 2.

⁹ Cfr. art. 1, co. 186.

produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione, misurabili e verificabili sulla base di criteri stabiliti dal decreto di cui al comma 188 dello stesso decreto¹⁰, consistente nell'applicazione di una imposta sostitutiva dell'Irpef e delle addizionali regionali e comunali pari al 10%¹¹. Ma non è tutto: il passaggio di maggior interesse è la facoltà, data al lavoratore, di convertire, in tutto o in parte, il premio detassabile nelle "somme e valori" di cui ai commi 2 e 3, ultimo periodo, dell'art. 51 Tuir (cfr. co. 184), in tal modo fruendo, in alternativa all'imposta sostitutiva, della maggior agevolazione prevista da quest'ultima norma, ovvero un totale sgravio fiscale e contributivo¹². Il lavoratore che opti per tale conversione sarà pertanto 'responsabilizzato' nella scelta di beni messi a disposizione dell'azienda all'interno di un più o meno ampio paniere di prestazioni erogabili nell'ambito di una politica di *welfare* aziendale (cc.dd. *flexible benefit*) e, grazie al 'credito *welfare*', vedrà ac-

¹⁰ Cfr. il d.i. del 25 marzo 2016, art. 2, co. 2.

¹¹ L'ammontare del premio di risultato assoggettabile al regime in questione è stato, in un primo momento, di 2.000 euro lordi, passibile di essere aumentato fino a 2.500 euro per le aziende che coinvolgessero pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, in riferimento ai redditi di lavoro dipendente che non superassero, nell'anno precedente a quello di percezione delle somme, il tetto dei 50.000 euro. La legge di Bilancio per il 2017 (l. 11 dicembre 2016 n. 232) ha elevato il plafond agevolabile a 3000 euro (fino a 4000 euro in caso di coinvolgimento dei lavoratori), intervenendo anche sul tetto reddituale, portato ad 80.000 euro. Si ricorda, peraltro, che sul comma 189 dell'art. 1 della legge di Stabilità per il 2016 è intervenuto l'art. 55 del d.l. 24 aprile 2017 n. 50 (conv. in l. 21 giugno 2017 n. 96), il quale ha stabilito che "Per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, con le modalità specificate nel decreto di cui al comma 188, è ridotta di venti punti percentuali l'aliquota contributiva a carico del datore di lavoro per il regime relativo all'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti su una quota delle erogazioni previste dal comma 182 non superiore a 800 euro. Sulla medesima quota, non è dovuta alcuna contribuzione a carico del lavoratore", in tal modo affiancando ad una decontribuzione parziale del premio l'eliminazione della possibilità di utilizzare un plafond agevolato più ampio (i precedenti 4.000 euro). Sul coinvolgimento dei lavoratori v. l'art. 4 del d.i. del 25 marzo 2016, nonché le circolari 28/E/2016 e 5/E/2018 dell'Agenzia delle Entrate.

¹² La conversione del premio di risultato in prestazioni di *welfare* aziendale si rivela vantaggiosa anche per l'azienda, la quale usufruirà di un'esenzione totale sia fiscale (Ires) che contributiva (il versamento contributivo sarà invece dovuto nel caso di erogazione del premio di risultato). Il co. 184-bis, lett. a) e b), precisa un ulteriore dato importante, e cioè che, laddove interessati dal meccanismo di conversione fossero i versamenti alle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, ovvero i contributi di assistenza sanitaria di cui all'art. 51, co. 2, lett. a), Tuir, tali somme beneficerebbero del regime agevolato (esenzione dal reddito di lavoro dipendente e dall'imposta sostitutiva) pur se eccedenti i limiti previsti dalle rispettive normative.

crescere il proprio potere di acquisto, anche a fronte di promozioni e convenzioni aziendali che consentono di reperire, tramite la conversione, beni e servizi che, acquistati presso terze parti, costerebbero di più.

Tuttavia, il regime in parola è condizionato alla sussistenza di alcuni requisiti, il primo dei quali conferisce nuovo vigore al dialogo sociale: infatti, le somme ed i valori di cui si discute (premio agevolabile e prestazioni alternative scelte nell'ambito della conversione) devono essere erogati *in esecuzione dei contratti collettivi di cui all'art. 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015* (cfr. art. 1, co. 187, l. n. 208/2015), ovvero dei contratti collettivi aziendali o territoriali stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o dei contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro Rsa, ovvero dalle Rsu, i quali, a partire dal 29 aprile 2016, per poter usufruire della detassazione, sono depositati in via telematica, ai sensi del decreto interministeriale del 25 marzo dello stesso anno, con lo scopo di monitorare la conformità alla legge delle prassi attuate a livello aziendale o locale¹³.

In secondo luogo, dal punto di vista soggettivo, il Legislatore ha ampliato e precisato la casistica delle opere e servizi esclusi dalla formazione del reddito, a beneficio del lavoratore e del suo nucleo familiare: la novellata lettera *f)* del secondo comma dell'art. 51 Tuir prevede infatti l'esenzione per l'utilizzo

¹³ Il *Jobs Act* (d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151, art. 14) ha condizionato il riconoscimento di qualsiasi tipo di agevolazione legata alla contrattazione di secondo livello al deposito telematico del contratto aziendale o territoriale di riferimento; a far data dal 17 luglio 2019 la procedura telematica è stata semplificata ed estesa ai contratti di primo livello, e dal 15 settembre 2019 il deposito è obbligatoriamente *solo* telematico. Per le piccole imprese, prive di rappresentanza sindacale, l'accordo interconfederale del 14 luglio 2016, siglato, a latere delle novità normative, tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, ha predisposto un modello di accordo quadro territoriale che può essere recepito dalle stesse per avvantaggiarsi dei benefici fiscali e contributivi di cui alla l. n. 208 del 2015, ovvero per applicare l'imposta sostitutiva sui premi di risultato erogati in esecuzione di tale contratto territoriale. Sul punto v. la circolare 5/E/2018 dell'Agenzia delle Entrate. Come è stato evidenziato, "per la prima volta nella sua storia il welfare occupazionale incomincia ad attecchire nel variegato mondo della piccola impresa grazie anche a intelligenti iniziative di intermediazione delle parti sociali, attraverso prassi inductive veicolate da quel che si è definita la 'negoiazione tramite adesione'": CARUSO, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale. Nuove strategie di gestione del lavoro o neo consumismo?*, in *RIDL*, 2018, I, p. 372. Si applica la tassazione agevolata sui premi di risultato ai dipendenti anche in caso di contratto aziendale stipulato con le articolazioni territoriali delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, seppur esterne all'azienda: a chiarirlo è l'Agenzia delle Entrate nella risposta n. 176/2021.

delle opere e dei servizi *offerta alla generalità o a categorie di dipendenti*¹⁴, nonché ai *familiari individuati dall'art. 12* della stessa legge, *per le finalità di cui al comma 1 dell'art. 100 Tuir* (educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sanitaria e culto)¹⁵. Dal punto di vista delle imprese, le prestazioni – è bene ricordarlo – possono essere erogate “volontariamente¹⁶ o in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale” (sempre lett. *f*), con la differenza che nel primo caso¹⁷ la deducibilità dei costi non sarà integrale, bensì limitata ad un “ammontare complessivo non superiore al 5 per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi” (cfr. art. 100, co. 1, Tuir).

Si tratta di un passaggio di indubbio rilievo poiché, prima dell'intervento della l. n. 218/2015 sulla lettera *f*), la detassazione dei beni/servizi messi a disposizione dall'azienda era limitata alle iniziative introdotte *volontariamente* dall'impresa. Le modifiche introdotte aiutano a stemperare quel sapore di paternalismo che ha caratterizzato sin dagli albori il *welfare* aziendale, in un evidente intento promotore del confronto con l'attore sindacale proseguito con la Legge di Bilancio per il 2017 (l. n. 232/2016) che, al comma 162, ha precisato che le disposizioni di cui all'articolo 51, co. 2, lett. *f*), si applicano “anche alle opere e servizi riconosciuti dal datore di lavoro, del settore privato o pubblico, in conformità a disposizioni di contratto collettivo nazionale di lavoro, di accordo interconfederale o di contratto collettivo territoriale”¹⁸.

¹⁴ Anche di recente l'Agenzia delle Entrate (cfr. la Risoluzione 55/E/2020, p. 5) ha avuto modo di ribadire che la ‘categoria’ di dipendenti va intesa “non soltanto con riferimento alle categorie previste nel codice civile (dirigenti, operai, etc.), bensì a tutti i dipendenti di un certo ‘tipo’ o di un certo ‘livello’ o ‘qualifica’ (ad esempio tutti gli operai del turno di notte), ovvero ad un gruppo omogeneo di dipendenti, anche se alcuni di questi non fruiscono di fatto delle ‘utilità’ previste”. Diverso è il regime concernente le somme o i servizi che costituiscano dei vantaggi solo per alcuni e ben individuati lavoratori: si tratta, in tale ipotesi, dei cc.dd. *fringe benefit*, sui quali ci si soffermerà a breve.

¹⁵ La Risoluzione n. 55/E/2020, cit., fornisce utili precisazioni in merito, mediante l'esemplificazione di prestazioni di vario genere che rientrano nei *benefit* non tassabili. I servizi possono essere erogati direttamente dal datore di lavoro oppure ricorrendo a strutture esterne, come chiarito nella Risoluzione 34/E/2004 dell'Ente fiscale in riferimento ad un servizio di *check-up* medico, “a condizione che il dipendente non sia coinvolto e resti estraneo al rapporto economico che intercorre tra l'azienda e l'erogatore del servizio”; in particolare, quest'ultimo non deve risultare beneficiario dei pagamenti effettuati dalla propria azienda in relazione all'obiettivo di fornitura dei servizi medesimi.

¹⁶ Sul punto, v. la Circolare n. 5/E/2018, cit., pp. 27-28.

¹⁷ Come anche precisato nella Circolare n. 28/E/2016, cit.

¹⁸ L'Agenzia delle Entrate, nella menzionata circolare n. 5/E/2018, ha precisato che “La

Prima di scendere nel dettaglio dei beni/servizi erogabili in regime agevolato, mi preme proporre qualche considerazione sui “familiari” cui fa riferimento la norma, che possono anche non essere fiscalmente a carico¹⁹ del lavoratore: si tratta, in via principale, del coniuge non legalmente ed effettivamente separato e dei figli, compresi quelli naturali riconosciuti, adottivi, o affidati. Peraltro, l’articolo 12 Tuir richiama “ogni altra persona indicata nell’articolo 433 del codice civile che conviva con il contribuente o percepisca assegni alimentari non risultanti da provvedimenti dell’autorità giudiziaria”; possono essere ricompresi, dunque, fra questi ‘altri’ familiari:

- il coniuge legalmente ed effettivamente separato;
- i discendenti prossimi dei figli;
- i genitori (compresi i genitori naturali e quelli adottivi), e, in loro mancanza, gli ascendenti prossimi (nonni);
- i generi e le nuore;
- il suocero e la suocera;
- i fratelli e le sorelle germani o unilaterali²⁰.

A seguito dell’intervento della Legge Cirinnà (l. 20 maggio 2016 n. 76) vanno ricompresi tra i *familiari* anche le parti delle unioni civili²¹. Nondimeno, la stessa Legge non equipara i legami affettivi stabili (cfr. art. 36) al matrimonio; di conseguenza, non rientrando nella nozione di *familiari*, i conviventi di fatto²² non possono fruire dei *benefit* relativi al *welfare* aziendale secondo il regime fiscale agevolato (chiarissima, in tal senso, la Risposta all’istanza di interpello n. 212 del 27 giugno 2019 dell’Agenzia delle Entrate).

norma di natura interpretativa, quindi con effetto retroattivo, si ritiene che operi non solo relativamente alle opere e servizi disciplinati dalla lettera f), ma anche per ‘le somme e i valori’ disciplinati dalle successive lettere *f-bis*, *f-ter* e nella nuova lettera *f-quater*). Si ritiene, infatti, che queste ultime costituiscano una specificazione degli oneri di utilità sociale indicati nella lett. f) e, in quanto tali, da disciplinare unitariamente” (p. 27).

¹⁹ Cfr. le circolari Min. Finanze n. 326 del 23 dicembre 1997 e n. 238 del 22 dicembre 2000. Si ricorda che sono definibili fiscalmente “a carico” i familiari che, nel periodo d’imposta, possiedono un reddito complessivo annuo non superiore a 2.840,51 euro, al lordo degli oneri deducibili. Tale importo è incrementato a 4.000 euro in relazione ai soli figli di età non superiore a 24 anni.

²⁰ Cfr. Circolare n. 19/E/2020 Ag. Entrate, p. 23, nonché la voce *Familiari a carico*, in <https://www.agenziaentrate.gov.it, sez. Archivio>.

²¹ V. la circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 7/2017.

²² Con i quali si intendono, ai sensi dell’art. 36 della Legge Cirinnà, “due persone maggiori unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un’unione civile”.

Si tratta, a mio parere, di una lacuna non indifferente del sistema, frutto di un retaggio che considera ancora la famiglia alla stregua di società naturale fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.), non tenendo in debito conto l'evoluzione dei costumi e delle oggettive difficoltà che molti giovani (e non solo) incontrano nel compiere questo passo, legate anche ad una non certo rara precarietà lavorativa e, dunque, economica. Giova del resto ricordare che la Suprema Corte ha, negli anni, elaborato una nozione di *famiglia di fatto* – ovvero di convivenza tutelabile – all'interno della quale all'elemento soggettivo della relazione affettiva stabile si accompagna l'elemento oggettivo della reciproca, spontanea assunzione di diritti ed obblighi²³. Ma vi è di più: i giudici di legittimità hanno chiaramente distinto la *convivenza* dalla *coabitazione*, definendo la prima come uno “stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti”²⁴, e precisando che essa non deve per forza coincidere con la “coabitazione”²⁵. Addirittura, secondo la Corte, “Il dato della coabitazione, all'interno dell'elemento oggettivo della convivenza è ... attualmente un dato recessivo”, da intendersi “come semplice indizio o elemento presuntivo della esistenza di una convivenza di fatto, da considerare unitariamente agli altri elementi allegati e provati e non come elemento essenziale di essa, la cui eventuale mancanza, di per sé, possa legittimamente portare ad escludere l'esistenza di una convivenza”. Infatti, nel mutato contesto sociale, “non ha più alcun senso appiattare la nozione di convivenza sulla esistenza di una coabitazione costante tra i partners, lasciando fuori dai margini della tutela ogni altra relazione, che pur sia stabile sia affettivamente sia sotto il profilo della reciproca assunzione di un impegno di assistenza e di collaborazione all'adempimento degli obblighi economici, ma sia dotata di un assetto organizzativo della vita familiare diverso da quello tradizionale”²⁶.

Sembra pertanto incoerente, alla luce di tali considerazioni, ‘penalizzare’ il lavoratore – responsabilizzato, come si è anticipato, dalla scelta sul *come* gestire una quota del, o tutto il proprio premio di risultato entro il regime age-

²³ V ad es., fra le altre, Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2011 n. 12278, che fa riferimento alla sussistenza di un “saldo e duraturo legame affettivo”; Cass. civ., sez. III, 16 settembre 2008 n. 23725, che indica una “tendenziale stabilità e mutua assistenza morale e materiale”.

²⁴ Cfr. Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013 n. 7128.

²⁵ È chiaro che il riferimento, nell'art. 12 Tuir, ai familiari “conviventi” deve intendersi nel senso di “coabitanti”.

²⁶ Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2018 n. 9178.

volato – consentendo a chi solo vi “coabita”, addirittura se legalmente separato, di beneficiare dei *benefit* messi a disposizione dall’azienda secondo le regole esaminate, e non a chi con lo stesso condivide un progetto di vita.

Certo, potrebbe essere semmai opportuno, ai fini che qui interessano, adottare un parametro selettivo consistente nel dato formale della convivenza abitativa²⁷ unitamente ad un arco temporale minimo (che potrebbe essere individuato in tre anni). Sul punto, sarebbe certamente auspicabile un intervento del legislatore.

3. *L’allargamento delle prestazioni erogabili a vantaggio della famiglia: i flexible benefit ed i fringe benefit*

La Legge di Stabilità 2016, al di là di quanto sin qui detto, ha ampliato le ipotesi di somme e valori che non concorrono alla determinazione del reddito di lavoro dipendente, modificando la lettera *f-bis*) del secondo comma dell’art. 51 Tuir, ed introducendo al suo interno la lettera *f-ter*).

Procedendo con ordine, la riformulazione della lettera *f-bis*) annovera, fra le voci che non concorrono alla formazione del reddito di lavoro dipendente, “le somme, i servizi e le prestazioni ... per la fruizione, da parte dei familiari indicati nell’articolo 12, dei *servizi di educazione e istruzione anche in età prescolare*, compresi i *servizi integrativi* e di mensa ad essi connessi, nonché per la *frequenza di ludoteche* e di *centri estivi e invernali* e per *borse di studio* a favore dei medesimi familiari”:²⁸ spicca, qui, l’introduzione dell’agevolazione riguardante la frequentazione di ludoteche e centri estivi ed invernali, e la sostituzione – rispetto alla vecchia versione – degli asili nido e delle colonie climatiche con un più aggiornato riferimento ai “servizi di educazione e istruzione”²⁸, arricchiti da ulteriori prestazioni ad essi correlati, nei quali viene esplicitamente inclusa anche la mensa; su un altro fronte, la lettera *f-ter*) e, successivamente, la lettera *f-quater*), introdotta dalla Legge di Bilancio

²⁷ Che, lo si ricorda, può essere provata, fra l’altro, mediante la dichiarazione anagrafica di cui agli artt. 4 e 13, comma 1, lett. *b*), del nuovo Regolamento anagrafico della popolazione residente, emanato con d.P.R. n. 223/1989: cfr. l. n. 76/2016, art. 37.

²⁸ Nella Risoluzione 55/E/2020 (p. 14) si fa esplicito riferimento, tra i *benefit* riconducibili alla lettera *f-bis*), ai “rimborsi spesa per ‘le rette di iscrizione e frequenza materna dal nido all’università’, i ‘Master universitari’, i ‘Libri, scolastici’, la ‘Mensa scolastica’ (esclusa quella universitaria), le ‘Gite scolastiche’, lo ‘Scuolabus, Pre e dopo scuola’, la ‘Babysitting’, i ‘Campi estivi’”.

per il 2017 (l. n. 232/2016) hanno finalmente colmato l'inspiegabile lacuna, presente nella selezione delle esigenze tutelabili secondo la disciplina esonerativa, concernente ambiti tanto delicati quanto la cura degli anziani e dei soggetti diversamente abili, come anche la c.d. LTC (*long term care*). Al riguardo, la lettera *f-ter*) del secondo comma dell'art. 51 introduce l'esenzione per "le somme e le prestazioni ... per la fruizione dei servizi di assistenza *ai familiari anziani o non autosufficienti indicati nell'articolo 12*" (mio il corsivo): si pensi, ad esempio, a servizi di assistenza domiciliare, badanti, case di riposo, case di cura; manca, qui, a differenza del comma precedente, il riferimento espresso ai "servizi", accanto alle "somme" ed alle "prestazioni"; pur tuttavia, come è stato posto in rilievo, "secondo la lettera della norma e sulla base di una interpretazione sistematica non possono ritenersi esentati gli eventuali servizi forniti dal datore di lavoro ai predetti soggetti"²⁹.

Non riguarda, invece, i familiari, ma il solo dipendente, la lettera *f-quarter*), che aggiunge ai *benefit* detassati "i contributi e i premi versati dal datore di lavoro a favore della generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti per prestazioni, anche in forma assicurativa, aventi per oggetto il rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana, le cui caratteristiche sono definite dall'articolo 2, comma 2, lettera d), numeri 1) e 2), del decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 27 ottobre 2009, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2010, o aventi per oggetto il rischio di gravi patologie". Non concorrono, dunque, a formare il reddito di lavoro dipendente, i contributi e i premi versati, ad esempio, per le polizze cc.dd. "*Long Term Care*" e "*Dread Disease*"³⁰. L'Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 5/E/2018, ha chiarito peraltro che, laddove la polizza garantisca prestazioni sia al dipendente che ai familiari, occorrerà scorporare la quota riferita alla posizione di questi ultimi, fermo restando che per tale ipotesi potrebbe trovare applicazione l'esclusione dalla formazione del reddito di lavoro dipendente ai sensi del comma 3 dell'art. 51 – in

²⁹ MARIANETTI, *Legge di Stabilità 2016: modifiche al lavoro dipendente* (articolo del 29 dicembre 2015), in *www.ipsoa.it*. Ancora, la già menzionata Circolare n. 28/E dell'Agenzia delle Entrate precisa a tal proposito come "Malgrado la dizione della norma non faccia riferimento ai servizi, tale omissione non appare significativa posto che questi possono comunque rientrare nella previsione della lettera f)" (p. 23).

³⁰ Prima dell'entrata in vigore della legge di Bilancio 2017, i contributi o premi versati dal datore di lavoro per garantire ai dipendenti una copertura assicurativa *Long Term Care* o *Dread Disease* costituivano reddito di lavoro dipendente, tassabile ai sensi del terzo comma, ultimo periodo, dell'articolo 51 Tuir (v. *infra*).

base al quale non concorre alla formazione del reddito di lavoro dipendente il “valore dei beni ceduti e dei servizi prestati se complessivamente di importo non superiore nel periodo di imposta a 258,23 euro”³¹ – o del comma 2, lett. a), alle condizioni e nei limiti ivi previsti: si tratta, in tale ultimo caso, dell’esonero prevista per il versamento dei contributi di assistenza sanitaria versati dal datore di lavoro, o dal lavoratore, per un importo non superiore complessivamente ad euro 3.615,20³².

La legge di Stabilità per il 2018 (l. 27 dicembre 2017 n. 205) prosegue nel solco dei precedenti interventi, arricchendo ulteriormente il paniere dei *benefit* agevolati che non concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente, nuovamente con un occhio di riguardo al nucleo familiare: la legge, in particolare, introduce nel comma 2 dell’art. 51 Tuir la lettera *d-bis*), concernente le “somme erogate o rimborsate alla generalità o a categorie di dipendenti dal datore di lavoro o le spese da quest’ultimo direttamente sostenute, volontariamente o in conformità a disposizioni di contratto, di accordo o di regolamento aziendale, per l’acquisto degli abbonamenti per il trasporto pubblico locale, regionale e interregionale *del dipendente e dei familiari indicati nell’articolo 12*”, a condizione, tuttavia, stavolta, che gli stessi siano fiscalmente a carico, stante il richiamo alle “condizioni previste nel comma 2 del medesimo articolo 12”³³.

Dopo questa fase ‘proattiva’, la legge di Bilancio 2019 (l. 30 dicembre 2018 n. 145) è stata da taluno considerata una “battuta d’arresto”³⁴ al *welfare* aziendale, poiché, rispetto agli anni precedenti, non ha introdotto interventi migliorativi alle agevolazioni previste dal 2016 in poi; tuttavia, è pur vero che essa non ha comportato alcuno stravolgimento del quadro normativo vigente, con la conseguenza che gli incentivi in essere sono rimasti tali³⁵.

³¹ Ipotesi che rappresenta la regola generale della detassazione dei cc.dd. *fringe benefit*, di cui si dirà a breve.

³² Per maggiori chiarimenti sul regime delle polizze sanitarie, v. SPECCHIULLI, *Risoluzione Agenzia delle Entrate: polizze di assistenza sanitaria* (articolo del 6 Febbraio 2017), in www.assinews.it.

³³ A proposito di trasporti, si ricorda, per dovere di completezza, che la lettera *d*) del medesimo comma 2 esclude dal reddito di lavoro dipendente i servizi di trasporto collettivo offerti alla generalità o a categorie di dipendenti, “anche se affidate a terzi ivi compresi gli esercenti servizi pubblici”.

³⁴ Cfr. SANTONIV., *Welfare aziendale: la Legge di Bilancio 2019 segna una battuta d’arresto* (articolo del 9 gennaio 2019), in www.secondowelfare.it.

³⁵ La manovra indicava piuttosto una serie di interventi prioritari che il Governo inten-

Nemmeno le successive Leggi di Bilancio, per il 2020 e per il 2021, sono intervenute sull'impianto esistente, se non in relazione ad alcuni aspetti concernenti i cc.dd. *fringe benefit*, in relazione ai quali pare opportuno proporre qualche considerazione, dato l'impianto completamente diverso che li caratterizza: si tratta infatti non di prestazioni con finalità preminentemente sociali, offerte alla generalità dei dipendenti – o a specifiche categorie – ed ai loro familiari, bensì di emolumenti accessori alla retribuzione, riportati nella busta paga, erogabili *ad personam*, che concorrono *in parte* alla formazione del reddito di lavoro dipendente. In deroga alla regola di *onnicomprensività*, secondo cui gli emolumenti in denaro ed i valori corrispondenti ai beni/servizi percepiti dal dipendente in relazione al rapporto di lavoro concorrono alla determinazione del reddito di lavoro dipendente, il Tuir stabilisce (art. 51, co. 3, ultimo periodo) che i “beni ceduti e servizi prestati” dalle aziende ai propri dipendenti siano soggetti a prelievo fiscale, ai fini Irpef, solo per la parte che eccede i limiti fissati dalla legge, ovvero, secondo quanto disposto dallo stesso articolo, laddove il loro “valore normale”³⁶, determinato ai sensi dell'art. 9 Tuir, superi, nel periodo d'imposta, il tetto dei 258,23 euro annui. Classici esempi di *fringe benefit* sono il cellulare/tablet aziendale, l'auto aziendale, nonché buoni di vario genere³⁷ (ad es. buoni carburante, buoni

deva sostenere nel corso del 2019 attraverso il “Fondo per le politiche della famiglia, per le politiche giovanili e per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità”, tra cui anche iniziative ricomprese nell'articolo 9 della l. 8 marzo 2000 n. 53. Tale Fondo, lo si ricorda, è stato incrementato dalla Legge di Bilancio 2021 di 50 milioni di euro, da destinare al sostegno e alla valorizzazione delle misure organizzative adottate dalle imprese per favorire il rientro al lavoro delle lavoratrici madri dopo il parto e la conciliazione dei tempi di lavoro e dei tempi di cura della famiglia.

³⁶ Definito come “il prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e servizi della stessa specie o simili, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi” (art. 9, co. 3, Tuir). Per alcuni *benefit* il calcolo del valore rispetto al quale operare le trattenute/i benefici fiscali si basa su una determinazione forfettaria, che segue regole precise: così è per i beni/servizi di cui al co. 4 dell'art. 51 Tuir.

³⁷ Si ricorda che il comma 3-*bis* dell'art. 51 Tuir ha previsto la possibilità di corrispondere i *benefit* di cui ai commi 2 e 3 del medesimo articolo mediante titoli di legittimazione, ovvero nella forma di *voucher*, cartacei o elettronici, riportanti un valore nominale. Il principio generale, precisato dal d.i. del 25 marzo 2016, art. 6, co. 1, prevede che i *voucher* diano diritto “a un solo bene, prestazione, opera o servizio per l'intero valore nominale” (*voucher c.d. monouso*); tuttavia, è prevista una deroga per “i beni e servizi di cui all'articolo 51, comma 3, ultimo periodo del TUIR”, che possono essere “cumulativamente indicati in un unico documento di legittimazione purché il valore complessivo degli stessi non ecceda il limite di importo di 258,23 euro”

spesa, o per l'acquisto di libri, nonché abbonamenti per il trasporto pubblico, anche per percorsi diversi da quello casa-lavoro ed in giorni non lavorativi, come chiarito nella Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 126 del 5 giugno 2007", sino ai classici buoni pasto, soggetti ad un regime a parte), ma la gamma di prestazioni erogabili, secondo apposite convenzioni, è infinita, e copre naturalmente anche l'ambito previdenziale e sanitario. Ora, da un lato, pur laddove si tratti di beni/servizi strettamente 'personali', è evidente che il risparmio del prestatore si traduce in un vantaggio economico per la famiglia. D'altra parte, niente esclude che anche gli stessi familiari (ai sensi del già citato art. 12 Tuir), pur non fiscalmente a carico, possano essere destinatari dei "beni ceduti e servizi prestati", come esplicitato nella prima parte del terzo comma dell'articolo 51³⁸: ad esempio (per richiamare un settore sempre in auge, soprattutto nel momento storico che stiamo vivendo), laddove previsto contrattualmente, nella veste di beneficiari di prestazioni mediche specialistiche, in virtù del versamento di contributi, da parte del lavoratore o del datore di lavoro, ai fini dell'assistenza sanitaria integrativa, alle condizioni e nei limiti di cui all'art. 51, co. 2, lett. a)³⁹.

Ancora, vi sono dei beni e valori, indicati nel comma 4 del medesimo articolo, e soggetti ad autonomi criteri di forfettizzazione (autovetture ad uso promiscuo, prestiti e alloggi assegnati ai dipendenti, cui si è aggiunta la concessione gratuita di viaggi ai dipendenti del settore ferroviario)⁴⁰ – cui

(art. 6, co. 2, del d.i.): si parla, in tali casi, di *voucher cc.dd. cumulativi*. Essi possono dunque rappresentare una pluralità di beni – determinabili ad esempio tramite il rinvio ad un elenco contenuto in una piattaforma elettronica – che il dipendente può combinare, a sua scelta, entro la soglia dei 258,23 euro.

³⁸ V. in proposito anche la Circolare n. 326/1997 del Ministero delle Finanze, par. 2.3.1.

³⁹ Tali versamenti, lo si ricorda, sono non tassabili fino ad un massimo di 3.615,20 euro. In argomento, v. la Risposta all'Interpello n. 443 del 6 ottobre 2020 dell'Agenzia delle Entrate. Cfr. GAVI, *Welfare aziendale, cassa e spese mediche: esclusione dal reddito o fringe benefit?* (articolo del 7 ottobre 2020), in www.informazionefiscale.it.

⁴⁰ Il comma 160, lett. b), della legge di Bilancio 2017, ha esteso l'ambito di operatività dell'articolo 1, comma 184, della legge di Stabilità 2016, consentendo la sostituzione del premio di risultato anche con i *benefit* previsti al comma 4 dell'art. 51 Tuir: peraltro, come precisato nella circolare n. 5/E/2018, questi ultimi, "erogati a richiesta del dipendente in sostituzione e nei limiti di valore del premio agevolabile, sono ... assoggettati a tassazione ordinaria assumendo come base imponibile il valore determinato sulla base dei criteri dettati dal comma 4 dell'art. 51 del Tuir. La parte del premio eccedente il valore del benefit di cui al comma 4 resta assoggettata ad imposta sostitutiva o a tassazione ordinaria a scelta del lavoratore, ovvero potrà essere sostituita con gli altri benefit di cui all'art. 51 del Tuir".

anche si applica la soglia dei 258,23 euro⁴¹ – che, pur erogati al dipendente, interessano indubbiamente anche i familiari: si pensi all'alloggio fornito dall'azienda, che risulta una *facility* a vantaggio dell'intero nucleo convivente, o all'auto in uso promiscuo – utilizzata dal dipendente sia per finalità aziendali che per uso personale – che può, salvo espresso divieto, essere usata anche dai familiari, e viene tassata per la sola parte riferita all'uso privato: a tal riguardo, per favorire la “transizione ecologica”, la Legge di Bilancio per il 2020 (art. 1, co. 632) ha sostituito integralmente la lett. a), co. 4, dell'articolo 51 Tuir, rimodulando i criteri di “valorizzazione fiscale” dei veicoli aziendali di nuova immatricolazione concessi ai dipendenti e agli amministratori di società (con contratti stipulati a decorrere dal 1° luglio 2020) in base ai livelli di emissioni CO₂ dell'auto considerati nelle nuove tabelle ACI, penalizzando le auto più inquinanti a favore mezzi ibridi ed elettrici⁴² e riducendo la soglia del *fringe benefit* da tassare sui veicoli più ecologici, passando dal 30 al 25% per le percorrenze medie di 15 mila chilometri l'anno. Per il 2021, nella stessa ottica, è stato previsto un aggravio sulla tassazione delle auto aziendali a uso promiscuo *non ecologiche*. Come è stato evidenziato, sul punto, “l'aumento della tassa auto rischia di ricadere esclusivamente sui dipendenti, in quanto una percentuale più alta di *fringe benefit* da tassare influisce sul reddito, dunque sulle imposte da versare allo Stato. L'aggravio potrebbe essere molto oneroso, soprattutto per l'uso di veicoli con emissioni di CO₂ oltre i 160 g/Km”.

Sul fronte della soglia di non imponibilità dei *fringe benefit*, proprio in virtù del vantaggio che il risparmio del lavoratore, a qualunque titolo, comporta per il nucleo familiare, è da ritenersi assolutamente apprezzabile l'elevazione, nel pieno della crisi pandemica, della franchigia, portata dal d.l. 14 agosto 2020 n. 104 (c.d. Decreto Agosto, art. 112, co. 1), a 516,46 euro, ma solo, in via transitoria, per lo stesso anno. La conferma del raddoppio della franchigia per l'anno in corso non è arrivata, come ci si aspettava, con la Legge di Bilancio per il 2021, ma vi ha provveduto la legge di conversione del Decreto Sostegni (d.l. 22 marzo 2021 n. 41), n. 69 del 21 maggio 2021.

⁴¹ V. la Circolare n. 326/1997 Min. Fin., cit.

⁴² Cfr. in proposito la Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 46 del 14 agosto 2020.

4. *Il welfare aziendale dentro e fuori le Leggi di Bilancio: limiti e prospettive*

Il *welfare* aziendale è un fenomeno in continua crescita, pur a dispetto della situazione emergenziale che stiamo vivendo da ormai oltre un anno e mezzo. I dati del recente *IV Rapporto Censis-Eudaimon* sul *welfare* aziendale, del Marzo 2021, mostrano, nell'*annus horribilis*, un incremento della conoscenza del fenomeno tra i lavoratori, in particolare tra operai ed esecutivi, come è in crescita la sua buona reputazione, dal momento che “quasi 8 lavoratori su 10 vorrebbero conservare e/o potenziare e/o introdurre nella propria azienda servizi e prestazioni di *welfare* aziendale”⁴³.

Partire dal mutamento di paradigma che le più recenti Leggi di Bilancio hanno impresso al sistema di *welfare* aziendale è doveroso: gli interventi in questione hanno posto certamente le basi per ‘alleggerire’ in maniera consistente la gestione della vita dei dipendenti e delle proprie famiglie, aprendo le porte, per le aziende, alla possibilità di predisporre, in linea teorica, un *range* di servizi multistaccato soggetto ad importanti vantaggi fiscali e contributivi⁴⁴. All’aumento del potere di acquisto (sia per le agevolazioni fiscali che economiche, legate alle offerte competitive degli esercenti in convenzione con l’azienda) si affianca la semplificazione consistente già solo nella stessa predisposizione, su piattaforma, di beni/servizi erogati dalla stessa azienda o mediante convenzioni con appositi fornitori, e dunque reperibili con immediatezza, dal lavoratore, il quale, come si è anticipato, con una famiglia alle spalle, si troverà responsabilizzato delle scelte che vorrà effettuare in fase di conversione del premio di risultato. Questo dato evidenzia ancor di più, a mio parere, il limite intrinseco dell’impalcatura legislativa, formulata con un anacronistico riferimento alla *famiglia* non al passo coi tempi, che, al di là del nucleo più stretto, privilegia, in relazione agli “altri” familiari, richiamando l’art. 433 cod. civ. (che riguarda lo specifico obbligo di prestare gli alimenti), un dato meramente formale (la coabitazione) a scapito di quella convivenza che la Suprema Corte ha identificato con la condivisione di un

⁴³ Cfr. p. 4 del Rapporto.

⁴⁴ I dati elaborati da Edenred, il principale *provider* per i servizi di *welfare* aziendale in Italia – che ha esaminato le scelte di imprese e lavoratori in materia di *welfare* aziendale nel 2020, nell’ambito di un campione formato da oltre 3.000 aziende clienti e circa 500.000 lavoratori che utilizzano la sua piattaforma – mostrano che le prestazioni più apprezzate riguardano i *fringe benefit* (come i buoni spesa o le card acquisto), l’area dell’istruzione dei figli, l’ambito ricreativo e del tempo libero, la previdenza complementare e la sanità integrativa.

progetto di vita, arrivando al paradosso di privilegiare, tra i possibili destinatari dei *benefit* agevolati, sinanche i coniugi legalmente separati rispetto ad affetti stabili e duraturi basati sull'assunzione spontanea e volontaria di un impegno reciproco di assistenza morale e materiale.

Al di là di queste considerazioni, fermarsi all'ambito economico-fiscale non renderebbe il giusto tributo ad un fenomeno che, per sua stessa natura, in quanto indefinito, normativamente, apre le porte ad altrettanto indefinite possibilità di curare il *benessere* dei lavoratori⁴⁵: un concetto parimenti ampio, che abbraccia, accanto alla dimensione fisica, una componente psicologico-emotiva nella quale il senso di appagamento e soddisfazione ricollegati alla qualità del lavoro e delle relazioni di lavoro⁴⁶ rappresenta un fondamentale, seppur non unico, tassello: riprova evidente è il fatto che gli interventi che definiamo 'di *welfare* aziendale' abbracciano la dimensione personale e – per l'appunto – *familiare* del lavoratore.

V'è da dire, peraltro, ed è un dato certamente positivo, che le opportunità legislative sono state subito colte dalla contrattazione collettiva, a partire da quella nazionale, che, nei recenti rinnovi, a partire dal 2016, prevede con sempre maggior frequenza che le aziende mettano a disposizione dei dipendenti strumenti di *welfare* aziendale per una cifra annua di importo variabile e tendenzialmente crescente nel triennio di riferimento⁴⁷. Anche a livello aziendale la situazione è in continuo divenire: i dati sulla detassazione del Ministero del Lavoro mostrano come dal 2016 in poi si sia registrata una crescita esponenziale dei contratti integrativi che prevedono il premio di pro-

⁴⁵ Inteso altresì nell'accezione di *benessere organizzativo*, anch'esso carente di una "chiara ed inequivocabile definizione legislativa" (PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi*, in *Prisma. Economia, Società, Lavoro*, n. 1/2016, p. 21; in argomento v. anche LAFORGIA, *Tutela della salute e sicurezza, benessere dei lavoratori e legalità: interconnessioni organizzative e giuridiche*, in *DSL*, 2016, n. 1, p. 126 ss.).

⁴⁶ Anche in termini di fidelizzazione: si consenta il rinvio a MURENA, *Welfare aziendale e fidelizzazione dei lavoratori*, in *LDE*, n. 3/2020.

⁴⁷ Apripista è stato il CCNL del settore metalmeccanico, cui hanno fatto seguito, tra i primi, gli orafi-argentieri-gioiellieri ed il settore delle telecomunicazioni. In argomento, v. SANTONI V., *Il welfare nella contrattazione collettiva: un fenomeno ancora in crescita* (articolo del 21 settembre 2020), in www.secondowelfare.it; ID., *Secondo welfare e contrattazione, leve strategiche per le nuove sfide sociali* (articolo del 2 luglio 2020), *ivi*. Ancora, BARAZZETTA, SANTONI, *Welfare aziendale e contrattazione: sfide e opportunità per le parti sociali*, in MAINO, FERRERA, *Nuove alleanze per un welfare che cambia. Quarto Rapporto sul secondo welfare*, 2019, cap. 3, consultabile sempre in www.secondowelfare.it.

duttività, da 9mila a oltre 64mila, con un buon numero di attivazioni sul versante del *welfare* aziendale (dati aggiornati al 15 luglio 2021)⁴⁸.

Cresce anche l'attenzione al fenomeno da parte delle PMI⁴⁹ – che rappresentano la realtà produttiva più diffusa, sul nostro territorio – poiché ne aumenta la conoscenza⁵⁰. Pur tuttavia, come è evidente, le disparità economiche si fanno sentire: le piccole imprese hanno infatti maggiori difficoltà ad implementare misure di *welfare* aziendale, come emerge anche dai più recenti dati Edenred. Ancora, il divario dimensionale sembra influire sulle relazioni sindacali: il rapporto *Welfare Index Pmi* del 2020 mostra come il dialogo con i sindacati sia molto differenziato in relazione alla dimensione delle aziende, poiché la gran parte di esse – soprattutto le più piccole – non ricerca il coinvolgimento dei sindacati nell'adottare e gestire le politiche di *welfare*, e, anzi, il confronto risulta diminuito, rispetto al 2017 (anno del *Primo Rapporto Welfare Index PMI*), passando dal 24,5 al 21,3% nel 2020. Anche il coinvolgimento dei lavoratori non appare soddisfacente: il *Rapporto* evidenzia infatti come solo il 30,2% delle aziende prese in considerazione gestisca le politiche di *welfare* rilevando i bisogni dei lavoratori e i livelli di soddisfazione per le iniziative adottate, mentre il 49,5% non attua alcuna forma di coinvolgimento della forza-lavoro prima di adottare piani di *welfare*.

Per altro verso, il *welfare* aziendale accentua inevitabilmente le differenze territoriali: i dati elaborati dal Ministero del lavoro sul deposito dei contratti

⁴⁸ Il Report, più nello specifico, indica che sono state depositate 64.575 dichiarazioni di conformità; di queste, 11.098 si riferiscono a contratti tuttora attivi (8.707 contratti aziendali e 2.391 territoriali). Dei 11.098 contratti attivi, 6.367 prevedono misure di *welfare* aziendale. In termini scettici, si è osservato peraltro come i dati relativi al deposito dei contratti rappresentino “una fotografia indiscutibilmente parziale di quanto riconducibile al welfare aziendale [...]”, sia per il mancato riscontro delle misure applicate a livello aziendale rispetto alle previsioni della contrattazione di settore, sia perché i dati estrapolati nulla dicono “in termini qualitativi rispetto a contenuti concreti, funzioni, dinamiche applicative ed effettiva rispondenza” delle misure di welfare “ai bisogni delle persone e delle stesse imprese al di là di una pur importante riduzione del costo del lavoro”: *Welfare for people. Primo rapporto su Il welfare occupazionale e aziendale in Italia*, promosso da Ubi Banca e Adapt, Adapt University Press, 2018, p. 19.

⁴⁹ Agevolate, lo si ricorda, dalla possibilità di recepire accordi-quadro territoriali per avvantaggiarsi dei benefici fiscali e contributivi di cui alla normativa fiscale: cfr. nota 13.

⁵⁰ Il *Welfare Index PMI* del 2020, paragonando i dati più recenti a quelli del *Primo Rapporto*, datato 2017 (entrambi consultabili in www.welfareindexpmi.it), mostra come l'indice di conoscenza del fenomeno sia passato dal 29,8% nel 2017 al 38,6%. Le imprese che adottano piani di *welfare* aziendale, avvalendosi delle agevolazioni fiscali, sono passate negli stessi anni dall'1% al 19,6% di quelle che ne sono a conoscenza, pari al 7,6% del totale.

collettivi ai fini della detassazione del premio di produttività evidenziano, in relazione alla distribuzione geografica per ITL competente, che il 75% delle aziende è concentrato al Nord, il 17% al Centro e solo l'8% al Sud, con una prevalenza del settore dei Servizi (60%) e dell'Industria (39%), mentre l'Agricoltura si attesta all'1%.

Al di là delle, ahimè, inevitabili disparità tra contesti tanto diversi, un punto cruciale, sul quale vorrei soffermarmi brevemente, anche in virtù degli spunti offerti dal perdurare della pandemia, riguarda l'impossibilità di attivare un valido piano di *welfare* aziendale non tarato sul *target* e sulle esigenze concrete, e mutevoli, nei diversi contesti storici, della compagine aziendale; è evidente, infatti, che i dati anagrafici e, perché no, lo 'stato civile', guideranno i desideri e le necessità dei singoli verso certi *benefit* piuttosto che altri; i lavoratori sposati e con figli propenderanno probabilmente per servizi dedicati al *work-life balance*, alla cura ed all'istruzione dei figli (assistenti familiari, *baby sitter*, asilo aziendale/interaziendale, servizi per i periodi di vacanza scolastica, centri educativi e doposcuola); quelli giovani e *single* per l'area ricreativa (card per acquisti, abbonamenti di vario tipo, promozioni per viaggi e soggiorni, etc.); quelli più in là con gli anni per l'area previdenziale. Il dato è confermato dalla ricerca condotta da Edenred nel 2020, che evidenzia come "Le scelte dei lavoratori sembrano dipendere soprattutto da due variabili: l'età dei beneficiari e la disponibilità di spesa ... Sembrano esserci dei picchi di consumo del credito welfare per i rimborsi in materia di istruzione e educazione dei figli tra coloro che hanno tra i 35 e i 59 anni (dal 30% al 35% circa della spesa complessiva per queste fasce d'età) e un aumento sostanzioso dei versamenti verso enti o casse di previdenza complementare per coloro che hanno più di 55 anni (dal 30% al 45% circa). I lavoratori più giovani (al di sotto dei 35 anni) tendono invece a prediligere le prestazioni relative all'area ricreativa e del wellness"⁵¹.

Per altro verso, è evidente che il tragico momento storico che stiamo vivendo ha capovolto alcune prospettive, nella considerazione personale dei *benefit*: a prescindere da ogni *target*, la situazione emergenziale ha accomunato i lavoratori nell'apprezzamento di prestazioni mediche⁵² (*check up*, tamponi,

⁵¹ Cfr. SANTONI V., *Il welfare aziendale nell'anno della pandemia* (articolo del 14 aprile 2021), in www.secondowelfare.it; v. anche, in argomento, ID., *La contrattazione aziendale durante il Covid: il report di CGIL e Fondazione Di Vittorio* (articolo del 31 marzo 2021), *ivi*. Il Report, *La contrattazione di secondo livello al tempo del Covid-19*, del Febbraio 2021, curato dall'Osservatorio Cgil-Fdv, è consultabile nello stesso sito.

⁵² A discapito, magari, di *benefit* concernenti la mobilità (auto aziendale, abbonamenti a

servizi di assistenza sanitaria anche e soprattutto a distanza), anche in termini di polizze assicurative per la tutela dei rischi da Covid-19⁵³. Per alcuni servizi, poi – mi riferisco in particolar modo a tutti gli accertamenti diagnostici volti a verificare l’eventuale presenza del virus: tamponi, test sierologici, etc. – sorge proprio il dubbio che si possa parlare di *benefit*, rappresentando essi piuttosto l’estrinsecazione di un preciso obbligo del datore di tutelare la salute e la sicurezza dei propri dipendenti, creando le condizioni per un ambiente salubre.

Al di là di questo, le esigenze da soddisfare possono essere le più diverse; un esempio illuminante, in tal senso, riguarda l’azienda ICCOM, che si occupa della fornitura di internet nel Nord-Ovest del Paese: ebbene, tale azienda ha recentemente realizzato, in autonomia, senza il coinvolgimento di nessun operatore o *provider* di *welfare* aziendale, un piano per rispondere ai nuovi bisogni emersi tra i propri dipendenti a seguito della pandemia; alla base del progetto c’è stato un lungo percorso di ascolto e interlocuzione con tutti i collaboratori dell’azienda, finalizzato alla conoscenza dei loro bisogni sociali. Il progetto “Welfare4You” ha previsto l’erogazione di servizi di varia natura che agevolano la vita familiare: sul versante educativo, ad esempio, sono state introdotte convenzioni con alcune scuole per l’infanzia; la copertura di parte del costo della retta scolastica, come anche la possibilità di usufruire gratuitamente di un pacchetto di ore di *baby sitter*. Ancora, sul versante del sostegno ai soggetti fragili, ICCOM, grazie all’accordo stipulato con una cooperativa, ha consentito ai lavoratori di accedere all’assistenza domiciliare di familiari anziani o non autosufficienti, parzialmente pagati dall’azienda stessa. È stata sinanche introdotta la figura del “maggior-domo aziendale”, assunto per svolgere piccole commissioni per i dipendenti (come la ricezione e la consegna dei pacchi in azienda, il pagamento delle bollette, piccole spese e così via) in base ad un calendario condiviso.

Ma vi è di più: la lunga fase pandemica ha posto in rilievo alcune situazioni critiche endofamiliari, o che comunque si ripercuotono sul nucleo familiare; mi riferisco in particolare all’acclarato aumento della violenza

trasporti pubblici) che, in epoca di *smart-working* e di forti restrizioni agli spostamenti, si sono rivelati non tanto utili, se non addirittura rischiosi.

⁵³ Nella circolare n. 11 del 6 maggio 2020 l’Agenzia delle Entrate ha espressamente ricondotto all’alveo dell’art. 51, co. 2, lett. *f-quater*), Tuir, i contributi versati a copertura di tali polizze, ritenendoli, come tali, elementi che non concorrono alla formazione del reddito di lavoro dipendente (pp. 24-25).

domestica⁵⁴, legata alla convivenza forzata, ed al silente diffondersi di una sindrome depressiva da *burnout*⁵⁵, agevolata dal prolungato isolamento lavorativo in modalità agile, che troppo spesso sfuma i contorni fra vita privata e lavorativa. Al riguardo, un sostegno psicologico, anche a distanza, potrebbe rivelarsi di grande aiuto per il benessere lavorativo e personale dei dipendenti e, di conseguenza, dei relativi nuclei familiari. Sportelli informativi e di consulenza sanitaria, legale, psicologica, predisposti dalle stesse aziende, possono agevolare un percorso di serenità in direzione di un recupero almeno parziale della normalità. Relativamente alla violenza domestica – al di là delle fattispecie più gravi – “anche le aziende e le parti sociali possono avere un ruolo nel limitare questo fenomeno e portare alla luce situazioni di fragilità”: la violenza di genere, nella sua multidimensionalità, può essere affrontata con campagne di sensibilizzazione e la predisposizione di appositi sportelli “per dare la possibilità ai lavoratori e alle lavoratrici di ricevere una ‘presa in carico leggera’ che sia in grado di affiancare, consigliare e orientare”⁵⁶.

Questo è solo uno degli spunti per comprendere l'importanza della predisposizione di servizi di diverso genere aperti a *tutti* i lavoratori, a prescindere dalla tipologia contrattuale. Il *welfare* aziendale, infatti, per sua stessa natura, rappresenta un grande “rischio di frattura sociale”⁵⁷, innanzitutto perché rimarca, ancora una volta, la differenza tra lavoratori subordinati e ‘tutti gli altri’; un *gap*, questo, che pesa come non mai nella fase attuale, in cui i lavo-

⁵⁴ Come dimostrano, ad esempio, due indagini nazionali, condotte tra marzo e aprile 2020, dall'Istituto di ricerche sulla popolazione e le politiche sociali del Cnr (Osservatorio Mutamenti Sociali in Atto Covid-19), consultabili in www.cnr.it.

⁵⁵ L'Organizzazione Mondiale della Sanità, nella nuova revisione dell'*International Classification of Disease* (Icd) – la tabella globale che racchiude tutte le patologie e le condizioni di salute – ha per la prima volta riconosciuto il *burnout* come “fenomeno occupazionale”, definendolo alla stregua di “sindrome” derivante da una problematica di stress lavoro correlato non adeguatamente gestita; pur tuttavia, esso non rientra nella categoria delle “malattie”, ma viene inserito nel capitolo dedicato ai “fattori che influenzano lo stato di salute o il contatto con i servizi sanitari”. L'undicesima versione dell'Icd è stata presentata all'Assemblea mondiale della sanità nel maggio 2019, e sarà adottata dagli Stati membri dal gennaio 2022.

⁵⁶ SANTONI V., *Il ruolo delle imprese e del welfare aziendale nel contrasto alla violenza di genere* (articolo del 10 marzo 2021), in www.secondowelfare.it. Dalla collaborazione tra *Welfare Come Te* e *WeWorld onlus* nasce *Sostegno Donna*: la prima iniziativa dedicata alle aziende “con l'obiettivo di ridurre la violenza domestica quale paradigma delle relazioni tra uomini e donne (6 milioni le donne vittime di violenza in Italia – Istat 2015) e favorire l'empowerment femminile” (cfr. www.weworld.it), che rappresenta fra l'altro una delle linee di intervento del PNR (Piano nazionale di ripresa e resilienza).

⁵⁷ CARUSO, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale*, cit., p. 387.

ratori più penalizzati sono quelli autonomi/parasubordinati e, di riflesso, le rispettive famiglie⁵⁸.

A prescindere dalla tipologia, c'è un elemento che sembra accomunare un po' tutti i lavoratori, ed è l'incertezza del futuro, che pesa come un macigno sui destini personali e familiari di ognuno: i dati che emergono dal *IV Rapporto Censis-Eudaimon sul welfare aziendale* confermano tale evidenza, sottolineando che “tra i lavoratori, l'ottimismo aziendale e le future priorità competitive [delle aziende] si tramutano in altrettante paure”, tra cui quella collegata alla perdita del posto di lavoro⁵⁹: un elemento cruciale, che scoraggia certamente il compimento di passi come il matrimonio. Ecco allora che *welfare aziendale* può significare anche elaborare soluzioni contrattate che agevolino la stabilità lavorativa: bypassando il Catuc (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23)⁶⁰, ma anche superando, per altro verso, le rigide maglie del Decreto dignità sui contratti a termine⁶¹, il quale, pur orientato a combattere la precarietà, l'ha indirettamente favorita ed accelerata, visto l'alto numero di contratti scaduti (nei 12 o 24 mesi) non convertiti in altrettanti contratti tempo indeterminato.

⁵⁸ Basti pensare a quanto accaduto con il Decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020 n. 176): all'art. 10-*bis* esso ha disposto la detassazione di contributi, indennità e di ogni altra misura a favore di imprese e lavoratori autonomi relativi all'emergenza COVID-19; l'Agenzia delle Entrate (Risposta n. 273/2021) ha precisato, a tal riguardo, che la normativa in questione ha voluto riconoscere il beneficio in parola non solo a quanti “siano titolari di un reddito di lavoro autonomo professionale, ovvero a coloro che esercitano un'arte e una professione”, ma anche, più in generale, “ai lavoratori autonomi, ovvero ai soggetti che svolgono un'attività di lavoro senza vincolo di subordinazione”, anche “senza partita IVA, con contratto di lavoro occasionale o con contratto di cessione del diritto d'autore”; tuttavia, ha chiarito l'Ente fiscale, il Decreto ha escluso dal beneficio i lavoratori autonomi con contratto di collaborazione ed i lavoratori parasubordinati iscritti alla gestione separata (collaboratori coordinati e continuativi/lavoratori a progetto), poiché si tratta di tipologie contrattuali che, ai sensi del Tuir (art. 50, co. 1, lett. *c-bis*), generano reddito assimilato a quello di lavoro dipendente (cfr. pp. 5-6).

⁵⁹ “Un orizzonte cupo, segnato nel privato dal rischio licenziamenti, amplificato dalla già avvenuta sforbiciata dei contratti a tempo determinato” (p. 5 del Rapporto).

⁶⁰ Sono diversi gli accordi che, con diverse formule ed accortezze, bypassano le regole del d.lgs. 23/2015, nell'intento di garantire ai nuovi assunti l'applicazione dell'art. 18 St. lav.V., per tutti, l'accordo Acea, del 2018, definito allora “il più importante accordo sottoscritto finora che prevede il ripristino dell'articolo 18 della legge 300 in modo esplicito ed inequivocabile, com'era prima dell'entrata in vigore del Jobs Act”.

⁶¹ Per i quali, lo si ricorda, il Decreto Sostegni ha consentito, fino al 31 Dicembre 2021, entro la durata massima complessiva di 24 mesi, rinnovi e proroghe, pur nel limite di 12 mesi e per una sola volta, anche in assenza delle causali e senza l'obbligo di rispettare la regola dello *Stop & go*.

Proprio a proposito di ‘tempo’, le famiglie *hanno bisogno di tempo*. Ed i lavoratori hanno bisogno di tempo da dedicare alle proprie famiglie. Da questo punto di vista, la pandemia è riuscita dove nessuno era riuscito prima di allora, ‘stanando’ il lavoro agile, pressoché dormiente, nonostante la disciplina legislativa del 2017, e rendendolo strumento principe di un nuovo modo di concepire la prestazione lavorativa, favorendo, *in primis*, la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, ma consentendo anche di apprezzarne finalmente in maniera più consistente gli aspetti positivi legati proprio alla agevolazione della conciliazione tra vita personale/familiare e professionale. Ma le opportunità naturalmente non si esauriscono qui, poiché le aziende possono implementare il *benessere* dei propri lavoratori attraverso forme diverse di flessibilità organizzativa, in un’ottica di conciliazione vita-famiglia-lavoro: si pensi al *part-time*, particolarmente utile quando si debba assistere i figli o soggetti particolarmente fragili, anziani o portatori di handicap; a politiche concordate di *flessibilità oraria* in entrata e in uscita; ai *congedi*, particolarmente utili durante la chiusura delle scuole⁶²; alla *banca delle ore*, che consente di accantonare le ore di lavoro svolte in eccedenza rispetto al normale orario di lavoro per fruirne in un momento successivo come permessi; alla *cessione solidale delle ferie tra colleghi*, oppure ancora, volgendo lo sguardo verso soluzioni innovative approntate dalla contrattazione nazionale, alla *possibilità* – prevista ad esempio nel nuovo CCNL elettrici – di *‘convertire’ i possibili premi di risultato* annuali stabiliti dalla contrattazione di secondo livello *in giornate di permesso* e, perciò, in ‘tempo’.

Concludendo, se è vero che molto è stato fatto, la strada è ancora lunga, dal punto di vista della conoscenza del fenomeno e dell’affinamento degli strumenti per la sua implementazione. Del resto, come si è già detto, il *welfare* aziendale deve smarcarsi da quella lettura che lo relega all’ombra dell’attore statale alla stregua di *secondo welfare*, poiché il rischio è quello di un importante arretramento delle politiche aziendali laddove venissero meno gli incentivi che le recenti normative hanno reso strutturali. Certo, è evidente che tale fenomeno è strettamente legato alle opportunità, sotto forma di sgravi e di contributi, che lo Stato fornisce alle aziende, troppo spesso – e mai come

⁶² Cui i più recenti provvedimenti governativi hanno dato grande impulso, per fronteggiare le difficoltà derivanti dall’emergenza Covid: cfr. il Decreto Cura Italia, d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020 n. 27); il Decreto Rilancio, d.l. 19 maggio 2020 n. 34 (conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77); il Decreto Agosto, d.l. n. 104/2020 (conv. in l. 13 ottobre 2020 n. 126); il Decreto Sostegni, d.l. 22 marzo 2021 n. 41 (conv. in l. 21 maggio 2021 n. 69).

in questo periodo – in affanno per poter investire adeguatamente sui propri dipendenti, ma è anche vero che le buone prassi che si stanno via via diffondendo sono lo specchio di una rivoluzione nelle modalità di concepire e gestire le risorse umane che non può essere trascurata, specchio della consapevolezza delle ricadute positive in termini di fidelizzazione e di produttività.

La regolamentazione del premio di produttività e dei *flexible benefit*, espressione positiva del reciproco sostegno fra Stato ed imprese, non deve mai rappresentare una sorta di ‘deresponsabilizzazione’ dell’attore pubblico, poiché l’intervento privato non può surrogare la rete di prestazioni universalistiche che il sistema pubblico deve garantire. Diventa, anzi, di fondamentale importanza, soprattutto per le imprese più piccole, puntare sulla sinergia tra pubblico e privato, al fine di creare reti territoriali di prestazioni attente alle esigenze delle comunità locali di riferimento⁶³. Solo così il *welfare* aziendale può rappresentare egregiamente la strategia c.d. *win-win-win*, dove “vince l’impresa, che incrementa la produttività del dipendente e la sua fidelizzazione societaria; vince il lavoratore, che ottiene servizi di costoso accesso sul mercato senza subire la tagliola della invadente tassazione; vince lo Stato, che ‘scarica’ sulle imprese la responsabilità (non certo l’obbligo) di fornire alla società (per il tramite dei propri dipendenti) tutele previdenziali, assistenziali, sanitarie e culturali, una volta prerogativa dello stato sociale”⁶⁴.

⁶³ V., per tutti, sul tema, MAINO, RAZETTI, *Fare rete per fare welfare. Dalle aziende ai territori: strumenti, attori, processi*, Giappichelli, 2019, che analizza tra l’altro una serie di iniziative virtuose; queste, come altre, restano purtroppo diffuse prevalentemente, se non esclusivamente, nell’area del Centro Nord.

⁶⁴ MASSAGLI, *Welfare aziendale e PMI: un’esperienza difficile, ma possibile*, in ID. (a cura di), *Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana*, cit., p. XIII.

Abstract

L'A. affronta la tematica del *welfare* aziendale, con particolare attenzione al suo collegamento con la dimensione familiare, partendo dall'analisi dell'impianto proposto dalla Legge di Stabilità per il 2016 e dalle successive Leggi di Bilancio: gli sgravi, fiscali e contributivi, unitamente all'arricchimento del paniere di benefit erogabili dalle aziende, rappresentano delle indubbie *facilities* per il lavoratore ed il suo nucleo familiare. Tuttavia, la "classica" ricostruzione del fenomeno nella dimensione economico-fiscale sconta non pochi limiti, a partire dall'anacronistico riferimento ai "familiari di cui all'art. 12 Tuir", che privilegia il dato formale della *coabitazione* rispetto ad un più pregnante concetto di convivenza, da intendersi, secondo le indicazioni della Suprema Corte, come legame affettivo stabile e duraturo, pur non "formalizzato", sinonimo di condivisione di un progetto di vita. Più in generale, la lettura del *welfare* aziendale all'ombra del Tuir comporta il rischio di una sua "retrocessione" all'eventuale venir meno delle agevolazioni fiscali e contributive previste, e non rende il giusto tributo al cambio di mentalità operato in molte realtà produttive, sempre più attente al benessere della propria forza-lavoro. Si tratta di un fenomeno in continua crescita, anche nell'era della pandemia, che tuttavia sconta le inevitabili diversità tra realtà produttive, accentuando il divario tra *insider* ed *outsider*. La sua implementazione richiede una lettura attenta della compagine aziendale, nell'ambito di un dialogo costruttivo con le forze sindacali e di una auspicabile sinergia tra pubblico e privato, per ricercare le soluzioni più adatte a soddisfare necessità sempre mutevoli, che la dimensione economica non può certo esaurire.

The author addresses the issue of corporate welfare, with particular attention to its connection with the family dimension, starting from the analysis of the 2016 Stability Act and the subsequent Budget Acts: tax and social security reliefs, together with the enrichment of benefits payable by companies, can be considered as facilities for the worker and his family unit. However, the "classic" reconstruction of the phenomenon, in the economic-fiscal perspective, suffers many limits, starting with the anachronistic reference to "family members according to Article 12 of Tuir", which favours the formal data of cohabitation over a more pregnant concept of coexistence, to be interpreted, according to the indications of the Supreme Court, as a stable and lasting emotional bond, considered as a not "formalized", synonymous of sharing a life plan. More generally, the reading of corporate welfare in the shadow of the Tuir entails the risk of its "retrocession", due to the possible loss of the benefits provided by Law, and does not pay tribute to the change of mentality operating in many companies, which pay over and over more attention to the well-being of their workforce. Corporate welfare is a growing phenomenon, even in the era of the pandemic; however, it underlines the inevitable differences between different productive realities, and accentuates the gap between insiders and outsiders. Its implementation requires a careful reading of the company structure, in the context of a constructive dialogue with the trade unions and synergy between public and private, to seek the most suit-

able solutions to meet ever-changing needs, which the only economic dimension certainly cannot exhaust.

Keywords

Welfare aziendale, famiglia, leggi di Bilancio, benessere dei lavoratori, relazioni industriali.

Corporate welfare, Family, budget Acts, worker welfare, industrial relations.

Lina Del Vecchio

Il lavoro agile oltre l'emergenza

Sommario: **1.** Oggetto dell'indagine. **2.** Le finalità della disciplina di regolazione del lavoro agile, tra interventi anticipatori della contrattazione collettiva, art. 18, l. 22 maggio 2017 n. 81 e art. 1 d.P.C.M. 4 marzo 2020 n. 3. **3.** L'applicazione nel pubblico impiego. **4.** Gli elementi caratterizzanti del lavoro agile. **5.** Il patto di lavoro agile ed il lavoro agile "unilaterale". **6.** Le modalità di esecuzione della prestazione e l'esercizio del potere direttivo. **7.** Gli strumenti necessari a rendere la prestazione e il potere di controllo. **8.** Il potere disciplinare nel lavoro agile: l'individuazione delle condotte esterne sanzionabili. **9.** Flessibilità e limiti dell'orario. **10.** Il diritto alla disconnessione: la l. 6 maggio 2021 n. 61. **11.** La problematica distinzione tra lavoro agile e telelavoro: cenni. **12.** Subordinazione e smart working. **13.** Conclusioni.

I. *Oggetto dell'indagine*

Ora che i casi di positività al Coronavirus "scivolano" lentamente verso la cosiddetta "zona gialla", si pone nuovamente al centro dell'attenzione lo "*smart working* emergenziale", istituto introdotto in concomitanza con la pandemia per rispettare le limitazioni dovute all'emergenza sanitaria e per assicurare la continuità del lavoro e che ora si accinge a confrontarsi con i nuovi scenari che aprirà, auspicabilmente, la fase "*post Covid-19*".

È evidente che la disciplina emergenziale dello *smart working* – veicolata mediante disposti disseminati nei vari provvedimenti legislativi e comprensibilmente frammentata perché emanata a ridosso dell'evolversi dell'emergenza Covid-19 – "rincorre" la scadenza dello stato di emergenza e si proietta nel futuro.

Il cd. "Decreto Riaperture", d.l. 22 aprile 2021 n. 52, convertito con modificazioni dalla l. 17 giugno 2021, n. 87, infatti, ha permesso lo slittamento della data del termine per l'adozione dello "*smart working* emergenziale" nel settore privato.

Inoltre l'art. 11-*bis* del d.l. n. 52 del 2021 (modificando l'art. 263, d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020 n. 77, relativo alla disciplina del lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche ed assorbendo le disposizioni inserite nell'art. 1 del d.l. 30 aprile 2021, n. 56 ora abrogato) proroga lo *smart working* emergenziale per il pubblico impiego fino alla disciplina del medesimo da parte dei singoli contratti collettivi e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021¹ (mentre per i comparti sicurezza, difesa e soccorso pubblico la scadenza viene legata a quella dello stato di emergenza).

È ormai noto che ciò che milioni di lavoratori italiani stanno applicando, non è il “vero” lavoro agile² regolamentato dalla l. 81/17, ma una sorta di sperimentazione “forzata” di “home working” (in cui il lavoratore non ha possibilità di scegliere il luogo in cui lavorare, bensì è di fatto vincolato a restare a casa) che porta inevitabilmente con sé anche alcune criticità tipiche del telelavoro, come, ad esempio la difficoltà a disconnettersi e a mantenere un equilibrio tra vita privata e vita professionale.

Scopo del presente contributo è quello di analizzare (alla luce della regolamentazione del lavoro agile “ordinario e/o fisiologico” di cui alla l. 81/17) la recente incentivazione del lavoro agile collegato alla pandemia, le prospettive di una possibile uscita dall'approccio emergenziale dell'istituto e, soprattutto, le implicazioni di un possibile “lascito” delle norme emergenziali per una futura regolamentazione dell'istituto. L'analisi, quindi, si svolgerà su tre distinte linee direttrici: quella della l. 81/17, quella dello *smart working* disciplinato dalla normativa emergenziale ed, infine, quella della prospettiva sul futuro del lavoro agile.

Ciò apre una discussione più ampia e generale sull'“allineamento” tra il dato “fattuale” ed il dato “normativo”, scevra da un approccio ideologico

¹ Termine originariamente fissato dall'art. 19, d.l. 31 dicembre 2020 n. 183 (cd. “decreto Milleproroghe 2021”) al 31 marzo 2021. Sul lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni v. anche le indicazioni contenute in decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione il 19 ottobre 2020 che, alla luce di quanto stabilito dai d.P.C.M. 13 e del 18 ottobre, ha attuato le norme del cd. decreto “Rilancio” (d.l. 34/20). Ancora il d.P.C.M. 23 dicembre 2020, Dipartimento della funzione Pubblica recante “Misure per il lavoro agile nella pubblica amministrazione nel periodo emergenziale” che disponeva la proroga delle previsioni in materia di lavoro agile nell'ambito della Pubblica Amministrazione, di cui DM del 19 ottobre 2020, fino al 31 gennaio 2021.

² V.: CARINCI F., *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, p. 44 che ha parlato di una versione “edulcorata” dello *smart working*.

al lavoro agile, in uno scenario estremamente complesso e dinamico (anche dal punto di vista squisitamente organizzativo e manageriale)³ che vede all'orizzonte diverse strade: un graduale "riassorbimento totale" del lavoro agile oppure un uso come forma "normale" di lavoro⁴ o, infine, un "modello di lavoro misto" tra "presenza e lavoro agile"⁵.

Come si vedrà il lavoro agile collegato all'emergenza è probabilmente un "ibrido legislativo" "non è il lavoro agile della riforma del 2017, ma neppure il desueto telelavoro a distanza a postazione fissa. Mantiene ampi tratti regolativi del primo ma possiede una sostanziale affinità strutturale con il secondo; una sorta di ircocervo, quindi"⁶ che lascia aperte questioni delicate che non attengono, evidentemente, al solo mantenimento di elementi retributivi accessori collegati al lavoro in presenza.

2. *Le finalità della disciplina di regolazione del lavoro agile, tra interventi anticipatori della contrattazione collettiva, art. 18, l. 22 maggio 2017 n. 81 e art. 1 d.P.C.M. 4 marzo 2020 n. 3*

Il lavoro agile è stato introdotto nel nostro Paese ad opera della con-

³ Sul punto v., CELLI, *Il lavoro da remoto. Una sfida al cambiamento organizzativo per i manager*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 27 ss. e BENTIVOGLI, *Dal "controllo" alla libertà, i 5 passi per il nuovo lavoro*, *ivi*, p. 33 ss.

⁴ I dati dell'ultima edizione dell'Osservatorio *Smart Working* della *School of Management* del Politecnico di Milano, presentati il 3 novembre 2020 parlano di oltre sei milioni e mezzo di italiani attivi da remoto durante il lockdown, la quasi totalità delle grandi imprese ma anche il 58 per cento delle Pmi e il 94 per cento delle pubbliche amministrazioni in smart working. Nella fase più acuta dell'emergenza circa un terzo dei lavoratori dipendenti italiani è passato al lavoro agile, oltre dieci volte più dei 570mila censiti nel 2019. Al termine dell'emergenza l'Osservatorio del Politecnico di Milano stima che i lavoratori agili, che lavoreranno almeno in parte da remoto, saranno complessivamente 5,35 milioni, di cui 1,72 milioni nelle grandi imprese, 920mila nelle Pmi, 1,23 milioni nelle microimprese e 1,48 milioni nelle Pubbliche Amministrazioni. V.: AMATO, *Osservatorio Polimi: 6,58 milioni in smart working. E la maggior parte non tornerà indietro*, in https://www.repubblica.it/economia/2020/11/03/news/osservatorio_polimi_6_58_milioni_in_smart_working_e_la_maggior_parte_non_torneranno_indietro-272822943/.

⁵ Così come recentemente auspicato dal Ministro dell'innovazione tecnologica (v. www.corriere.it).

⁶ Così CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in RIDL, 2020, p. 215.

trattazione collettiva⁷, sia a livello nazionale che aziendale⁸. Sono stati per primi gli accordi collettivi a dare una definizione del cd. *smart working*⁹ e a definirne la fattispecie che risulta essere composta generalmente da quattro elementi: il consenso del lavoratore, l'utilizzo di strumenti tecnologici, lo svolgimento della prestazione in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali e l'assenza di vincoli temporali. In assenza di una definizione di legge e partendo dalla fattispecie consolidata sul piano degli accordi collettivi, l'autonomia privata individuale ha potuto comporre via via una diversa articolazione dello *smart working*, essendo quest'ultimo una declinazione dell'obbligazione di lavoro; pertanto l'autonomia individuale nei singoli accordi ha aggiunto, ad esempio, la modulazione del tempo di lavoro ovvero ha eliminato lo svolgimento all'esterno dell'azienda, od ancora ha inserito entrambi gli elementi¹⁰.

Dall'esperienza dell'autonomia collettiva e individuale è emersa l'istanza di un intervento del legislatore, di fronte alla necessità di ricondurre con chiarezza questa nuova forma di articolazione organizzativa della prestazione ai principi ed alle regole cardine del lavoro subordinato.

È da queste premesse che origina la l. 81/17, che prevede agli artt. 18-24 una specifica disciplina del c.d. "lavoro agile", introdotta al fine espresso di "incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" (art. 18)¹¹. Nella legge n. 81/17 il lavoro agile risulta, pertanto,

⁷ V., 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*, n. 35/2017, p. 3 che colloca l'introduzione di lavoro agile nel 2012, con l'accordo aziendale Nestlé Italiana S.p.a.

⁸ Per una ricostruzione dell'istituto del lavoro agile nella contrattazione collettiva antecedente alla l. 81/17 v. PICUNIO, *La questione relativa agli accordi sullo "smart working" sottoscritti prima dello statuto del lavoro agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Cedam, 2018, p. 515 ss. Inoltre, DAGNINO, TIRABOSCHI, TOMASSETTI, TOURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro. Analisi e spunti su lavoro agile e autonomo*, ADAPT University Press 2016, p. 75 ss.

⁹ Le due espressioni lavoro agile e *smart working* sono usate correttamente in modo promiscuo, anche se c'è chi riserva quella inglese alle esperienze di matrice contrattuale-collettiva maturate prima del modello legislativo. Così ZILIO GRANDI, BIASI, *Introduzione: la "codice" del Jobs Act o la "testa" del nuovo diritto del lavoro?*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 3; FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, *ivi*, p. 547.

¹⁰ Così VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, in *RIDL*, 2019, p. 253.

¹¹ Tra i primi commenti alla disciplina del lavoro agile v., SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro*

rivolto al conseguimento di un più elevato livello di efficienza e produttività del lavoro nell'impresa e al contempo rendere disponibili per il lavoratore più ampie opportunità di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro¹²; tale ratio conciliativa, inoltre, risulta strettamente connessa alla definizione consensuale delle condizioni della modalità agile.

L'attuale scenario pandemico e le disposizioni legislative emanate per contrastarlo¹³, hanno permesso alle aziende private e pubbliche di utilizzare il lavoro agile rispondendo ad altre e diverse finalità: in particolare la finalità pubblica di consentire, ove possibile, la prosecuzione delle attività produttive e dunque del lavoro, a contenimento delle gravi ripercussioni economiche e sociali dell'emergenza in atto; nonché la finalità di isolamento diretto ad impedire il rischio del contagio. Il tutto alla luce di uno stretto collegamento tra i diritti costituzionali di cui agli artt. 4 e 32.

Nel contesto emergenziale, lo *smart working* da strumento innovativo diretto all'incremento della produttività ad al miglioramento del bilanciamento tra vita personale e vita lavorativa, come era stato concepito nella sua legge istitutiva, è stato convertito in un incredibile strumento per il migliore bilanciamento tra salute pubblica, sicurezza sul lavoro e conservazione del posto di lavoro.

Così già il d.P.C.M. 4 marzo 2020, art. 1, co.2, lett. n), ha previsto che "la modalità di lavoro agile disciplinata dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, può essere applicata, per la durata dello stato di emergenza di cui alla deliberazione del Consiglio dei ministri 31 gennaio 2020, dai datori di lavoro a ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei

eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 327/2017; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 335; FREDIANI, *Il lavoro agile tra prestazione a domicilio e telelavoro*, in LG, 2017, p. 630; MANICASTRI, *Lavoro agile: come cambia*, in DPL, 2017, p. 88.

¹² Per una puntuale ricostruzione della finalità conciliativa del lavoro agile v.: TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 419/2020.

¹³ Già il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modif. dalla l. 5 marzo 2020, n. 13), primo atto normativo recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, nell'indicare, al punto n) dell'art. 1, tra le predette misure che le autorità competenti avrebbero potuto assumere la sospensione delle attività lavorative per le imprese non impegnate nell'erogazione di servizi essenziali e di pubblica utilità, espressamente prevede quale motivo di sottrazione all'applicazione della misura la possibilità che le attività lavorative possano essere svolte in modalità domiciliare. Tale articolo 1 è stato poi abrogato dall'art. 5, co. 1, lett. a), d.l. 19/20.

principi dettati dalle menzionate disposizioni, anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti; gli obblighi di informativa di cui all'articolo 22 della legge 22 maggio 2017, n. 81, sono assolti in via telematica anche ricorrendo alla documentazione resa disponibile sul sito dell'Istituto nazionale assicurazione infortuni sul lavoro”¹⁴. In questo modo, come si vedrà nel proseguito, viene meno una delle caratteristiche fondamentali stabilite dalla l. 81/17: la libertà delle parti individuale del rapporto nella scelta del lavoro agile e, conseguentemente, la sua modulazione in funzione delle esigenze specifiche di ogni singolo datore di lavoro.

È evidente che in un contesto emergenziale la funzionalizzazione del lavoro agile alle ragioni della sicurezza e del contenimento del contagio¹⁵, di fatto “azzera” le originarie finalità di *work-life balance* della disciplina tipiche della sua applicazione in un contesto “fisiologico”.

In nome del diritto alla salute lo *smart working* assume una fisionomia “calameontica”, che però fa esplodere un’esigenza di conciliazione anch’essa di natura emergenziale rivolta ad impegni di cura che aumentano a causa della presenza domestica dei figli impegnati nella didattica a distanza; della sospensione di molti servizi domiciliari per le persone più fragili e del venir meno delle abituali reti familiari di supporto.

A queste esigenze sono state date in realtà alcune risposte che riguardano però prevalentemente le “condizioni di accesso” al lavoro agile ma non le modalità di svolgimento del lavoro agile.

La prima risposta è contenuta nell’art. 39, co. 1, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27¹⁶ in base al

¹⁴ Già il d.P.C.M. 23 febbraio 2020, all’art. 3, co. 1, aveva consentito ai datori di lavoro di applicare, nelle aree considerate a rischio nelle situazioni di emergenza nazionale o locale, la modalità di lavoro agile di cui agli artt. da 18 a 23 della l. 81/17 in via automatica ad ogni rapporto di lavoro subordinato, nel rispetto dei principi dettati dalle menzionate disposizioni e anche in assenza degli accordi individuali ivi previsti.

¹⁵ Sullo *smart working* come misura di sicurezza “elastica” e di portata generale, che richiede un delicato lavoro di adattamento nei contesti aziendali perché in effetti condizionate dallo stato dei fatti e dei luoghi v.: MARAZZA, *L’art. 2087 c.c. nella pandemia Covid-19 (e oltre)*, in *RIDL*, 2020, I, p. 267.

¹⁶ Tale art. 39 co. 1 prevede: “1. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i lavoratori dipendenti disabili nelle condizioni di cui all’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 o che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona con disabilità nelle condizioni di cui all’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile ai sensi dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, a condizione che tale modalità sia compatibile con le carat-

quale il lavoro agile è temporaneamente esigibile come “diritto” per i lavoratori dipendenti disabili gravi o che abbiano nel nucleo familiare una persona disabile grave, purché la modalità agile sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa. Si tratta di una disposizione destinata a durare finché dura l'emergenza e che non “modella” lo *smart working* emergenziale in modo compatibile con le aggravate esigenze individuali di cura e assistenza¹⁷.

Una seconda risposta è quella introdotta dal co. 1, art. 90 rubricato “Lavoro agile” del cd. “decreto Rilancio” d.l. 34/20 (come modificato dalla l. 17 luglio 2020, n. 77). Si tratta del “diritto” a svolgere la prestazione in modalità agile, riconosciuto ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato

teristiche della prestazione”. In dottrina v.: FILI, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologia da Covid-19 e nuova “questione sociale”*, in *LG*, 2020, p. 338, la quale sottolinea che il lavoro agile come misura per conciliare l'attività lavorativa con le misure di contenimento del contagio, rappresenta una nuova ed interessante declinazione della regola degli “accomodamenti ragionevoli”, elaborata nel campo della disabilità ma che può essere esportata in altri ambiti.

¹⁷ L' art. 39, co. 2, del d.l. 18/20 contiene una disposizione, destinata a durare oltre l'emergenza, che amplia ai lavoratori del settore privato “affetti da gravi e comprovate patologie con ridotta capacità lavorativa” la priorità nell'accoglimento delle richieste di accesso alla modalità agile già prevista, per lavoratrici madri e per lavoratori genitori di figli in condizione di disabilità, dall'art. 18, l. 81/17, co. 3-bis.; in base alla modifica introdotta con la legge di conversione (24 aprile 2020, n. 27) la priorità è estesa ai lavoratori immunodepressi e ai loro familiari conviventi”. In giurisprudenza un'applicazione dell'art. 39, co.1, l. 27/20 è costituita dall'ordinanza del Tribunale di Bologna 23 aprile 2020; il Tribunale di Bologna ha provveduto in via cautelare urgente, inaudita altera parte, a concedere lo *smart working*, in luogo del collocamento in Cigo, alla lavoratrice, invalida civile al 60%, che l'aveva richiesto; ciò non in ragione del diritto di precedenza previsto dal co. 2 della norma, bensì del più pregnante diritto di cui al co. 1, essendo la figlia affetta da disabilità *ex art. co. 3, l. 104/1992*. Diverso il caso del Tribunale. di Grosseto, ord. 23 aprile 2020, che ha riconosciuto il diritto del lavoratore invalido civile allo *smart working* in luogo delle ferie forzate a cui lo aveva invece relegato il datore di lavoro. In tal caso, si era in presenza di un mero diritto di precedenza, *ex art. 39 co. 2*, e non di un diritto perfetto *ex co. 1*; ciò malgrado il Tribunale ha riconosciuto il diritto allo *smart working* in luogo delle ferie forzate sulla base di due assunti: la maggiore considerazione del legislatore nei confronti dello *smart working* rispetto alle ferie forzate come misura più favorevole per il lavoratore; e l'effetto discriminatorio, nel caso concreto, che il rifiuto aveva finito per produrre nei confronti del lavoratore comunque affetto da patologie. Il Tribunale di Grosseto, nella circostanza, ha condannato il datore di lavoro al pagamento di una indennità di 50 euro per ogni giorno di ritardo *ex art. 614-bis del c.p.c.* Entrambe le pronunce sono oggetto del commento di GENTILE, *Lo Smart working emergenziale tra (nuovi) diritti e esigibilità della prestazione*, in *MGL*, 2020, p. 489 e di VALENTE, *Emergenza Covid-19 e diritto soggettivo allo smart working*, in *LG*, 2020, p. 1193 ss., la quale si sofferma sulla possibilità per il giudice di ordinare in via d'urgenza l'adibizione di un lavoratore la lavoro agile sostituendosi al datore di lavoro nella scelta organizzativa.

che hanno almeno un figlio minore di 14 anni. Tuttavia il diritto non scatta se l'altro genitore usufruisce di forme di sostegno al reddito per sospensione o cessazione dell'attività lavorativa, o è disoccupato, o non lavora¹⁸. Si tratta indubbiamente di una misura importante per la quale si potrebbe ipotizzare un suo consolidamento oltre l'emergenza, caso mai in forma attenuata come "diritto di precedenza", andando così ad incidere sulle priorità già stabilite nell'art. 18, co. 3-*bis*, l. 81/17¹⁹.

Una terza risposta strettamente emergenziale è quella contenuta nell'art. 22 rubricato "Scuole e misure per la famiglia" del cd "decreto Ristori" entrato in vigore il 29 ottobre 2020²⁰ e che modifica l'art. 21-*bis*, d.l. 14 agosto 2020, n. 104 convertito, con modificazioni, dalla l. 13 ottobre 2020 n. 126. L'art. 21-*bis*, co. 1, prevede che un genitore lavoratore dipendente può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per tutto o parte del periodo

¹⁸ Il co. 1, art. 90, prevede infatti che: "1. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa". La giurisprudenza di merito ha avuto già modo di pronunciarsi su questa norma ed in particolare sulla compatibilità del lavoro agile con le caratteristiche della prestazione che si richiede al lavoratore. In particolare tale giurisprudenza ha stabilito come condizione necessaria per avvalersi del diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, la compatibilità della suddetta modalità con le caratteristiche della prestazione che si richiede al dipendente, rigettando conseguentemente la richiesta del lavoratore di potersi avvalere di siffatta modalità di prestazione del lavoro qualora egli svolga mansioni diversificate che, quanto meno in misura rilevante se non prevalente, necessitano la presenza fisica del dipendente. Trib. Mantova sez. lav., 26 giugno 2020 n.1054, in *DeJure Banche Dati Editoriali Gfl*.

¹⁹ Così CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit., p. 215.

²⁰ D.l. 28 ottobre 2020 n. 137, conv. con modif. dalla l. 18 dicembre 2020 n. 176.

corrispondente alla durata della quarantena del figlio convivente, minore di anni sedici (e non più 14 anni come previsto in precedenza dal cd. decreto Agosto), disposta dal dipartimento di prevenzione della azienda sanitaria locale (ASL) territorialmente competente a seguito di contatto verificatosi all'interno della scuola, nonché nell'ambito dello svolgimento di attività sportive, nonché nel caso in cui sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza del figlio convivente minore di anni sedici. Anche in questo caso la risposta del legislatore riguarda le "condizioni di accesso" al lavoro agile ma non le modalità di svolgimento del lavoro agile.

Una previsione normativa più ampia rispetto a quanto previsto (fino al 31 dicembre 2020) dall'art. 21-*bis* del decreto Agosto, è quella dell'art. 2, co. 1, del cd. "Decreto Covid", d.l. 13 marzo 2021 n. 30²¹ come modificato dall'art. 1, l. 6 maggio 2021 n. 61, che stabilisce che il lavoratore dipendente genitore di figlio minore di anni sedici, alternativamente all'altro genitore, può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile per un periodo corrispondente in tutto o in parte alla durata della sospensione dell'attività didattica o educativa in presenza del figlio, alla durata dell'infezione da Covid del figlio, nonché alla durata della quarantena del figlio disposta dal Dipartimento di prevenzione della Asl territorialmente competente a seguito di contatto ovunque avvenuto.

²¹ La misura, infatti, si applica fino al 30 giugno 2021 e prevede anche che il beneficio è riconosciuto a entrambi i genitori di figli di ogni età con disabilità accertata ai sensi dell'art. 3, co. 1 e 3, l. 5 febbraio 1992 n. 104, con disturbi specifici dell'apprendimento riconosciuti ai sensi della legge 8 ottobre 2010, n. 170, o con bisogni educativi speciali. Inoltre l'art. 2, co. 2, d.l. 30/21, ha previsto anche un congedo indennizzato per la cura dei figli conviventi minori di anni 14, per un periodo corrispondente, in tutto o in parte, alla durata dell'infezione da SARS Covid-19, alla durata della quarantena da contatto del figlio ovunque avvenuto, nonché alla durata del periodo di sospensione dell'attività didattica in presenza. Tale congedo può essere utilizzato senza limiti di età per la cura di figli con disabilità in situazione di gravità accertata ai sensi dell'art. 4, co. 1, l. 104/92, iscritti a scuole di ogni ordine e grado per i quali sia stata disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza o ospitati in centri diurni a carattere assistenziale per i quali sia stata disposta la chiusura. Il congedo di cui trattasi può essere fruito dai genitori lavoratori dipendenti del settore privato nelle sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile e in alternativa all'altro genitore convivente con il figlio, o anche non convivente in caso di figlio con disabilità grave. Per i periodi di astensione fruiti è riconosciuta un'indennità pari al 50% della retribuzione e i periodi sono coperti da contribuzione figurativa. Sul punto v. Mess. Inps, 29 aprile 2021, n. 1752 e Mess. Inps 22 aprile 2021 n. 1642. Inoltre sempre l'art. 2, co. 6, del citato d.l. n. 30/21 prevede anche il *bonus baby sitting* sul quale v. Circ. Inps 14 aprile 2021 n. 58.

In realtà solo nel decreto del Ministro della Pubblica Amministrazione 19 ottobre 2020 sembra affiorare una risposta alla esigenza di conciliazione “tarata” sulle modalità di svolgimento del lavoro agile, poiché nei confronti dei dipendenti di cui al citato all’art. 21-*bis*, nonché di norma nei confronti dei lavoratori fragili, la pubblica amministrazione adotta “ogni soluzione utile ad assicurare lo svolgimento di attività in modalità agile anche attraverso l’adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento come definite dai contratti collettivi vigenti, e lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale”. Infine il d.l. del 23 luglio 2021 n. 105 ha ripristinato, a favore della categoria dei lavoratori “fragili”, il diritto allo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile con effetto retroattivo dal 1 luglio 2021 al 31 ottobre 2021. In particolare, fino al 31 ottobre 2021, ai sensi dell’articolo 26, comma 2-*bis*, del d.l. n. 18 del 2020, come modificato dall’art. 9 del d.l. 23 luglio 2021, n. 105, i lavoratori fragili, ovvero i lavoratori in possesso di certificazione rilasciata dai competenti organi medico-legali, attestante una condizione di rischio derivante da immunodepressione o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell’articolo 3, co. 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104, svolgono di norma la prestazione lavorativa in modalità agile anche attraverso l’adibizione a diversa mansione ricompresa nella medesima categoria o area di inquadramento, come definite dai contratti collettivi vigenti o lo svolgimento di specifiche attività di formazione professionale anche da remoto²².

3. *L’applicazione nel pubblico impiego*

Com’è noto, l’art. 18, co. 3, l. 81/17, ha esteso l’applicazione della disciplina del lavoro agile, contenuta negli artt. 18-23 “ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165” attraverso un triplice filtro: le disposizioni devono essere compatibili con i rapporti di pubblico impiego; devono essere applicate “secondo le direttive emanate anche ai sensi dell’ar-

²² Sul punto v. anche Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 9 del 2 agosto 2021.

articolo 14 della legge 7 agosto 2015, n. 124²³; sono fatte salve “le disposizioni specificamente adottate per tali rapporti” (art. 18, co. 3)²⁴.

Sviluppando e riconducendo ad una cornice regolativa di rango primario l'indicazione già presente nella direttiva n. 2/2020 del Ministro della pubblica amministrazione, l'art. 87, co. 1, del c.d. Decreto “Cura Italia”, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, dispone che, fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica ovvero fino ad una data precedente disposta con Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, il lavoro agile rappresenta “una delle modalità ordinarie”²⁵ di svolgimento della prestazione lavorativa nelle pubbliche ammi-

²³ L'art. 14, co. 1, l. 124/15 (cd legge Madia) nel promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, richiede alle p.a. di adottare misure organizzative volte a fissare obiettivi annuali non solo per l'attuazione del telelavoro, ma anche per la sperimentazione di “nuove modalità spazio-temporali di svolgimento della prestazione”. Pur se tale norma non fa espresso riferimento al lavoro agile, la dottrina ha identificato nelle parole del legislatore quest'ultima figura: v., DAGNINO, MENEGOTTO, PELUSI, TIRABOSCHI, *Guida pratica al lavoro agile dopo la legge n. 81/2017*, Adapt University Press, 2017, pp. 180-181. L'art. 14, co. 3, l. 124/15, condizionava l'attuazione delle previsioni del co. 1 all'emanazione di una direttiva del Presidente del Consiglio, contenente indirizzi e linee guida, sentita la Conferenza unificata Stato-Regioni. Tale direttiva, recante “indirizzi per l'attuazione dei commi 1 e 2, dell'articolo 14 della l. 7 agosto 2015 e linee guida contenenti regole inerenti all'organizzazione del lavoro finalizzate a promuovere la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro dei dipendenti”, è stata varata il 1 giugno 2017. L'impianto della direttiva n. 3 del 1 giugno 2017 è a maglie larghe; infatti si prende atto che non è possibile sviluppare un approccio unitario, né un modello statico di *smart working*, ma, al contrario, ogni amministrazione è invitata a elaborare e applicare il modello più rispondente alle proprie esigenze e caratteristiche (par. 1.F).

²⁴ Sul lavoro agile nella PA, tra i contributi più recenti, v. CASILLO, TUFO, *Il lavoro agile*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 204 ss.; TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2018, p. 257 ss.; VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in *Quad. RGL*, 4, 2019, p. 169 ss.

²⁵ Prima della modifica dell'art. 87, co. 1 avvenuta con d.l. 104/20, conv. con modif. dalla l. n. 126/2020, il lavoro agile era considerato “la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione” per tutti i dipendenti della pubblica amministrazione ed era prevista una eccezione restrittiva alla sola ipotesi delle attività “indifferibili” e che richiedevano necessariamente la presenza sul luogo di lavoro (art. 87, co. 1, lett. a). Tale disposizione, alla luce della diversa disciplina contemplata per il settore privato dall'art. 96 del c.d. decreto Rilancio (in cui il lavoro agile è soltanto “raccomandato” quale misura organizzativa finalizzata a prevenire il contagio e, per chi ha un figlio minore di 14 anni, ha diritto di svolgere la prestazione al domicilio solo a condizione che “tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione” ha fatto emergere un problema di disparità normativa) ha destato dubbi di legittimità costituzionale per

nistrazioni (art. 87, co. 1, così come modificato all'art. 1, co. 1, l. 13 ottobre 2020 n. 126). Di conseguenza, le pubbliche amministrazioni possono ricorrere al lavoro agile “in maniera semplificata” cioè prescindendo dagli accordi individuali e dall'adempimento degli obblighi informativi di cui agli artt. da 18 a 23 del d.lgs. 81/17 (art. 87, co. 1, lett. b)²⁶.

Sempre in base al citato art. 87 del decreto Cura Italia le pubbliche amministrazioni limitano la presenza del personale nei luoghi di lavoro per assicurare esclusivamente le attività che ritengono indifferibili e che richiedono necessariamente tale presenza, anche in ragione della gestione dell'emergenza (art. 87, co. 1, lett. a).

Inoltre il co. 3 dell'art. 87 prevede che “Qualora non sia possibile ricorrere al lavoro agile, anche nella forma semplificata di cui al comma 1, lettera b), e per i periodi di assenza dal servizio dei dipendenti delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, imposti dai provvedimenti di contenimento del fenomeno epidemiologico da COVID-19, adottati nella vigenza dell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19 le amministrazioni utilizzano gli strumenti delle ferie pregresse, del congedo, della banca ore, della rotazione e di altri analoghi istituti, nel rispetto della contrattazione collettiva. Esperite tali possibilità le amministrazioni possono motivatamente esentare il personale dipendente dal servizio. Il periodo di esenzione dal servizio costituisce servizio prestato a tutti gli effetti di legge e l'amministrazione non corrisponde l'indennità sostitutiva di mensa, ove prevista. Tale periodo non è computabile nel limite di cui all'articolo 37, terzo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3”.

Una svolta a questa impostazione si è avuta con il decreto “Rilancio” d.l. 34/20 (art. 263, co.1)²⁷ con il quale non solo si supera il “mostro giuri-

contrasto con gli artt. 3, 36 e 97 Cost., messi in luce da PISANI, *Il lavoro agile nella pa: possibili profili di illegittimità costituzionale*, in *GL*, 28 agosto 2020, p. 19 ss.

²⁶ Il co. 2 dell'art. 87 prevede altresì che la prestazione di lavoro agile possa essere resa anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente, qualora questi non siano forniti dall'amministrazione. Sempre all'art. 87, co. 2, si chiarisce che in questo caso non trova applicazione l'art. 18, co. 2, d. lgs. 81/17 ai sensi del quale “il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa”.

²⁷ In particolare la norma citata nel testo prevede che “in deroga alle misure di cui all'ar-

dico” dell'esenzione dal servizio²⁸, ma cade anche il nesso tra presenza per “attività indifferibili e urgenti” e lavoro agile, prevedendo il vincolo a tenere in lavoro agile il 50% del personale adibito ad attività che, in base alla dimensione organizzativa e funzionale di ciascuna amministrazione, possono essere svolte in modalità agile²⁹.

In una prospettiva evolutiva, il d.l. 56/21 interviene su tali regole emergenziali applicate durante la pandemia eliminando la soglia del 50% del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni dall'art. 263, co. 1, d.l. 34/20³⁰; e, con-

ticolo 87, comma 1, lettera a), e comma 3, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza con l'utenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, al 50 per cento del personale impiegato nelle attività che possono essere svolte in tale modalità e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente. In considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione possono essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi. Alla data del 15 settembre 2020, l'articolo 87, comma 1, lettera a), del citato decreto-legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2020 cessa di avere effetto”.

²⁸ Si ricordi, infatti, che a norma dell'art. 87, co. 3, d.l. n. 18/20, prevedeva che il dipendente pubblico venisse esentato dallo svolgimento della prestazione e che questa esenzione costituisse servizio prestato a tutti gli effetti di legge. In dottrina v., GLINIANSKI, RAZZOLINI, *L'esenzione dal servizio del pubblico dipendente nel decreto cura Italia e nel decreto rilancio*, in *Lexitalia*, n. 6, 2020.

²⁹ V. Circ. 24 luglio 2020 n. 3.

³⁰ L'art. 263, d.l. 34/20, così come successivamente modificato dall'art. 31, co. 1-bis, d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020 n. 120 e da ultimo dall'art. 1, co. 1, lett. a), del d.l. 30 aprile 2021, n. 56, e dall'art. 11-bis, co. 1, lett. a) del d.l. 22 aprile 2021, n. 52 conv. con modif. dalla l. 17 giugno 2021, n. 87, ora prevede che “Al fine di assicurare la continuità dell'azione amministrativa e la celere conclusione dei procedimenti, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, adeguano l'operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali. A tal fine, le amministrazioni di cui al primo periodo, fino alla definizione della disciplina del lavoro agile da parte dei contratti collettivi, ove previsti, e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021, in deroga alle misure di cui all'articolo 87, comma 3, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell'orario di lavoro, rivedendone l'articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata con l'utenza, anche attra-

temporaneamente, agisce sul nuovo sistema organizzativo a regime del settore pubblico di cui alla l. 7 agosto 2015, n. 124, relativo alla promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche³¹.

Infatti dapprima l'art. 1, co. 2, d.l. 56/21 (il d.l. n. 56/2021 citato è stato abrogato dall'art. 1, com. 2, l. 17 giugno 2021, n. 87) apporta modifiche all'art. 14, co. 1, l. 124/15 prevedendo che le amministrazioni pubbliche redigano il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), come sezione piano delle performance. Il POLA individua le modalità attuative del lavoro agile prevedendo, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, che almeno il 15 per cento dei dipendenti possa avvalersene, garantendo che gli stessi non subiscano penalizzazioni ai fini del riconoscimento di professionalità e della progressione di carriera, e definisce, altresì, le misure organizzative, i requisiti tecnologici, i percorsi formativi del personale, anche dirigenziale, e gli strumenti di rilevazione e di verifica periodica dei risultati conseguiti, anche in termini di miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, della digitalizzazione dei processi, nonché della qualità dei servizi erogati, anche coinvolgendo i cittadini, sia individualmente, sia nelle loro forme associative. Di converso, in caso di mancata adozione del POLA,

verso soluzioni digitali e non in presenza, applicando il lavoro agile, con le misure semplificate di cui al comma 1, lettera b), del medesimo articolo 87, e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente. In considerazione dell'evolversi della situazione epidemiologica, con uno o più decreti del Ministro per la pubblica amministrazione possono essere stabilite modalità organizzative e fissati criteri e principi in materia di flessibilità del lavoro pubblico e di lavoro agile, anche prevedendo il conseguimento di precisi obiettivi quantitativi e qualitativi. Alla data del 15 settembre 2020, l'articolo 87, comma 1, lettera a), del citato decreto-legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2020 cessa di avere effetto. Le disposizioni del presente comma si applicano al personale del comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico fino al termine dello stato di emergenza connessa al Covid-19”

³¹ L'art. 1, co. 2, d.l. 56/21 prevede che “All'articolo 14, comma 1, della legge 7 agosto 2015, n. 124, relativo alla promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo, dopo la parola «telelavoro» sono aggiunte le seguenti: «e del lavoro agile»; b) al terzo periodo, le parole «60 per cento» sono sostituite dalle seguenti: «15 per cento»; c) al quarto periodo le parole «30 per cento» sono sostituite dalle seguenti: «15 per cento”. Quindi a regime, dall'inizio del 2022, la norma conferma l'obbligo per le amministrazioni di adottare i Pola (Piani organizzativi del lavoro agile) entro il 31 gennaio di ogni anno, riducendo però dal 60% al 15%, per le attività che possono essere svolte in modalità agile, la quota minima dei dipendenti che potrà avvalersi dello *smart working*.

il lavoro agile si applica almeno al 15 per cento dei dipendenti, ove lo richiedano.

Tale novità quindi potrebbe rappresentare una ipotesi di regime “*post emergenza*” con sensibile aumento dell’obiettivo già previsto dalla Direttiva n. 3 del 2017 di garantire “ad almeno il 10 per cento del proprio personale” la possibilità di avvalersi del lavoro agile³². Del resto la corretta utilizzazione di tale Direttiva potrebbe essere molto utile per la disciplina di dettaglio anche nel “*post pandemia*”.

Sullo sfondo resta, tuttavia, il fenomeno (probabilmente esteso, a giudicare dalle voci critiche che frequentemente si innalzano dalla stampa) dello “*smart working inefficiente*” cioè della situazione in cui la prestazione lavorativa del dipendente pubblico effettuata da remoto risulti oggettivamente meno efficiente rispetto a quella svolta in ufficio o in sede, con conseguente minor efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa e pregiudizio al suo buon andamento, imposto dall’art. 97 Cost.³³.

Ciò non è necessariamente collegato alla negligenza del lavoratore pubblico ma, probabilmente, ad altri motivi come: copertura della rete insufficiente, scarsa conoscenza dell’informatica da parte del dipendente, strumenti di lavoro inadeguati o usati promiscuamente dagli altri componenti del nucleo familiare, mancanza della digitalizzazione dei documenti sui quali si deve lavorare, difficoltà di accedere da remoto agli archivi. Sta di fatto che il legislatore, con l’art. 263 del decreto Rilancio, oggi modificato da ultimo dal d.l. n. 52/2021 conv. con l. n. 87/2021, ha avvertito il bisogno di prescrivere che “le amministrazioni adeguano l’operatività di tutti gli uffici pubblici alle esigenze dei cittadini e delle imprese connesse al graduale riavvio delle attività produttive e commerciali”, e che a tal fine le amministrazioni pubbliche fino alla definizione della disciplina del lavoro agile da parte dei contratti collettivi e, come evidenziato, non oltre il 31 dicembre 2021, in deroga alle misure di cui all’art. 87, co. 3, d.l. 18/20, organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l’erogazione dei servizi attraverso la flessibilità dell’orario di lavoro, rivedendone l’articolazione giornaliera e settimanale, introducendo modalità di interlocuzione programmata con l’utenza, anche attraverso soluzioni digitali e non in presenza, applicando il lavoro agile, con le misure

³² Per un approfondimento sul tema v., ZOPPOLI L., *Riformare il lavoro pubblico? L’“ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l’occasione post-pandemica del POLA*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, promosse e coordinate da POSO, p. 11 ss.

³³ Cfr., PISANI, *Il lavoro agile nella pa*, cit., p. 9.

semplificate di cui al co. 1, lett. b), del medesimo art. 87, e comunque a condizione che l'erogazione dei servizi rivolti a cittadini ed imprese avvenga con regolarità, continuità ed efficienza, nonché nel rigoroso rispetto dei tempi previsti dalla normativa vigente.

4. *Gli elementi caratterizzanti del lavoro agile*

L'art. 18, co. 1, della legge del 2017 definisce il lavoro agile come una “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa”.

Il lavoro agile non pone problemi di inquadramento giuridico, perché e lo stesso legislatore a definirlo all'art. 18 come una “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato”, escludendo per questa strada la possibilità di qualificarlo come autonoma tipologia contrattuale³⁴.

Sempre l'art. 18, co. 1 prevede, con carattere imperativo, che il contratto di lavoro subordinato possa essere eseguito secondo modalità agili, laddove ricorrano alcune condizioni stabilite dallo stesso legislatore: esecuzione della prestazione lavorativa in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno; assenza di una postazione fissa durante i periodi di lavoro svolti all'esterno dei locali aziendali; durata della prestazione lavorativa entro i soli limiti massimi dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva; possibilità di utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa³⁵.

³⁴ MARTONE, *Il lavoro agile nella L. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 463; PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 179. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva*, cit., p. 925; FERRARO E, *Prime note sul potere direttivo nella disciplina del lavoro agile*, in AA.VV., *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale, Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. *Collective Volumes*, n. 6, 2017, p. 144. Su tali profili v., *infra*, par. 13.

³⁵ V.: RICCI, *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, in NLCC, 2018, p. 635, individua come elementi essenziali identificativi: l'esecuzione in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali; l'assenza per la prestazione esterna di una postazione fissa; il possibile utilizzo di strumenti tecnologici. Sulla stessa linea, LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in RGL, 2019, I, 26 ss.

Il legislatore ha indicato, quindi, nell'art. 18, co. 1, precisi elementi e vincoli, ma tale dato normativo, oggi più che mai, deve essere "allineato" con il dato fattuale; affinché il lavoro possa essere davvero "smart", infatti, non bisogna perdere di vista alcuni requisiti "di fatto" riguardanti: la natura dell'attività lavorativa (susceptibile di essere svolta per via informativa e telematica); la tecnologia (è necessario cioè avere una disponibilità di un pc e di una buona connessione alla rete gestionale e data set aziendali accessibili da remoto); la struttura del rapporto (prestazione misurabile sul conseguimento di obiettivi e non più sull'estensione temporale); la logistica personale (cioè la disponibilità di un luogo adatto dove svolgere la propria attività).

È evidente che la normativa "emergenziale" ha consentito il lavoro agile in presenza anche solo dei primi due requisiti, in tal modo facendo scoprire rilevanti spazi per lo *smart working*, prima sconosciuti alle aziende. Laddove, viceversa, non erano presenti neppure i primi due requisiti, i lavoratori (nel solo settore privato) sono stati sospesi con attivazione della cassa integrazione guadagni.

5. *Il patto di lavoro agile ed il lavoro agile "unilaterale"*

Nel fornire la definizione tradizionale di lavoro agile, il più volte citato art. 18, l. 81/17, stabilisce che le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato debbano essere stabilite dalle parti mediante accordo. L'accordo individuale rappresenta dunque "il cuore della disciplina"³⁶ ed è un patto aggiunto al contratto di lavoro³⁷, che non si sostituisce a quest'ultimo, ma si affianca ad esso, con lo scopo di regolare specifici aspetti che la legge demanda alla volontà delle parti, laddove queste optino per l'espletamento dell'attività lavorativa secondo le modalità del lavoro agile³⁸.

³⁶ Così GRAMANO, *L'accordo sul lavoro agile: forma e contenuto*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 507; CUTTONE, *Oltre il paradigma dell'unità di luogo tempo e azione: la revanche dell'autonomia individuale nella nuova fattispecie di lavoro agile*, in Aa.Vv., *Il lavoro agile nella disciplina legale*, cit., p. 47; RICCIO, *L'accordo di lavoro agile e il possibile ruolo della certificazione*, *ivi*, p. 61.

³⁷ Si ricordi che secondo l'art. 19, co. 2, l. 81/17 se l'accordo sul lavoro agile è a tempo terminato, ciascuno dei contraenti può recedere, semplicemente con preavviso. Se invece è a termine, il recesso anticipato rispetto alla scadenza è consentito, purché ricorra un giustificato motivo, il quale consente altresì il recesso senza preavviso nella modalità a tempo interminato.

³⁸ V.: SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato*, cit., p. 7; CARINCI F., *La subordinazione rivisitata alla luce dell'ultima legislazione: dalla "subordinazione" alle "subordinazioni"?*, in ADL, 2018,

La l. 81/17 demanda all'accordo delle parti il compito di regolare le concrete modalità di adempimento dell'obbligazione ed in particolare: l'esecuzione della prestazione e gli strumenti all'uopo necessari ogniqualvolta l'attività lavorativa sia esercitata all'esterno dei locali aziendali; le forme di esercizio del poter direttivo e del potere di controllo (quest'ultimo nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4, l. 300/70, e successive modificazioni) sulla prestazione resa dal lavoratore nonché le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari; i tempi di lavoro e di riposo del lavoratore, nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

Il co. 1, art. 90, rubricato "Lavoro agile"³⁹, del d.l. 34/20, conv. in l. 77/2020, consente che "Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, i genitori lavoratori dipendenti del settore privato che hanno almeno un figlio minore di anni 14, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore, hanno diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile anche in assenza degli accordi individuali, fermo restando il rispetto degli obblighi informativi previsti dagli articoli da 18 a 23 della legge 22 maggio 2017, n. 81, e a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione. Fino alla cessazione dello stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, il medesimo diritto allo svolgimento delle prestazioni di lavoro in modalità agile è riconosciuto, sulla base delle valutazioni dei medici competenti, anche ai lavoratori maggiormente esposti a rischio di contagio da virus SARS-CoV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di

p. 977, che evidenzia il doppio regime (dentro e fuori l'azienda) cui il lavoratore agile è sottoposto e la relativa difficoltà di coordinamento.

³⁹ V., art. 2, co. 1, lett. r, d.P.C.M. 8 marzo 2020, che ripropone la previsione già presente nell'art. 4, co. 1, lett. a, d.P.C.M. 1 marzo 2020. Secondo DI CARLUCCIO, *Emergenza epidemiologica e lavoro agile*, in *RIDL*, n. 1, 2020, p. 1 ss. con riguardo alle PA, gli ultimi provvedimenti governativi utilizzano formule parzialmente differenti (cfr. d.P.C.M. 11 marzo 2020, art. 1, n. 6: «anche in deroga agli accordi individuali» e d.l. 18/20, art. 83, co. 1, lett. b: «prescindono dagli accordi individuali») che sembrano andare oltre l'irrelevanza del consenso del lavoratore per ammettere la possibilità di derogare agli accordi individuali eventualmente già sottoscritti in fase pre-emergenza da COVID-19.

patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbilità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischio accertata dal medico competente, nell'ambito della sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 83 del presente decreto, a condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione lavorativa"⁴⁰.

Pertanto si consente l'utilizzo della modalità agile di svolgimento della prestazione «anche in assenza degli accordi individuali», ossia in forza di una decisione unilaterale del datore di lavoro, comunicata senza particolari vincoli di forma al prestatore.

Una deroga, questa, necessitata dal bisogno di sollecitare il datore di lavoro ad assumere rapidamente una misura funzionale a garantire la salute del prestatore di lavoro e, prima ancora, la salute pubblica.

Sul piano della disciplina applicabile, l'unilateralità del lavoro agile (che non è certamente obbligatoria, ben potendo le parti comunque stipulare un accordo individuale) rappresenta una deviazione importante rispetto al modello legislativo ordinario⁴¹.

Al venir meno dell'accordo, si accompagna la semplificazione degli adempimenti procedurali formali: comunicazioni semplificate ai centri per l'impiego e informazioni di sicurezza⁴².

A questo punto ci si potrebbe chiedere se alla fine dello stato di emergenza sia possibile "sostituire" gli accordi individuali per il lavoro agile con un accordo collettivo aziendale che disciplini per tutti i dipendenti le modalità di lavoro agile. Su questo aspetto si potrebbe ipotizzare che al termine dello stato di emergenza, venendo meno l'efficacia della disposizione dettata dall'art. 90, co. 4, d.l. 34/20, riprenderà pieno vigore la regola, dettata dal primo comma dell'art. 18, l. 81/17, secondo la quale lo svolgimento della

⁴⁰ La giurisprudenza di merito ha avuto già modo di pronunciarsi su questa norma citata nel testo ed in particolare sulla compatibilità del lavoro agile con le caratteristiche della prestazione che si richiede al lavoratore. In particolare tale giurisprudenza ha stabilito come condizione necessaria per avvalersi del diritto a svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile, la compatibilità della suddetta modalità con le caratteristiche della prestazione che si richiede al dipendente, rigettando conseguentemente la richiesta del lavoratore di potersi avvalere di siffatta modalità di prestazione del lavoro qualora egli svolga mansioni diversificate che, quanto meno in misura rilevante se non prevalente, necessitino la presenza fisica del dipendente. V., Trib. Mantova sez. lav., 26 giugno 2020, n.1054, in *DeJure Gfl*.

⁴¹ V.: ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 430/2020, p. 20.

⁴² Sul punto v., Nota Ministero del Lavoro n. 2548 del 14 luglio 2021.

prestazione di lavoro in modalità agile può essere disposta sulla base di un accordo tra le parti del rapporto di lavoro. L'accordo individuale (sottoscritto tra il datore di lavoro e il singolo lavoratore) sarà dunque necessario e non può essere sostituito da un accordo collettivo.

6. *Le modalità di esecuzione della prestazione e l'esercizio del potere direttivo*

Con l'introduzione, in via legale del lavoro agile ad opera della l. 81/17, di una diversa modalità di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato, l'elemento della direzione della prestazione lavorativa viene rimesso dall'art. 19, co. 1, alla regolazione delle parti mediante l'accordo di lavoro agile. Ciò non comporta la messa in discussione del potere direttivo del datore di lavoro nella modalità agile ma si assiste ad un restringimento dell'area di autodefinizione⁴³ del potere direttivo che, attraverso l'accordo individuale di lavoro agile, arriva ad una condivisione delle forme di esercizio di tale potere con il lavoratore per la parte di prestazione resa in modalità agile. Pertanto l'accordo di lavoro agile potrebbe avere ad oggetto soltanto il *modus* estrinseco di esercizio del potere direttivo, non la sua struttura o densità, collocandosi così la fattispecie normativa in piena continuità con il lavoro a domicilio o con il telelavoro⁴⁴.

In altre parole l'accordo menzionato dall'art. 19 definisce unicamente le forme esplicative del potere direttivo⁴⁵: la norma consentirebbe di intervenire sulle sole modalità per impartire le direttive datoriali quando la prestazione si svolge "all'esterno"⁴⁶.

Naturalmente in assenza di un accordo individuale lavoratore-datore di lavoro, come previsto dalla normativa emergenziale, troverà applicazione la "normativa generale" per quanto riguarda il potere direttivo. Del resto l'accordo costitutivo del generale rapporto di lavoro subordinato comprende, in

⁴³ Cfr. CASILLO, *La subordinazione agile*, in *DLM*, 2017, I, p. 13-14.

⁴⁴ V.: CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit.

⁴⁵ Si veda PROIA, *L'accordo individuale*, cit., p. 177 ss.; CASILLO, *La subordinazione "agile"*, in *DLM*, 2017, p. 543.

⁴⁶ Tale opinione, che mette comprensibilmente l'accento sul potere quale situazione giuridica non consensuale non è unanime in dottrina: v. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - IT*, 2017, n. 341, pp. 13-16.

via necessaria⁴⁷, quello sull'attribuzione al datore del potere di impartire al lavoratore le direttive e le modalità di adempimento dell'obbligazione, nei limiti della legge e della contrattazione collettiva. Al datore di lavoro vanno quindi riconosciuti tutti i classici poteri di etero-direzione connessi alla subordinazione, soprattutto se manca l'accordo individuale come nella fase emergenziale.

Come già emerso la disciplina del lavoro agile (anche nella sua versione emergenziale) non istituisce un nuovo tipo contrattuale, ma delinea una modalità di esecuzione del rapporto subordinato che incide sul solo contenuto del contratto, e non sulla sua causa. Pertanto, come è stato correttamente rilevato⁴⁸ la disciplina applicabile nel regime emergenziale riguardo a questioni quali il potere direttivo, sarà ricostruibile unicamente alla stregua delle norme legislative. In altri termini, l'effetto dei decreti emergenziali non è quello di sovvertire i fondamenti concettuali dell'istituto del lavoro agile, ma quello più circoscritto di semplificare e velocizzare sul piano formale l'avvio di tale modalità di esecuzione del rapporto in conformità alle esigenze dettate dalla eccezionale situazione esterna⁴⁹.

Quindi le indicazioni fornite al lavoratore per l'esecuzione del contratto di lavoro nei locali aziendali ben possono valere anche per la fase esterna a tali locali; del resto l'"autonomia" del lavoratore agile nell'esecuzione della prestazione può costituire davvero una risorsa per le aziende più che un cedimento rispetto alle prerogative proprie del datore di lavoro. Si tratta di adeguare l'esercizio del potere direttivo alle concrete condizioni di lavoro nel bilanciamento tra esigenze datoriali (ed oggi esigenze di salute pubblica) definendo la sfera della legittima interferenza datoriale e coinvolgendo il lavoratore nella progettazione spazio/temporale della sua attività. In ogni caso "marginali (se non del tutto irrilevanti) dovrebbero divenire le direttive circa le modalità specifiche di esecuzione della prestazione in quanto rimesse all'autonomia ed alla responsabilità del lavoratore, limitandosi a disposizioni programmatiche e generali"⁵⁰.

⁴⁷ ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1989, p. 91 ss.

⁴⁸ V., BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza* in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

⁴⁹ Cfr.: SENATORI, *Attivazione del lavoro agile e poteri datoriali nella decretazione emergenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 24 marzo 2020.

⁵⁰ Così BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 60; CARINCI M.T., *Il lavoro agile*, in CARINCI

Da questo punto di vista il lavoro agile “emergenziale” si presenta come un ambito elettivo di sperimentazione di modalità di gestione dei rapporti di lavoro basate sulla fiducia e su particolari margini di autonomia del prestatore di lavoro⁵¹.

7. *Gli strumenti necessari a rendere la prestazione e il potere di controllo*

Come già emerso, la disciplina del lavoro agile contenuta nell’art. 18, l. 81/17 individua tra gli elementi essenziali identificativi della fattispecie, il “possibile utilizzo di strumenti tecnologici”, intesi come strumenti “assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell’attività lavorativa”⁵². L’art. 21, co. 1, della stessa legge, inoltre, sancisce che l’accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l’esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all’esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall’art. 4 dello Statuto dei lavoratori sottolineando, da un lato, la centralità che riveste l’autonomia individuale nella l. 81/17 con riguardo all’esercizio del potere di controllo⁵³ e, dall’altro lato, enfatizzando l’accordo individuale come fonte costitutiva (e non regolativa) del potere di controllo datoriale⁵⁴.

La modalità emergenziale e semplificata di ricorso al lavoro agile fa venire meno l’accordo individuale, ma non scalfisce la “vitalità” della disciplina dell’art. 4, l. 300/70 (e della disciplina della protezione dei dati personali) che rimane ferma per la fase di esecuzione del contratto di lavoro in modalità agile nel contesto pandemico⁵⁵.

M.T., TURSI (a cura di), *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Torino, 2020, p. 83 ss., p. 85.

⁵¹ V.: PANDOLFO, *Smart working: Dalle criticità alle opportunità per il lavoro agile*, in www.fiefisher.com, 2 marzo 2020. Sulla questione dell’inquadramento del rapporto di lavoro agile rispetto alle tradizionali categorie di lavoro autonomo e subordinato v. *infra*, par. 13.

⁵² In tal senso: RICCI G., *Il lavoro a distanza di terza generazione: la nuova disciplina del “lavoro agile”*, in *NLCC*, 2018, I, 635; LEVI, *Il lavoro agile nel contesto del processo di destrutturazione della subordinazione*, in *RGL*, 2019, I, 26 ss.

⁵³ Sul punto si veda: BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell’economia digitale*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber Amicorum*, Tomo II, Torino, 2018, p. 718 e ss.

⁵⁴ Cfr. LAMBERTUCCI, *Controlli e contrattazione collettiva*, in *ADL*, 2020, p. 784.

⁵⁵ Del resto lo stesso art. 114, d. lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 10 agosto 2018,

La norma statutaria, così come modificata dall'art. 23, co. 1, d. lgs. 151/15⁵⁶, vieta, infatti, l'uso di ogni strumento che consenta il controllo a distanza dei lavoratori, facendo limitate eccezioni per gli "strumenti di lavoro" e gli apparecchi il cui utilizzo sia stato autorizzato da un accordo sindacale o, in mancanza, da un provvedimento dell'Ispettorato del lavoro. Il Garante della *Privacy*⁵⁷ sottolinea che va inteso in modo rigoroso il vincolo finalistico alla prestazione lavorativa che, rispetto ai controlli mediante strumenti utilizzati appunto per rendere la prestazione, legittima l'esenzione dalla procedura concertativa o autorizzativa (art.4, co. 2, l. 300/70) prevedendo che "non sarebbe, ad esempio, legittimo fornire per lo *smart working* un computer dotato di funzionalità che consentano al datore di lavoro di esercitare un monitoraggio sistematico e pervasivo dell'attività compiuta dal dipendente tramite, appunto, questo dispositivo".

Nell'attuale contesto emergenziale, essendo concretamente venuta meno la possibilità di enfatizzare il ruolo dell'autonomia individuale, riacquista piena centralità la regolamentazione collettiva, ed in particolare l'accordo sindacale *ex art. 4, co. 1* come momento di verifica dei *software* installati negli strumenti di lavoro "assegnati" al lavoratore o, alla luce della disciplina emergenziale, comunque "nella disponibilità"⁵⁸ del lavoratore; ciò in quanto

n. 101, prevede che "Resta fermo quanto disposto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300" e il successivo art. 115 stabilisce che "nell'ambito del rapporto di lavoro domestico, del telelavoro e del lavoro agile il datore di lavoro è tenuto a garantire al lavoratore il rispetto della sua personalità e della sua libertà morale". Tale sistema di rinvii reciproci comporta la necessità che il controllo datoriali rispetti, oltre a quanto previsto dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, i principi di "trasparenza", "limitazione delle finalità" e "minimizzazione" del trattamento, in quanto reputati idonei a disciplinare le operazioni che il datore di lavoro che necessariamente compie sui dati personali dei lavoratori, nonché gli orientamenti del Garante delle *privacy*. Su tali aspetti v. FIATA, *Il potere di controllo nel lavoro da remoto tra valutazioni del risultato e privacy del lavoratore*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 101 ss.

⁵⁶ Per un ampio quadro delle posizioni esegetiche sul tema v. TULLINI, *Controlli a distanza e tutela dei dati personali del lavoratore*, Torino, 2017.

⁵⁷ Audizione del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sull'affare assegnato atto n. 453 relativo al tema Ricadute occupazionali dell'epidemia da Covid-19, azioni idonee a fronteggiare le situazioni di crisi e necessità di garantire la sicurezza sanitaria nei luoghi di lavoro. *Commissione 11a (Lavoro pubblico e privato, previdenza sociale) del Senato della Repubblica (13 maggio 2020)*.

⁵⁸ Si ricordi, infatti, che l'art. 90, co. 2 del decreto rilancio prevede che "La prestazione lavorativa in lavoro agile può essere svolta anche attraverso strumenti informatici nella disponibilità del dipendente qualora non siano forniti dal datore di lavoro". Va, in particolare, inteso in modo rigoroso il vincolo finalistico alla prestazione lavorativa che, rispetto ai controlli mediante strumenti utilizzati appunto per rendere la prestazione, legittima l'esenzione dalla

la modalità di svolgimento del lavoro agile richiede un controllo sul risultato della prestazione e sugli obiettivi misurabili (più che sull'esecuzione della prestazione lavorativa)⁵⁹.

Si pensi a tutti quei meccanismi diventati, dopo l'emergenza Covid, di uso comune per chi opera in *smart working*: piattaforme di videoconferenze, controlli presenza al pc, *chat whatsapp* ecc.

Ad esempio per l'uso delle piattaforme di videoconferenze ragionevolmente serve l'accordo sindacale o l'autorizzazione, a meno che non sia dimostrato che tale mezzo utilizzato sia indispensabile ai fini della prestazione lavorativa⁶⁰.

Anche l'utilizzo di meccanismi nel software aziendale che avvisa con un "semaforo" di colore verde, giallo o rosso sulla presenza davanti al pc e sul collegamento alla rete aziendale di un lavoratore, deve essere ragionevolmente autorizzato da un accordo sindacale o, in mancanza, da un provvedimento dell'Ispettorato del lavoro⁶¹.

Per l'utilizzo delle *chat whatsapp*, invece, non appare necessario l'accordo aziendale né l'autorizzazione: pur trattandosi di uno strumento potenzialmente invasivo, non sembra esserci quella forma di "controllo a distanza" in grado di far scattare la "tagliola" dell'art. 4 dello Statuto⁶².

Ciò che sembra evidente, è che l'emergenza Covid pone, oggi più che

procedura concertativa o autorizzativa (art. 4, co. 2, l. 300/70). Non sarebbe, ad esempio, legittimo fornire per lo *smart working* un computer dotato di funzionalità che consentano al datore di lavoro di esercitare un monitoraggio sistematico e pervasivo dell'attività compiuta dal dipendente tramite, appunto, questo dispositivo. Va inoltre assicurato – in modo più netto di quanto già previsto – anche quel diritto alla disconnessione, senza cui si rischia di vanificare la necessaria distinzione tra spazi di vita privata e attività lavorativa, annullando così alcune tra le più antiche conquiste raggiunte per il lavoro tradizionale.

⁵⁹ Sul punto v. DESSI, *Il controllo a distanza sui lavoratori*, *ESI*, 2017, p. 57; DELLA ROCCA, *Il lavoro digitale, il tempo e gli orari: la crisi del sistema degli orari standard*, in CIPRIANI, GRAMOLATI, MARI (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze University Press, 2018, p. 251 ss.

⁶⁰ Sul fronte degli adempimenti della *privacy*, se la chiamata è registrata, dovrà essere presente un'informativa *privacy* e un *warning* che informa i partecipanti su questa circostanza. Sul punto v. *Newsletter* n. 241 del 10-23 gennaio 2005.

⁶¹ Sul fronte della *privacy* bisognerà valutare la legittimità del trattamento, che non deve essere una forma di monitoraggio; una volta eseguita questa analisi, l'azienda dovrà fornire un'informativa *privacy* ed eseguire una valutazione di impatto.

⁶² Sull'uso in generale delle piattaforme di videoconferenze, controlli presenza al pc, *chat whatsapp* come delineato nel testo v. FALASCA, MELIS, *Lo smart working della "fase 2" stretto tra privacy e controlli a distanza*, in *Il sole 24 ore*, 15 ottobre 2020.

mai, l'attenzione sugli strumenti di tutela offerti dal Regolamento UE 2016/679⁶³ ma anche sul coinvolgimento del sindacato all'interno della procedura regolata dall'art. 4, co. 1, dello Statuto dei lavoratori, nella consapevolezza che "la mediazione costituisce il filtro necessario per trovare, anche in queste nuove forme di organizzazione del lavoro, un ragionevole equilibrio tra esigenze di controllo datoriale e tutela della riservatezza del lavoratore"⁶⁴.

8. *Il potere disciplinare nel lavoro agile: l'individuazione delle condotte esterne sanzionabili*

La collocazione sistematica del lavoro agile all'interno della cornice dall'art. 2094 c.c. comporta l'applicazione di tutta la disciplina, procedurale e sostanziale sull'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori dipendenti e degli elementi costitutivi e dei limiti all'esercizio del potere disciplinare propri del lavoro subordinato tradizionale⁶⁵. Nel lavoro agile quindi troveranno applicazioni sia le norme del codice civile che indicano quali presupposti sostanziali dell'esercizio del potere disciplinare la violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà, vincolando l'esercizio di detto potere al canone della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'infrazione sia l'art. 7 dello statuto dei lavoratori, gli artt. 55 ss., d.lgs. 165/01 e le disposizioni di natura disciplinare contenute nei contratti collettivi e nei regolamenti disciplinari ove esistenti.

Tale complesso normativo, infatti, è destinato a regolare l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro non solo riguardo alle prestazioni eseguite dal lavoratore agile all'interno dei locali aziendali, ma anche riguardo al lavoro svolto dal medesimo all'esterno.

Nel lavoro agile "fisiologico" l'art. 21, co. 2, l. 81/17 attribuisce all'accordo individuale di lavoro agile tra datore e lavoratore, l'individuazione delle

⁶³ V.: BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell'economia digitale*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli*, cit., p. 725 e ss.

⁶⁴ V.: LAMBERTUCCI, *Controlli e contrattazione collettiva*, cit.; ID., *Il potere di controllo tra disciplina statutaria e regolamentazione della privacy*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, I, Quaderni della rivista DLM, 2020, p. 430-431.

⁶⁵ V.: FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, p. 1 ss.

condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari⁶⁶.

Nel lavoro agile “emergenziale”, invece, l'individuazione delle condotte esterne di rilievo disciplinare è rimessa, da un lato, al potere unilaterale di parte datoriale attraverso il regolamento disciplinare o, dall'altro lato alla stessa contrattazione collettiva. Tenendo conto della definizione e delle caratteristiche del lavoro agile, fin qui delineate, è possibile individuare alcune peculiarità rilevanti ai fini della ricostruzione degli obblighi connessi all'esecuzione all'esterno della prestazione.

È evidente che esse possono riguardare non tanto i luoghi di lavoro (peraltro “fisso” nello *smart working* collegato alla pandemia) ma piuttosto i tempi di lavoro⁶⁷ e soprattutto le modalità di esecuzione dello stesso.

A quest'ultimo aspetto, infatti, potrebbe essere collegato sia il tema degli strumenti tecnologici impiegati dal lavoratore, sia quello del cd. scarso rendimento.

Nel primo caso, e da un punto di vista sostanziale, lo svolgimento della prestazione lavorativa in locali diversi da quelli aziendali (quindi al di fuori del diretto controllo dei superiori gerarchici ed anche in ambienti, come quello domiciliare, non conformati e organizzati unicamente per scopi lavorativi, ma destinati alla vita familiare) richiede sicuramente al lavoratore una diligenza ulteriore sia per la custodia che la protezione di strumenti e dei dati. Del resto la violazione dei doveri di custodia degli strumenti tecnologici forniti (ma anche non forniti) dal datore e di riservatezza dei dati potrà essere contemplata quale condotta disciplinarmente rilevante nel contratto collettivo.

Nel secondo caso, alla luce della giurisprudenza che sembra aver ricondotto lo scarso rendimento al notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore tale da dar luogo la licenziamento disciplinare⁶⁸, ed in una prospettiva di misurazione dell'adempimento in base ai risultati prodotti (e non in base all'orario o ai giorni di lavoro) si potrebbe consentire in sede

⁶⁶ PONTERIO, *L'individuazione delle condotte esterne che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 634, il quale sottolinea che all'accordo individuale non è attribuita alcuna efficacia derogatoria del codice disciplinare, ma solo una funzione di integrazione in riferimento alle condotte suscettibili di essere tenute al di fuori del luogo di lavoro.

⁶⁷ Su tale aspetto v. *infra* par. 9.

⁶⁸ Cfr., Cass 22 novembre 2016 n. 23735, in *D&G*, 23 novembre 2016, p. 5, con nota di CORRADO, *Giustificato motivo oggettivo: non sussiste se il recesso è colpa del dipendente*.

di contrattazione collettiva, rilievo disciplinare la mancato raggiungimento di obiettivi minimi individuati unilateralmente dal datore di lavoro.

9. Flessibilità e limiti dell'orario

Come emerso nel precedente paragrafo, molto rilevanti sono gli aspetti della flessibilità dell'orario da indagare su due fronti: quello della durata e quello della collocazione temporale.

Sul primo fronte la l. 81/17 prevede che nel lavoro agile, l'esecuzione della prestazione avvenga “senza precisi vincoli di orario” ed “entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva” (art. 18 co. 1)⁶⁹; tale norma, quindi, affronta la questione della gestione dell'orario di lavoro entro i limiti della durata massima; in tal modo per la prestazione agile rimane comunque fermo il massimale della durata, restando invece svincolata la fascia oraria di svolgimento della prestazione.

È evidente che la durata massima dell'orario di lavoro è comprensiva anche delle ore di straordinario, che costituiscono il tempo di lavoro prestato oltre l'orario normale. Pertanto il riferimento ai «soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro» “include implicitamente l'applicazione del normale orario alla prestazione agile”⁷⁰.

Tale impianto va oggi “calato” nel contesto emergenziale del lavoro agile “semplificato”, in cui il datore di lavoro improvvisamente privato della presenza “fisica” dei collaboratori ha una serie difficoltà nel quantificare” le ore che il dipendente effettivamente dedica al lavoro; per contro i dipendenti dichiarano (spesso) di aver “perduto la cognizione del tempo” lavorando ad oltranza ben oltre quello che sarebbe stato il loro “normale” orario di lavoro, probabilmente per l'incapacità di auto-organizzazione. Per cui la domanda nasce spontanea: nello *smart working* è possibile riconoscere e retribuire il lavoro straordinario?

Il problema del prolungamento dell'orario delle prestazioni dovuto (e per il quale si rischia anche il contenzioso) si è posto, infatti, nell'attuale si-

⁶⁹ L'art. 19, co. 1, l. 81/17 prevede inoltre che “l'accordo individuale individua i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche ed organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”.

⁷⁰ V.: VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile*, cit.

tuazione di emergenza sanitaria, i cui i lavoratori, per esempio, sono stati impegnati nella preparazione di attività a distanza che hanno richiesto, a volte, molto tempo. Su questo aspetto la dottrina, facendo leva sulla normativa del lavoro agile, esclude il diritto al riconoscimento dello straordinario “fatte salve le disposizioni in senso contrario della contrattazione collettiva”⁷¹.

La questione è stata affrontata dalla Circolare n. 2 del 1 aprile 2020 del Ministero per la Pubblica Amministrazione, la quale condivisibilmente sottolinea “che, fermo restando il divieto di discriminazione, istituti quali prestazioni eccedenti l’orario settimanale che diano luogo a riposi compensativi, prestazioni di lavoro straordinario, prestazioni di lavoro in turno notturno, festivo o feriale non lavorativo che determinino maggiorazioni retributive, brevi permessi o altri istituti che comportino la riduzione dell’orario giornaliero di lavoro appaiono difficilmente compatibili con la strutturazione del lavoro agile quale ordinaria modalità delle prestazione lavorativa” ritenendo “conforme a normativa che una PA non riconosca a chi si trova in modalità agile, ad esempio, prestazioni di lavoro straordinario”⁷².

In questa direzione si stanno muovendo gli accordi sindacali aziendali sottoscritti dopo l’inizio della pandemia⁷³.

La stessa Circolare interviene anche sulla discussa questione dei buoni pasto⁷⁴ per i lavoratori in modalità agile. Problema (ampiamente dibattuto

⁷¹ Così CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, cit. L’Autore sottolinea che in alcune aziende il lavoro straordinario a distanza è stato tuttavia riconosciuto dal datore di lavoro su basi convenzionali: per esempio, laddove il lavoro straordinario ha cadenze stagionali, come nei grandi studi commercialistici, in tempi di scadenze fiscali, e le prestazioni dei dipendenti sono state convertite rapidamente nella modalità a distanza, l’indennità di lavoro straordinario è stata riconosciuta, ma sperimentando forme di autocertificazione.

⁷² Tale opinione è stata riportata anche nella FAQ “Lavoro agile e Covid-19” del Ministro per la Pubblica amministrazioni in cui si specifica che il principio per cui è conforme a normativa che la PA non riconosca prestazioni di lavoro straordinario e permessi al lavoratore in *smart working*, era già chiarito nella direttiva n. 3/2017 “secondo la quale ciascuna PA assume le determinazioni di competenza nell’esercizio dei propri poteri datoriali. Si ritiene che tale indicazione sia valida anche nel contesto emergenziale in atto, in cui il lavoro agile rappresenta l’ordinaria modalità di svolgimento della prestazione lavorativa”.

⁷³ V. *Accordo in tema di lavoro agile c.d. “smart working”* sottoscritto il 4 agosto 2020 tra ING Bank succursale Milano e le OO. SS. “In ragione della peculiarità della modalità della prestazione di lavoro agile e della flessibilità alla stessa connaturata, che consente ad esempio la fruizione di permessi di breve durata come da paragrafo precedente, non è previsto nelle giornate di lavoro agile lo svolgimento di prestazioni di lavoro straordinario e/o supplementare”.

⁷⁴ Le cui condizioni di erogazione sono regolate dal Decreto del Ministero dello sviluppo economico 7 giugno 2017 n. 122 in quale all’art. 4, co. 1, lett. c) prevede che i buoni pasto “sono

nel regime di lavoro agile “fisiologico” con riguardo al principio del trattamento economico e normativo paritario di cui all’art. 20, co. 1, l. 81/17 e sostanzialmente rinviato, in via di fatto, agli assetti negoziali collettivi o all’accordo individuale) che oggi si pone con maggiore evidenza a causa del ricorso massivo al lavoro agile “unilaterale”. La Circolare n. 2/2020 si è fatta carico di negare, come la recente giurisprudenza⁷⁵, in linea di principio e in forma automatica il diritto, rinviando comunque alle determinazioni delle singole amministrazioni e relativo confronto con le organizzazioni sindacali; pertanto non è da escludere che qualche “accordo di riconoscimento” possa essere stato pure concluso⁷⁶.

utilizzati esclusivamente dai prestatori di lavoro subordinato, a tempo pieno o parziale, anche qualora l’orario di lavoro non prevede una pausa per il pasto, nonché dai soggetti che hanno instaurato con il cliente un rapporto di collaborazione anche non subordinato”.

⁷⁵ Trib. Venezia 8 luglio 2020, in *DE&G*, 19 agosto 2020. Per commenti della pronuncia cfr.: GIGLIO, *Il lavoro agile è incompatibile con i buoni pasto*, in *GL*, 33-34/2020, p. 24; ROSSI DORIA, *Ai dipendenti della pubblica amministrazione collocati in smart working non spettano i buoni pasto: la decisione del Tribunale di Venezia*, in *ilgiuslavorista.it*, 30 ottobre 2020; GRECO, *L’esclusione del diritto ai buoni pasto per i lavoratori in modalità agile nelle pubbliche amministrazioni*, nota a Trib. Venezia 8 luglio 2020, in *ADL*, 2020, p. 1532. Tale sentenza ha stabilito che il lavoro agile è incompatibile con la fruizione dei buoni pasto. Secondo il Giudice del Lavoro per la maturazione del buono pasto sostitutivo del servizio mensa è necessario che l’orario di lavoro sia organizzato con specifiche scadenze orarie e che il lavoratore consumi il pasto al di fuori dell’orario di servizio. Quando la prestazione di lavoro è resa in modalità di lavoro agile, questi presupposti non sussistono, proprio perché il lavoratore è libero di organizzare come meglio ritiene la prestazione sotto il profilo della collocazione temporale. Tale decisione richiama la Cass. 29 novembre 2019 n. 31137 che ha escluso la natura di elemento “normale” della retribuzione del buono pasto, trattandosi di un’“agevolazione di carattere assistenziale collegata al rapporto di lavoro da un nesso meramente occasionale”. Pertanto i buoni pasto non rientrano sic et simpliciter nella nozione di trattamento economico e normativo che deve essere garantito in ogni caso al lavoratore in *smart working ex art. 20 l. n. 81/2017*. Essendo al momento, a quanto consta, l’unica pronuncia sul tema, sarà interessante verificare se l’orientamento in essa espresso sarà confermato o smentito da altri giudici.

⁷⁶ Con la risposta ad interpello n. 123 del 22 febbraio 2021 l’Agenzia delle Entrate chiarisce che il riconoscimento dei buoni pasto ai dipendenti che svolgono l’attività lavorativa in modalità di lavoro agile non concorre alla formazione del reddito di lavoro dipendente, ai sensi dell’articolo 51, comma 2, lettera c), del Testo unico delle imposte sui redditi (Tuir). La motivazione di tale regime fiscale di favore – si legge nel provvedimento dell’Agenzia che richiama la precedente risoluzione 118E/2006 – è ispirata dalla volontà del legislatore di detassare le erogazioni ai dipendenti che si ricollegano alla necessità del datore di lavoro di provvedere alle esigenze alimentari del personale che durante l’orario di lavoro deve consumare il pasto. L’Agenzia specifica, infine, che nei confronti dei lavoratori in *smart working* il datore di lavoro non è tenuto ad operare la ritenuta a titolo di acconto Irpef, prevista dall’art. 23 del d.P.R. n. 600/73, sul valore dei buoni pasto fino a euro 4, se cartacei, ovvero euro 8, se elettronici.

Con il ricorso al lavoro agile, quindi, si va inevitabilmente incontro a delle decurtazioni, come la perdita dei buoni pasto e degli straordinari ed anche a maggiori spese per le utenze, che però potrebbero essere compensati dalle minori uscite per trasporti e spostamenti. Per questo si sta facendo largo l'idea di introdurre un pacchetto welfare o un bonus spese per chi aderisce al lavoro agile⁷⁷.

Tuttavia un cambiamento culturale di cui dovrebbe farsi interprete il legislatore è probabilmente collegato all'incentivazione della produttività individuale attraverso la valorizzazione del risultato della prestazione lavoro. Ciò consentirebbe al datore di lavoro di effettuare una valutazione della prestazione lavorativa e, al tempo stesso, un controllo sul risultato dell'attività. In questo senso il lavoro agile alimenta grandi aspettative. Le forme di retribuzione incentivante legate ai risultati sono sempre più importanti non solo nella composizione della struttura delle retribuzioni ma anche nell'orientare le collaborazioni lavorative verso fini aziendali.

10. *Il diritto alla disconnessione: la l. 6 maggio 2021 n. 61*

La fluidità “spazio-temporale” rappresenta un punto di forza del lavoro agile ma, allo stesso tempo, anche quello di maggiore debolezza.

Risulta, infatti, estremamente sfumata la linea di demarcazione tra la sfera del tempo dedicata all'attività professionale e quella dedicata alla vita privata del lavoratore⁷⁸. Frequentemente il tempo di riposo è parzialmente “invaso” dal lavoro; e spesso può accadere anche la situazione opposta, ovvero che il tempo di lavoro sia in parte “alterato” dallo svolgimento di attività personali del dipendente (come ad esempio l'invio di mail personali, l'utilizzo di social networks, l'utilizzo di piattaforme per lo shopping on line e, soprattutto nella fase emergenziale collegata alla pandemia, l'accudimento dei figli che svolgono la didattica a distanza ecc.).

⁷⁷ Così., AMATO, GINORI, GUERRERA, MASTROBUONI, *Arriva il bonus spese per chi lavora da casa*, in *La Repubblica*, 2 gennaio 2021. V., d.l. 25 maggio 2021, n. 73 “Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali” (cd. Decreto sostegni bis).

⁷⁸ Quando le due sfere del tempo di miscelano si parla di “*time porosity*”: v., GENIN, *Proposal for a theoretical framework for the analysis of time porosity*, in *Int. Jour. Comp. Lab. Law & Ind. Rel.*, 2016, 32, 3, pp. 280-300.

In un contesto dematerializzato è apparso dunque indispensabile al legislatore individuare un possibile argine allo sfioramento del tempo di lavoro a danno del tempo di riposo attraverso il riconoscimento ai lavoratori agili del diritto alla disconnessione⁷⁹ attraverso l'art. 19, l. 81/17. Tale norma affida all'accordo individuale, infatti, l'individuazione dei "tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro". La dottrina, seppur con diversità di accenti ha sottolineato l'impalpabilità della disposizione appena citata e, conseguentemente, il rischio di ineffettività del diritto alla disconnessione⁸⁰, la cui tutela viene negoziata a livello individuale (con incidenza della eventuale debolezza del lavoratore)⁸¹.

Successivamente all'entrata in vigore della l. 81/17, il diritto alla disconnessione è stato, invece, espressamente disciplinato, nel pubblico impiego, ad esempio dal ccnl relativo al personale del comparto Istruzione e Ricerca 2016/2018, firmato il 18 aprile 2018. Infatti, l'art. 22, co. 4, lett. c), del ccnl in questione rinvia alla contrattazione integrativa la definizione di "criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio al fine di una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e familiare (diritto alla disconnessione)".

Il diritto alla disconnessione è stato poi regolamentato dal ccnl per i Quadri direttivi e per il personale delle aree professionali dipendenti dalle imprese creditizie, finanziarie e strumentali, rinnovato con accordo siglato a dicembre 2019. Nello specifico il ccnl ha disposto che l'utilizzo degli strumenti di lavoro deve avvenire nel rispetto della prestazione lavorativa, garantendo il diritto del lavoratore ai tempi di riposo giornaliero e settimanale, ai periodi di ferie e agli altri legittimi casi di assenza. Inoltre per garantire l'effettivo diritto alla disconnessione è stato statuito che il lavoratore possa disattivare i propri dispositivi di connessione per evitare la ricezione di comunicazioni aziendali oltre l'orario di lavoro o nei periodi di assenza legittimati.

⁷⁹ Anche per l'esame del diritto alla disconnessione in alcuni ordinamenti europei v.: FENOGLIO, *Il diritto alla disconnessione del lavoratore agile*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *op. cit.*, p. 547 ss. Il primo Stato europeo ad aver cercato di disciplinare il diritto alla disconnessione è stata la Francia con la Loi n. 2016-1088 dell'8 agosto 2016 (la cosiddetta *Loi Travail* o *El-Khomri*) che ha modificato l'art. 2242-8 del *Code du Travail*.

⁸⁰ V. per tutti, ALLAMPRESE, PASCUCCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in RGL, 2017, I, p. 307 ss.

⁸¹ V.: MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 95 e ss., il quale sottolinea anche l'astratta giustiziabilità della norma.

L'esperienza dello *smart working* emergenziale “senza accordo” ha consentito di mettere a nudo la questione della disconnessione destinata, indubbiamente, a restare centrale nel dibattito futuro.

Ora nel contesto della pandemia si è posto il problema se la normativa emergenziale abbia “sospeso” l'applicabilità del diritto alla disconnessione, che era un diritto demandato nel concreto dall'art. 19, co. 1, l. 81/17 proprio all'“accordo” tra datore di lavoro e lavoratore⁸². Evidentemente il diritto alla disconnessione “resiste e va oltre l'emergenza”. Resiste durante l'emergenza, attraverso il richiamo generale ai presidi di tutela fondamentali contenuto nell'art. 90, d.l. n. 34/20 (il quale fa riferimento al “rispetto dei principi dettati” dalla l. 81/17); ma la disconnessione non più affidata alla regolamentazione mediante accordo è ora rimessa al datore di lavoro che potrà definire in piena autonomia le modalità della disconnessione (la quale costituisce anche una misura preventiva per tutelare la personalità fisica e morale dello *smart worker*).

Ma per garantire il contraente debole e far sì che il diritto alla disconnessione vada “oltre l'emergenza” diventa in questo momento urgente, non solo un intervento del legislatore sul punto, ma una piena valorizzazione dell'autonomia collettiva come la sede più idonea per un opportuno bilanciamento tra attività lavorativa e riposo del lavoratore⁸³, che costituisce specularmente il tassello contrapposto dell'esercizio del potere direttivo e di controllo, esercitati dal datore di lavoro⁸⁴.

Sul piano legislativo si segnala la novità introdotta dall'art. 1, co. 1, l. 6 maggio 2021, n. 61 che, inserendo il co. 1-ter all'interno dell'art. 2, d.l. n. 30/21 (“Decreto Covid”), stabilisce che ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi

⁸² Cfr.: MAIO, *Il lavoro da remoto*, cit., p. 95.

⁸³ Si vedano, in tal senso, TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit. p. 33 e DE NARDO, *Lavoro agile, categorie giuridiche e diritto alla disconnessione: uno sguardo al futuro e qualche nodo irrisolto*, in VERZARO (a cura di), *Il lavoro, agile nella disciplina collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, Jovene, 2018, p. 2122 ss., p. 2223.

⁸⁴ In tal senso LAMBERTUCCI, *Controlli e contrattazione collettiva*, cit. In generale in questo senso si è espressa anche la Commissione UE, evidenziando l'importanza del coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e delle associazioni imprenditoriali per un equilibrato adattamento ai cambiamenti tecnologici, in particolar modo supportando il c.d. diritto alla disconnessione EUROPEAN COMMISSION, *Employment and Social Developments in Europe. Annual Review 2018*, 2018, p. 155.V.; RUSSO, *Esiste il diritto alla disconnessione? Qualche spunto di riflessione alla ricerca di un equilibrio tra tecnologia, lavoro e vita privata*, in DRI, 2020, p. 682 ss.

nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati, precisando che "l'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi". Si ribadisce quindi la necessità di un accordo tra le parti del rapporto di lavoro le quali, potranno concordare eventuali periodi di reperibilità al di fuori del normale orario lavorativo. Tale misura non trova il limite di applicabilità fino al 30 giugno 2021 (come per accade, invece, per i co. 1, 1-bis, 2, 3, 5, 6 e 7 dell'art. 2 del d.l. 30/21).

Ciò rappresenta un passaggio fondamentale anche alla luce del fatto che l'impianto normativo sul versante della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro scelto dalla stessa l. 81/17 è indubbiamente "minimale"⁸⁵, ed il principale mezzo di prevenzione dei cd rischi psicosociali resta, tra gli altri, lo strumento della disconnessione⁸⁶.

11. *La problematica distinzione tra lavoro agile e telelavoro: cenni*

Misurare quanto il lavoro agile emergenziale somigli al telelavoro⁸⁷ probabilmente non rappresenta un'operazione destinata a restare centrale nel dibattito giuridico e sulla quale si dovrà concentrare l'attenzione della contrattazione collettiva e dell'autonomia individuale. Né, a parere di chi scrive, ci si deve ingegnare per far "retrocedere" lo *smart working* emergenziale a una forma del vecchio telelavoro; anche perché ciò significherebbe ignorare che il contesto economico-sociale e, soprattutto, tecnologico di riferimento è profondamente cambiato rispetto al passato. È evidente che la forza dram-

⁸⁵ Cfr.: FRATINI, *Gli obblighi di sicurezza nel lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 133.

⁸⁶ Cfr.: PELUSI, *Lavoro agile e covid-19: i rischi del telelavoro domiciliare emergenziale*, in *Quaderni della sicurezza Aifos*, 2020, p. 97.

⁸⁷ Sull'annosa questione della distinzione tra lavoro agile "fisiologico" e telelavoro v., MARTONE, *Il lavoro agile nella l. 22 maggio 2017, n. 81: un inquadramento*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), Milano, 2018, p. 461. Si vedano, sulla possibile assimilazione tra lavoro agile e telelavoro subordinato, le osservazioni di TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge*, cit., p. 22 ss.; PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, p. 2 ss. Sul telelavoro, per tutti, GAETA, PASCUCCI (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998.

matica della pandemia ha negato ai lavoratori del settore privato e pubblico (almeno nella prima fase del Covid 19) ogni possibilità di alternare la presenza in azienda⁸⁸. Anzi è stato richiesto ai lavoratori di svolgere la prestazione esclusivamente dal proprio domicilio⁸⁹ (cd. home working) e per il tramite di quella “postazione fissa”⁹⁰ che era stata invece bandita dalla l. 81/17⁹¹. La “piegatura” impressa al lavoro agile “fisiologico” è intervenuta senza che vi fosse nemmeno il modo e, soprattutto, il tempo necessario per progettare una reale riorganizzazione delle attività e dei processi di produzione e lavoro⁹². Sta di fatto che il lavoro agile nella fase emergenziale spesso si è “appiattito”⁹³ sul telelavoro rendendo difficile distinguere il primo dal secondo.

12. Subordinazione e smart working

La disciplina del lavoro agile emergenziale, importante per gli aspetti applicativi dimostrati durante la pandemia, ripropone una discussione più ampia (e che esula dall’economia della presente indagine) relativa alla interazione della subordinazione con lo *smart working*⁹⁴.

⁸⁸ Nella definizione legale del lavoro agile è rilevabile la necessità di alternare attività interna ad attività esterna rispetto ai locali aziendali, mentre nel telelavoro l’attività è regolarmente esterna.

⁸⁹ Sottolinea i tratti di vicinanza tra *smart working* emergenziale e telelavoro domiciliare PELUSI, *op. cit.*, p. 95 e ss.

⁹⁰ Nel lavoro agile è rilevabile l’assenza di una postazione fissa, che pure non è di per sé sempre necessaria nel telelavoro; su tale aspetto v., tra gli altri, PERUZZI, *Sicurezza e agilità*, cit., p. 4 ad avviso del quale sarebbe superabile anzitutto «l’equivoco che il telelavoro presupponga una postazione fissa mentre il lavoro agile la variabilità del luogo di lavoro e la portabilità dello strumento informatico». Inoltre nel lavoro agile è rilevabile l’impiego solo eventuale delle tecnologie.

⁹¹ Cfr. V. MAIO, *Il lavoro da remoto*, cit., p. 89

⁹² Si ricordi che il lavoro agile si caratterizza per l’adozione di “forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi” e proprio questo elemento segna una distanza rispetto al telelavoro in cui si delocalizza una prestazione di lavoro mantenendo però, di massima, la possibilità di etero-organizzare la prestazione del telelavoratore.

⁹³ Cfr., ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”- IT*, n. 430/2020, p. 8.

⁹⁴ Per il dibattito sorto attorno alla l. 81/17 v.: SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro etero-organizzato* cit.; PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”- IT*, n. 341/2017; PROIA, *L’accordo individuale*, cit., p. 177 ss.

Quando cesserà il “grande esperimento” dello *smart working* emergenziale, che ha visto coinvolti milioni di lavoratori, ci troveremmo probabilmente di fronte ad una “stabilizzazione” dello *smart working* che porterà con sé un capovolgimento del normale assetto del rapporto di lavoro quanto all’organizzazione della collocazione del tempo di lavoro e del luogo di lavoro.

Il riferimento alla possibilità di organizzare il lavoro agile anche “per fasi, cicli ed obiettivi” da un lato, non esclude la natura subordinata del rapporto di lavoro e, dall’altro, conferma un percorso già avviato di “destandardizzazione” della disciplina⁹⁵.

Tale destandardizzazione della disciplina è stata, anch’essa influenzata dall’emergenza: si pensi all’impiego di strumenti di lavoro di proprietà del lavoratore, alla vicenda della negazione dei buoni pasto fino ad arrivare all’accollo per i lavoratori dei costi della connessione internet.

Del resto ora non possiamo ignorare che quando il lavoro “subordinato non si svolge all’interno dell’impresa, ma nello stesso domicilio del lavoratore o nel luogo scelto da questo, è inevitabile che la disciplina dettata per “il lavoro nell’impresa” si rilevi inadeguata”⁹⁶.

Di fronte a queste prospettive di cambiamento, il lavoro agile emergenziale ha posto ancora di più l’accento su alcune tendenze evolutive verso un lavoro subordinato sempre meno caratterizzato da schemi gerarchici e unilaterali di organizzazione del lavoro; verso una evoluzione della nozione di potere nell’ambito della teoria generale; verso una visione “procedurale” della subordinazione nell’ambito dello *smart working* caratterizzato da una notevole capacità proattiva del prestatore⁹⁷.

Come autorevolmente evidenziato, si avverte l’esigenza di una disciplina che regoli in modo appropriato il “lavoro fuori dall’impresa”⁹⁸ individuando sia le nuove esigenze di tutela dei lavoratori sia i contenuti ed i limiti dei poteri del datore di lavoro.

Pertanto in tema di lavoro agile si potrebbe procedere ad un “ritocco selettivo” della l. 81/17⁹⁹; ed al fine di evitare incertezze interpretative e ap-

⁹⁵ V., SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro etero-organizzato, agile e telelavoro*, cit., p. 9.

⁹⁶ V.: PERSIANI, *Prologo*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 1.

⁹⁷ V.: PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, cit.

⁹⁸ V.: PERSIANI, *Prologo*, cit., p. 2.

⁹⁹ Così DE LUCA TAMAJO, MAFFEI, *L’esperimento emergenziale del lavoro agile: consuntivo e spunti di riforma*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 242 e ss. In cui si ritiene che le direzioni che

plicative (come del resto è avvenuto nel caso delle collaborazioni coordinate) il legislatore potrebbe delegare all'autonomia contrattuale il compito di regolare alcuni aspetti specifici dell'istituto, individuando soluzioni più adeguate alla diversità delle concrete situazioni. Ciò soprattutto in riferimento all'individuazione delle mansioni e/o delle categorie di lavoratori per le quali lo *smart working* è tecnicamente possibile, all'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa del lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'art. 4 dello statuto dei lavoratori, alle modalità attraverso le quali il lavoratore possa esercitare i propri diritti sindacali.

Del resto l'esperienza sul campo ha dimostrato che l'autonomia collettiva ha svolto un ruolo non trascurabile sul fronte della regolazione del lavoro agile¹⁰⁰.

Inoltre gli evidenziati sviluppi in tema di *smart working* nella pubblica amministrazione aprono uno scenario in cui i contratti collettivi di comparto e di area probabilmente forniranno un quadro regolatorio importante; come del resto emerge anche del "Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale" firmato il 10 marzo 2021 da Governo e sindacati (Cgil, Cisl e Uil)¹⁰¹.

13. Conclusioni

La pandemia ha rappresentato per il lavoro agile, indubbiamente un preziosissimo "test di forza" e resilienza organizzativa. Le Pubbliche Amministrazioni e le aziende del settore privato che avevano già introdotto modelli di lavoro agile, si sono trovate avvantaggiate, ed hanno assorbito con maggiore facilità la discontinuità, ritrovandosi in molti casi sorprendentemente pronte.

a livello normativo potrebbero essere intraprese sono tre: previsione di incentivi economici; recupero della consensualità come tratto identitario dello *smart working* e introduzione di regole specifiche per i nuovi bisogni che sorgono dalla pratica dell'istituto.

¹⁰⁰ Cfr.: ZILIO GRANDI, PICUNIO, *Lavoro da remoto e contrattazione di prossimità*, in MARTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 169 ss.; BENTIVOGLI, *Smart working e contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 159 ss.

¹⁰¹ In tale Patto si legge, tra l'altro, che "il confronto in sede di Aran sarà l'occasione per definire linee di intervento sul lavoro agile (*smartworking*) perché si eviti una iper-regolazione legislativa e vi sia più spazio per la contrattazione di adattare alle esigenze delle diverse funzioni queste nuove forme di lavoro che, laddove ben organizzate, hanno consentito la continuità di importanti servizi pubblici anche durante la fase pandemica".

In tali organizzazioni, infatti, molti lavoratori avevano già gli strumenti, le competenze e, soprattutto, la cultura per lavorare in modo efficace fuori del contesto aziendale.

Tutte quelle aziende e pubbliche amministrazioni che, viceversa, per resistenze culturali e organizzative avevano rifiutato questo cambiamento, si sono ritrovate tecnologicamente, culturalmente e managerialmente impreparate, scoprendosi fragili di fronte all'emergenza.

Ciò evidenzia che il “passaggio culturale” non può certo avvenire in tempi rapidi, come richiesto dall'emergenza, ma deve essere supportato da iniziative di formazione, di informazione e di accompagnamento dei lavoratori.

Da un punto di vista giuridico per cercare di raccogliere l'eredità del lavoro agile emergenziale, è necessario ripartire dalla disciplina “pre-pandemia” perché questa è destinata a ritornare la regola rispetto all'eccezione del periodo di emergenza.

La deroga al regime della consensualità, che traeva la sua giustificazione da finalità di ordine pubblico sanitario, non potrà riprodursi una volta terminata la fase emergenziale. Allora per mettersi al riparo da possibili condizionamenti della libera volontarietà del soggetto parte debole del rapporto di lavoro bisogna porre l'accento su quella funzione di riequilibrio dello squilibrio contrattuale che può svolgere la contrattazione collettiva.

Probabilmente l'unilateralità della fase emergenziale sta mettendo in luce che il lavoro agile presuppone il naturale dispiegarsi dei poteri datoriali i quali possono essere limitati dall'intervento eteronomo della legge e dell'autonomia collettiva (e non dal debole potere negoziale del lavoratore).

Da qui parte il tentativo di ricercare, tra le pieghe della l. 81/17 non il rinvio “perduto” alla regolamentazione collettiva del lavoro agile¹⁰², ma un possibile nuovo ruolo dell'autonomia collettiva che sappia far tesoro della esperienza emergenziale¹⁰³.

Quest'ultima ha fatto comprendere, per esempio, la “bassa fattibilità” del lavoro agile in alcuni ambiti e, pertanto, si potrebbe delegare alla con-

¹⁰² V.: RECCHIA, *Lavoro agile e autonomia collettiva*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, ADAPT University Press, 2018, p. 380 ss.

¹⁰³ Nella prospettiva di un modello regolativo del lavoro agile con tutele “multilivello” “per la parte seriale negoziate a livello collettivo (specie di secondo livello) e, per quella della differenza soggettiva, rinviate all'autonomia individuale” si veda l'interessante contributo di BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in LG, 2020, p. 569.

trattazione collettiva l'individuazione del set di categorie di lavoratori e di mansioni per le quali il lavoro agile è tecnicamente possibile¹⁰⁴.

Non è più rinviabile una regolamentazione compiuta, magari per il tramite della contrattazione collettiva del profilo formativo del lavoro agile e, alla luce dell'importante passo in avanti compiuto dal Decreto Covid, la previsione di regole di garanzia alla disconnessione che abbracci la tutela psicofisica della persona ed inserisca un quadro sanzionatorio in caso di inadempienze. Procedendo in questo modo e, come già auspicato attraverso un "ritocco selettivo"¹⁰⁵ alla l. 81/17, il lavoro agile emergenziale riuscirà a lasciare l'eredità di nuove garanzie per la persona che lavora "oltre l'emergenza" e metterà al riparo dai rischi di una pericolosa "polarizzazione" del mercato del lavoro.

¹⁰⁴ Così DE LUCA TAMAJO, MAFFEI, *L'esperimento emergenziale del lavoro agile*, cit., p. 245.

¹⁰⁵ Così DE LUCA TAMAJO, MAFFEI, *op. ult. cit.*, p. 242.

Abstract

Il saggio esamina, alla luce della regolamentazione del lavoro agile “ordinario e/o fisiologico” di cui alla legge 22 maggio 2017, n. 81, la recente incentivazione del lavoro agile collegato alla pandemia, le prospettive collegate all'uscita dall'approccio emergenziale dell'istituto e le implicazioni di un possibile “lascito” delle norme emergenziali per una futura regolamentazione dell'istituto.

Ciò in uno scenario estremamente complesso che vede all'orizzonte diverse strade: un graduale “riassorbimento totale” del lavoro agile oppure un uso come forma “normale” di lavoro o, infine, un “modello di lavoro misto” tra “presenza e lavoro agile”. Il saggio, inoltre, evidenzia la necessità di raccogliere l'eredità del lavoro agile emergenziale attraverso un ritorno alla disciplina “pre-pandemia”, in quanto la deroga al regime della consensualità (che traeva la sua giustificazione da finalità di ordine pubblico sanitario) non potrà probabilmente riprodursi una volta terminata la fase emergenziale. Da qui parte il tentativo di ricercare un possibile nuovo ruolo dell'autonoma collettiva che sappia far tesoro della esperienza emergenziale.

The essay examines, in the light of the regulation of “ordinary and / or physiological” smart work pursuant to law no. 81, the recent incentive for smart work linked to the pandemic, the prospects related to the exit from the institution's emergency approach and the implications of a possible “legacy” of the emergency rules for future regulation of the institution.

This in an extremely complex scenario that sees different paths on the horizon: a gradual “total reabsorption” of smart work or use as a “normal” form of work or, finally, a “mixed work model” between “presence and smart work”. The essay also highlights the need to collect the legacy of emergency smart work through a return to the “pre-pandemic” discipline, as the derogation from the consensual regime (which drew its justification from public health order) does not it will probably reproduce once the emergency phase is over. Hence the attempt to seek a possible new role for the autonomous collective that knows how to treasure the emergency experience.

Keywords

Lavoro agile, disciplina emergenziale, autonomia individuale, autonomia collettiva, diritto alla disconnessione.

Smart work, emergency discipline, individual autonomy, collective autonomy, right to disconnect.

Corte di giustizia dell'Unione Europea (Quarta Sezione), 26 marzo 2020, C-344/18 n. 441, ISS Facility Services NV

Trasferimento d'azienda – Successione nell'appalto – Pluralità di appaltatori cessionari – Scissione del contratto di lavoro.

In presenza di un trasferimento d'impresa che coinvolge più cessionari, l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, deve essere interpretato nel senso che i diritti e gli obblighi risultanti da un contratto di lavoro sono trasferiti a ciascuno dei cessionari, in proporzione alle funzioni svolte dal lavoratore interessato, a condizione che la scissione del contratto di lavoro che ne risulta sia possibile o non comporti un deterioramento delle condizioni di lavoro né pregiudichi il mantenimento dei diritti dei lavoratori garantito da tale direttiva, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare. Nell'ipotesi in cui una tale scissione si rivelasse impossibile da realizzare o arrecasse pregiudizio ai diritti di detto lavoratore, l'eventuale risoluzione del rapporto di lavoro che ne conseguirebbe sarebbe considerata, ai sensi dell'articolo 4 di detta direttiva, come dovuta al fatto del cessionario o dei cessionari, quand'anche tale risoluzione fosse intervenuta su iniziativa del lavoratore.

★ ★ ★

Simone D'Ascola

Trasferimenti d'azienda con due cessionari: quando la Corte di Giustizia crea problemi anziché risolverli

Sommario: **1.** La fattispecie concreta, il giudizio nazionale e la decisione della Corte. **2.** L'unicità della decisione nella casistica multilivello. **3.** Controindicazioni pratiche e dissenso rispetto alla decisione. **4.** Ipotesi alternative.

1. *La fattispecie concreta, il giudizio nazionale e la decisione della Corte*

La Corte del lavoro di Gent (Belgio) si è rivolta nel 2018 alla Corte di giustizia di Lussemburgo per domandare se “in caso di simultaneo trasferimento di diverse parti di un'impresa ... a cessionari diversi, i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro di un dipendente impiegato in ciascuno dei settori trasferiti ... si trasferiscono a ciascuno dei cessionari, seppure in proporzione alla portata dell'impiego del lavoratore interessato nel settore dell'impresa rilevato da ciascun cessionario oppure ... detti diritti e obblighi si trasferiscono integralmente al cessionario della parte dell'impresa in cui il lavoratore interessato era impiegato principalmente, oppure ... non si configura un trasferimento ad alcun cessionario dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro del suddetto lavoratore”.

La vicenda era apparentemente abbastanza tradizionale: un'impresa (la Iss), titolare di appalto per i servizi di pulizia e manutenzione presso tre lotti di edifici pubblici, a un certo momento perdeva l'appalto, non risultando vincitrice della nuova gara. La successione, però, non vedeva il subentro di un unico soggetto assegnatario dello svolgimento degli identici servizi della Iss, bensì un'aggiudicazione in capo a due diversi soggetti (la Atalian, per due lotti, e la Cleaning Masters per il lotto restante) per la pulizia e la manutenzione dei tre lotti.

Le questioni si ponevano con riferimento alla posizione di una lavoratrice, dipendente della Iss da molti anni a tempo pieno e indeterminato, che ricopriva la qualifica di *project manager* con riferimento alle varie attività di pulizia e manutenzione che Iss svolgeva nei tre lotti. Detta lavoratrice, dunque, non svolgeva personalmente pulizie e manutenzioni, ma ricopriva un

ruolo di carattere amministrativo direttamente collegato ad esse, in quanto le programmava e organizzava.

Dopo la nuova aggiudicazione, la Iss comunicava alla Atalian che il rapporto con la lavoratrice le sarebbe stato trasferito in base alla disciplina del trasferimento d'azienda, che in Belgio trova posto in un contratto collettivo (il 32 *bis*) di applicazione obbligatoria dopo il suo recepimento mediante regio decreto nel 2002. Nonostante l'immediata contestazione da parte dell'Atalian, Iss proseguiva confermando a quest'ultima e alla lavoratrice che il rapporto di lavoro sarebbe stato trasferito di diritto.

A seguito di ulteriore rifiuto da parte dell'Atalian di accettare tale stato di cose, la lavoratrice conveniva in giudizio entrambe le società, avanzando, però, esclusivamente pretese di tipo economico: le indennità di licenziamento (*id est* di licenziamento illegittimo), un premio di fine anno e un assegno sostitutivo delle ferie. Il giudice di primo grado accoglieva integralmente le domande della lavoratrice nei confronti di Iss, che veniva dunque condannata a versare tali emolumenti, lasciando indenne Atalian, nei cui confronti la domanda era dichiarata improcedibile poiché il giudice non ravvisava gli estremi del trasferimento d'azienda, per difetto di conservazione dell'identità economica dell'attività trasferita.

La Corte del lavoro – giudice d'appello e odierno remittente – veniva così interpellata dalla Iss, che sosteneva che il contratto di lavoro si fosse trasferito all'Atalian per l'85% e alla Cleaning Masters per il 15%. Ritenendo, a differenza del giudice di primo grado, che vi fossero gli estremi per il trasferimento d'azienda (per via del mantenimento dell'identità economica), il giudice del rinvio dava ragione alla Iss ma sospendeva il giudizio formulando il quesito riportato in apertura, a cui la Corte di giustizia dava risposta con la pronuncia in commento.

La sentenza – come emerge dal principio di diritto, trascritto, quale massima, in epigrafe – afferma in primo luogo che la direttiva 2001/23/CE (sul “ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti”) sia applicabile al caso di specie e che, stante il perseguimento dell'effetto utile della medesima, ossia “il *mantenimento dei diritti e degli obblighi* derivanti dal contratto di lavoro esistente alla data del trasferimento d'impresa”, sia configurabile, pur di non privare di effetto la disciplina, una circolazione per parti separate del contratto di lavoro.

In presenza di più cessionari che subentrano nelle medesime attività in precedenza svolte da un solo soggetto, il rapporto di lavoro verrebbe scorporato e ceduto *pro quota* in proporzione alle funzioni svolte dal lavoratore, con la inevitabile trasformazione di un unico rapporto di lavoro a tempo pieno in due (o più) rapporti a tempo parziale, salvo, esclusivamente, il caso in cui la scissione non sia possibile o comporti un deterioramento delle condizioni di lavoro o pregiudichi il mantenimento dei diritti, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare. In tali ipotesi “l’eventuale risoluzione del rapporto di lavoro che ne conseguirebbe sarebbe considerata, ai sensi dell’articolo 4 [della direttiva], come dovuta al fatto del cessionario o dei cessionari, quand’anche tale risoluzione fosse intervenuta su iniziativa del lavoratore”.

La decisione presta il fianco a diverse critiche.

2. *L’unicità della decisione nella casistica multilivello*

Come evidenziato in altri commenti¹, non si riscontrano precedenti in termini nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, né, peraltro, nella casistica italiana. È assai nota la propensione della Corte a un approccio estensivo alla nozione di trasferimento d’azienda (e quindi al campo di applicazione della disciplina, almeno europea) con riferimento al fenomeno delle successioni nell’appalto, laddove frequentemente difetta un qualsiasi rapporto negoziale diretto fra cedente e cessionario². La giurisprudenza che ha ampliato la nozione di trasferimento d’azienda è, del resto, vasta e ha percorso varie strade³.

In questo caso, tuttavia, il nocciolo della questione è diverso e del tutto

¹ Il provvedimento in epigrafe risulta già pubblicato in: *RIDL*, 2020, II, p. 487 s., con nota di SPINELLI, *Successione di più imprenditori nell’unico appalto. Le sorti dei rapporti trasversali alle parti di azienda trasferite*; in *ADL*, 2020, II, p. 909 s., con nota di ALVINO, “*Scissione*” *del ramo di azienda tra più cessionari e “scissione” del contratto di lavoro*; in *LG*, 2020, 12, p. 1153 s., con nota di COSIO, *Appalti e trasferimenti d’impresa. Il trasferimento dell’impresa a due cessionari*.

² Un caso pilota fu C. Giust. 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*, in *RIDL*, 1998, II, p. 658, con nota di FALERI. Un recente percorso di approfondimento critico su tali filoni è proposto da ZAMPINI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda*, Franco Angeli, 2020, cap. 2, spec. p. 49 ss., il quale, peraltro, non si occupa diffusamente del caso di doppio cessionario (come del resto quasi nessuno fa in dottrina).

³ Cfr., *ex multis*, CUTTONE, *Trasferimento d’azienda e appalti. Problematiche aperte e possibili evoluzioni*, Fondazione Prof. Massimo D’Antona, 2018, p. 25 ss. per ampi riferimenti.

nuovo: la Corte, infatti, dopo aver ammesso un po' apoditticamente che la disciplina sul mantenimento di diritti e obblighi fosse applicabile al caso di specie, ritenendo cioè indiscutibile che si conservasse l'identità economica dell'attività circolata, ammette la possibilità di concretizzare il trasferimento in presenza di due nuovi appaltatori (cioè due cessionari) con una operazione di scissione del contratto di lavoro, la quale dovrebbe avvenire in automatico, senza bisogno del consenso di alcuno dei soggetti coinvolti.

Secondo la Corte – che si allinea totalmente alle conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar⁴ – questa procedura deve essere considerata ammissibile in base al fatto che la direttiva tutela non solo l'interesse al mantenimento dei diritti dei lavoratori e degli obblighi datoriali nei loro confronti, ma anche l'interesse imprenditoriale, in particolare del cessionario, a non essere penalizzato da una acquisizione troppo onerosa⁵.

Non solo, viene anche esclusa l'opzione di trasferire il rapporto al solo cessionario proporzionalmente più coinvolto dalle attività trasferite (ipotesi contemplata dal giudice remittente nella formulazione delle alternative di cui al quesito) poiché essa causerebbe un vantaggio indebito alla lavoratrice.

Ne deriva che si formano due contratti di lavoro a tempo parziale (con due distinti datori) di cui la lavoratrice dovrebbe essere parte per continuare a svolgere le medesime attività.

3. Controindicazioni pratiche e dissenso rispetto alla decisione

I giudici della Corte, nella pronuncia, portano a conseguenze estreme e discutibili l'obiettivo, di per sé corretto se perseguito con raziocinio, di attribuire *sempre* un effetto utile alla direttiva nei casi concreti. In questa vicenda, ciò porta, in primo luogo, a ritenere con troppa leggerezza che la fattispecie rientri nel campo di applicazione della direttiva. Questo è in effetti

⁴ V. Avv. Gen. M. SZPUNAR, conclusioni presentate il 26 novembre 2019, in <https://curia.europa.eu/>. Come spesso capita quando le sentenze sono conformi alle conclusioni dell'Avvocato generale, la lettura di queste ultime è ancora più interessante di quella della sentenza, in quanto esse sono più approfondite e ricche di riferimenti.

⁵ Come afferma, tra le altre, C. Giust. 18 luglio 2013, C-426/11, *Mark Alemo-Herron*. Per una riflessione critica, un po' datata ma ancora valida, sugli interessi perseguiti nella materia, v. SANTORO-PASSARELLI G., *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *RIDL*, 2003, p. 189 ss.

indiscutibile con riferimento al tipo di soggetti implicati e al tipo di vicenda circolatoria. Non è però del tutto convincente che vi possa essere la faticosa conservazione dell'identità economica a fronte di un vero e proprio smembramento dell'attività medesima. Tale smembramento potrebbe far venir meno la unitarietà e continuità della realtà lavorativa in cui i prestatori devono operare, la quale è evidentemente connessa al diritto al mantenimento del contratto e delle medesime condizioni, essendone un presupposto.

È difficile pensare che due imprese distinte, nello spartirsi un'attività che in precedenza era gestita da una sola impresa, non procedano almeno in parte secondo autonome e indipendenti organizzazioni dei fattori produttivi (capitali, mezzi, manodopera, etc.). A maggior ragione trattandosi di imprese che si sono aggiudicate un bando in cui era contemplata questa separazione (poiché, evidentemente, non era messa a gara una unica attività per un unico soggetto). La stessa posizione professionale della lavoratrice – *project manager* delle attività di pulizia e manutenzione – lascia intendere che vi fosse una organizzazione unitaria delle attività, realizzata proprio con il contributo di tale dipendente. Nel momento in cui sono due imprese a svolgere le attività in lotti distinti è del tutto normale che ciascuna impresa possa organizzarsi autonomamente e che quindi la pregressa unitarietà sia compromessa.

Desta dunque forti perplessità che a fronte della presenza di due appaltatori, congiuntamente subentranti nei servizi per i quali in precedenza vi era un unico appaltatore, in assenza di accordi di fonte negoziale (o di clausole nel bando di gara) in ordine alle modalità di passaggio dei lavoratori, si possa stabilire che il rapporto di lavoro si scinda (e dunque si moltiplichi) in due rapporti, con trasformazione *de jure* di un unico rapporto di lavoro a tempo pieno in due rapporti a tempo parziale, ciascuno con uno dei due nuovi datori subentrati.

Nemmeno la lavoratrice ha mai rivendicato il diritto a un assetto siffatto, che evidentemente non rappresentava affatto una soluzione di tutela per la medesima. Solo la società cedente Iss ha affermato che il rapporto sarebbe passato per l'85% a un soggetto e per il 15% all'altro. Il che sembra corrispondere a una linea di pragmatismo di comodo, della cedente, che insiste su questa strada dopo la soccombenza in primo grado. È una strategia processuale legittima, che, se accolta, come poi accaduto, consente alla Iss di liberarsi, almeno per buona parte, dai rischi di esposizione patrimoniale nei confronti della lavoratrice, che avanzava rivendicazioni solo di questo tipo.

Così decidendo si richiede però di dare vita a un assetto sostanziale che

in concreto è difficilmente praticabile per molti motivi⁶, che possono essere facilmente elencati senza pretesa di esaustività: 1) è corretto che un lavoratore sia soggetto (non per sua scelta) contemporaneamente al potere direttivo di due datori distinti, con le conseguenze che ciò implica in termini di obblighi preparatori, formazione, professionalità, obbedienza, potere disciplinare, strumenti aziendali etc.? 2) È verosimile che un lavoratore (fra l'altro con mansioni di *project manager*) possa agevolmente rispettare l'obbligo di fedeltà nei confronti di due soggetti diversi (i quali sono palesemente in concorrenza fra loro, operando nello stesso settore e nello stesso luogo)? 3) È possibile conciliare l'organizzazione dell'orario di lavoro di due diversi rapporti, ancorché a tempo parziale, specialmente in relazione agli istituti dello straordinario, delle pause, dei riposi, delle ferie etc.?

Come evidente, la questione non attiene precipuamente all'individuazione del perimetro entro cui è, o non è, possibile la trasformazione automatica del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale⁷ o viceversa, bensì al fatto che subentrino due diversi datori (ciascuno con le proprie prerogative) anziché soltanto uno⁸. Circostanza che non solo espone alle difficoltà gestionali di cui ai punti 1), 2) e 3), ma rischia di produrre incertezze e conflitti sul piano salariale, sulla durata e stabilità dei due distinti rapporti e, più in generale, sull'*amministrazione dei contratti di lavoro*.

4. *Ipotesi alternative*

Come già detto, una scissione del rapporto di lavoro in occasione del

⁶ Tanto è vero che anche la dottrina (benché molto ampia e difficile da riportare in questa sede con la necessaria completezza) in rarissimi casi ipotizza la scissione di un rapporto di lavoro per il fatto del trasferimento, con riduzione coattiva dell'orario nei due nuovi rapporti: occorre ad esempio andare a MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 1976, p. 68 per trovare un accenno a siffatta ipotesi.

⁷ Tema assai discusso su cui si sofferma, con grande completezza, ALVINO, *op. cit.*, p. 925, richiamando, fra le altre, la sentenza *Mascellani* (C. Giust. 14 ottobre 2014, C-221/13, *Mascellani*) che ha consentito la trasformazione automatica da tempo parziale a tempo pieno.

⁸ Altrettanto irrilevante è la circostanza (evidenziata in modo un po' equivoco da alcuni annotatori: v. COSIO, *op. cit.*, p. 1157) che la direttiva si applichi ai rapporti di lavoro "indipendentemente dal numero di ore prestate" (art. 2, par. 2, let. a) della dir. 2001/23/CE) poiché evidentemente tale precisazione mira semplicemente a includere nel raggio di tutela i rapporti che sono a tempo parziale presso il cedente, ipotesi estranea al caso di specie.

trasferimento d'azienda, a quanto consta, non si è mai vista⁹. Sembra che la Corte si sia lasciata troppo facilmente suggestionare dal quesito formulato dal giudice nazionale nel rinvio pregiudiziale, che offriva tale soluzione fra le alternative¹⁰. L'unico *caveat* finale nella sentenza in commento è troppo leggero – e comunque assai ambiguo: “Nell'ipotesi in cui una tale scissione si rivelasse impossibile da realizzare o arrecasse pregiudizio ai diritti di detto lavoratore, l'eventuale risoluzione del rapporto di lavoro che ne conseguirebbe sarebbe considerata ... come dovuta al fatto del cessionario o dei cessionari, quand'anche tale risoluzione fosse intervenuta su iniziativa del lavoratore”.

In precedenza, l'estensore si limita, dopo aver stabilito che il rapporto debba trasferirsi ai due datori, a dire – con una formula poco più che di stile – che la scissione del contratto di lavoro deve avvenire “a condizione che la scissione del contratto di lavoro che ne risulta sia possibile o non comporti un deterioramento delle condizioni di lavoro né pregiudichi il mantenimento dei diritti dei lavoratori garantito da tale direttiva, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare”.

A seguito della lettura della sentenza, delle conclusioni dell'Avv. gen., nonché di alcuni commenti già editi, è invece opinione di chi scrive che la risposta più corretta al quesito formulato con il rinvio pregiudiziale avrebbe dovuto, alla luce del diritto vigente, essere preferibilmente un'altra. E cioè che: a) è escluso il trasferimento automatico di *tutti* i lavoratori del cedente dal momento che l'attività realizzata dal cedente nel proprio appalto viene smembrata (venendo meno con essa la conservazione dell'identità economica), in particolare non essendo possibile determinare il trasferimento au-

⁹ Tanto è vero che il precedente più simile – rivendicato *pro domo sua* un po' da tutti negli atti del presente giudizio – è il caso *Bozen* (C. Giust. 7 febbraio 1985, C-186/83, *Bozen*), nel quale il secondo principio di diritto enunciato afferma che: “L'art. 3, n. 1, della direttiva 77/187 va interpretato nel senso che esso non comprende i diritti e le obbligazioni scaturenti per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento e stipulato con lavoratori che, pur non appartenendo alla parte dell'impresa trasferita, svolgevano determinate attività implicanti l'impiego di mezzi dell'azienda assegnati alla parte trasferita o che, essendo addetti ad un ufficio amministrativo dell'impresa non trasferita come tale, svolgevano talune attività a vantaggio della parte trasferita”. Si tratta chiaramente di una ipotesi diversa dalla quale pare difficile poter ricavare argomenti a favore della possibilità di far transitare il rapporto in capo a due datori distinti.

¹⁰ Nonostante la direttiva non prenda mai in considerazione tale ipotesi (e la Corte lo evidenzia chiaramente, v. punto 24).

tomatico per i lavoratori aventi mansioni trasversali alle attività scorperate, fatte salve ovviamente, da un lato, la possibilità di ingaggio volontario (e non coattivo) da parte dei cessionari (uno per volta) dei vari lavoratori e, dall'altro, la valutazione rigorosa in ordine alla legittimità dell'eventuale recesso esercitato dal cedente che ha perduto l'appalto nei confronti di lavoratori non circolati.

Ciò avrebbe escluso una situazione, che, come evidenziato al paragrafo precedente, è piena di controindicazioni, anche solo sul piano pratico. Evitando l'ingrato (e in realtà illusorio) compito assegnato al giudice del rinvio di valutare se la scissione comporta un deterioramento delle condizioni di lavoro. Compito semplicemente irrealizzabile perché nessuno dei soggetti coinvolti (datori cessionari, lavoratore, giudice del rinvio) può agevolmente effettuare *ex ante* un giudizio prognostico in ordine alla possibilità di coordinare due attività così simili e proprio per questo così confliggenti fra loro (v. profili già richiamati), amministrando una situazione che *nessuno* ha voluto¹¹.

A legittimare la ragionevolezza di tale soluzione vi è il fatto che la stessa lavoratrice domandava che non si applicasse la disciplina del trasferimento d'azienda, essendo più interessata alle garanzie economiche che alla continuazione in capo ai due datori.

In subordine, la risposta al quesito avrebbe potuto essere che: *b*) spetta al giudice del rinvio valutare se, nei casi di netta preponderanza di uno dei cessionari sull'altro (perché le mansioni del lavoratore sono riferibili con larghissima prevalenza *ad una* delle due parti in cui l'attività economica viene scissa), possa essere possibile trasferire integralmente il rapporto di lavoro in capo a tale soggetto. In questo modo, la valutazione del giudice è possibile e può ragionevolmente contemperare il (prevalente) interesse dei lavoratori con quello dell'impresa, imponendo, ad esempio, a un'impresa che subentri per il 90% nelle attività di un certo lavoratore di farsene carico al 100%, onere valutativo che si radica nel campo del prevedibile¹², sia per l'impresa subentrante (laddove si scelga di partecipare alla gara d'appalto), sia per il giudice eventualmente chiamato a decidere.

¹¹ Diverso sarebbe il caso di un lavoratore che *volontariamente* svolgesse due attività part-time stipulando, uno dopo l'altro e per sua scelta, due contratti del tutto indipendenti (ad es. un lavoratore che faccia il barista tutte le mattine e il commesso in un negozio di articoli sportivi tutti i pomeriggi). Qui, invece, proprio poiché lo sdoppiamento nasce da un unico appalto scisso, avremmo una lavoratrice che deve svolgere due attività in potenziale contrasto fra loro.

¹² E, per il cessionario, entro i limiti di un aggravio equamente tollerabile.

Resta comunque fermo che, in casi del genere, la situazione ideale si ha quando il contenzioso e l'intervento del giudice *non* si rendono necessari, perché il problema viene prevenuto a monte sul piano negoziale e/o con l'inserimento di precise clausole sociali nei bandi di gara per governare il passaggio della manodopera dopo il cambio di appalto.

Keywords

Rapporto di lavoro, trasferimento d'azienda, cambio di appalto, pluralità di cessionari.

Employment relationship, transfer of undertakings, change of contract, plurality of transferees.

**Corte di Cassazione 11 settembre 2020, n. 18959 – Pres. Nobile,
Rel. Cinque**

**Distacco – Art. 30 d.lgs. n. 276/03 – Violazione – Tutela risarcito-
ria.**

In caso di distacco del lavoratore in violazione delle condizioni previste dal comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003 (distacco che comporti un mutamento delle mansioni che richiede il consenso del dipendente e distacco con trasferimento ad una unità produttiva sita a più di cinquanta chilometri da quella cui il lavoratore sia adibito che richiede la sussistenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive), non è prevista la sanzione della costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore, a differenza di quanto stabilito per la fattispecie di cui al comma 1 del medesimo articolo, dovendosi ritenere, in base ad un'interpretazione letterale e logico-sistematica, oltre che rispondente a un ragionevole bilanciamento di interessi, che solo alla ipotesi ritenuta più grave del distacco senza i requisiti fondamentali dell'interesse e della temporaneità sia riconosciuta la tutela civilistica di tipo costitutivo e sanzionatoria di tipo amministrativo (già di tipo penale), mentre per il "quomodo" attraverso cui il distacco venga attuato sia accordata solo la tutela civilistica di tipo risarcitorio.

★ ★ ★

Laura Tebano

Il distacco e i suoi presupposti tra (prevedibili) conferme e (auspicabili) distinzioni

Sommario: 1. Partendo dalla massima della sentenza. 2. L'interesse solidaristico nel distacco. 3. *Segue.* Interesse del distaccante e distacco qualificato. 4. Incremento della polivalenza professionale del lavoratore e distacco con mutamento di mansioni.

1. *Partendo dalla massima della sentenza*

La vicenda sottoposta al giudizio della Corte presenta un epilogo abbastanza scontato. Nel discutere dell'efficacia del distacco di un lavoratore si esclude l'applicabilità della tutela costitutiva nelle ipotesi di violazione delle prescrizioni specifiche dettate dall'art. 30, co. 3, d. lgs. n. 276/03. La Cassazione opera cioè un *distinguo* nel contesto sanzionatorio del distacco: la tutela di tipo costitutivo e le sanzioni amministrative sono riservate al distacco realizzato in spregio dei requisiti fondamentali dell'interesse e della temporaneità (nonché dello svolgimento di una determinata attività lavorativa, invero non richiamato); viceversa per le violazioni di cui al co. 3, che la Corte definisce “relative al *quomodo* del distacco”, viene accordata soltanto la tutela di tipo risarcitorio¹.

¹ È appena il caso di ricordare che il distacco “illegittimo” è stato introdotto solo in occasione del decreto correttivo n. 251/2004, che ha aggiunto all'art. 30 d.lgs. 276/2003 il co. 4-bis. Al riguardo vanno operati due rilievi, rispettivamente in punto di fattispecie e di sanzione. Quanto alla fattispecie, non v'è dubbio che il distacco illegittimo (o, se si vuole, illecito) si presenti in teoria autonomo rispetto alla somministrazione irregolare, ma le due situazioni potrebbero anche reputarsi integrate in un'unica operazione di distacco (ad esempio manca un interesse genuino, che conferisce illegittimità; al contempo il distaccante realizza un lucro, nel qual caso emergerebbe anche un profilo di irregolarità). Poco cambia invece sul piano degli effetti civilistici, attesa la sostanziale unicità della sanzione. Quella del distacco illegittimo viene infatti sostanzialmente appiattita sulla regola dettata in tema di somministrazione irregolare, e addirittura viene integralmente richiamato il co. 2 dell'art. 27, sicché in caso di costituzione del rapporto: a) tutti i pagamenti effettuati dal distaccatario (a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale), valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata; b) tutti gli atti compiuti dal distaccante per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale il distacco ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effetti-

Una lettura sostanzialmente pacifica anche in dottrina, in virtù della nitida formulazione del co. 4 *bis* dello stesso art. 30 e dell'assoluto silenzio del dettato normativo con riguardo ai casi di mancanza del consenso del lavoratore nell'ipotesi di mutamento di mansioni o di assenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive in caso di trasferimento a unità produttiva distante oltre cinquanta chilometri². I regimi sanzionatori sono, dunque, nettamente diversi. Di fronte a un distacco privo degli elementi costitutivi della fattispecie, si profila la possibilità che il lavoratore agisca per la costituzione del rapporto alle dipendenze del distaccatario, il che rivela la tensione normativa verso l'imputazione del rapporto in capo a chi fruisce delle prestazioni lavorative³. Viceversa, in assenza di un'espressa presa di posizione del legislatore circa le conseguenze della mancanza dei requisiti della fattispecie qualificata, si ritiene che il lavoratore possa chiedere il risarcimento dei danni (ferma l'eventualità di non ottemperare al provvedimento datoriale in quanto inefficace e di svolgere la prestazione presso il distaccante).

2. *L'interesse solidaristico nel distacco*

Chiarita la (condivisibile) conclusione cui perviene, la sentenza si profila innanzitutto interessante per quello che non dice, o almeno, per l'approccio alquanto sbrigativo rispetto a una vicenda abbastanza comune, ma che implica problemi giuridici di notevole spessore sistematico e richiede qualche chiarimento.

Procedendo con ordine, nel caso di specie si discute dell'efficacia del

vamente utilizzato la prestazione. Sulla centralità del requisito della temporaneità per la legittimità del distacco transnazionale e la mancanza nella normativa italiana di recepimento dell'interesse del datore di lavoro distaccante (a differenza del distacco interno dei lavoratori), v. da ultimo DELFINO M., *L'ultima direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori e la sua trasposizione in Italia nel prisma del bilanciamento degli interessi*, in questo numero della rivista.

² Cfr. ESPOSITO M., *La fattispecie del distacco e la sua disciplina*, in AIMO, IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet Giuridica, 2014, p. 629 ss.; GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d. lgs. n. 276 del 2003*, in *ADL*, 2005, p. 235 ss.; PUTRIGNANO, *Il distacco dei lavoratori*, in *DRI*, 2009, p. 697 ss.; PESSI, *Il comando e il distacco*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, vol. IV, in PERSIANI, F. CARINCI, *Trattato di Diritto del lavoro*, Padova, 2012, p. 1583 ss.; GENTILE G., *Il distacco tra conferme del bilanciamento delle tutele e ampliamento della nozione di "interesse" del distaccante*, in *RIDL*, 2021, II, p. 37 ss.

³ Cfr. TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, ES, 2020, p. 95.

distacco di un dipendente disposto dalla società datrice per incrementarne la polivalenza professionale e, viceversa, ritenuto dal lavoratore funzionale alla gestione di una crisi aziendale. La Cassazione, trincerandosi dietro il carattere di accertamento di fatto della presenza dell'interesse al distacco, riprende quanto rilevato dalla Corte territoriale secondo cui l'interesse del distaccante è quello indicato dal datore di lavoro "dell'incremento della polivalenza professionale individuale del lavoratore in un contesto di crisi aziendale temporanea, nell'attesa della ripresa produttiva, al fine di non disperdere il patrimonio professionale di ciascun dipendente". E, *ad adiuvandum*, aggiunge che l'interesse al distacco può essere anche di natura non economica o patrimoniale in senso stretto, ma di tipo solidaristico, purché non si sconfini nella mera somministrazione di lavoro altrui.

Ora per far luce sulle diverse sfaccettature del pilastro su cui poggia l'impianto dell'art. 30, vale a dire l'interesse del distaccante, sembra opportuno muovere da un'osservazione elementare, ma centrale: l'intero ordito normativo si è sviluppato lungo un percorso caratterizzato dall'opportunità di segnare la distanza del distacco dalla somministrazione. Il che riguarda non soltanto il carattere eventuale e non fisiologico della vicenda modificativa del rapporto, ma soprattutto l'esigenza imprenditoriale/aziendale del datore contrattuale a differenza dell'interesse squisitamente economico dell'agenzia.

La costruzione dell'istituto, volta a tracciarne i confini rispetto alla somministrazione, non ha precluso l'appropriazione di ulteriori spazi di legittimo ricorso al distacco⁴. Come dire che l'assenza di un ruolo "professionale" delle imprese protagoniste dalla complessiva operazione non ha impedito l'insorgenza di convergenze occasionali di interessi che si collocano all'interno di relazioni commerciali (non individuate *a priori*) tra le imprese coinvolte e tali da generare cointeressenze tra le stesse, né tantomeno ha ostacolato l'ingresso nell'area del distacco legittimo di un interesse "non necessariamente economico". Lo si riscontra proprio a livello giurisprudenziale, in quanto le sentenze (compresa quella in commento) che hanno sondato la "consistenza" dell'interesse nel distacco, hanno riconosciuto piena cittadinanza anche all'interesse di tipo solidaristico. Basti pensare alla dignità del distacco disposto da una cooperativa a favore delle associazioni promotrici della cooperativa stessa, o alla logica solidaristica che ispira il distacco nelle organizzazioni complesse⁵.

⁴ Cfr. ESPOSITO, *La fattispecie del distacco*, cit., p. 606 e 609.

⁵ Cass. 17 gennaio 2000, n. 594 con nota di M.T. CARINCI, *Sulla distinzione tra distacco*

Da questo punto di vista la Cassazione ben avrebbe potuto vagliare il tipo di relazione che legava le imprese coinvolte al fine di verificare la convergenza di interessi tra le stesse. Se è vero, infatti, che il richiamo normativo riguarda la posizione del distaccante e che tale interesse assume carattere prevalente, è altresì vero che a esso si affianca quello, nient'affatto superfluo, del distaccatario. Ciò non avrebbe condotto verosimilmente a un ribaltamento della decisione di appello impugnata, ma avrebbe sicuramente giovato all'iter argomentativo della sentenza di legittimità contribuendo a ribadire l'insufficienza di una mera solidarietà tra le imprese e a chiarire il nesso tra gli interessi imprenditoriali in campo e la crisi aziendale temporanea che faceva da sfondo al provvedimento del datore contrattuale⁶.

Proprio tale crisi viene per converso evocata al fine di sottolineare che nel caso di specie il distacco mirava a realizzare anche un interesse del lavoratore. Una precisazione questa apprezzabile nella misura in cui pone in luce che la gamma di interessi legittimamente perseguibili dal datore può ridondare anche a vantaggio del lavoratore coinvolto. Del resto, come noto, i primi interventi legislativi sul distacco erano volti proprio ad assicurare un vantaggio per i lavoratori: così per il distacco "difensivo" (o collettivo) di cui alla legge n. 236/93, teso a evitare il licenziamento, e per il comando "formativo" di cui alla legge n. 451/94 orientato a valorizzare anche progetti di formazione indiretta⁷. Come dire che, nella prassi, si registra una nutrita serie di ipotesi atte a testimoniare che talora il distacco realizza *pure* un interesse di tipo professionale, cioè assicura ai dipendenti un'esperienza di integrazione nel perimetro aziendale di altro soggetto imprenditoriale.

In quest'ottica non può sottacersi che la Cassazione nella sentenza in esame pone con insistenza l'accento sul vantaggio indiretto che si verrebbe a conseguire attraverso la crescita professionale del lavoratore, dunque non una combinazione di interesse datoriale e interesse del lavoratore, ma un (pressoché) esclusivo interesse del lavoratore, senza alcun apparente riguardo a quello (imprenditoriale) del distaccante e del distaccatario. Il che rivela una certa commistione di piani. Se, infatti, la natura non economica o patrimoniale in senso stretto dell'interesse al distacco attiene alla relazione tra i sog-

lecito e interposizione: ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante?, in RIDL, 2001, II, p. 407 ss.; Cass. 21 aprile 2016, n. 8068 con nota di SCARPELLI, *Il distacco nei gruppi di imprese tra interesse del distaccante e interesse del gruppo*, in DRI, 2017, p. 193 ss.

⁶ Cfr. TEBANO, *op. cit.*, p. 134.

⁷ Cfr. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, 2002, p. 173 ss.

getti imprenditoriali, il profilo della salvaguardia del patrimonio professionale del lavoratore riguarda la relazione che intercorre tra il datore contrattuale e il proprio dipendente. In altre parole un conto è esaltare la natura solidaristica dell'interesse che dischiude ampi orizzonti circa la posizione del distaccatario e il tipo di vantaggio collegato al distacco (financo ad esempio il buon andamento della società partecipata⁸), un altro conto è valorizzare la ricaduta positiva della mobilità per il lavoratore che assicura la rilevanza anche "interna" dell'interesse datoriale in quanto garantisce la persistenza del filo contrattuale tra lavoratore e distaccante⁹.

3. *Segue*. Interesse del distaccante e distacco qualificato

Proprio la sovrapposizione di piani pare costituire il *punctum dolens* del ragionamento sviluppato dalla Cassazione che – nel confermare l'approdo della Corte d'Appello secondo cui l'interesse al distacco si identificava nell'incremento della polivalenza professionale individuale del lavoratore – afferma testualmente che "le mansioni assegnate, diverse da quelle espletate presso il distaccante, costituivano un indice sintomatico del perseguito incremento della polivalenza professionale, tanto è vero che erano state avanzate autonome domande di superiore inquadramento da parte dei lavoratori". Un passaggio, questo riportato, troppo rapido e sintetico perché sottende numerosi *step* logico-giuridici che meritano di essere isolati, ancor prima (e in vista) di una valutazione della relativa fondatezza.

Va in primo luogo ricordato che tra i presupposti a garanzia della genuinità del distacco, come anticipato, figura, accanto all'interesse del distaccante e alla temporaneità, lo svolgimento di una determinata attività lavorativa¹⁰. Tale requisito rappresenta un tratto caratterizzante della fattispecie

⁸ Cfr. CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, 2010, p. 93; SCARPELLI, *Art. 30. Distacco*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, p. 442 s.

⁹ PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, p. 203 ss.; MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *ADL*, 2004, p. 113 ss.; TEBANO, *op. cit.*, p. 133 ss.

¹⁰ Sull'interpretazione "leggera" della specificazione della prestazione lavorativa ai fini del

codificata, e offre una tutela in termini di determinatezza delle future prestazioni correlata alla mancata prescrizione del consenso dell'interessato: il lavoratore è tenuto a obbedire e non viene minimamente coinvolto nella decisione imprenditoriale di distacco. Per converso presupposti specifici sono dettati per singole ipotesi di distacco "qualificato", in cui la presenza di circostanze aggiuntive (mutamento di mansioni; spostamento oltre cinquanta chilometri) particolarmente penalizzanti per il lavoratore ha suggerito specifici presidi *aggiuntivi* e, segnatamente, per il distacco che comporti un mutamento di mansioni, il consenso del lavoratore interessato. Come dire che i requisiti dell'interesse, della temporaneità e della determinatezza della prestazione lavorativa incidono sulla legittimità del distacco, mentre gli altri (previsti per il distacco qualificato) assurgono al rango di presupposti ulteriori, e in ogni caso inidonei a sanare l'eventuale carenza dei primi. Dunque, i presupposti generali condizionano la genuinità dell'operazione e, in loro mancanza, il distacco deve reputarsi illegittimo, senza che il consenso del lavoratore possa in alcun modo compensare il deficit di interesse del distaccante.

Quanto poi alla definizione della portata del distacco qualificato in ragione del mutamento di mansioni le opinioni risultano tutt'altro che pacifiche. È vero, infatti, che in dottrina si registra una sostanziale convergenza in ordine all'esclusione dall'area di operatività del distacco qualificato di operazioni che implicino un mutamento peggiorativo dei compiti del lavoratore¹¹. È altrettanto vero, tuttavia, che sulla delimitazione in positivo della previsione si contrappongono una lettura "rigorosa", secondo cui il requisito del consenso scatta in relazione a qualsiasi mutamento di mansioni, e un'opzione interpretativa incline a circoscriverne l'attivazione in relazione a ipotesi di distacco che implicano un mutamento di carattere sostanziale rispetto alle competenze pregresse maturate dal lavoratore¹².

riscontro sia della concretezza dell'interesse sia della sua temporaneità, cfr. ESPOSITO, *La fattispecie del distacco*, cit., p. 620.

¹¹ SCARPELLI, *Art. 30. Distacco*, cit., p. 446; MONACO, *Distacco del lavoratore*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV - Artt. 20-32*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, 2004, p. 218.

¹² Rispettivamente CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., p. 94; MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, p. 180 che sottolinea la frequenza nella pratica del mutamento per il solo fatto che il lavoratore presta la propria attività

Eppure entrambe le letture si guardano bene dall'intrecciare interesse al distacco e mansioni assegnate al lavoratore distaccato. Ciò in quanto né la lettera dell'art. 30 né la sua struttura lasciano intendere che, nel dettare una regola per il mutamento di mansioni, si volessero specificare gli elementi da cui desumere l'interesse perseguito dal distaccante. La sentenza in esame, viceversa, utilizza (come si dirà discutibilmente) coelementi della fattispecie distacco "qualificato" quale controprova della legittimità del distacco stesso.

4. *Incremento della polivalenza professionale del lavoratore e distacco con mutamento di mansioni*

Negare che le modalità operative del distacco e, in particolare, le mansioni affidate al dipendente distaccato siano foriere di impatto sulla legittimità dell'operazione del datore di lavoro significa escludere che da questi elementi sia possibile desumere la consistenza dell'interesse del distaccante; non significa però affermare che il tipo di mansioni assegnate ed espletate sia del tutto privo di rilievo. Lo si è rilevato in apertura con riguardo ai differenti apparati sanzionatori attivabili dal lavoratore distaccato e lo si desume dalle (invero poche) pronunce giurisprudenziali rese negli ultimi anni sul nesso consenso-mansioni diverse e sul distacco con adibizione a mansioni superiori.

Con riguardo al primo profilo, la Corte di legittimità ha chiarito che la necessità del consenso del lavoratore discende non già dalla rappresentazione datoriale delle conseguenze del distacco, bensì dal mutamento stesso come conseguenza oggettiva dell'attuazione dell'ordine¹³. Secondo gli ermellini se il consenso dipendesse dalle indicazioni fornite del datore nel provvedimento di distacco si finirebbe con il far coesistere – esclusivamente in ragione di una dichiarazione datoriale, di cui peraltro non vi è traccia nel dettato normativo – discipline diverse per casi identici. E invece ciò che rileva è un mutamento (anche parziale), purché effettivamente idoneo a ledere il patrimonio di professionalità acquisito. Il che appare in linea con la lettura (poc'anzi ricordata) secondo cui la previsione in tema di distacco "qualificato" non incrocia la consistenza dell'interesse, ma mira a procedimentalizzare il potere

in un'organizzazione diversa; DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Hoepli, 2004, p. 178.

¹³ Cass. 13 dicembre 2018, n. 32330.

del datore di lavoro operando nei casi di modifica equivalente (o migliorativa) delle mansioni e risulta coerente con l'idea secondo cui il legislatore ha inteso proteggere l'effettiva professionalità del lavoratore su un concreto piano organizzativo¹⁴.

Un'analoga delimitazione della rilevanza delle mansioni assegnate si registra in una sentenza di legittimità relativa al distacco con adibizione a mansioni superiori¹⁵. Qui, infatti, la Cassazione valorizza il *proprium* del distacco sottolineando la permanenza (in capo al distaccante nel cui interesse si realizza l'operazione) del potere direttivo e dell'onere di vigilare sull'esecuzione del rapporto, con la conseguenza che, in caso di attribuzione al lavoratore distaccato di mansioni superiori presso il distaccatario, i relativi effetti si verificheranno in capo al datore contrattuale. In altre parole le modifiche soggettive e funzionali del rapporto (in particolare le mansioni del lavoratore e il relativo inquadramento) anche se disposte dal distaccatario incidono sul rapporto di lavoro che era e resta unicamente tra il lavoratore distaccato e l'impresa distaccante, ed era e resta disciplinato dalle regole applicabili al datore distaccante. Ancora una volta, dunque, la Suprema Corte sembra chiarire che il piano su cui assumono pregnanza le mansioni non coincide con l'interesse del distaccante, interesse che, invece, legittima il provvedimento datoriale.

In questa prospettiva, la sentenza in epigrafe, dopo aver desunto l'interesse al distacco dall'incremento della polivalenza professionale, ritorna su quest'ultimo dato ravvisandone l'indice sintomatico nel mutamento di mansioni. In altri termini l'incremento della polivalenza professionale da un lato attesta la sussistenza dell'interesse al distacco, dall'altro lato la sua stessa presenza viene comprovata dal mutamento di mansioni. Il che lascia emergere il paradosso per cui proprio il cambiamento di compiti, che di per sé rappresenta una fattispecie di distacco "qualificato", concorre a integrare il pilastro posto a presidio della genuina dell'operazione. Sia pure per il tramite dell'incremento della polivalenza professionale, la diversità di mansioni assegnate funge da cartina di tornasole del presupposto dell'interesse del distaccante. Con la conseguenza che, nell'ottica del lavoratore, una simile situazione sarebbe meno presidiata di un distacco senza alcun mutamento di mansioni.

A ciò si aggiunga che l'approccio della Cassazione alla temporaneità ap-

¹⁴ Cfr. ESPOSITO, *La fattispecie del distacco*, cit., p. 621.

¹⁵ Cass. 8 settembre 2015, n. 17768.

pare anch'esso giustificato dalla polivalenza professionale: dal momento che l'interesse è stato individuato nell'incremento della polivalenza professionale – si legge nella sentenza – può ritenersi giustificato il breve lasso temporale intercorso tra la fine della crisi e la cessazione del distacco stesso, cronologicamente non coincidenti¹⁶. Con l'effetto, ancora una volta, di utilizzare le norme che prescrivono il consenso del lavoratore nelle fattispecie di distacco “qualificato” non già come supplemento di tutela, ma come indizio da cui ricavare la legittimità tanto in punto di interesse, quanto in punto di temporaneità.

Si deve quindi concludere che, se appare corretto il risultato cui la sentenza perviene (anche in ragione dell'andamento processuale e dei limiti agli accertamenti possibili nei diversi gradi di giudizio), si è persa l'occasione di apportare qualche correzione di impostazione non trascurabile sul piano sistematico.

¹⁶ Cfr. punto 18 della pronuncia in esame.

Keywords

Distacco di lavoratori, interesse del distaccante, mutamento di mansioni, sanzioni.

Posting of workers, the interest of posting company, change of job duties, sanctions.

Corte di Cassazione, sez. IV, 17 novembre 2020, n. 4480 – Pres. Izzo, Rel. Cappello

Caduta durante la salita su un traliccio con un DPI in cattivo stato di manutenzione – Distacco – Responsabilità da reato degli enti.

L'art. 25-septies d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 non richiede la natura sistematica delle violazioni alla normativa antinfortunistica per la configurabilità della responsabilità dell'ente da reato colposo: se lo scopo è di assicurare che l'ente non risponda in virtù del mero rapporto di immedesimazione organica, è eccentrico ritenere irrilevanti tutte quelle condotte, pur sorrette dalla intenzionalità, ma, in quanto episodiche e occasionali, non espressive di una politica aziendale di sistematica violazione delle regole cautelari.

Andrea Gentile

Interesse e vantaggio dell'Ente e sistematica violazione della normativa antinfortunistica

Sommario: 1. Premessa. 2. L'interesse e il vantaggio dell'ente nei reati colposi. 3. La vicenda oggetto di decisum da parte della Suprema Corte. 4. Considerazioni conclusive.

I. Premessa

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento in tema di responsabilità dell'ente per le fattispecie di infortuni in ambito lavorativo è tornata a pronunciarsi, tra gli altri argomenti affrontati dalla decisione, sul tormentato rapporto esistente tra i criteri oggettivi di imputazione della responsabilità dell'ente *ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*¹ rappresentati dall'interesse e dal vantaggio e la loro compatibilità in ordine ai reati colposi espressamente previsti dall'art. 25-*septies* della normativa in questione.

L'ente, come noto, può essere chiamato a rispondere del reato commesso da soggetti che in esso ricoprono posizioni apicali o sono a questi sottoposti, in quanto il reato sia stato commesso “nel suo interesse o a suo vantaggio”².

¹ La l. 29.9.2000, n. 300 all'art.11, ha delegato il governo a disciplinare la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica. Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in attuazione della delega, come noto, ha introdotto, nel nostro ordinamento tale responsabilità.

Quest'ultima riguarda gli enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di responsabilità giuridica, ad esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici e degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale, e al di là dell'intitolazione contenuta nel decreto “Illecito amministrativo dipendente da reato”, è a tutt'oggi controverso se la natura del rimprovero ascrivibile all'ente sia da qualificare come amministrativo o autenticamente penale.

In quest'ultimo senso sembra, decisamente, deporre il fatto che la responsabilità dell'ente è agganciata alla commissione di reati, determinati reati e non altri: in tale profilo si coglie la dimensione politica, oltre che giuridica, dell'intervento.

Di recente, poi, anche la giurisprudenza ha avuto modo, a più riprese, di esprimersi a favore della natura penale della responsabilità (in tal senso, Cass. pen. 20 dicembre 2005 n. 3615, in *Cass. pen.*, 2007, p. 74, e Cass. civ. Sez. Un. 30 novembre 2009 n. 20936, in *dejure.giuffrè.it*) e di riaffermare la contestuale applicazione dei fondamentali principi disciplinanti la materia penale con riferimento all'ente, *in primis* quello di legalità (PERINI, *Responsabilità dell'ente per reati ambientali e principio di legalità*, nota a Cass. pen. 30 settembre 2015 n. 39373, in *DPC*, 2015, p. 190).

² Tale criterio oggettivo di ascrizione della responsabilità è indicato all'art. 5, comma 1,

Stando alla lettera della legge, dunque, la trasmissione della responsabilità all'ente discende sia dal fatto commesso nel suo *interesse* sia dal fatto che abbia per lo stesso una ricaduta vantaggiosa.

Il requisito dell'*interesse* rimanda a un profilo di destinazione dell'atto e si caratterizza, pertanto, in senso marcatamente soggettivo. Il requisito del vantaggio, al contrario, rappresenta un dato oggettivo. Come evidente, l'*interesse* è suscettibile di verifica *ex ante*, il *vantaggio* richiede sempre una verifica *ex post* e può ricorrere anche quando la persona fisica non ha agito nell'interesse dell'ente; di talché, ai fini del perfezionamento dell'illecito dell'ente, sembra sufficiente che quest'ultimo abbia tratto vantaggio dal reato, a prescindere dall'intento che ha animato la condotta della persona fisica³.

Per temperare l'effetto di ampliamento dell'area di punibilità che in base a tale conclusione si determinerebbe, il legislatore ha stabilito al comma 2 dello stesso art. 5 che "l'ente non risponde se le persone indicate nel comma precedente hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi". In tal modo, al ricorrere di questa circostanza, diventa irrilevante il *vantaggio* eventualmente tratto dall'ente, che dunque non andrà incontro ad alcuna sanzione.

La formula "nell'interesse o a vantaggio dell'ente", stando alle precisazioni della relazione ministeriale al d.lgs. 231/2001, costituisce, dunque, il senso del rapporto di identificazione tra l'individuo che compie il reato e l'ente per il quale esso viene realizzato.

2. *L'interesse e il vantaggio dell'ente nei reati colposi*

L'introduzione dei delitti colposi posti in essere in violazione della normativa antinfortunistica, all'art. 25-*septies*⁴ del catalogo dei reati presupposto

del d.lgs. 231/2001, il quale stabilisce che *l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio*:

a) *da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso;*

b) *da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei predetti soggetti.*

³ In tema, per tutte, Cass. pen. 20 dicembre 2005 n. 3615, in *Cass. pen.*, 2007, p. 74.

⁴ L'art. 25-*septies* è stato introdotto dalla l. 3 agosto 2007, n. 123 e successivamente modificato dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. A seguito dei due interventi normativi, la responsabilità dell'ente è attualmente prevista in relazione a tre ipotesi delittuose: l'omicidio colposo commesso

suscettibili di determinare la responsabilità dell'ente ha da subito posto delle rilevanti riflessioni politico – legislative nell'ambito dell'innovativo sistema repressivo fondato sul “*societas delinquere et puniri potest*” principalmente poiché, prima dell'emersione di tali fattispecie di reato nel *corpus* normativo del decreto, gli illeciti suscettibili di determinare detta responsabilità erano costituiti esclusivamente da forme di criminalità dolosa per lo più indirizzate alla realizzazione di un ingiusto vantaggio per l'ente collettivo⁵. La circostanza diede luogo alla *vexata quaestio* riguardante l'asserita incompatibilità logica sussistente tra la non volontarietà dell'evento che caratterizza gli illeciti colposi e l'impianto normativo fondante i criteri di “interesse e vantaggio”⁶.

con violazione dell'art. 55, comma 2, del d.lgs. 81/08. La norma tratta nello specifico della fattispecie di omicidio colposo derivante da gravi violazioni legate alla omessa o parziale valutazione dei rischi e alla corretta adozione del documento sulla sicurezza relativamente a tre diverse tipi di aziende ivi contemplate: le aziende che svolgono attività comportanti particolari rischi, le aziende che espongono i lavoratori a rischi biologici da atmosfere esplosive, cancerogeni e mutageni, e da attività di manutenzione, rimozione, smaltimento e bonifica di amianto e infine le aziende che svolgono attività edili caratterizzate dalla compresenza di più imprese e la cui entità di lavoro non sia inferiore a 200 uomini – giorno; l'omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro; le lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

⁵ Occorre, in questo senso, sottolineare come la comprensione di tali reati nel catalogo di quelli che possono dar luogo a responsabilità dell'ente era già prevista dalla citata legge delega 29.9.2000, n. 300, della quale il d.lgs. 231/01 è attuazione.

Infatti l'art. 11, comma 1, lett. c) di tale legge obbligava il legislatore delegato a “prevedere la responsabilità in relazione alla commissione dei reati previsti dagli articoli 589 e 590 del codice penale che siano stati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative alla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro”.

Il legislatore delegato aveva però preferito non dare seguito sul punto alla delega, ritenendo opportuno un periodo di metabolizzazione della nuova forma di responsabilità da parte delle imprese prima di estenderla anche a fattispecie di ampio impatto sul mondo produttivo. Voci autorevoli criticarono però aspramente la scelta governativa, la quale lasciava l'ente impunito proprio per i reati maggiormente legati alla c.d. “società del rischio”, in relazione ai quali si ipotizzava la sussistenza, a carico dell'ente, di un obbligo di garanzia connesso all'impedimento dell'evento dannoso, a differenza di quanto invece ricorre con riferimento alla criminalità di impresa più direttamente legata alla logica del profitto, la quale si esprime invece nella realizzazione di delitti dolosi volti per l'appunto ad arrecare all'ente un utile economico.

In argomento sia consentito da ultimo rinviare a GENTILE, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: vecchia e nuova formulazione normativa*, in questa rivista, 2009, 1, p. 221 ss.

⁶ In dottrina, tra i tanti si segnalano, BRICHETTI, PISTORELLI, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *GD*, 2007, p. 40; DOVERE, *L'impatto della l. 3.8.2007, n. 123 sull'apparato sanzionatorio della tutela della salute e della sicurezza del lavoro*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro. Appendice di aggiornamento alla Legge 3 agosto 2007, n. 123*, in *Diritto del Lavoro. Com-*

Nel corso degli anni, a fronte dell'oscurità che a tutt'oggi avvolge l'attuale contesto normativo, sia in giurisprudenza⁷ che in dottrina⁸ è prevalsa l'interpretazione secondo cui i criteri di interesse o vantaggio, con riferimento ai reati di natura colposa, debbano riferirsi non alle finalità che presiedono al reato ma alla condotta che lo ha determinato, quindi alla violazione di norme.

Si tratta, cioè, di valorizzare l'ormai consolidata prospettiva interpretativa⁹ secondo cui l'interesse e il vantaggio non sarebbero più colti in relazione al reato, così come per gli illeciti dolosi, bensì all'attività d'impresa nel corso della quale si perfeziona il reato e trovano riscontro nel conseguente risparmio di spese che si sarebbero dovute sostenere per prevenire il rischio connesso alle condotte colpose poste in essere e per evitare la commissione di reati della medesima specie di quelli verificatisi.

In particolare, nei reati dolosi l'intenzione dell'autore e gli obiettivi della società finiscono per coincidere rendendo, certamente, più agevole l'accertamento delle correlate responsabilità. Nei reati colposi è necessario invece, maggiormente, accertare se la colpa del singolo sia scaturita da una adeguata e preventiva carenza organizzativa dell'impresa per poter estendere la responsabilità anche all'ente.

Occorre in proposito sottolineare come la prassi giurisprudenziale formata in tema ha in linea generale sviluppato un orientamento piuttosto rigoroso nei confronti del datore di lavoro, collocando ormai pacificamente l'interesse e il vantaggio degli enti, in materia di illeciti colposi, in una prospettiva eminentemente di tipo patrimoniale¹⁰ potendosi gli stessi configurare anche in presenza di omissioni nelle procedure o di carenze in ambito formativo o informativo.

mentario diretto da Franco Carinci, vol. VIII, Utet, 2008, p. 105; ZANALDA, *La responsabilità degli enti per gli infortuni sul lavoro prevista dalla Legge 3 agosto 2007 n. 123*, in *Riv. 231*, 2007, p. 100.

⁷ Per tutte, Cass. pen. Sez. Un. 18.9.2014 n. 38343, in Rv. 261114-01 e Rv. 261115-01.

⁸ Tra tutti, F. D'ARCANGELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in *Riv. 231*, 2008, p. 9; SANTORIELLO, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza dei reati colposi*, in *Riv. 231*, 2011, p. 71; DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: Natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *DPC*, 2012, p. 32.

⁹ Più di recente, in senso conforme, cfr. Cass. sez. IV 19 marzo 2019 n. 15335; 21 marzo 2019 n. 28097; 19 febbraio 2015 n. 18073; 16 luglio 2015 n. 31003; 20 luglio 2016 n. 31210; sez. V 16 aprile 2018 n. 16713; 21 gennaio 2016 n. 2544. In ambito di merito, Trib. Trani, sez. dist. di Molfetta, 11 gennaio, in *CM*, 2010, p. 410; Trib. Pinerolo 23 settembre 2010, in *www.rivista231.it*; G.u.p. Trib. Novara 1 ottobre 2010, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

¹⁰ AMATO, *Riflessioni giurisprudenziali sull'entità del "risparmio sui costi" della sicurezza ai fini dell'addebito di responsabilità*, nota a Cass. pen. 29.4.2015 n. 18073, in *Riv. 231*, 2015, p. 207.

Nondimeno, però l'evoluzione giurisprudenziale più recente ha avuto modo di sviluppare in alcuni *decisum* un'esegesi meno restrittiva, specificando che il requisito dell'*interesse* dell'ente ricorre quando la persona fisica ha consapevolmente agito allo scopo di far conseguire un'utilità all'ente, consistente ad esempio in un risparmio di costi in materia di prevenzione, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento; il *vantaggio*, invece, sussiste quando la persona fisica che agisce per conto dell'ente viola sistematicamente le norme prevenzionali, realizzando una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza sul lavoro, consentendo un contenimento della spesa e una massimizzazione del profitto, indipendentemente dalla volontà di conseguire il vantaggio stesso¹¹. Il principio è stato ripreso anche da una più recente pronuncia¹², la quale ha ribadito l'orientamento secondo cui quando la violazione antinfortunistica da cui è derivato l'infortunio del lavoratore non risponde a una prassi consolidata e dunque conosciuta o conoscibile dagli organi apicali dell'azienda, non può sostenersi che tale inosservanza risponda al perseguimento di un interesse o vantaggio in capo all'impresa. Ciò in base all'esegesi, enucleata in analoghi casi, secondo cui la violazione delle regole cautelari è dipesa da un'iniziativa estemporanea finalizzata ad accelerare i tempi di lavoro, non potendo in quanto tale essere considerata espressione di una consapevole politica d'impresa.

Ebbene, la pronuncia in commento se per un verso prova a chiarire e consolidare l'interpretazione maggiormente diffusa dei criteri oggettivi di imputazione della responsabilità dell'ente nelle riferite ipotesi colpose, per l'altro respinge tale ultimo approccio interpretativo concludendo in senso diametralmente opposto.

3. *La vicenda oggetto di decisum da parte della Suprema Corte*

Il caso sottoposto al vaglio di legittimità della Suprema Corte ha riguardato un lavoratore, in regime di distacco, impegnato nella realizzazione del montaggio di un palo di supporto di celle telefoniche, per il quale, sa-

¹¹ Cass. pen. sez. IV 21 gennaio 2016 n. 2544, in *C.E.D. Cass.* 268065 e più di recente 7 novembre 2019 n. 3731, in *www.rivista231.it*.

¹² Cass. pen., sez. IV 27 novembre 2019 n. 49775, in *Il penalista*, 31 gennaio 2020, con nota di SANTORIELLO, *Responsabilità degli enti e violazioni antinfortunistiche: il caso isolato non può determinare interesse o vantaggio per la società*.

lendo gradatamente su un traliccio, il lavoratore si assicurava ad un carrello attraverso delle cinghie di sicurezza, costituite da un'imbragatura e da un moschettone che la univa al carrello. A causa del malfunzionamento del moschettone, dispositivo di protezione individuale (DPI) che aveva la funzione di garantire l'aggancio sicuro del lavoratore al carrello, il lavoratore precipitava al suolo data l'apertura accidentale della linguetta di chiusura del moschettone, procurandosi lesioni gravi. In particolare, nel giudizio di merito veniva accertato che la ghiera di bloccaggio del moschettone, presidio fornito dalla società distaccante, non aveva evitato l'apertura accidentale dello stesso, provocando lo sfilamento della corda di sostegno e la conseguente caduta del lavoratore. A ciò si aggiungeva che la stessa molla di chiusura della linguetta, a sua volta predisposta per scongiurare l'apertura accidentale della stessa, prima che potesse operare la ghiera, era inoperante, poiché consentiva che la linguetta di chiusura, invece di chiudersi, rimanesse aperta.

Venivano quindi imputati della responsabilità derivante dalla violazione delle norme di cui al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (cd. Testo Unico in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro) – segnatamente l'art. 77, comma 4, lett. a) – il datore di lavoro e un dirigente della società legata da contratto di distacco con la società distaccataria e un altro soggetto quale datore di lavoro della vittima. Veniva altresì contestata e successivamente riconosciuta la responsabilità della società ai sensi dell'art. 25-*septies* del d.lgs. 231/01, con conseguente applicazione della relativa sanzione amministrativa.

Con riferimento al profilo di interesse nel presente contributo ovvero quello dell'imputazione oggettiva del reato presupposto alla società distaccante, la difesa del ricorrente osservava il fatto che la Corte d'appello, nel ritenere integrato il parametro oggettivo di cui all'art. 5 del decreto non avrebbe considerato la diversità dei due criteri oggettivi ivi contemplati, limitandosi a ritenere apoditticamente che l'omessa predisposizione del presidio di sicurezza idoneo avesse fatto conseguire alla società un risparmio di spesa, senza tuttavia verificare il collegamento finalistico tra il reato e il risultato, ovvero l'effettiva esistenza di interesse e neppure inquadrato la condotta illecita nell'alveo di una generale e sistematica politica imprenditoriale connotata dalla costante violazione dei sistemi prevenzionistici.

La Corte di Cassazione, sposando la tesi ricostruttiva avanzata dai giudici *a quibus*, disattendeva le censure difensive ribadendo i principi consolidati in materia, affermando che l'interesse o il vantaggio possono sussistere anche in relazione ai reati omissivi colposi d'evento, rispetto ai quali tali criteri

vanno valutati con riguardo alla condotta e non alle lesioni o alla morte del lavoratore “*essendo possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per rispondere a istanze funzionali a strategie dell'ente. A maggior ragione vi è perfetta compatibilità tra inosservanza della prescrizione cautelare e esito vantaggioso per l'ente...*”¹³.

In particolare si osservava come l'ampia casistica esaminata ha dimostrato che il criterio d'imputazione di cui all'art. 5 del d.lgs. 231/01 può consistere nell'incremento del profitto assicurato da lavorazioni più rapide realizzate in assenza di procedure di sicurezza; nella riduzione dei costi sostenuti per la consulenza in materia di prevenzione e per la formazione dei lavoratori; nella velocizzazione degli interventi di manutenzione e di risparmio dei costi sulla qualità del materiale.

Nella specie, per quel che inerisce ai profili di responsabilità da ascrivere all'ente e rilevati nel caso in questione, la Corte evidenziando la coerenza del ragionamento probatorio espresso dai giudici di merito, in riferimento alla legge, ma anche ad una interpretazione di essa in linea con i principi che la società assumeva essere stati violati, ha ritenuto correttamente individuata la regola cautelare violata e la sua esigibilità nel caso concreto da parte del datore di lavoro della vittima alla luce della dimostrata inefficienza dello specifico presidio utilizzato dal lavoratore e avuto riguardo alla sua natura, di strumento essenziale, sia per la sicurezza dei lavoratori che per la stessa esecuzione dell'intervento programmato. Né tantomeno i giudici hanno ritenuto di dover valorizzare, quanto *a contrario* opposto dalla difesa del ricorrente, ovvero che il medesimo presidio incriminato era stato oggetto di intervento manutentivo un mese prima dell'infortunio occorso.

In tale contesto la Suprema Corte, in riferimento al criterio di imputa-

¹³ La Corte, di seguito, si sofferma ancora sui concetti di interesse e di vantaggio precisando che: “...l'interesse dell'ente “ricorre quando la persona fisica, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di far conseguire un'utilità alla persona giuridica; ciò accade, per esempio, quando la mancata adozione delle cautele infortunistiche risulti essere l'esito, non di una semplice sottovalutazione dei rischi o di una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa: pur non volendo (quale opzione dolosa) il verificarsi dell'infortunio in danno del lavoratore, l'autore del reato ha consapevolmente violato la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un interesse dell'ente (ad esempio, far ottenere alla società un risparmio sui costi in materia di prevenzione)...il vantaggio...è misurabile ex post e rileva ex se, laddove la prova dell'interesse, parametro eminentemente finalistico e da valutarsi ex ante, può certamente ricavarsi dalla dimostrata tendenza dell'ente alla trasgressione delle regole antinfortunistiche, finalizzata al contenimento dei costi di produzione o all'incremento dei profitti...”.

zione oggettivo di cui all'art. 5 del decreto, poneva in rilievo le conclusioni cui era pervenuta la Corte d'Appello nel caso di specie, ovvero che alla condotta dell'agente era collegato l'interesse dell'ente e che dalla stessa era derivato un innegabile vantaggio, tradottosi in un risparmio di spesa, restando irrilevante l'entità economica di esso considerato altresì che nell'ipotesi in questione si trattava di un presidio essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa in sicurezza.

Sulla scorta di tali considerazioni ad avviso della Suprema Corte poteva dirsi accertato che la società distaccante aveva dotato il lavoratore di un presidio di prevenzione malfunzionante e che come evidenziato dai giudici di merito, quel presidio era essenziale per lo svolgimento del lavoro da eseguirsi in distacco. Sotto tale aspetto, in particolare, la condotta dell'agente è da inquadrarsi all'interno del contesto lavorativo della società, nella fase della esecuzione di un contratto che non esonerava l'agente medesimo dal costante controllo in ordine alla perdurante funzionalità di un fondamentale presidio di sicurezza.

A riguardo, la pronuncia in commento chiarisce che il datore di lavoro non solo ha l'obbligo di predisporre le misure antinfortunistiche, ma anche di sorvegliare continuamente sulla loro adozione da parte degli eventuali preposti e dei lavoratori, nonché di mantenere in buono stato di conservazione i mezzi di protezione messi a disposizione dei lavoratori e di vigilare sul fatto che l'idoneità di detti mezzi persista nel tempo.

Ma vi è di più. Ad avviso del Supremo Giudice di legittimità anche le valutazioni proposte da parte ricorrente in riguardo al carattere sistematico della violazione non potevano trovare accoglimento per più ordini di motivi, non rilevando tale requisito quale elemento della fattispecie tipica idoneo a configurare un rimprovero di responsabilità ascrivibile all'ente. La norma di cui all'art. 25-*septies* del decreto, in questo senso, non richiede tale componente, poiché diversamente risulterebbe sintomatica di un'intenzionalità della condotta non richiesta dalla legge.

La Corte, inoltre, precisava nel senso di asserire che il carattere della sistematicità, oltre ad essere intrinsecamente generico, escluderebbe la responsabilità dell'ente rispetto a tutte le condotte occasionali, non espressive di una specifica politica aziendale.

In particolare nella statuizione in commento si sancisce che il carattere della sistematicità, oltre a essere eccentrico rispetto allo spirito della legge, *“presenta in sé innegabili connotati di genericità: la ripetizione di più condotte, poste*

in essere in violazione di regole cautelari, potrebbe non essere ancora espressiva di un modo di essere dell'organizzazione e, quindi, di una sistematicità nell'atteggiamento antidoveroso. D'altro canto, l'innegabile quoziente di genericità del concetto non consente neppure di stabilire, in termini sufficientemente precisi, quali comportamenti rivelino a tal fine (identici; analoghi; diversi, ma pur sempre consistenti in violazioni delle regole anti infortunistiche)", ciò nonostante, di seguito, la Corte riconosce a tale contegno rilevanza in ordine alla sua ripetizione sul piano probatorio *"quale possibile indizio della esistenza dell'elemento finalistico della condotta dell'agente, al tempo stesso scongiurando il rischio di far coincidere un modo di essere dell'impresa con l'atteggiamento soggettivo proprio della persona fisica"*.

In definitiva per la Corte di Cassazione doveva concludersi nel senso che la Corte d'Appello ha esaminato il criterio d'imputazione oggettivo previsto dal d.lgs. 231/01 e lo ha individuato proprio nel risparmio di spesa derivante dalla mancata predisposizione di un presidio atto al suo scopo e dalla omessa manutenzione o sostituzione di esso¹⁴, elemento questo idoneo a ric collegare, con giudizio *ex post*, la condotta del datore di lavoro della vittima all'ente di cui questi era anche il legale rappresentante.

4. Considerazioni conclusive

Alla stregua di quanto precede si ritiene di dover esprimere alcune riflessioni in merito a quanto statuito dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento.

Occorre, in primo luogo, premettere che se è indubbio il fatto che la norma di cui all'art. 25-*septies* del decreto non richiede la natura sistematica delle violazioni alla normativa antinfortunistica al fine di fondare un rimprovero di responsabilità all'ente, occorre nondimeno evidenziare, come affinché il "finalismo" della condotta richiesto dal menzionato criterio d'imputazione possa armonizzarsi con la non volontarietà dell'evento tipica dei reati colposi, è necessario che il comportamento causa dell'evento non sia stato indotto da esclusive finalità estranee alla società, ma sia stato deter-

¹⁴ Sul punto, nondimeno, occorre rilevare come la stessa Corte in sentenza riconosca una certa approssimazione rinvenibile in ordine alla qualificazione giuridica del presupposto oggettivo avuto riguardo alla sentenza di merito impugnata in cui si riferiva indistintamente di interesse e vantaggio, salvo poi ritenere più specificamente che il vantaggio era conseguito al risparmio sui costi.

minato da scelte afferenti alla sfera di interessi dell'ente, ovvero ispirate a strategie finalizzate ad ottenere benefici e vantaggi – anche solo mediati – per l'ente medesimo espressive di colpa in organizzazione.

In tale ottica, non pare sufficiente a configurare la responsabilità dell'ente la semplice imperizia o carenza organizzativa, ma unicamente quelle violazioni di norme realizzate esplicitamente al fine di soddisfare un interesse dell'ente o comunque poste in essere per un obiettivo di risparmio di costi aziendali, risultando rilevante in questo senso, non ogni profilo di colpa ma unicamente quelli connessi a un concreto beneficio conseguibile (che si tratti del risparmio di costi in senso tecnico ovvero di procedure più rapide al fine di accrescere la produttività)¹⁵.

In argomento, di particolare rilevanza appare la prospettiva interpretativa sostanziata nella preminente partizione intercorrente tra l'omissione cautelare valutabile in termini di risparmio di costi e situazioni ove non è possibile connotare l'omissione colposa di accezioni economiche¹⁶, nella prospettiva di affermare che nella valutazione dell'imputabilità del fatto all'ente il nesso causale funge da criterio selettivo, non potendo in base al criterio d'imputazione di cui all'art. 5 del decreto rilevare qualunque tipo di condotta, dovendo quest'ultimo determinare in modo specifico la direzione finalistica della condotta colposa che ha concretamente cagionato l'evento¹⁷.

Sotto altro profilo, poi, risulta altresì, elemento pregnante verificare se la vicenda tragica costituisca la risultante di un'isolata violazione della normativa antinfortunistica ovvero sia il risultato di una sistematica violazione di tale disciplina, avendo l'ente realizzato una politica imprenditoriale negligente in tema di sicurezza del lavoro, consentendo una riduzione dei costi

¹⁵ In tal senso Trib. Milano 26 giugno 2014 n. 7017, in *www.penalecontemporaneo.it*; Aderisce a tale impostazione anche SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli Enti per reati ambientali (note a margine del d.lgs. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *RGA*, 2012, p. 17 ss.

¹⁶ CATALANO, GIUNTELLI, *Interesse e/o vantaggio dell'ente: nuovi percorsi giurisprudenziali (in particolare nei reati colposi)*, in *Riv.* 231, 2012, p. 91. Gli autori indicano quali esempi di omissioni colpose prive di accezioni economiche i casi di disfunzioni organizzative (deficit di vigilanza da parte dei soggetti titolari del debito di sicurezza) ovvero situazioni in cui la contestazione si incentra su un giudizio di inadeguatezza (scelta DPI, modalità di erogazione della formazione o informazioni ai lavoratori, etc.).

¹⁷ Di tal guisa, Trib. Cagliari, GUP, 13 luglio 2011 che ha escluso la responsabilità dell'ente sul presupposto di ritenere irrilevante sotto il profilo causale l'omissione che aveva determinato l'incidente mortale verificatosi nel caso di specie.

e un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto¹⁸.

Tutto ciò posto, per giungere alla conclusione secondo cui onde muovere un fondato rimprovero di responsabilità all'ente occorrerà accertare in concreto le modalità del fatto e verificare se la violazione della normativa in materia di sicurezza o igiene del lavoro, che ha determinato l'infortunio, risponda *ex ante* a un interesse della società o abbia consentito alla stessa di conseguire un vantaggio¹⁹ nella previsione di iscrivere le violazioni di cui al D.Lgs. n. 81 del 2008 in un atteggiamento di disinteresse per la salute dei lavoratori più ampio, tale da poter ragionevolmente far sostenere che la società intenzionalmente traeva un significativo interesse o vantaggio – identificato nel risparmio dei costi, ovvero in obiettivi di analoga rilevanza aziendale – per effetto di condotte ispirate ad una logica di scelte e strategie organizzative autenticamente espressive della volontà dell'ente.

Ragionando diversamente si finirebbe invece per imputare automaticamente gli eventi della morte o delle lesioni alla società tutte le volte in cui si accerti un suo interesse o vantaggio in relazione alla condotta imprudente della persona fisica che li ha causalmente determinati e che risulti sintomatica di una mera ricaduta di carattere patrimoniale favorevole per l'ente. Ciò andrebbe a profilare una sorta di rischioso automatismo in base al quale ogni qualvolta si verifichi una violazione della normativa infortunistica da cui derivi una malattia o un infortunio del lavoratore possa per ciò solo dirsi dimostrata la circostanza che l'ente ha tratto dalla vicenda un vantaggio economico derivante dal risparmio dei costi o da una accelerazione dei tempi di lavoro. Di tal guisa, la verifica della sussistenza del vantaggio finirebbe per dare esiti positivi anche solo valorizzando fatti del tutto esteriori al reato²⁰.

¹⁸ Tale requisito, ad avviso di chi scrive, pur non risultando in tutti i casi decisivo al fine di muovere un addebito all'ente assume, senza dubbio, un importante ruolo di "filtro" ascrittivo della responsabilità, in particolare nelle ipotesi in cui l'omissione cautelare non sia necessariamente valutabile in termini di risparmio di costi, ma risulti comunque in linea con scelte organizzative o gestionali dell'ente inadeguate (ad es. una prassi operativa errata consolidatasi in modo costante o quantomeno frequente nel tempo e consapevolmente avallata dai vertici aziendali).

¹⁹ In tale direzione, Cass. pen. sez. IV 16 aprile 2018, n. 16713, in *dejure.giuffrè.it*.

²⁰ SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di iscrizione della responsabilità da reato*, Jovene, 2006, p. 30; In tema sia consentito anche rinviare a SELVAGGI, *Infortuni sul lavoro e interesse*

In breve, la responsabilità dell'ente dovrebbe pertanto risultare integrata unicamente da quelle inosservanze delle norme cautelari, eziologicamente decisive per la verifica dell'evento dannoso, che esprimono un'indifferenza del soggetto collettivo al tema della sicurezza dei luoghi di lavoro direttamente connessa alla predominante valorizzazione di altri interessi espressivi di una politica d'impresa ad esso propri.

Tali aspetti che pure paiono, in minima parte, trovare enunciazione nei principi di diritto espressi nella sentenza in commento risultano però, ad avviso di chi scrive, chiaramente disattesi dal portato decisionale sancito dal Supremo giudice di legittimità.

Conclusivamente, se da un lato è certamente apprezzabile che la giurisprudenza, in assenza di indicazioni normative, peraltro quanto mai necessarie in un ordinamento improntato sul principio di legalità, abbia tentato per via interpretativa di colmare un vuoto lasciato dal legislatore in una materia assai delicata come quella relativa alla tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, dall'altro a fronte di dinamiche organizzative complesse, in particolare con riguardo ai reati colposi, occorre stigmatizzare i rischi derivanti dalla sistemica sovrapposizione fra responsabilità della persona fisica che svolge funzioni apicali e responsabilità dell'ente. Ciò dovrebbe indurre l'interprete a concepire la responsabilità del soggetto pluripersonale come fenomeno realmente autonomo evitando pericolosi automatismi repressivi che sortiscono l'effetto di negare *ab origine* il faticoso sforzo compilativo profuso in materia.

Keywords

D.lgs. 231/01, reati colposi, sicurezza sul lavoro, interesse e vantaggio, violazione sistematica, responsabilità.

Legislative decree 231/01, negligent offenses, job security, interest and advantage, systematic violation, responsibility.

La proposta di direttiva UE sui salari minimi adeguati

Di seguito si pubblicano le opinioni di alcuni studiosi europei del Diritto del lavoro che, dopo aver ricordato il contenuto della proposta di direttiva dell'Unione sui salari minimi adeguati dell'ottobre 2020, analizzeranno gli effetti della proposta, dopo la sua eventuale approvazione, nei rispettivi ordinamenti nazionali. I sistemi giuridici presi in considerazione sono quelli di Germania, Italia, Francia e Polonia, esaminati, rispettivamente, da Maximilian Fuchs, Emanuele Mene-gatti, Thomas Pasquier e Barbara Surdykowska e Łukasz Pisarczyk. La scelta di questi ordinamenti non è casuale. L'attenzione è stata indirizzata a un ordinamento che prevede da lungo tempo una legislazione sul salario minimo (Francia), ad uno che presenta una legislazione in materia molto più recente (Germania), ad un sistema caratterizzato da una tradizione di lungo corso della contrattazione collettiva quale autorità salariale (Italia) ed a quello del più importante degli Stati membri dell'Europa centrale, che soprattutto in passato ha adoperato i livelli salariali come strumento di dumping sociale (Polonia). L'iniziativa editoriale è stata organizzata in collaborazione con l'Italian labour law e-journal, rivista con la quale è stata condivisa la scelta dei contributi e alla quale è destinata la versione in lingua inglese dei medesimi.

Maximilian Fuchs Germania*

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Relazioni industriali in Germania. **3.** L'introduzione di salari minimi legali in Germania. **3.1.** Salari minimi tramite contratti collettivi dichiarati con efficacia erga omnes. **4.** Il salario minimo legale (2015). **4.1.** L'iter verso il salario minimo legale. **4.2.** La disciplina del salario minimo legale. **5.** La proposta di direttiva dall'angolo visuale del diritto tedesco. **5.1.** L'ambito di applicazione della direttiva. **5.2.** Promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari. **5.3.** Il capitolo relativo ai salari minimi legali. **5.4.** Disposizioni orizzontali. **6.** La base giuridica della direttiva. **7.** Osservazione conclusiva.

1. *Introduzione*

Qualche anno fa il Ministero del lavoro tedesco prende l'iniziativa per richiedere alla Commissione UE un intervento regolativo a livello europeo a tutela del salario minimo negli Stati Membri. In un'intervista rilasciata nel 2019 il Ministro del lavoro annuncia la propria volontà di promuovere un'azione normativa in questa materia che andrebbe qualificata come uno dei punti centrali della Presidenza tedesca del Consiglio UE nella seconda metà del 2020. Il divario fra Paesi ricchi e Paesi poveri dell'Unione si è fortemente allargato e ciò, di conseguenza – come posto in rilievo – rischia di incrinare il progetto europeo. Solo il rafforzamento di un'Europa sociale potrebbe garantire più certezza al benessere e alla pace. L'idea è quella di configurare un salario minimo europeo come relativo parametro di misura per conoscere quali siano i livelli salariali nei singoli stati e incoraggiare, anche in Germania, una pressione in grado di influire positivamente sul complesso delle dinamiche salariali. Dalla proposta di direttiva mi sembra si possa evincere che la disciplina tedesca sul salario minimo abbia avuto un impatto significativo. Nel prosieguo verranno presentati e commentati i contenuti centrali di tale proposta partendo dall'esperienza tedesca.

2. *Relazioni industriali in Germania*

Con l'approvazione della Costituzione della Rft, il 23 aprile 1949 (*Grun-*

* La traduzione è di Giorgia De Stefano.

dgesetz), viene introdotta all'art. 9, co. 3, una fondamentale garanzia per il sistema di contrattazione collettiva. Tale disposizione costituzionale afferma che il diritto di formare associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni economiche e del lavoro è garantito a ognuno e in ogni professione. Essa costituisce la prima pietra posta a fondamento del sistema di contrattazione collettiva¹. E segna un chiaro punto di svolta rispetto all'esperienza del periodo nazista, dove un sistema autoritario realizzava una interferenza assai invasiva nell'autonomia delle relazioni industriali. Un mese prima dell'entrata in vigore della *Grundgesetz* era stata varata la legge sul contratto collettivo che poneva le basi della libertà delle associazioni dei datori e dei sindacati di stipulare contratti collettivi regolando la costituzione, i contenuti e la cessazione dei rapporti di lavoro². Dalla interazione fra la Costituzione e questa legge nasce un sistema di relazioni industriali che, ancora oggi, una giurisprudenza ormai consolidata della Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*) si preoccupa di garantire rispetto ad interferenze dello Stato e di privati. Da queste coordinate costituzionali traspare una chiara opzione a favore dell'autonomia delle parti sociali con riferimento alla regolazione delle condizioni di lavoro. L'intervento tramite la legge viene posto in secondo piano.

3. *L'introduzione di salari minimi legali in Germania*

3.1. *Salari minimi tramite contratti collettivi dichiarati con efficacia erga omnes*

a) *La legge sul distacco dei lavoratori (1996)*

La storia del salario minimo legale ha inizio nel 1996 con la legge sul distacco (*AEntG*) dei lavoratori che impone di applicare ai lavoratori del settore edile distaccati dall'estero il salario minimo previsto dal contratto collettivo corrispondente. Con questa legge il legislatore si propone di contrastare il *dumping* salariale³ reso possibile dalla forte concorrenza di lavoratori stranieri distaccati da imprese di Stati Membri con un livello salariale molto basso. Su questo sfondo si colloca il § 1 *AEntG* ove si stabilisce

¹ V. PREIS, *Arbeitsrecht. Kollektives Arbeitsrecht*, 2017, Verlag Otto Schmidt Köln, p. 22 ss.

² Un'ampia informazione su questa legge si rinviene in HERSCHEL, *Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1973, p. 184 ss.

³ V. DÄUBLER, *Ein Antidumpinggesetz für die Bauwirtschaft in Der Betrieb*, 1995, 726.

che le norme di un contratto collettivo con efficacia *erga omnes* nel settore edile si applicano anche ad un rapporto di lavoro con un datore di lavoro operante nel territorio a cui questo contratto collettivo è applicabile.

b) *Il dibattito sul salario minimo legale nella crisi finanziaria (2005-2009)*

All'inizio della prima decade del nuovo millennio l'economia tedesca è in piena crisi, essendo caratterizzata da una crescita economica in calo, un deficit pubblico particolarmente elevato, un alto tasso di disoccupazione, un costo del lavoro troppo alto, un sostanziale peggioramento della posizione tedesca nel quadro della concorrenza internazionale. In questo scenario di fondo vengono varate le riforme Hartz del 2002⁴. Il cancelliere Schröder si propone di attuare in tal modo la c.d. Agenda 2010⁵. Questa iniziativa alimenta un vivace dibattito sulla necessità di un salario minimo legale in vista di una diminuzione generale dei salari. L'idea del salario minimo legale non trova però il sostegno della *Große Koalition*, nata alla fine del 2005, la quale, su consiglio di parecchi esperti economici, si schiera a favore della prosecuzione del modello di salario minimo fondato sul meccanismo dei contratti collettivi settoriali dichiarati con efficacia *erga omnes*. In questa prospettiva viene apportata nel 2009 una modifica alla legge sul distacco⁶. Mentre la normativa vigente contemplava quel modello regolativo solo con riferimento al settore edile, in tale occasione si prevede una significativa estensione dei settori coinvolti. A quello edile sono equiparati altri settori riguardanti servizi in cui i sindacati sono deboli per mancanza di un numero adeguato di iscritti e, di conseguenza, il livello dei salari è molto basso.

La seconda novità della legge del 2009 è di natura procedurale. In vista delle difficoltà insite nella procedura per l'estensione *erga omnes* la legge sul distacco prevede la dichiarazione di efficacia *erga omnes* tramite decreto del Ministero del lavoro e degli affari sociali qualora ci sia una richiesta congiunta delle organizzazioni firmatarie del contratto collettivo di livello nazionale. La recente esperienza mostra quanto sia stata importante questa innovazione. Praticamente tutti i salari minimi previsti in contratti collettivi riconducibili

⁴ Sono state varate quattro leggi che realizzavano le idee del rapporto della Commissione Hartz, su questo v. *Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*, 2002.

⁵ L'Agenda 2010 è descritta da FUCHS, *Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica: l'esperienza tedesca*, in *GDLRI*, 2013, p. 741 ss.

⁶ V. LÖWISCH, *Die neue Mindestlohngesetzgebung*, in *RArbeit*, 2009, p. 215 ss.

sotto il regime della *AEntG* sono stati muniti di efficacia *erga omnes* in base a questo nuovo regime⁷.

4. Il salario minimo legale (2015)

4.1. L'iter verso il salario minimo legale

A fronte della crescita di un segmento del mercato di lavoro che offre solo salari molto bassi, da integrare sempre più spesso con l'erogazione dell'indennità di disoccupazione II (nota come Hartz IV⁸), nel dibattito politico incomincia a formarsi un consenso sulla necessità di rimediare a questa situazione e di garantire per il lavoro a tempo pieno il minimo necessario a soddisfare le esigenze di vita. In attuazione di quanto previsto nell'Accordo sulla formazione della *Große Koalition* con la legge del 11 agosto 2014⁹ viene introdotto un salario minimo legale. Questa legge si compone di un pacchetto di leggi (*Tarifautonomiestärkungsgesetz*) di cui una, la *Mindestlohngesetz* (*MiLoG*), disciplina il salario minimo.

4.2. La disciplina del salario minimo legale¹⁰

a) Il diritto al salario minimo

Il § 1, co. 1 della *MiLoG* dispone che ogni lavoratore¹¹ ha il diritto a

⁷ Per un elenco di questi salari minimi ed il loro livello v. <https://www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-AEntG-Lohnuntergrenze-AUeG/Branchen-Mindestlohn-Lohnuntergrenze/branchen-mindestlohn-lohnuntergrenze.html>.

⁸ V. FUCHS, *Precariato e welfare. Il sistema tedesco*, in LAGALA (a cura di), *Precariato e welfare in Europa*, 2007, p. 181 ss.

⁹ Bundesgesetzblatt 2014 I, 1348.

¹⁰ Nella letteratura sono presenti numerosi contributi sulla *MiLoG*, v. fra altri JÖRIS/VON STEINAU-STEINRÜCK, *Der gesetzliche Mindestlohn*, in *BB*, 2014, pp. 2101 ss.; SPIELBERGER/SCHILLING, *Das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns*, in *NJW*, 2014, pp. 2899 ss. Per una ampia trattazione della legge si veda l'articolo di CORTI, *La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?*, in *questa rivista*, 2014, p. 111 ss.

¹¹ La definizione si trova in § 22 *MiLoG* e la nozione comprende tutti i lavoratori. Sono esclusi i tirocinanti qualora il tirocinio sia previsto in disposizioni scolastiche o universitarie come parte della formazione. Esclusi sono anche gli apprendisti perchè loro sono inseriti in un sistema giuslavoristico speciale. I lavoratori che non abbiano compiuto i 18 anni non godono

percepire uno stipendio pari almeno al salario minimo. E il co. 2 di questa norma quantifica l'ammontare del salario minimo in 8,50 euro lordi per ogni ora di lavoro, a partire dal 1° gennaio 2015. Su proposta della Commissione di cui all'art. 4 (vedi infra c) il salario minimo può essere adeguato tramite decreto del Governo. Negli anni passati il salario minimo è stato oggetto di modifiche e a partire dal 1° gennaio 2021 è fissato a 9,50 € per l'ora. Il 3° co. stabilisce la prevalenza dei decreti emanati in base alla *AEntG* e alla *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)*¹² (la legge sul lavoro interinale) sulla disciplina della *MiLoG* qualora i salari minimi fissati da tali decreti non siano al di sotto del salario minimo legale.

b) *Obblighi di documentazione ed informazione*

Va da sé che, proprio nei settori in cui finora si pagavano bassi salari, si tenta ora di ricorrere a vari *escamotage* per aggirare gli obblighi imposti dalla normativa. Per questo motivo il legislatore ha prescritto obblighi di documentazione ben precisi in modo da consentire alle autorità di controllo di monitorare il rispetto della *MiLoG*¹³.

c) *Adeguamenti del salario minimo legale*

Ampia parte della disciplina contenuta nella *MiLoG* è dedicata alla procedura di adeguamento del salario minimo legale. La legge affida il compito di adeguamento ad una commissione specifica (*Mindestlohnkommission*), che opera su base permanente. La c.d. Commissione *MiLoG* si compone di un presidente, sei membri con diritto di voto e due membri provenienti dal mondo accademico con uno status di consulente. Il governo federale nomina, su proposta delle confederazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, i membri con diritto di voto appartenenti ad associazioni datoriali e sindacati dei lavoratori¹⁴. Allo stesso modo il Governo federale

il salario minimo senza avere assolto un apprendistato. Quanto ai disoccupati di lunga durata il datore è esonerato dal pagamento del salario minimo nei primi sei mesi del rapporto di lavoro.

¹² Il § 3a della legge prevede un decreto del Ministero del Lavoro e degli Affari Sociali per definire stipendi minimi tariffari su proposta delle parti sociali operanti nel settore del lavoro interinale a base nazionale. Vigé un decreto del 1° aprile 2014 che stabilisce i limiti minimi secondo criteri regionali.

¹³ V. in particolare § 17 *MiLoG*.

¹⁴ § 5, comma 1 *MiLoG*.

nomina il presidente della Commissione. La Commissione deve decidere ogni due anni.

d) *Sanzioni*

Ovviamente sono previste sanzioni amministrative per i casi di violazione degli obblighi che risultano dalla legge. I casi meno gravi sono sanzionati con una multa fino a 30.000 €, nei casi gravi, invece, la multa che può essere irrogata può arrivare fino a 500.000 €. Di rilievo è anche la norma¹⁵ che impone l'esclusione dei datori di lavoro multati dalla partecipazione a bandi di concorso pubblici. Questa previsione è dettata da un intento che contraddistingue da tempo la legislazione regionale (dei *Länder*), la quale si propone di incentivare i partecipanti a bandi di concorso pubblici a rispettare gli obblighi risultanti da contratti collettivi¹⁶.

5. *La proposta di direttiva dall'angolo visuale del diritto tedesco*

5.1. *L'ambito di applicazione della direttiva*

Sia la direttiva (artt. 1 e 2) sia la *MiLoG* (§ 22) prevedono il salario minimo per tutti i lavoratori. Vi è da chiedersi se tutte le eccezioni all'ambito di applicazione previste nel § 22¹⁷ siano da considerare in conformità con l'art. 2 della direttiva e se, eventualmente, possano essere giustificate da ragioni legittime e obiettive. Dubbia appare l'esclusione dei minori di 18 anni senza apprendistato; in tal caso, l'idea di creare un incentivo ad una formazione professionale potrebbe costituire una giustificazione legittima.

5.2. *Promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari*

L'art. 4 della proposta di direttiva è concepito per contrastare il crescente calo del tasso di copertura contrattuale. Se tale tasso è inferiore al 70% gli Stati Membri devono prevedere un quadro di condizioni favorevoli alla con-

¹⁵ V. § 19 *MiLoG*.

¹⁶ V. sotto V.4. a).

¹⁷ V. sopra IV.2. a).

trattazione, in particolare un piano d'azione. Si tratta di una norma che richiede misure di attuazione in Germania, perché il tasso di copertura si attesta intorno al 44%¹⁸.

5.3. Il capitolo relativo ai salari minimi legali

a) La determinazione del salario minimo

L'art. 5 della direttiva contiene un programma per la determinazione del salario minimo. Si tratta di cinque postulati che vanno presi in considerazione per fissare il salario minimo adeguato:

- il fine: conseguire condizioni di vita e di lavoro dignitose, coesione sociale e una convergenza verso l'alto (n. 1)
- catalogo di criteri da seguire nella determinazione del salario minimo (n. 2)
 - richiamo ai metodi usati nel contesto internazionale (n. 3)
 - aggiornamento periodico del salario minimo (n. 4)
 - istituzione di organi consultativi.

Nell'ottica del legislatore tedesco la legislazione sul salario minimo si fonda essenzialmente su alcune basilari motivazioni¹⁹ che sono menzionate *expressis verbis* nel § 9, co. 2 della *MiLoG*: una protezione minima adeguata dei lavoratori, la garanzia di una concorrenza leale e il rispetto del tasso di occupazione. Quanto al primo criterio la relazione illustrativa della proposta di legge rileva come la contrattazione collettiva non riesca più ad imporre un livello salariale sufficiente in tutti i settori e, cioè, a garantire un livello salariale che, in relazione ad un rapporto di lavoro a tempo pieno, sia idoneo a soddisfare le proprie fondamentali esigenze di vita senza dover ricorrere a prestazioni sociali statali²⁰. Il legislatore nel 2015 introducendo per la prima volta un salario minimo fissa una somma di 8,50 € per ogni ora di lavoro tenendo conto della soglia che il codice di procedura civile prevede come reddito minimo esente da pignoramento e apportando una lieve correzione al rialzo.

¹⁸ Fonte: Ufficio federale delle statistiche, v. <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-5/tarifbindung-arbeitnehmer.html>.

¹⁹ V. BT-Drucks. 18/1558, p. 28.

²⁰ BT-Drucks. 18/1558, p. 26.

b) *Aggiornamento periodico del salario minimo*

I criteri previsti all'art. 5 n. 2 ed i valori di riferimento orientativi, come quelli comunemente utilizzati a livello internazionale (n. 3), non sono menzionati nella *MiLoG*. L'art. 9 della *MiLoG*, però, nel definire il procedimento che la commissione *MiLo* deve seguire per l'aggiornamento del salario minimo, presenta una selezione di criteri (protezione minima adeguata, garanzia di una leale concorrenza, rispetto delle esigenze occupazionali)²¹ che corrisponde a quanto è stabilito nell'art. 5 nn. 1, 2 e 3. L'ultimo rapporto biennale della commissione *MiLo* attesta nel dettaglio di aver dato piena attuazione a tali criteri²². L'introduzione del salario minimo legale può generare di per sé un effetto *spill-over* nei settori a basso salario; un fenomeno, questo, messo in rilievo anche nella relazione illustrativa della proposta della direttiva²³. In particolare, si è rilevato che dall'introduzione del salario minimo fino al 2016 i salari orari nei settori a basso salario aumentano del 14,1%, dal 2016 al 2018 del 6,7%²⁴. Con riguardo all'indice di Keitz, che misura il rapporto tra il salario minimo e il salario mediano, nel 2020 la quota si attesta al 46%. Su questo sfondo si è aperta recentemente una discussione intensa sull'obiettivo formulato nel 2014, cioè quello di garantire un livello salariale che, in relazione ad un rapporto di lavoro a tempo pieno, sia idoneo a soddisfare le proprie fondamentali esigenze di vita senza dover ricorrere a prestazioni sociali statali. Nel dibattito scientifico e politico i dubbi sul raggiungimento di tale traguardo si accrescono²⁵ e si rafforza la pressione a favore di un aumento significativo del salario minimo. Accanto ad alcuni partiti politici e a un gran numero di sindacati dei lavoratori i Ministri del Lavoro e delle Finanze propongono un salario minimo di 12 €/ora. È difficile prevedere se queste richieste troveranno il sostegno di una maggioranza parlamentare. Inoltre bisogna prendere atto che in base al § 9, co. 4 della *MiLoG* la Commissione *MiLo* è tenuta a fissare il salario minimo successivamente all'andamento della contrattazione collettiva. Ci sono non pochi settori i cui contratti collettivi non raggiungono il livello di 12 €²⁶.

²¹ V. sopra IV.2.c).

²² Cfr. Dritter Bericht zu den Auswirkungen des gesetzlichen Mindestlohns, 2020.

²³ V. COM (2020) 682 fin., p. 4.

²⁴ Dritter Bericht (n. 34), p. 47.

²⁵ Per ricerche recenti v. Dritter Bericht (n. 34), p. 78 ss.

²⁶ Per un'analisi dei vari problemi che ne risultano cfr. PUSCH, SCHULTEN, *Mindestlohn von 12 €: Auswirkungen und Perspektiven*, in *Wirtschaftsdienst*, 2019, p. 335 ss.

c) *Variazioni ed emolumenti aggiuntivi*

Rispetto all'art. 6 della direttiva che prevede alcune variazioni del salario minimo per specifici gruppi di lavoratori a me pare che le restrizioni del diritto tedesco vigente sopra menzionate possano essere giustificate dal perseguimento di obiettivi legittimi²⁷. È molto frequente che nei sistemi degli Stati Membri si consenta una retribuzione per apprendisti diversa dagli altri lavoratori. Il motivo connesso al particolare regime retributivo dei disoccupati di lunga durata nei primi sei mesi è quello di migliorare le opportunità di assunzione ed il § 22, co. 4, della *MiLoG* prevede un controllo da parte del Governo finalizzato ad una deroga della norma se necessaria.

Quanto agli emolumenti aggiuntivi, giurisprudenza e dottrina mostrano una divergenza di vedute. Con l'introduzione del salario minimo il legislatore nutriva la speranza che la definizione dell'entità del salario minimo avvenisse in conformità con i criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁸. La Corte aveva optato per riconoscere quali componenti della retribuzione minima le maggiorazioni ed i supplementi, che non modificano il rapporto tra la prestazione del lavoratore ed il corrispettivo percepito a detrimento del lavoratore²⁹.

Una sentenza del BAG³⁰, nel richiamarsi ad un'ulteriore pronuncia della Corte di Lussemburgo³¹, ha aperto un dibattito nella letteratura recente: si è posta la questione se la sentenza del BAG abbia spianato la strada ad un orientamento in contrasto con la giurisprudenza della CG³².

d) *Coinvolgimento delle parti sociali*

La disposizione contenuta nell'art. 7 è di una importanza straordinaria

²⁷ Gli apprendisti hanno abitualmente un regime salariale particolare. L'eccezione dei disoccupati di lunga durata persegue l'obiettivo di una integrazione facilitata nel mercato di lavoro ed è soggetta ad un esame da parte del governo sul successo o non della disposizione.

²⁸ V. DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn - doch eine unendliche Geschichte?*, in *NJW*, 2014, 1924 (1926).

²⁹ Cfr. CG causa C-341/02, Commissione/Repubblica Federale Tedesca, EU:C:2005:220; causa C-522/12, Tevfik, EU:C:2013:711.

³⁰ BAG 5 AZR 374/16 in *NZA*, 2017, 378.

³¹ CG causa C-396/13, *Sähköalojen*, EU:C:2015:86.

³² Per informazioni dettagliate v. FRANZEN in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2021, § 1 *MiLoG*, par. 11 ss.

per almeno la gran parte degli Stati Membri. Nei paesi in cui il diritto del lavoro e/o il diritto costituzionale privilegia il ruolo delle parti sociali nella determinazione dei livelli salariali e il tasso della copertura contrattuale è abbastanza elevato, il salario minimo legale suscita atteggiamenti di sfiducia o addirittura resistenza da parte loro. L'esempio dei paesi nordici è particolarmente significativo al riguardo³³.

L'impostazione dei §§ 4 ss. della *MiLoG* è in completa sintonia con l'apertura al coinvolgimento delle parti sociali prevista nell'art. 7 della proposta. Si può dire che la determinazione del salario minimo legale sia di diritto demandata alle parti sociali. Ad esse è inoltre garantito un ruolo di primo piano nella composizione della Commissione MiLo che adotta il principio della partecipazione paritaria fra i rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori che hanno il diritto di voto. In un certo senso si potrebbe dire che la composizione della Commissione rispecchia quanto accade sul terreno della contrattazione collettiva. Anche la scelta di due esperti della commissione MiLo con funzione consultativa è attribuita alle parti sociali. Il fatto che la legge richieda che la commissione MiLo si orienti successivamente verso la contrattazione collettiva è un altro elemento in cui si coglie la propensione a creare un certo parallelismo fra l'esito della contrattazione collettiva e la fissazione del salario minimo e rispecchia i criteri contenuti nell'art. 7. Inoltre, nel sancire la prevalenza dei decreti emanati dal Ministero in virtù delle leggi speciali (AEntG, AÜG) il legislatore si mostra rispettoso delle prerogative dell'autonomia collettiva: e infatti, senza il consenso delle parti sociali l'emanazione di questi decreti non è autorizzata. Per questo motivo il rispetto dell'autonomia collettiva auspicato dall'art. 7 si riscontra senz'altro nella disciplina tedesca³⁴.

e) *L'effettivo accesso ai salari minimi legali*

L'art. 8 mira ad assicurare l'osservanza degli obblighi sul salario minimo. La norma contiene una serie di previsioni volte a: a) imporre controlli e ispezioni sul campo, b) fornire orientamenti alle autorità responsabili dell'applicazione e c) dotare i lavoratori di informazioni adeguate sui salari minimi legali applicabili.

³³ V. ELDRING, ALSOS, *European Minimum Wage: A Nordic Outlook*, 2012; FURÅKER, LARSSON, *The European Trade Union Movement and the Issue of Statutory Minimum Wages*, 2020.

³⁴ Tematica che tratta CORTI, *op. cit.*, p. 22 ss.

Le prime due previsioni hanno l'ampio oggetto proprio delle disposizioni di cui agli artt. 14 e ss. della *MiLoG*, essendo indirizzate in primo luogo alle autorità della dogana come gli organismi competenti in merito all'imposizione della *MiLoG*. L'art. 12 della *MiLoG* disciplina l'istituzione di un ufficio deputato a fornire un sostegno alla Commissione MiLo e garantire ai lavoratori e ai datori di lavoro le informazioni sul tema del salario minimo³⁵. Le informazioni assumono un ruolo di particolare rilevanza come rileva anche la Commissione MiLo nel suo ultimo rapporto. Tale organismo ha affidato ad alcuni istituti il compito di svolgere sondaggi rappresentativi per venire a sapere quante persone siano pienamente consapevoli dell'ammontare esatto del salario minimo previsto per il loro rapporto di lavoro. Dai sondaggi emerge che solo il 15% delle persone occupate nei settori a basso salario conoscono la somma esatta, il 40% possiede una conoscenza approssimativa³⁶. La commissione MiLo pone in rilievo la funzione e l'importanza dei controlli e lamenta che i controlli attualmente eseguiti dalle competenti autorità doganali si attestano al di sotto del livello necessario³⁷.

5.4. Disposizioni orizzontali

a) Appalti pubblici

L'art. 9 prende spunto da alcuni recenti sviluppi della normativa tedesca, e precisamente da quella di alcuni *Länder*, nei quali il legislatore si propone di evitare che imprese straniere approfittino della stipula di appalti pubblici per pagare salari al di sotto del livello della contrattazione collettiva locale/regionale. In un primo momento questi tentativi sono rimasti senza successo perché le leggi sull'aggiudicazione dei pubblici appalti si sono poste in contrasto con la direttiva 96/71³⁸. I *Länder* hanno poi adattato le leggi in questione per venire incontro alle esigenze imposte dalla normativa in tema di libera prestazione di servizi³⁹. Ad oggi, 14 dei 16 *Länder* hanno varato leggi

³⁵ L'ufficio è istituito presso l'Agenzia federale della tutela di lavoro e della medicina del

³⁶ Dritter Bericht (n. 34), p. 57.

³⁷ Per una documentazione dei controlli v. Dritter Bericht (n. 34), p. 60 ss.

³⁸ V. Corte di giustizia, C-346/06 (Rüffert), EU:C:2008:189. Lo stesso risultato (concernente un subappaltatore) nella causa 549/13 (Bundesdruckerei), EU:C:2014:2235.

³⁹ Si ricordi la sentenza della Corte di giustizia 17 novembre 2015, C-115/14 (RegioPost), EU:C:2015:760.

del genere, per cui tutti gli appaltatori (nazionali e stranieri) sono obbligati a rispettare i contratti collettivi regionali/locali inclusi i salari minimi⁴⁰. In conformità con l'art. 9 gli altri due *Länder* dovrebbero legiferare in modo simile. Con riguardo agli appalti commissionati dalle istituzioni federali il Parlamento dovrebbe varare una legge apposita⁴¹.

c) *Monitoraggio e raccolta dei dati*

Il § 9, co. 4 della *MiLoG* assegna alla commissione MiLo il compito di monitorare periodicamente gli effetti del salario minimo sulle condizioni di tutela dei lavoratori, sul funzionamento della concorrenza e sul tasso di occupazione in riferimento a certi settori e regioni ed ancora sulla produttività. Questa attività di monitoraggio consente di raccogliere un'ampia mole di dati che costituirà la base per redigere il rapporto biennale obbligatorio. In tal modo non sarebbe difficile adempiere a quanto richiesto dall'art. 10 nei confronti della Commissione UE.

d) *Il diritto ad agire in giudizio ed il divieto della vittimizzazione*

L'art. 11 della proposta di direttiva persegue l'obiettivo (simile ad altre direttive) di offrire una tutela effettiva in caso di violazione dei diritti relativi ai salari minimi legali o alla garanzia del salario minimo previsto dai contratti collettivi. Inoltre, la norma rafforza la posizione dei lavoratori interessati tramite il divieto della c.d. vittimizzazione. Con riguardo ad ambedue le disposizioni non ci sarebbe la necessità di trasporre la norma nel diritto del lavoro tedesco, perchè anche in materia di salari minimi valgono tutte le relative normative di tutela ed il § 612a del Codice Civile contiene un divieto generale della vittimizzazione.

⁴⁰ Per una analisi di queste leggi e dei problematiche che hanno sollevato con riguardo al diritto tedesco ed europeo cfr. FABER, *Die verfassungs- und europarechtliche Bewertung von Tarif-treue- und Mindestentgeltregelungen in Landesvergabegesetzen*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2015, p. 257 ss.

⁴¹ Il totale degli appalti annuali ammonta a 400 bilioni € (=15% del PIL), di cui 12% cadono sullo Stato federale. Perciò il DGB (l'associazione tetto dei lavoratori) richiede una legge federale, v. DGB position paper del 26 maggio 2020.

e) *Sanzioni*

Il § 21 della *MiLoG* contiene una normativa di dettaglio e prevede multe il cui ammontare è proporzionato alla gravità della violazione degli obblighi della *MiLoG*⁴². L'inflizione di una multa comporta l'esclusione dell'appaltatore dalla partecipazione ad una futura procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per un congruo periodo (§ 19 della *MiLoG*). Di conseguenza, appare del tutto superflua una trasposizione dell'art. 12 nel diritto tedesco.

6. *La base giuridica della direttiva*

Esiste una competenza dell'UE a intervenire nella materia del salario minimo mediante una direttiva come quella in oggetto? Si tratta di una questione tanto cruciale quanto difficile da risolvere. La Commissione ha individuato la base giuridica di questo intervento normativo negli artt. 153, co. 1 lett. b) e 153, co. 2 del TFUE affermando il pieno rispetto dei limiti imposti all'azione dell'Unione dall'art. 153, 5° co. del TFUE. La divergenza di vedute emersa nella fase di consultazione della direttiva fa presumere che gli Stati Membri dovranno fare i conti con tale problematica in sede di approvazione definitiva e non è detto che trovino un accordo sul punto.

La questione della competenza costituisce una tematica a sé stante. Nell'economia di questo contributo bastino alcune brevi osservazioni al riguardo⁴³. Nella dottrina giuslavoristica tedesca la portata della esclusione della retribuzione nell'art. 153 co. 5 del TFUE è molto dibattuta. Con una certa semplificazione possiamo distinguere due schieramenti⁴⁴. C'è chi ritiene che all'Unione sia precluso un intervento di regolazione in materia di salario sia in forma diretta che indiretta, mentre altri autori ammettono solo interventi in forma indiretta. Il dibattito finora ha avuto ad oggetto per lo più norme

⁴² Per una documentazione quantitativa delle multe inflitte v. Dritter Bericht (n. 34), p. 63.

⁴³ V. per un esame dettagliato SAGAN, WITSCHEN, SCHNEIDER, *Der Kommissionsvorschlag für angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union*, in *ZESAR*, 2021, in corso di stampa.

⁴⁴ V. per una presentazione delle opinioni RIESENHUBER, *Europäisches Arbeitsrecht*, De Gruyter, 2009, p. 108.

e misure antidiscriminatorie concernenti la retribuzione. La seconda posizione sembra trovare un sostegno nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁵. Secondo i giudici europei la limitazione di competenza non può essere estesa a ogni materia che abbia un qualsiasi nesso con la retribuzione, a pena di svuotare di gran parte dei loro contenuti taluni settori contemplati dall'art. 153, 1° co. TFUE. Seguendo la linea direttrice tracciata dalla Corte si impone dunque una interpretazione restrittiva, nella consapevolezza che l'esclusione della retribuzione nell'art. 153, co. 5 TFUE trovi la sua ragion d'essere nel fatto che la determinazione del livello salariale rientra nell'autonomia contrattuale delle parti sociali operanti su scala nazionale, nonché nella competenza degli Stati membri in materia. Questo è a mio avviso il quadro di riferimento giurisprudenziale alla luce del quale deve essere vagliata la legittimità della direttiva proposta. E tale valutazione deve essere svolta di volta in volta in stretta connessione con le singole disposizioni. A titolo di esempio si richiama l'art. 4 della direttiva che non si riferisce né direttamente né indirettamente alla retribuzione. L'impressione è che sotto questo profilo l'art. 153 co. 5 del TFUE non frapponga alcun ostacolo alla direttiva proposta sebbene alcuni elementi ancora richiedano una attenta valutazione⁴⁶.

7. Osservazione conclusiva

È dubbio se il Governo tedesco continuerà a sostenere il progetto di salario minimo così come è stato trasfuso nella proposta. Ciò dipende fra l'altro dall'esito delle elezioni che si svolgeranno in autunno e dalla composizione del nuovo Governo. Quanto alle parti sociali, l'organizzazione confederale degli imprenditori è decisamente contraria alla direttiva⁴⁷, mentre il DGB ha mostrato una significativa apertura a favore dell'iniziativa della Commissione UE⁴⁸.

⁴⁵ V. CG, C-307/05 (del Cerro Alonso), EU:C:2007:509 par. 39-41. Confermata da C-268/06 (Impact), EU:C:2008:223 par. 122-125 e C-501/12 (Specht et al.), EU:C:2014:2005, par. 33.

⁴⁶ Per una argomentazione su questa scia v. SAGAN, WITSCHEN, SCHNEIDER, *op. cit.*, in corso di stampa.

⁴⁷ <https://arbeitsgeber.de/themen/europa-und-internationales/europaeischer-mind>.

⁴⁸ <https://www.dgb.de/schwerpunkt/mindestlohn/hintergrund/mindestloehne>.

Keywords

Salario minimo adeguato, contrattazione collettiva, parti sociali, diritti fondamentali, diritto tedesco.

Adequate minimum wages, collective bargaining, Social parties, fundamental rights, German law.

Emanuele Menegatti

Italia

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** I principali obblighi inclusi nella proposta di direttiva. **3.** Il prevedibile (limitato) impatto della proposta di direttiva sull'ordinamento italiano. **4.** Conclusioni.

1. *Introduzione*

La proposta di direttiva della Commissione in tema di salari adeguati¹ si va a collocare in un quadro europeo molto variegato, sia dal punto di vista dei meccanismi di fissazione dei minimi salariali che dei loro livelli². Entro tale contesto, l'obiettivo principale è quello di garantire condizioni di vita e di lavoro dignitose, favorite da un ampio accesso a salari minimi adeguati (art. 1.1). Al progresso sociale si dovrebbe, poi, idealmente affiancare anche quello economico, agevolato da un *level playing field*, dove la competizione è basata su produttività e innovazione e non più sul *wage dumping*.

Scopo del presente contributo è quello di valutare il potenziale impatto che la proposta della Commissione potrebbe avere sull'ordinamento italiano. Non prima, però, di aver illustrato brevemente le principali azioni messe in campo dalla direttiva, destinate ad avere una qualche rilevanza per il nostro ordinamento.

¹ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, 18 ottobre 2020, COM(2020) 682, final.

² Basti considerare che, nonostante un processo di convergenza da tempo in atto, ancora i differenziali retributivi tra il salario minimo nominale della Bulgaria e quello del Lussemburgo, è di circa 1 a 7. Cfr. Eurostat, *Minimum Wage Statistics*, aggiornate al luglio 2020 e consultabili all'indirizzo https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Minimum_wage_statistics#Variations_in_national_minimum_wages (ultima consultazione 5 marzo 2021).

2. I principali obblighi inclusi nella proposta di Direttiva

La proposta di direttiva persegue gli illustrati obiettivi muovendosi soprattutto su due versanti.

Una prima linea di intervento riguarda direttamente la misura dei minimi salariali. Ai sensi delle disposizioni incluse al capo II (artt. 5-8) i paesi membri sono chiamati ad introdurre criteri chiari e stabili per fissare, aggiornare e valutare l'adeguatezza della misura del salario minimo legale³, seguendo le proprie prassi nazionali di determinazione dei minimi e coinvolgendo le parti sociali. Si tratta di obblighi che non gravano, tuttavia, su tutti i paesi membri. Sono destinati soltanto ai 21 Paesi dove è presente un salario minimo legale, vale a dire "stabilito dalla legge o da altre disposizioni giuridiche vincolanti" (articolo 3). Pertanto, non hanno nessun rilievo per l'Italia, così come per gli altri 5 Paesi europei dove le retribuzioni sono fissate esclusivamente mediante contratto collettivo (Austria, Cipro, Danimarca, Finlandia, Svezia). Evidentemente, la scelta sottostante è quella di non interferire sulle modalità e sui criteri di determinazione dei minimi e quindi sulla loro misura, così da rispettare l'autonomia delle parti sociali⁴.

Destinato invece a tutti i paesi, Italia inclusa, è l'intervento a supporto della contrattazione collettiva c.d. *multi-employer* (categoriale ed intercategoriale), finalizzato a sostenere, in questo caso indirettamente, i livelli retributivi. Partendo dal dato empiricamente provato dello stretto collegamento tra alti livelli di copertura della contrattazione collettiva e standard retributivi, la Commissione si ripropone di incrementare i primi, allo scopo di migliorare i secondi⁵. Ai paesi membri viene così demandata l'adozione di misure che includano almeno la promozione della capacità delle parti sociali di intra-

³ Tali criteri devono includere almeno i quattro indicati nella direttiva: il potere d'acquisto dei salari minimi legali; il livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione; il tasso di crescita dei salari lordi; l'andamento della produttività del lavoro (art. 5.2). Si tratta dei "classici" indicatori utilizzati dalle scienze economiche nello studio dei salari, in buona parte già considerati dai paesi membri secondo varie combinazioni.

⁴ Il rispetto per l'autonomia collettiva e per le sue scelte è centrale nell'impianto della direttiva, come anche chiarito dal suo preambolo, al considerando 16.

⁵ Come evidenziato da HAYTER, VISSER (a cura di), *Collective Agreements: Extending Labour Protection*, ILO, 2018, p. 26, a valle di un'ampia rassegna sui vari sistemi di contrattazione collettiva, una più alta copertura della contrattazione collettiva, sostenuta dalla contrattazione di categoria, va di pari passo con una riduzione della quota di lavori poco pagati. Più di recente, la correlazione è confermata da una ricerca empirica di MARCHAL, *An EU minimum wage target for adequate in-work incomes?*, in *EJSS*, 2020, vol. 22, n. 4, p. 452 ss.

prendere “costruttive” negoziazioni salariali a livello di categoria o intercategoriale (art. 4.1). Ai Paesi, poi, dove la copertura della contrattazione collettiva è inferiore al 70% è richiesto di promuovere il suo incremento, elaborando per legge, previa consultazione delle parti sociali, o tramite accordo triangolare, un apposito *action plan* (art. 4.2).

Circa le iniziative che più in concreto gli stati devono o possono intraprendere nulla aggiunge la direttiva. Le uniche misure che vengono menzionate dalla proposta sono, in negativo, quelle che gli stati membri non sono obbligati ad adottare, vale a dire: l'introduzione di un salario minimo legale e meccanismi di estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi. Precisazioni che servono a ribadire, a scanso di equivoci, come la direttiva non intenda invadere l'autonomia degli stati membri e delle parti sociali nella determinazione dei salari minimi; ma anche a mantenere la proposta di direttiva in equilibrio sulle fragili basi giuridiche che i trattati forniscono in tema di retribuzioni⁶.

La garanzia di minimi adeguati passa, inoltre, per una serie di disposizioni definite “orizzontali”, che si propongono di incrementare l'effettività delle garanzie. Vale la pena menzionare la previsione dedicata agli appalti pubblici (art. 9), dichiaratamente integrativa delle direttive 2014/24, 2014/25, 2014/23. Con identica disposizione, queste ultime già prevedono per gli operatori economici il rispetto anche degli obblighi stabiliti dai contratti collettivi⁷. La direttiva in commento propone di includere tra questi anche quello di conformazione rispetto ai “salari stabiliti dai contratti collettivi per il settore e l'area geografica pertinenti e ai salari minimi legali, laddove esistenti”.

Degno di nota, sempre tra le disposizioni “orizzontali”, è anche il meccanismo di monitoraggio e raccolta dei dati relativi all'andamento e copertura dei salari minimi da comunicare annualmente alla Commissione e da questa al parlamento ed al Consiglio. Si tratta di un adempimento coesistente all'implementazione della direttiva, tale da permettere di individuare

⁶ Come noto, l'art. 153.5 TFUE esclude dall'ampia competenza del diritto dell'Unione europea in ambito di diritto del lavoro e della previdenza sociale proprio il tema delle retribuzioni. Sul significato da attribuire all'esclusione di competenza e sui suoi riflessi sulla proposta di direttiva in commento si veda DI FEDERICO, *The Minimum Wages Directive Proposal and the External Limits of Art. 153 TFEU*, in *ILLEG*, 2020, 13(2), p. 107 ss.; LO FARO, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *LD*, 2020, 3, p. 543 ss.

⁷ Il riferimento è all'art. 18 della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, all'art. 36.2 della direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali ed all'art. 30.3 della direttiva 2014/23/UE.

gli interventi necessari su salari e contrattazione collettiva⁸. Il monitoraggio dovrebbe, inoltre, permettere alle istituzioni europee un controllo sulla situazione salariale dei Paesi membri, conducendo in ultima istanza a linee integrate per la crescita e l'occupazione incanalate nel Semestre Europeo.

Per gli ordinamenti dove non è presente un salario minimo legale, le situazioni da monitorare riguardano essenzialmente il tasso di copertura della contrattazione collettiva ed i livelli dei salari per i lavoratori non coperti. La conseguenza forse più rilevante riguarda la necessità per i paesi membri di dotarsi di meccanismi ufficiali – allo stato inesistenti, non solo in Italia – di misurazione della copertura della contrattazione collettiva. Peraltro, solo un'attendibile misurazione della copertura e dell'efficacia della contrattazione collettiva in termini di adeguatezza dei salari potrà permettere l'operatività delle disposizioni in tema di supporto alla contrattazione collettiva sopra illustrate.

3. *Il prevedibile (limitato) impatto della proposta di direttiva sull'ordinamento italiano*

Dato sinteticamente conto degli obblighi previsti dalla direttiva, passiamo ora a valutarne i potenziali riflessi sull'ordinamento italiano⁹.

Come anticipato, tutto il capitolo sull'adeguatezza delle misure salariali (artt. 5-8) non è destinato all'Italia, non essendo presente da noi un salario minimo legale. Viene, invece, in rilievo quello dedicato alle misure di supporto alla contrattazione collettiva. Tuttavia, anche sotto questo versante, come ci apprestiamo ad argomentare, è lecito attendersi un impatto trascurabile sul nostro ordinamento¹⁰.

Innanzitutto, per via della relativamente alta copertura della contratta-

⁸ In questo senso v. FAIOLI, *Salario minimo e Europa. Monitoraggio dei dati, distacco e appalti pubblici*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2021, 142 che mette in luce diversi problemi applicativi che il monitoraggio dei dati potrebbe implicare, soprattutto in tema di misurazione della copertura della contrattazione collettiva.

⁹ Sulle diverse vie attraverso cui si potranno attuare gli obiettivi della direttiva nell'ordinamento italiano vedi approfonditamente DELFINO, *Proposta di direttiva, tutela giuridica dei salari e nodi della contrattazione collettiva in Italia*, in *DRI*, 2021, 2, p. 432.

¹⁰ Un simile (scarso) impatto riguarderà anche gli altri paesi senza un salario minimo legale, tranne forse Cipro. Per uno sguardo comparato sul possibile impatto della proposta di direttiva sia consentito rinviare a MENEGATTI, *Il salario minimo nel quadro europeo e comparato. A proposito della proposta di direttiva relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, in *DRI*, 2021, 1, p. 41.

zione collettiva. Nonostante l'assenza di efficacia *erga omnes*, il dato italiano si colloca abbondantemente al di sopra della "soglia di allarme" del 70% individuata dalla direttiva¹¹. L'*action plan* previsto all'art. 4, par. 2 della direttiva non sarà pertanto necessario, almeno non nel breve periodo. Nessun adattamento significativo del nostro ordinamento sembrerebbe necessario anche con riferimento alle ulteriori misure di supporto alla contrattazione collettiva salariale, identificate all'art. 4, par. 1. Non saranno, in particolare, necessarie misure per favorire lo sviluppo ed il rafforzamento della capacità delle parti sociali di ingaggiare genuine ed effettive trattative salariali; capacità che, guardando al passato ed al presente delle relazioni industriali italiane, non è in discussione. Non sarà nemmeno necessario, sempre al fine di ottemperare alla direttiva, introdurre meccanismi di estensione dell'efficacia della contrattazione collettiva o ancora un salario minimo legale; obblighi, come detto, espressamente esclusi dalla stessa direttiva.

L'ordinamento italiano appare, poi, già allineato anche con le disposizioni orizzontali della direttiva, eccezion fatta per il sistema di monitoraggio, sul quale torneremo tra breve (artt. 9-12). In particolare, per quanto riguarda le disposizioni in tema di appalti pubblici, l'Italia, già con l'art. 118, co 6, del d.lgs. n. 163/2006, aveva previsto per l'affidatario l'osservazione integrale del "trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni". Obbligo, poi, meglio circostanziato, proprio in sede di attuazione delle direttive menzionate, dall'art. 30, comma 4 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ai soli contratti collettivi stipulati "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".

Resta il problema degli appalti transazionali, che coinvolgono il distacco di personale. La disposizione parrebbe in questo senso integrarsi con la normativa sul distacco nella versione post-direttiva 2018/957, e permettere, per mezzo della normativa nazionale di recepimento (d.lgs. n. 122/2020), l'applicazione delle tariffe incluse nei CCNL di categoria (dei sindacati comparativamente più rappresentativi), anche in assenza di un meccanismo per l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi.

¹¹ Tanto l'OCSE (<https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CBC>) che l'OIL (<https://ilostat.ilo.org/topics/collective-bargaining/>) stimano la copertura della contrattazione collettiva in Italia intorno all'80%.

Come si anticipava, più problematico e laborioso si rivelerà l'allestimento di un sistema ufficiale ed affidabile di monitoraggio della copertura della contrattazione collettiva e distribuzione dei salari, richiesto dalla direttiva.

4. Conclusioni

Il fatto che la proposta di direttiva non sia destinata ad avere un grosso impatto sul nostro ordinamento non significa che la garanzia di salariali adeguati in Italia non sia allo stato problematica. Al contrario, i dati italiani sulla povertà lavorativa sono in preoccupante peggioramento. Anche al netto dell'impatto della riduzione del numero di ore lavorate, è significativo l'effetto prodotto sulla povertà lavorativa da due problemi endogeni alla c.d. via italiana al salario minimo. In primo luogo, l'incapacità della contrattazione collettiva di garantire una buona dinamica salariale, pressoché in ogni recente contesto economico: crescita, recessione, stagnazione¹². Non meno importante, la crescente presenza di accordi "pirata"¹³, capace di spiazzare l'operatività dell'operazione giurisprudenziale condotta sull'art. 36 Cost. È difficile in particolare per il giudice, di fronte alla richiesta del lavoratore di rivedere la retribuzione riconosciuta sulla base di un contratto collettivo siglato da organizzazioni scarsamente rappresentative, sconfessare scelte salariali comunque prodotto di una genuina autonomia collettiva. Il rischio è quello di porsi in contrasto con il principio di libertà sindacale, senza trovare adeguato supporto nel mandato ricavabile sull'art. 36 Cost.¹⁴. Infine, come evidenzia un recente studio, la situazione appare molto variegata, tra i diversi settori, con alcuni che parrebbero collocarsi quanto alla copertura della contrattazione collettiva sotto la soglia del 70%¹⁵.

¹² Cfr. dati OCSE, <https://data.oecd.org/earnwage/average-wages.htm>. Più in generale, sulla crisi della contrattazione collettiva italiana vedi DELFINO, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2019, p. 107 ss.; MARTONE, *A che prezzo*, Luiss University Press, 2019, p. 63 ss.

¹³ Stando ai dati riportati dal CNEL, richiamati da MAGNANI, *The Role of Collective Bargaining in Italian Labour Law*, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, 2018, vol. 7, n. 2, p. 12, nel settembre 2017 c'erano 868 contratti collettivi nazionali di categoria, a fronte delle circa 80 categorie in cui l'economia viene convenzionalmente scomposta. Nel 2013 i contratti erano 561 e 396 nel 2008.

¹⁴ Sul punto MENEGATTI, *Ripensando la via italiana alla giusta retribuzione*, in *ADL*, 2020, 1, p. 50.

¹⁵ Questo emerge dall'indagine Inapp-Ril, *Rilevazione su imprese e lavoro*, reperibile al sito

Quelle appena illustrate sono evidentemente situazioni che sfuggono alla tipologia di interventi messi in campo dalla proposta di direttiva. Come evidenziato, ai sensi della stessa, i criteri di determinazione dei salari e quindi la loro concreta misura non sono questionabili per i paesi dove sono fissati in via esclusiva da parte della contrattazione collettiva. Mentre il problema degli accordi “pirata” può essere risolto solo tramite quelle soluzioni che, come visto, la proposta della Commissione dichiara proprio di non voler imporre per non interferire con i sistemi nazionali di contrattazione collettiva. Il riferimento è ad una legge sulla rappresentatività che faccia da premessa ad un sistema di estensione *erga omnes* della contrattazione collettiva ad appannaggio dei sindacati più rappresentativi; o, in alternativa, all’introduzione di un salario minimo legale, possibilmente attraverso un richiamo alle misure salariali previste dai contratti di categoria siglati dai sindacati comparativamente più rappresentativi¹⁶.

Insomma, non sarà assai plausibilmente la direttiva che porterà una soluzione ai problemi della via italiana al salario minimo. Ma ciò non toglie che l’opportunità rappresentata dal suo recepimento potrebbe rappresentare l’occasione per costruire finalmente un argine ai contratti pirata nel senso anzidetto. In particolare, proprio nella costruzione del menzionato meccanismo di monitoraggio, si potrebbe finalmente approvare ed implementare una legge sulla rappresentatività. Tanto tornerebbe utile, da un lato, certamente per escludere dal calcolo della copertura della contrattazione collettiva, utile ai fini della direttiva, i contratti siglati dai sindacati poco rappresentativi¹⁷; dall’altro lato, in collegamento ad un meccanismo volto a conferire efficacia generalizzata ai contratti collettivi, o anche solo, indirettamente, al trattamento economico complessivo da questi previsto.

web <https://www.inapp.org/it/dati/ril>, e commentata da BERGAMANTE, MOROCCO, 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.

¹⁶ Sulle prospettive di una regolazione legale dei salari in Italia vedi PASCUCCI, *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Milano, 2018, p. 91 ss.; DELFINO, *Salario legale...* cit., p. 57 ss.; MENEGATTI, *Il salario minimo legale: aspettative e prospettive*, Giappichelli, 2017, p. 99 ss.

¹⁷ Cfr. LO FARO, *Al andar se hace camino: la Proposta di Direttiva sul salario minimo tra ottimismo della volontà e...*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2021, 142.

Keywords

Salario minimo adeguato, contrattazione collettiva, parti sociali, diritti fondamentali, diritto italiano.

Adequate minimum wages, collective bargaining, Social parties, fundamental rights, Italian law.

Thomas Pasquier

Francia*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La proposta di direttiva. **3.** Il contenuto della direttiva. **4.** Il diritto francese. **5.** *Segue.* Dal lato della legge: il salario minimo interprofessionale di crescita. **6.** *Segue.* Dal lato delle parti sociali: i salari minimi convenzionali. **7.** *Segue.* Le potenzialità nel diritto francese.

I. *Premessa*

L'idea di un salario minimo europeo è stata a lungo dibattuta sulla scena europea. I sostenitori di tale idea adducono diverse argomentazioni a suo favore. *In primis*, un'argomentazione di tipo sociale. L'introduzione di una norma europea sul salario minimo consentirebbe di sottrarre i lavoratori alla povertà, garantendo una soglia al di sotto della quale non è possibile retribuire un lavoratore, di conferire un certo valore al lavoro e di comunicare ai lavoratori che hanno diritto a un reddito dignitoso che permetta loro di vivere adeguatamente. C'è poi un'argomentazione di stampo economico. Il salario, al di là della sua inclusione nella struttura dei costi delle imprese, è una componente della domanda. Assicurando ai lavoratori meno abbienti un salario minimo, è possibile prevedere un aumento dei consumi e la partecipazione al rilancio dell'economia. I salari sono anche un fattore determinante per la concorrenza tra le imprese e per una sana concorrenza nel mercato. L'introduzione di un salario minimo europeo consentirebbe di ridurre i problemi associati al *dumping* sociale, portando allo sviluppo generale dei salari a livello europeo ed armonizzando le norme sociali. Se gli Stati membri accettassero di fissare un valore minimo per il lavoro, dimostrereb-

* La traduzione dal francese è di Pierluigi Ruffo.

bero la loro volontà di non abbassare i salari al di sotto di tale limite per essere più competitivi dei loro vicini. Proprio perché il salario minimo rappresenta anche un'esigenza economica, l'Unione europea ha potuto affrontare la questione.

È in questo contesto che Ursula von der Leyen, Presidente della Commissione europea, ha voluto introdurre un salario minimo in tutta Europa per garantire il tenore di vita dei lavoratori. Recentemente, la Commissione ha pubblicato un progetto di direttiva su “un salario minimo adeguato nell'Unione europea”¹. La direttiva deve essere ancora approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio europeo, che riunisce i capi di governo degli Stati membri. Questo lavoro, realizzato dopo diversi mesi di concertazione con le parti sociali, non è scollegato dall'attuale crisi sanitaria. Nelle parole di Ursula von der Leyen, “*la proposta di salari minimi adeguati dimostra che, anche in tempi di crisi, la dignità del lavoro deve essere considerata*”. La suddetta direttiva mira a garantire “*le basi per una ripresa equa, inclusiva e resiliente*”. Con questo progetto di legge, Bruxelles vuole dimostrare che l'aspetto sociale della ripresa non viene dimenticato. Esso va ad integrare le misure previste nel *Green Deal* per garantire la transizione ecologica dell'Unione europea. Tuttavia, non si tratta di fissare un salario minimo identico in tutti i paesi dell'Unione europea, considerato che il tenore di vita differisce da un paese all'altro. Il progetto si propone di stabilire alcune regole comuni per garantire un tenore di vita dignitoso. La Commissione mira, pertanto, a rafforzare i processi di contrattazione collettiva al fine di fissare dei minimi retributivi e invita gli Stati membri a adottare diverse misure per garantire l'applicazione del salario minimo (controllo delle imprese nel contesto degli appalti pubblici, istituzione di meccanismi di ricorso per i dipendenti, rafforzamento dei controlli, ecc.). Inoltre, la Commissione prevede che gli Stati membri presentino ogni anno una relazione sull'argomento.

Quali potrebbero essere gli effetti della promulgazione di una tale direttiva dal punto di vista del diritto francese? Dopo aver brevemente ricordato il contenuto del progetto di direttiva, prenderemo in considerazione i principi fondamentali del diritto francese in materia di salario minimo per sottolineare infine le potenzialità del sistema risultanti dalla direttiva nel diritto francese.

¹ Proposta di direttiva 2020/0310 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea.

2. *La proposta di direttiva*

In modo molto tradizionale, la proposta di direttiva si apre con una esposizione dei motivi particolarmente approfondita, seguita da una presentazione del contenuto effettivo del dispositivo. Partendo dal primo profilo, vengono quindi ricordati sia i dispositivi internazionali che europei in cui si inserisce la proposta di direttiva: l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile, con particolare riguardo agli obiettivi di sviluppo sostenibile; il Pilastro europeo dei diritti sociali per dare concreta espressione alla promessa di un'Europa sociale per tutti (e in particolare il principio n. 6 del Pilastro che prevede l'istituzione di salari minimi adeguati e una determinazione salariale trasparente e prevedibile); gli orientamenti politici per la Commissione 2019-2024 al fine di costruire un'Europa sociale forte per transizioni giuste.

Successivamente, il testo contiene una constatazione: “In molti Stati membri, negli ultimi decenni, i salari bassi non sono cresciuti allo stesso ritmo degli altri salari. Le tendenze strutturali che stanno cambiando profondamente i mercati del lavoro, come la globalizzazione, la digitalizzazione e l'aumento delle forme di lavoro atipiche, in particolare nel settore dei servizi, hanno portato a una maggiore polarizzazione dei posti di lavoro, con conseguente aumento della quota di posti di lavoro poco retribuiti e poco qualificati, e hanno contribuito all'erosione delle strutture tradizionali di contrattazione collettiva. Ciò ha portato a un aumento della povertà lavorativa e della disuguaglianza salariale². Per porre rimedio a questa situazione, la proposta invita a promuovere migliori condizioni di vita e di lavoro, in particolare attraverso salari minimi adeguati, sia per i lavoratori che per le imprese dell'Unione, al fine di correggere le notevoli discrepanze registrate nella copertura e nell'adeguatezza dei salari minimi.

Per raggiungere questo risultato, la proposta di direttiva propone un'architettura basata su diversi pilastri.

Il primo pilastro è collegato sia alla genericità della proposta che alla sua ambizione. La direttiva mira a garantire che i lavoratori dell'Unione siano tutelati da salari minimi adeguati che consentano loro di vivere in modo dignitoso ovunque lavorino. La proposta istituisce un quadro per rendere più adeguati i salari minimi e migliorare l'accesso dei lavoratori alla tutela ga-

² Proposta di direttiva, p. 2.

rantita dai salari minimi. La direttiva è concepita per conseguire tali obiettivi tenendo conto e rispettando pienamente le specificità dei sistemi nazionali, le competenze nazionali, l'autonomia e la libertà contrattuale delle parti sociali.

Il secondo pilastro è la promozione della contrattazione collettiva. La direttiva mira a promuovere la contrattazione collettiva sui salari in tutti gli Stati membri. In effetti, i paesi con una elevata copertura della contrattazione collettiva tendono ad avere una percentuale minore di lavoratori a basso salario, salari minimi più elevati rispetto al salario medio, minori disuguaglianze salariali e salari più alti rispetto ad altri paesi. Influenzando l'evoluzione generale dei salari, la contrattazione collettiva tende a portare a salari superiori al livello minimo previsto dalla legge e conduce a un miglioramento di tale livello.

Il terzo pilastro consiste nel garantire che le norme siano rispettate e applicate efficacemente, affinché i lavoratori possano beneficiare di un accesso effettivo alla tutela offerta dai salari minimi e le imprese siano protette dalla concorrenza sleale. La direttiva mira, pertanto, a promuovere il rispetto delle norme e a rafforzarne l'applicazione e il monitoraggio in modo proporzionato in tutti gli Stati membri, in modo da non creare un onere amministrativo eccessivo e sproporzionato per le imprese dell'Unione, comprese le piccole e medie imprese e le microimprese.

La proposta di direttiva si basa sull'articolo 153, paragrafo 1, lettera b), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale prevede che l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nel settore delle condizioni di lavoro, nei limiti dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (articolo 5, paragrafo 3 e paragrafo 4, del trattato sull'Unione europea). Poiché non contiene misure che hanno un effetto diretto sul livello delle retribuzioni, la proposta di direttiva rispetta i limiti imposti all'azione dell'Unione dall'articolo 153, paragrafo 5, del TFUE.

Conformemente al principio di sussidiarietà, la direttiva non richiederà agli Stati membri di introdurre un salario minimo legale o di rendere i contratti collettivi di applicazione generale e non inciderà sull'autonomia delle parti sociali. Il testo non prevede nemmeno la determinazione di un salario minimo comune a livello europeo. D'altro canto, un'azione a livello europeo è considerata più efficace rispetto ad un'azione a livello nazionale per rafforzare i sistemi di determinazione dei salari minimi. L'idea è quella di fornire l'impulso necessario per una riforma dei meccanismi di determinazione del

salario minimo a livello nazionale e di garantire eque condizioni di concorrenza nel mercato unico, ponendo rimedio alle significative differenze nella copertura e nell'adeguatezza dei salari minimi che non sono giustificate dalle condizioni economiche sottostanti. Secondo il progetto di direttiva, questo obiettivo non può essere sufficientemente raggiunto se non con un'azione coordinata da parte degli Stati membri. La proposta di direttiva stabilisce pertanto un quadro di norme minime e rispetta il diritto degli Stati membri di fissare *standard* più elevati, fatto salvo il ruolo che gli Stati membri possono affidare alle parti sociali, conformemente alle tradizioni nazionali e nel pieno rispetto della libertà contrattuale delle parti sociali.

In concreto, gli Stati membri che hanno già adottato disposizioni più favorevoli di quelle contenute nella proposta di direttiva non dovranno modificare i loro sistemi di determinazione del salario minimo. Gli Stati membri possono anche decidere di spingersi oltre gli *standard* minimi fissati nella proposta di direttiva. La proposta rispetterà anche le consolidate tradizioni nazionali per la fissazione del salario minimo. In particolare, rispetterà pienamente le competenze degli Stati membri e delle parti sociali per quanto riguarda la determinazione del livello dei loro salari minimi in conformità all'articolo 153, paragrafo 5, del TFUE. La protezione offerta dai salari minimi continuerà ad essere garantita dai contratti collettivi o dalle norme di legge, nel pieno rispetto delle competenze nazionali e della libertà contrattuale delle parti sociali.

3. *Il contenuto della direttiva*

La proposta di direttiva, dopo aver indicato tutte le giustificazioni su cui si basa, si compone di quattro capitoli: il primo sulle disposizioni generali, il secondo sui salari minimi legali, il terzo sulle disposizioni orizzontali e il quarto sulle disposizioni finali.

Il primo capitolo si apre con la determinazione dell'oggetto della direttiva³. Questa si propone di migliorare le condizioni di vita e di lavoro nell'Unione fissando un quadro in materia volto a determinare il livello adeguato dei salari minimi e teso a garantire che i lavoratori abbiano accesso alla protezione offerta dai salari minimi, sotto forma di salari fissati dai con-

³ Art. 1, dir. 2020/0310/COD.

tratti collettivi o sotto forma di salario minimo legale, ove esistente. Questo obiettivo si fonda quindi su due finalità: definire l'adeguatezza della retribuzione e garantire le condizioni di accesso alla protezione offerta dai salari minimi, in modo tale che nessun lavoratore sia lasciato ai margini. Nell'immediato, tuttavia, la direttiva chiarisce che essa non pregiudica il pieno rispetto dell'autonomia delle parti sociali, nonché il loro diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, e che sarà attuata senza pregiudicare la scelta degli Stati membri di fissare salari minimi legali o di promuovere l'accesso alla protezione del salario minimo prevista dai contratti collettivi. Ancora più fermamente, la direttiva precisa che nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretato nel senso di imporre agli Stati membri in cui la determinazione dei salari è effettuata esclusivamente mediante contratti collettivi l'obbligo di introdurre un salario minimo legale o di rendere i contratti collettivi di applicazione generale. In altre parole, la direttiva non intende imporre nulla, ma mira a incentivare e stimolare, specialmente tramite la contrattazione collettiva.

Il testo si applicherà ai lavoratori dell'UE "che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro ai sensi della legislazione, dei contratti collettivi o della prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea"⁴. Inoltre, la direttiva non giustificherà il "regresso del livello generale di protezione già concesso ai lavoratori degli Stati membri" e non impedirà l'applicazione di disposizioni o accordi più favorevoli ai lavoratori⁵.

Gli Stati in cui esistono salari minimi legali dovrebbero "adottare le misure necessarie a garantire che la determinazione e l'aggiornamento di tali salari siano basati su criteri volti a promuoverne l'adeguatezza al fine di garantire condizioni di vita e di lavoro dignitose, la coesione sociale e la convergenza verso l'alto"⁶. I criteri dovrebbero essere definiti "in modo stabile e chiaro" e in conformità con la prassi nazionale di ciascuno Stato, "vuoi nella legislazione nazionale pertinente, nelle decisioni degli organismi competenti o negli accordi tripartiti". Tali criteri dovrebbero includere almeno i seguenti elementi: – "il potere d'acquisto dei salari minimi legali, tenuto conto del costo della vita e dell'incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali"; –

⁴ Art. 2, dir. 2020/0310/COD.

⁵ Art. 16, dir. 2020/0310/COD.

⁶ Art. 5, dir. 2020/0310/COD.

“il livello generale e la distribuzione dei salari lordi”; – “il tasso di crescita dei salari lordi”; – e “l’evoluzione della produttività del lavoro”. Per orientare la loro valutazione sull’adeguatezza dei salari minimi legali, gli Stati dovrebbero utilizzare “valori indicativi di riferimento, come quelli comunemente utilizzati a livello internazionale”. Inoltre, dovrebbero “garantire l’aggiornamento regolare e tempestivo dei salari minimi legali al fine di preservarne l’adeguatezza” e istituire “organi consultivi per fornire consulenza alle autorità competenti su questioni relative ai salari minimi legali”.

Gli Stati dovranno adottare “le misure necessarie a garantire che le parti sociali siano coinvolte in modo efficace e tempestivo nella fissazione e nell’aggiornamento dei salari minimi legali, anche attraverso la loro partecipazione agli organi consultivi [v. sopra], e in particolare per quanto riguarda: – la scelta e l’applicazione dei criteri e dei valori di riferimento indicativi per la determinazione dei livelli salariali minimi legali; – l’aggiornamento dei livelli salariali minimi legali [...]; – la determinazione delle variazioni e delle trattenute che incidono sui salari minimi legali; – la raccolta di dati e la realizzazione di studi per l’informazione delle autorità preposte alla determinazione dei salari minimi legali”⁷.

Gli Stati membri potranno “autorizzare tariffe salariali minime legali diverse per categorie specifiche di lavoratori”, limitando il più possibile tali variazioni e garantendo “che qualsiasi variazione sia non discriminatoria, proporzionata, limitata nel tempo, ove opportuno, e obiettivamente e ragionevolmente giustificata da un obiettivo legittimo”. In alternativa, gli Stati membri potrebbero autorizzare trattenute che riducano la retribuzione corrisposta al di sotto del salario minimo legale, garantendo che tali trattenute siano “necessarie, oggettivamente giustificate e proporzionate”⁸.

Per assicurare l’efficacia dei salari minimi legali, gli Stati dovranno, in collaborazione con le parti sociali, rafforzare i controlli dell’ispettorato del lavoro, elaborare “degli orientamenti per le autorità preposte all’applicazione della legge per indirizzare e perseguire proattivamente le imprese che non rispettano le norme” e garantire che le informazioni su tali salari minimi legali siano rese disponibili al pubblico in modo chiaro, completo e facilmente accessibile⁹.

Di concerto con le parti sociali, gli Stati dovrebbero adottare “almeno

⁷ Art. 7, dir. 2020/0310/COD.

⁸ Art. 6, dir. 2020/0310/COD.

⁹ Art. 8, dir. 2020/0310/COD.

delle misure” volte a “promuovere la formazione e il rafforzamento delle capacità delle parti sociali di impegnarsi nella contrattazione collettiva per la determinazione dei salari a livello settoriale o interprofessionale” e tese a “incoraggiare negoziati costruttivi, utili e informati sui salari tra le parti sociali”. Inoltre, gli Stati in cui la copertura della contrattazione collettiva è inferiore al 70% dei lavoratori dovrebbero, altresì, fornire “un quadro che offra condizioni favorevoli allo svolgimento della contrattazione collettiva, sia per legge previa consultazione delle parti sociali, sia tramite accordo con le parti sociali, ed elaborare un piano d’azione per promuovere la contrattazione collettiva”¹⁰.

In sintesi, la direttiva stabilisce quattro principi fondamentali del quadro che intende imporre:

- In primo luogo, aumentare la copertura della contrattazione collettiva – a) promuovere lo sviluppo e il rafforzamento delle capacità delle parti sociali di impegnarsi nella contrattazione collettiva per la determinazione dei salari a livello settoriale o interprofessionale; b) incoraggiare negoziati costruttivi, utili e informati sui salari tra le parti sociali;

- secondo luogo, quando sussistono salari minimi legali, adottare le misure necessarie per garantire che la fissazione e l’aggiornamento di tali salari siano basati su criteri volti a promuoverne l’adeguatezza al fine di garantire condizioni di vita e di lavoro dignitose, la coesione sociale e la convergenza verso l’alto – 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 e la distribuzione dei salari lordi; c) il tasso di crescita dei salari lordi; d) l’evoluzione della produttività del lavoro;

- In terzo luogo, se gli Stati membri sono autorizzati ad avere tariffe salariali minime legali diverse per categorie specifiche di lavoratori, questi devono limitare per quanto possibile tali variazioni e garantire che qualsiasi variazione sia non discriminatoria, proporzionata, limitata nel tempo, ove opportuno, e obiettivamente e ragionevolmente giustificata da un obiettivo legittimo;

- In quarto luogo, garantire l’efficacia del sistema, da un lato, adottando le misure necessarie per garantire che le parti sociali siano coinvolte in modo efficace e tempestivo nella definizione e nell’aggiornamento dei salari minimi legali, dall’altro, rafforzando i controlli e le ispezioni effettuati *in loco* da parte

¹⁰ Art. 4, dir. 2020/0310/COD.

degli ispettorati del lavoro o dagli organismi incaricati dell'applicazione dei salari minimi legali, elaborando degli orientamenti per le autorità preposte all'applicazione della legge per indirizzare e perseguire proattivamente le imprese che non rispettano le norme, e garantendo che le informazioni sui salari minimi legali siano rese disponibili al pubblico in una forma chiara, completa e facilmente accessibile.

Nel terzo capitolo dedicato alle disposizioni orizzontali, la direttiva contiene disposizioni specifiche per gli appalti pubblici, il monitoraggio e la raccolta dei dati, nonché per la garanzia del diritto al risarcimento e alla protezione contro i trattamenti sfavorevoli in relazione ai salari minimi, in particolare attraverso un sistema di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive.

Nel quarto capitolo, relativo alle disposizioni finali, il testo prevede una diffusione delle informazioni, una valutazione della direttiva al più tardi entro cinque anni dalla sua trasposizione, un principio di non regresso delle disposizioni più favorevoli, e un obbligo di recepimento.

4. *Il diritto francese*

Per quanto riguarda la proposta di direttiva, non è certo che il diritto francese, che ha una lunga tradizione di salario minimo sia legale che convenzionale, sarà interessato dalla proposta. Bisogna ricordare che, nel diritto positivo francese, il salario minimo è fissato in primo luogo dal legislatore, che determina il salario minimo legale interprofessionale. Questo salario permette di garantire ad ogni lavoratore non solo la promessa di un salario di sussistenza, bensì anche la soddisfazione di un salario “normale”, tenuto conto del grado di sviluppo di un gruppo sociale¹¹. Tuttavia, i salari minimi sono fissati anche dai contratti collettivi. È dal 1950 che il piano collettivo svolge un ruolo determinante nell'inquadramento dei salari minimi; tale tendenza è diventata ancora più marcata da quando la legge del 13 novembre 1982 ha reso obbligatoria, a livello aziendale, la negoziazione dei salari.

¹¹ AUZERO, BAUGARD, DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 2019, p. 1173.

5. Segue. *Dal lato della legge: il salario minimo interprofessionale di crescita*

Nel 1970, il salario minimo interprofessionale di crescita ha sostituito il salario minimo garantito istituito dalla legge del 1950. In base alla legge dell'11 febbraio 1950, la fissazione del salario minimo legale era di esclusiva competenza del governo, tenuto conto delle condizioni economiche generali e delle variazioni del reddito nazionale, e previo parere della Commissione Nazionale per la Contrattazione Collettiva (CNNC). A causa della inadeguata progressione dello SMIG, il legislatore ha introdotto, con una legge del 26 giugno 1957, una clausola di scala mobile per accelerare l'aumento del salario minimo. Tuttavia, gli effetti di questa clausola sono stati insufficienti. Pertanto, la legge del 2 gennaio 1970 si è posta un duplice obiettivo: abbandonare il concetto di mantenimento dei mezzi di sussistenza e sostituirlo con quello di *partecipazione ai risultati della crescita e del progresso economico*; impedire che certe imprese potessero vivere esclusivamente sottopagando il proprio personale. Ai sensi dell'articolo L. 3231-2 del codice del lavoro, il salario minimo deve garantire ai lavoratori più deboli il potere d'acquisto ed assicurare la loro partecipazione allo sviluppo economico della nazione. Il risultato è un salario minimo nazionale e interprofessionale, il cui importo è fissato dalle autorità pubbliche ed è corrispondente a un'ora di lavoro. A tal proposito, sorgono tre questioni: la prima inerente al suo campo di applicazione, la seconda alla sua determinazione e, infine, la terza alla sua attuazione.

Lo SMIC si applica sul territorio metropolitano, a Saint-Pierre-et-Miquelon e nei dipartimenti d'oltremare¹². Esso si riferisce a ogni attività e professione, e concerne qualsiasi dipendente che abbia raggiunto l'età di 18 anni¹³. Essendo applicabile solo ai dipendenti, non beneficiano dello SMIC gli amministratori di società – a meno che non si provi un contratto di lavoro combinato con una rappresentanza legale – né gli apprendisti, i contratti di professionalizzazione e i dipendenti di età inferiore ai 18 anni. Al contrario, esso si applica al personale di diritto privato degli enti pubblici. Salvo quanto diversamente previsto dalla legge, lo SMIC si applica indipendentemente dalle clausole del contratto di lavoro e dalle modalità di retribuzione. Tuttavia, c'è una situazione che può far sorgere delle problematiche: quella dei dipen-

¹² Art. L3231-1, *code du travail*.

¹³ Art. D3231-5, *code du travail*.

denti senza orario di lavoro. In effetti, considerato che il salario minimo è un salario orario, potrebbe essere difficile calcolarlo in assenza di un orario di lavoro. Tuttavia, la *Chambre sociale della Cour de cassation* ha costantemente affermato che “salvo i casi in cui la legge prevede diversamente e indipendentemente dal metodo di retribuzione applicato, il dipendente ha diritto a una retribuzione che sia almeno pari al salario minimo di crescita interprofessionale”¹⁴. Ne consegue che, in linea generale, l’importo annuale dello SMIC si ottiene applicando la seguente formula: $12 \times 35 \times \text{SMIC orario} \times 52 / 12$. Al 1° gennaio 2019, lo SMIC orario ammontava a 10,03 euro netti, con un valore annuo allora pari a 18.254,60 euro. Tale importo deve essere trattenuto per i dipendenti a tempo pieno con pagamento mensile il cui orario di lavoro corrisponde alla durata legale. Allorquando non sia possibile determinare l’esatto numero di giorni di lavoro, il valore annuo dello SMIC è conteggiato in rapporto alla durata legale dell’orario di lavoro (1.820 ore all’anno) o alla durata collettiva applicabile nello stabilimento in cui il dipendente è occupato.

Per quanto riguarda la determinazione del salario minimo legale, la legge dell’11 febbraio 1950 aveva stabilito di lasciare al governo il compito di fissare lo SMIG, tenuto conto delle condizioni economiche generali e dell’evoluzione del reddito nazionale, nonché del parere della Commissione Nazionale per i Contratti Collettivi, che aveva il compito di studiare la composizione del *budget-standard* utilizzato per determinare il salario minimo di crescita e di esaminare l’evoluzione del salario minimo di crescita¹⁵. Dopo la legge del 1950, una legge del 18 luglio 1952, modificata da una legge del 26 giugno 1957, ha introdotto una clausola di scala mobile, che permetteva un’evoluzione graduale dello SMIG in linea con l’evoluzione media dei salari, anche se il divario tra lo SMIG e la predetta evoluzione media non ha mai cessato di aumentare. Per tale motivo il legislatore ha deciso, con la legge del 2 gennaio 1970, di abbandonare il concetto di mantenimento dei mezzi

¹⁴ Soc. 7 marzo 2012 n. 10-19.073; Soc. 14 ottobre 2009 n. 08-42.496; Soc. 24 giugno 2009 n. 07-41.273 e n. 07-43.771; Soc. 25 maggio 2005 n. 03-44.301. Per i dipendenti retribuiti per lavoro, la Corte di Cassazione specifica che “la libertà lasciata al dipendente che non ha lo status di VRP, di organizzare il suo lavoro e di non essere soggetto ad alcun orario fisso, non è tale da consentire al datore di lavoro di sottrarsi dall’applicazione delle disposizioni di legge relative allo SMIC, la Corte d’appello che non ha verificato se il datore di lavoro avesse rispettato l’obbligo di remunerare le ore effettivamente lavorate dal dipendente ad un livello almeno uguale a quello minimo legale”, Soc. 21 gennaio 2009 n. 07-41.391.

¹⁵ Previgente art. L136-2, *code du travail*.

di sussistenza e di sostituirlo con quello di partecipazione ai risultati della crescita e del progresso economico, sancendo, per riprendere la formulazione legale, *la garanzia del potere d'acquisto e la partecipazione allo sviluppo economico della nazione*. A ben vedere, una delle questioni chiave rimane quella della determinazione del *budget-standard* utilizzato per fissare l'importo dello SMIC. A tal proposito, bisogna notare che, dal 2009¹⁶, la definizione del *budget-standard* è stata “trasferita” a un gruppo di esperti incaricati di elaborare una relazione preliminare sullo SMIC¹⁷. Così, attualmente, la definizione dell'importo dello SMIC è determinata allo stesso tempo dai pareri della CNNC, del governo e di un gruppo di esperti. E nelle relazioni presentate dal gruppo di esperti si rinvengono analisi relative al “reddito mensile minimo stimato per sopperire ai bisogni della famiglia”, che assomigliano alla definizione di un *budget-standard*¹⁸.

Al fine di evitare una distorsione troppo evidente tra lo SMIC e l'evoluzione media dei salari, il minimo orario si basa su un doppio meccanismo di indicizzazione e di presa in considerazione della crescita. Lo SMIC viene rivalutato annualmente¹⁹ in funzione dell'indice dei prezzi al consumo (IPC) escluso il tabacco per i nuclei familiari residenti in aree urbane il cui capofamiglia è un operaio o un impiegato²⁰, a cui si aggiunge la metà della variazione del potere d'acquisto del salario orario operaio di base (SHBO). Inoltre, quando l'inflazione supera il 2% rispetto all'IPC registrato al momento della fissazione dello SMIC immediatamente precedente, lo SMIC viene rivalutato secondo l'inflazione registrata, il primo giorno del mese successivo alla pubblicazione dell'indice dei prezzi²¹.

¹⁶ Decreto 19 maggio 2009 n. 2009-552 relativo al gruppo di esperti del salario minimo di crescita di cui all'art. 24, l. 3 dicembre 2008 n. 2008-1258 a favore del reddito da lavoro; BAR-GAIN, *La revalorisation du salaire minimum: l'emprise de l'expertise économique. A propos du rapport du groupe d'experts du 1^{er} décembre 2017*, in *RDT*, 2018, p. 199.

¹⁷ Ai sensi dell'art. L2271-1, *code du travail*, la Commissione Nazionale per i Contratti Collettivi è responsabile di “*dare, dopo aver preso conoscenza della relazione annuale elaborata da un gruppo di esperti nominati a tal fine, un parere motivato al Ministro del lavoro sulla fissazione del salario minimo di crescita nei casi di cui agli articoli L3231-6 e L3231-10*”.

¹⁸ *Rapports annuels du groupe d'experts SMIC*, 2015, p. 75.

¹⁹ Prima del 1° gennaio 2010, la fissazione annuale dello SMIC avveniva il 1° luglio. La legge del 3 dicembre 2008 ha modificato tale data, prevedendo la revisione dello SMIC per decreto il 1° gennaio di ogni anno.

²⁰ Art. L3231-5, *code du travail*.

²¹ Art. L3231-2, *code du travail*.

Inoltre, al fine di garantire la partecipazione allo sviluppo economico della nazione, il governo può, previa consultazione e parere motivato della Commissione Nazionale per la Contrattazione Collettiva, stabilire un aumento – facoltativo – dell’importo dello SMIC (questa è la famosa “spinta” del governo). Il decreto n. 2009-552 del 19 maggio 2009 ha modificato le condizioni di tale aumento istituendo il gruppo di esperti – sopra menzionato – che si pronuncia ogni anno sull’evoluzione dello SMIC. Successivamente, il governo stesso e la CNNC sono tenuti a redigere un’analisi della situazione e, se i loro risultati e raccomandazioni differiscono da quelli del rapporto degli esperti, sono tenuti a motivare la loro decisione finale. Pertanto, la “spinta” del governo è ora limitata dal gruppo di esperti. Gli effetti dell’aumento dello SMIC comportano un aumento obbligatorio dei salari che si trovano al di sotto del minimo legale. D’altra parte, la rivalutazione non incide, in linea di principio, sulle retribuzioni che gli sono superiori, ed è vietata qualsiasi indicizzazione dei salari allo SMIC. Nondimeno, nulla impedisce di seguire l’evoluzione dello SMIC, dato che l’indicizzazione non è obbligatoria²².

Per quanto riguarda l’attuazione dello SMIC, il mancato rispetto del salario minimo legale costituisce una violazione di quinta classe²³. Ogni dipendente ha diritto a una retribuzione oraria che non può essere inferiore al suo importo orario. La retribuzione da prendere in considerazione è quella che corrisponde a un’ora di lavoro effettivo. Per i dipendenti che beneficiano di un dispositivo di organizzazione dell’orario di lavoro, il calcolo è fatto in riferimento alla media delle ore di lavoro utilizzate per determinare la retribuzione a titolo perequativo. Il salario da prendere in considerazione è lo stipendio di base più le prestazioni in natura e le varie maggiorazioni aventi natura di supplemento salariale. Tutte le somme corrisposte in cambio del lavoro sono considerate come supplemento salariale²⁴. Di conseguenza, sono esclusi dal calcolo dello SMIC: i premi di presenza²⁵ o di anzianità²⁶, i premi (collettivi) di risultato²⁷, i premi annuali²⁸ o, ancora, le indennità professio-

²² Vedi, in particolare, BARGAIN, *op. cit.*, p. 199.

²³ Art. R.3233-1, *code du travail*.

²⁴ Soc. 13 luglio 2010 n. 09-42.890; Soc. 17 ottobre 2012 n. 11-15.699; Soc. 4 febbraio 2015 n. 13-18.523.

²⁵ Soc. 19 giugno 1996 n. 93-45.958.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Soc. 7 aprile 2004 n. 02-41.616.

²⁸ Soc. 2 marzo 1994, in *Dr. Soc.*, 1994, p. 372.

nali²⁹. Allo stesso modo, vengono esclusi dal calcolo dello SMIC gli straordinari e le spese aziendali. Al contrario, un premio che dipende sia dal lavoro individuale che collettivo deve essere incluso nella base di calcolo dello SMIC³⁰.

6. Segue. *Dal lato delle parti sociali: i salari minimi convenzionali*

Oltre a quanto previsto dalla legge, esiste una serie di salari minimi definiti dai contratti collettivi. In effetti, dopo la legge dell'11 febbraio 1950, è stato soprattutto attraverso la contrattazione collettiva che sono state determinate le tabelle salariali, in particolare con riguardo ai salari minimi per ogni categoria d'impiego. Inoltre, gli accordi possono essere estesi, consentendo così di fissare un salario minimo nazionale per ciascuna categoria professionale. Il risultato è una sorta di gerarchia dei salari stabilita convenzionalmente. Ogni dipendente ha diritto al minimo salariale previsto per la sua categoria professionale secondo la classificazione stabilita. Nella fase di attuazione, bisogna operare un raffronto tra quanto percepito dal dipendente e le tariffe convenzionali. A tal proposito, la *Cour de cassation* ritiene che in “assenza di disposizioni contrattuali contrarie, tutte le somme versate come corrispettivo del lavoro prestato rientrano nel calcolo della retribuzione da confrontare con il salario convenzionale garantito”³¹.

Per quanto concerne la frequenza dei negoziati di settore sui salari minimi, l'art. L. 2241-1 del codice del lavoro prevede che le parti sociali debbano riunirsi almeno una volta ogni quattro anni per discutere dei salari minimi contrattuali. L'eventuale accordo, la cui durata non può eccedere i quattro anni, deve specificare i temi oggetto della negoziazione nonché il calendario. In mancanza di accordo, la federazione dei datori di lavoro può adottare una decisione unilaterale o una raccomandazione, a volte per un aumento.

I salari minimi convenzionali sono spesso significativamente inferiori ai salari effettivamente applicati. Questa differenza deriva ovviamente dalle negoziazioni contrattuali, ma anche dalla contrattazione collettiva sui salari a livello aziendale. L'articolo L. 2242-1 del codice del lavoro, infatti, impone

²⁹ Soc. 14 novembre 2012 n. 11-14.862.

³⁰ Soc. 4 febbraio 2015 n. 13-18.523.

³¹ In particolare, Soc. 7 aprile 2010 n. 07-45.322.

al datore di lavoro di avviare negoziati sulla retribuzione, e in particolare sul salario reale, almeno una volta ogni quattro anni – anche se le parti sociali possono ridurre questa frequenza periodica mediante accordo. Il livello aziendale appare quindi come un livello in cui vengono definiti i salari minimi, nel pieno rispetto dello SMIC, dei minimi contrattuali di settore e delle disposizioni più favorevoli del contratto di lavoro. Ai sensi dell'articolo L. 2254-1 del codice del lavoro, solo le disposizioni più favorevoli del contratto collettivo aziendale possono sostituire le clausole del contratto di lavoro individuale relative al salario. L'accordo aziendale ha quindi anche un ruolo nel fissare, spesso verso l'alto, i salari minimi convenzionali, anche se è sempre possibile derogarvi per contratto.

Così, accanto alla legge, la contrattazione collettiva può sempre fissare i salari minimi convenzionali (sia a livello di settore che a livello aziendale), ma seguendo un principio guida: i salari minimi contrattuali devono sempre essere, nel loro livello e nella base di calcolo, più favorevoli della legge, che costituisce un minimo a cui non si può mai derogare.

7. *Segue. Le potenzialità nel diritto francese*

All'esito di questo rapido confronto tra la proposta di direttiva e il diritto francese, una cosa è chiara: è molto probabile che la direttiva avrà un impatto relativamente debole sul diritto francese. Sebbene il salario minimo legale in Francia sia già uno dei più alti d'Europa, il ruolo della contrattazione collettiva (e il miglioramento della situazione dei lavoratori dipendenti) è particolarmente presente nel diritto francese. Che si tratti dei criteri per la fissazione dell'importo del salario minimo, del campo di applicazione del dispositivo, della promozione dei negoziati o ancora delle garanzie della sua efficacia, il diritto francese sembra piuttosto attrezzato per soddisfare i requisiti europei.

Tuttavia, ci sono due questioni che meritano attenzione.

La prima concerne la soglia di adeguatezza del salario minimo e l'esigenza di un salario dignitoso. Secondo i termini della proposta di direttiva, l'adeguatezza si riferisce essenzialmente alla definizione di criteri di determinazione quali il potere d'acquisto, tenuto conto del costo della vita e dell'incidenza delle imposte e delle prestazioni sociali, del livello generale e della distribuzione dei salari lordi, del tasso di crescita dei salari lordi e, infine, del-

l'evoluzione della produttività del lavoro. Da questo punto di vista, la legge tiene già ampiamente conto di questi criteri nel determinare i salari minimi (legali o convenzionali). Il riferimento all'adeguatezza (e in particolare alla produttività) o alla nozione di decenza avrà un'influenza sul contenuto della contrattazione collettiva salariale? Forse il requisito di un salario minimo decente potrebbe cambiare in particolare le richieste delle parti sociali (ma la decenza deve anche essere legata alla sostenibilità economica, altrimenti l'intero sistema perderebbe la sua vitalità). Di sicuro, la questione che attualmente si pone nel diritto francese è quella di applicare ai lavoratori della piattaforma a un salario minimo (e decente). La direttiva potrebbe essere un'opportunità per il legislatore o per le parti sociali di riflettere sul superamento dei confini del lavoro dipendente e di prendere in considerazione i lavoratori autonomi che sono economicamente dipendenti per un salario minimo? In ogni caso, l'ipotesi merita di essere proposta.

La seconda questione riguarda i meccanismi di aumento del salario minimo. Come è stato detto, la fissazione del livello minimo legale dei salari è determinata dai pareri delle parti sociali, del governo e di un gruppo di esperti. Questo gruppo di esperti (composto principalmente da esperti economici) ha rallentato per diversi anni la rivalutazione annuale del salario minimo legale (la famosa "spinta" dello SMIC) con la motivazione che tale rivalutazione è troppo costosa e fa aumentare i salari complessivi senza incrementi di produttività. Il carattere relativamente poco trasparente di questo gruppo di esperti e l'autorità di cui gode (considerato che le sue decisioni prevalgono sul parere espresso dalle parti sociali) potrebbero giustificare una domanda: la promozione della contrattazione collettiva da parte del progetto di direttiva non dovrebbe indurre a riesaminare il potere di questo gruppo di esperti? E non sarebbe opportuno che il parere delle parti sociali a livello nazionale fosse almeno uguale (o addirittura superiore) a quello del gruppo di esperti?

In conclusione, bisogna sottolineare che la proposta di direttiva, pur non sconvolgendo di certo il diritto francese, potrebbe, come nel caso della direttiva sui contratti a tempo determinato, avere una qualche influenza dinanzi ai giudici e nei procedimenti giudiziari. Allo stato, tuttavia, non sembra possibile prevedere quale potrà essere l'utilizzo della direttiva progettata in sede di contenzioso. Più probabilmente, la direttiva potrebbe soprattutto alimentare e "arbitrare" un dibattito molto critico nei confronti dello SMIC nel diritto francese. Da diversi anni, lo SMIC francese è stato criticato da alcuni

politici, sostenuti da alcuni economisti. L'adozione della direttiva sarà certamente un segnale per la salvaguardia dello SMIC nel diritto francese e uno strumento politico e giuridico per sostenere il mantenimento di un salario dignitoso, in conformità con le esigenze sociali ed economiche dei lavoratori.

Keywords

Salario minimo adeguato, contrattazione collettiva, dignità, parti sociali, diritto francese.

Adequate minimum wages, collective bargaining, Threshold of decency, social partners; French law.

Barbara Surdykowska, Łukasz Pisarczyk Polonia*

Sommario: **1.** Osservazioni introduttive. **2.** Caratteristiche generali del salario minimo legale in Polonia. **3.** L'impostazione del salario minimo legale. **4.** Variazioni, trattenute ed effettivo accesso dei lavoratori al SML. **5.** Promozione della contrattazione collettiva per la determinazione del salario. **6.** Monitoraggio. **7.** Conclusioni.

1. Osservazioni introduttive

Obiettivo del presente contributo è analizzare l'adeguatezza della normativa polacca e la prassi seguita dalle relazioni sindacali in materia di salario minimo, considerando i requisiti introdotti dalla proposta di direttiva europea in tale ambito¹ (d'ora in poi, "Proposta"), nonché illustrare la posizione del governo polacco e delle parti sociali rappresentate nel *Social Dialogue Council*².

È necessario premettere che il mercato del lavoro polacco consta di 16.555.000 lavoratori e 531.000 disoccupati. Circa 13 milioni sono lavoratori subordinati³. L'economia polacca ha reagito piuttosto bene alle ripetute crisi degli ultimi anni. In effetti, la Polonia ha evitato la recessione ed il tasso di

* La traduzione dall'inglese è di Chiara Pizi.

¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020PC0682>.

² La Proposta è stata oggetto di consultazione con le parti sociali nelle forme previste dal TFUE. Tuttavia, non v'è stata una discussione approfondita su tale tematica, neanche nella dimensione bilaterale o tripartita all'interno del Comitato per il dialogo sociale. Per la risposta della Polonia: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0021/28047/Stanowisko20RP-projekt2odyrektywy2osektorowej.pdf.

³ V. file:///C:/Users/Admin/AppData/Local/Temp/information_regarding_the_labour_market_in_the_fourth_quarter_of_2020.pdf.

disoccupazione è al livello più basso in Europa⁴. Ciò nonostante, la qualità del lavoro rappresenta un nodo problematico, specialmente in riferimento al livello di retribuzione e all'efficacia della contrattazione collettiva.

Nel 2019 la retribuzione media era pari a 4.918,17 PLN (1100 Euro circa), mentre il salario minimo legale (d'ora in poi denominato "SML") nel 2021 ammonta a 2800 PLN (600 euro circa)⁵. Esso è comunque al di sotto del livello del salario minimo previsto nella maggior parte dei Paesi occidentali. La percentuale di lavoratori subordinati che guadagna soltanto il SML è approssimativamente pari al 13%. Peraltro, la contrattazione collettiva attraversa una crisi molto profonda per un duplice motivo. Anzitutto, concretamente, non c'è diffusione di contrattazione collettiva ad un livello categoriale (l'ultima esperienza di stipula risale al 2014) e nel suo ambito di applicazione rientrano solo circa 200.000 lavoratori subordinati.

Oltretutto, anche il numero di accordi aziendali è limitato, dal momento che coprono non più del 15% dei lavoratori subordinati (in realtà, essi si applicano solo ad imprese a partecipazione statale e in grandi aziende, mentre alcuni settori importanti restano esclusi dalla contrattazione)⁶.

L'assenza di un concreto dialogo sociale è dovuta al sistema politico ed economico vigente prima del 1989, che ha condotto al crollo delle strutture statali e all'impoverimento della società. Per questa ragione, le trasformazioni avutesi dal 1989 in poi hanno mirato alla ricostruzione della democrazia e dei meccanismi di mercato⁷. Il modello economico adottato era chiaramente di tipo liberale. La Polonia ha tentato di attrarre investimenti stranieri, rendendosi competitiva anche mantenendo bassi i costi della manodopera. Pertanto, i meccanismi (di natura legislativa o contrattuale) che avrebbero

⁴ V. ad es. https://ec.europa.eu/economy_finance/forecasts/2021/winter/ecfin_forecast_-_winter_2021_pl_en.pdf e <https://www.reuters.com/article/poland-economy-rates-projections-idUSW8N2JJO1Y>.

⁵ Tuttavia, il salario minimo obbligatorio ha subito un significativo incremento negli ultimi anni. Nel 2019, il salario minimo obbligatorio era pari a 2.250 PLN, ossia 500 PLN in più rispetto al 2015. Ciò indica, in questo arco di tempo, un incremento del salario minimo pari al 28%, molto maggiore rispetto agli anni precedenti. Nel 2020 il salario minimo era pari a 2.600 PLN.

⁶ Basato sulla ricerca realizzata da RUMIAN, WIECZOREK nell'ambito del progetto "Autonomous Sources of Labour Law" No. 2018/29/B/HS5/02600 finanziato dal National Science Centre Poland.

⁷ Per approfondimenti, SEWERYSKI, *Polish Labour Law from Communism to Democracy*, Warszawa 1999 e FLOREK, *Labour Law*, in FRANKOWSKI (ed.), *Introduction to Polish Law*, Zakamycze-Kluwer Law International 2005, p. 275 ss.

contribuito ad un incremento del livello dei salari e all'eliminazione delle differenze sociali sono stati applicati solo in misura limitata.

Sebbene gli ultimi anni abbiano portato con sé alcuni cambiamenti nell'approccio alle questioni sociali, gli standard della Polonia in materia di lavoro (specialmente per quanto attiene al livello di retribuzione) differiscono ancora in modo significativo da quelli dell'Europa occidentale.

2. *Caratteristiche generali del salario minimo legale in Polonia*

L'art. 65 della Costituzione polacca rinvia alla legge (un atto del Parlamento) la disciplina di un livello minimo salariale o la regolamentazione delle modalità con le quali introdurlo⁸.

La legge in materia è stata emanata nel 2002 e, non fissando una soglia di salario minimo, prescrive che il salario minimo sia negoziato annualmente nel *Social Dialogue Council* (da qui in poi indicato come “*Council*”)⁹, costituito da rappresentanti del Governo, sindacati e organizzazioni dei datori di lavoro¹⁰. Le trattative riguardano sia il salario minimo per i lavoratori subordinati (inteso come salario mensile) sia la soglia minima di retribuzione oraria per i lavoratori non subordinati.

A tal proposito, il SML si applica a tutti i lavoratori dipendenti (che svolgono le proprie prestazioni nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato)¹¹, inclusi i lavoratori *part-time* che beneficiano di garanzie in proporzione alle loro ore di lavoro. La legge prevede che qualora in un dato mese la retribuzione di un dipendente sia inferiore al livello minimo, a causa del non riconoscimento di specifici trattamenti accessori o dell'orario di lavoro svolto, la retribuzione debba essere integrata a titolo di compensazione.

L'elemento peculiare all'interno della regolamentazione polacca è l'estensione della garanzia del salario minimo anche nei confronti di coloro che svolgono un lavoro non caratterizzato da subordinazione: i lavoratori

⁸ <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.

⁹ La Legge del 24 Luglio 2015 sul *Social Dialogue Council*, *Journal of Laws* 2018, item 2232, come modificata.

¹⁰ Per approfondimenti, WUJCZYK in BARAN (ed.), *Outline of Polish Labour Law System*, Warszawa 2016, pp. 417-418.

¹¹ Il loro status giuridico è regolato dalla Legge del 26 Giugno 1974 - Labour Code, *Journal of Laws* 2020, articolo 1320, d'ora in poi indicato come “LC”.

soggetti a contratti di diritto civile, nonché i lavoratori autonomi¹². La tutela dei lavoratori non subordinati (in vigore dal 2008) è giustificata dall'alto tasso di falsi lavoratori autonomi, dall'abuso dei contratti di diritto civile¹³ e dalla necessità di contrastare le retribuzioni estremamente basse, corrisposte al di fuori del rapporto di lavoro subordinato (specialmente all'interno dei contratti di diritto civile)¹⁴.

3. *L'impostazione del salario minimo legale*

Il meccanismo di determinazione del SML (regolato, in linea di principio, nell' *Act of 10 October 2002 on the Minimum Wage*¹⁵, d'ora in avanti indicato come "MWA") deve essere analizzato alla luce del principio di adeguatezza formulato nella Proposta di direttiva europea¹⁶.

A livello nazionale, ogni anno, entro il 15 giugno, il Governo formula una Proposta di salario minimo (retribuzione oraria minima) per l'anno successivo e fornisce un' informativa relativa ai fondamentali indici economici e di lavoro. Entro 30 giorni dalla ricezione della documentazione i sindacati e le organizzazioni dei datori di lavoro nel *Social Dialogue Council* possono accordarsi sull'ammontare del salario minimo. Se le parti non raggiungono l'accordo, il salario minimo viene fissato dal Governo (entro il 15 settembre)¹⁷. L'adeguamento del salario avviene in due momenti distinti dell'anno nel caso in cui l'incremento sia almeno pari al 105%: ossia al 1° Gennaio e al 1° Luglio. Qualora invece esso sia inferiore al 105%, va adeguato dal 1° Gennaio.

¹² Ad essi sono stati estesi anche altri principi precedentemente applicabili solo ai lavoratori subordinati: per esempio, il divieto di rinuncia alla retribuzione, la corresponsione economica della stessa e la periodicità del pagamento (almeno una volta al mese, in caso di un contratto che superi la durata di un mese). Sull'idea di estendere tali forme di protezione ai lavoratori non subordinati: HAJN, MITRUS, *Poland*, in BLANPAIN (ed.), *International Encyclopaedia of Laws: Labour Law and Industrial Relations*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 44.

¹³ Si compari https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0021/28047/Stanowisko20RP_projekt20dyrektywy20sektorowej.pdf.

¹⁴ D'altra parte, il legislatore era disposto a limitare la percentuale di impiego del *civil law employment* e del lavoro autonomo. In base agli indicatori attuali (2021) tale obiettivo è stato raggiunto in piccola parte.

¹⁵ *Journal of Laws* 2020, item 2207.

¹⁶ Si compari. HAJN, MITRUS, *op. cit.*, pp. 44 and 127.

¹⁷ *Ibid.*, p. 44.

Il salario minimo, dunque, è aggiornato regolarmente, al fine di conservare la sua adeguatezza. Tuttavia, alla luce della futura direttiva sarà necessario ricostruire il sistema di riferimento. Attualmente, in effetti, nessuno dei quattro elementi indicati nella Proposta risulta incluso nel meccanismo di determinazione del SML (il potere d'acquisto del SML in relazione al costo della vita, al contributo delle imposte e ai benefici sociali; il livello generale dei salari lordi e la loro distribuzione; il tasso di crescita dei salari lordi; l'andamento della produttività del lavoro). Il MWA fa riferimento solamente ai livelli di inflazione previsti ed effettivi, nonché alla previsione della crescita del PIL reale.

Più specificamente, in base all'art. 5, sez. 4 del MWA, se nell'anno delle trattative l'ammontare del salario minimo è inferiore alla metà del salario medio, il Governo, nel presentare la sua Proposta per il SML, deve incrementarlo di $2/3$ rispetto al previsto tasso di crescita del PIL reale previsto. In altre parole, la legge è dotata di un meccanismo interno che dovrebbe portare il livello del salario minimo a raggiungere il 50% del salario medio.

Infine, bisognerebbe riflettere sul ruolo delle relazioni sindacali. Nel corso dell'ultimo decennio, le parti sociali non hanno mai raggiunto un accordo sul SML. Di conseguenza, esso è stato determinato dal Governo. In altri termini, i sindacati e le organizzazioni dei datori non hanno esercitato pienamente le competenze loro attribuite dalla legge.

Quanto detto si spiega poiché la Proposta del Governo è più favorevole per i lavoratori subordinati rispetto a quella prevista dal MWA (il tasso di crescita ha superato l'inflazione e i $3/4$ della crescita del PIL prevista).

D'altronde, se da un lato le organizzazioni datoriali hanno sempre optato per il minor incremento possibile consentito dalla legge, al contrario i sindacati hanno supportato il Governo, richiedendo l'incremento maggiore. Di conseguenza, non c'è stato spazio per compromessi, finché l'aumento del SML è stato più elevato di quello richiesto dalla legge.

Pertanto, occorre interrogarsi sull'adeguatezza dell'attuale meccanismo per determinare il SML e sul ruolo politico nell'incremento del salario minimo (alle quali non si pretende di rispondere in questo articolo). Si noti che questo è uno dei pochi ambiti in cui il Governo può influenzare direttamente l'assetto della retribuzione nella sfera privata (a causa dell'assenza di strumenti efficaci che estendano l'applicazione di contratti collettivi extra-aziendali).

Il Governo polacco critica i contenuti della Proposta in quanto, alla luce

del principio di sussidiarietà, gli indicatori economici che dovrebbero fungere da basi per determinare il salario minimo previsto dalla legge in ogni Paese non possono essere introdotti a livello europeo. Ciò, limiterebbe l'autonomia dei legislatori nazionali, che potrebbero essere costretti a fissare salari minimi secondo un modello *top-down* non adeguato alle condizioni economiche locali, alle specifiche caratteristiche degli ordinamenti giuridici dei singoli Paesi e ai loro di sistemi di formazione dei salari. Allo stesso tempo, viene violato il principio democratico in base al quale le scelte politiche e legislative devono essere quanto più vicine possibile ai cittadini dell'Unione (dal momento che i legislatori nazionali verranno, così, privati della possibilità di una selezione completa degli indicatori per il salario minimo adeguati al mercato locale e al sistema salariale).

Un altro problema potrebbe essere l'istituzione di un organo consultivo (che informi le autorità competenti sulle questioni relative al SML), ai sensi dell'Art. 5.5 della Proposta.

Nell'ordinamento polacco si potrebbe ritenere che già esista una struttura di questo tipo, ossia il già descritto *Social Dialogue Council*, composto dai rappresentanti dei maggiori sindacati e dalle organizzazioni dei datori di lavoro. Tuttavia, il *Council* è, di per sé, un organo competente nel prendere decisioni relative al salario minimo e al suo incremento. Di conseguenza, non può configurarsi allo stesso tempo come un organo consultivo (un approccio simile è stato confermato dall'UE, che non riconosce il *Council* come una struttura consultiva nell'accezione fornita dalla Proposta). Pertanto, sarà necessario predisporre un organo consultivo. Secondo il Governo in tal modo si avrebbe una duplicazione delle procedure, in quanto il requisito del coinvolgimento delle parti sociali in vari aspetti della predisposizione del salario minimo (art. 7 della Proposta) è, almeno in qualche misura, garantito dalla partecipazione dei maggiori sindacati e delle organizzazioni dei datori di lavoro al *Social Dialogue Council*. In più, per l'adozione di atti legislativi in materia di diritto del lavoro le maggiori organizzazioni sindacali e datoriali sono già consultate dallo Stato e dalle autorità locali. Nonostante ciò, potrebbe essere necessario modificare le norme relative alla raccolta dei dati, in modo da poter fornire informazioni alle autorità responsabili per la determinazione del salario minimo garantito per legge.

4. *Variazioni, trattenute ed effettivo accesso dei lavoratori al SML*

La futura direttiva non dovrebbe inficiare la legge polacca relativamente alla disciplina delle variazioni del salario minimo per specifici gruppi di lavoratori (Art. 6 Proposta). A tal proposito va evidenziato che, inizialmente, l'MWA ha consentito l'applicazione di un più basso tasso di salario minimo per i lavoratori durante il primo ed il secondo anno di lavoro (in seguito, nel primo anno di lavoro)¹⁸. La previsione era dettata dalla finalità di incentivare e coinvolgere i lavoratori all'inizio della loro carriera professionale. Tuttavia, tale soluzione (a causa di severe critiche) è stata abbandonata. Anche in precedenza è stata discussa una possibile differenziazione a livello regionale.

Ad ogni modo, il legislatore non ha applicato tale modello e, di conseguenza, attualmente l'MWA contempla un salario minimo uniforme per tutti i lavoratori. L'unica eccezione è costituita dalla possibilità di differenziazione basata sul principio del *pro rata temporis* (proporzionato all'orario di lavoro), consolidato (o quantomeno richiesto) nell'Art. 4.2. del *Framework Agreement* sul lavoro part-time, concluso dall'UNICE, dal CEEP e dall'ETUC¹⁹.

Per quanto riguarda le trattenute e le detrazioni, invece, la legge polacca indica alcuni importi che possono essere detratti in assenza del consenso del lavoratore, una parte deducibile della remunerazione (che dipende dal tipo di obbligazione), nonché la parte di remunerazione libera da ogni trattenuta (Art. 87-88 LC). Altre trattenute sono ammesse poi con il consenso del lavoratore (Art. 91 LC).

L'importo libero da qualsiasi trattenuta è correlato al salario minimo netto: si tratta del 100% del SML, in caso di somme accertate in sentenze; il 90%, nel caso di sanzioni pecuniarie che possono essere imposte dai datori e il 75% in caso di importi pagati in anticipo al lavoratore.

Un importo libero da trattenute non è previsto in caso di somme accertate in sentenze e che riguardino obbligazioni di mantenimento nei confronti di altre persone. L'importo libero da trattenute effettuate con il consenso del lavoratore è pari: al 100% del SML, quando è dedotto a vantaggio del datore, e all'80% del SML quando è dedotto a vantaggio di altre

¹⁸ Si veda, ad es., Z. HAJN, L. MITRUS, *op. cit.*, p. 127.

¹⁹ Direttiva del Consiglio 97/81/CE del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso da UNICE, CEEP e CES.

persone o entità²⁰. In linea di massima, il sistema è conforme ai requisiti derivanti dalla Proposta. Le trattenute che limitano la corresponsione del SML sono giustificate o dall'interesse di terzi (come ad esempio i figli del lavoratore) o da precedenti pagamenti da parte del datore. Pare che la questione più controversa sia la possibilità di limitare il salario minimo deducendo sanzioni pecuniarie imposte dal datore.

La legge polacca promuove una vasta gamma di strumenti di salvaguardia della corresponsione della retribuzione, compreso il salario minimo (Art. 8 della Proposta).

Il rito del lavoro è strutturato in modo particolare, per tutelare il lavoratore quale parte più debole del rapporto di lavoro. Basti pensare, *inter alia*, al trattamento di favore dei lavoratori in termini di spese processuali o di procedure preferenziali. Ancora, il lavoratore può essere rappresentato da un sindacato ufficiale.

Oltretutto, il corretto e puntuale pagamento delle retribuzioni è soggetto alla supervisione dell'Ispettorato statale del lavoro. L'ispettore del lavoro può, *tra l'altro*, imporre il pagamento della retribuzione (se ciò non è controverso). Si consideri che le attività degli ispettori sono coordinate: vi è la possibilità, da parte di autorità di livello più alto, di emanare delle linee guida²¹.

La violazione delle obbligazioni del datore può altresì costituire un illecito, in casi particolari anche un reato (sebbene, nella pratica, lo strumento punitivo penale sia usato relativamente di raro)²².

Tuttavia, il meccanismo di informazione nei confronti dei lavoratori sui loro diritti richiederebbe un'estensione (art. 8 punto 3).

5. *Promozione della contrattazione collettiva per la determinazione del salario*

L'Articolo 4 della Proposta mira ad ampliare l'ambito di applicabilità della contrattazione collettiva. A tal fine gli Stati membri sono tenuti ad adottare misure volte a promuovere la capacità delle parti sociali di partecipare

²⁰ Per approfondimenti, WALCZAK in BARAN (ed.), *op. cit.*, pp. 290-291 e HAJN, MITRUS, *op. cit.*, p. 129.

²¹ Per approfondimenti, WŁODARCZYK in BARAN (ed.), *op. cit.*, p. 459 e HAJN, MITRUS, *op. cit.*, p. 46.

²² Si compari HAJN, MITRUS, *op. cit.*, p. 178.

alla contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari e a incoraggiare negoziazioni costruttive, significative e informate in materia di salari. La disposizione impone inoltre agli Stati membri in cui la copertura della contrattazione collettiva (definita all'articolo 3) non raggiunge almeno il 70 % dei lavoratori di prevedere un quadro per la contrattazione collettiva e di istituire un piano d'azione per promuoverla.

Si osservi che il livello della copertura della contrattazione collettiva²³ in Polonia è tra i più bassi nell'Unione europea²⁴, e allo stesso tempo – e ciò è molto rilevante, ad avviso degli autori – non sta aumentando, nonostante la crescita economica ed il visibile risanamento all'interno del mercato del lavoro. È, dunque, doveroso considerare quali siano le principali ragioni di questo fenomeno.

Prima di tutto, rivolgiamo la nostra attenzione al modello sindacale in Polonia, caratterizzato dalla predominanza del livello associativo aziendale. Quanto detto, non solo alla luce del quadro normativo (che risulta dal *Trade Union Act*, che garantisce specifici diritti alle organizzazioni sindacali aziendali) ma anche in virtù della prassi instaurata dalle relazioni sindacali (ad esempio, nell'ambito della ripartizione dei contributi tra strutture aziendali e sovra-aziendali: di settore o regionali). Un tale predominio delle organizzazioni sindacali aziendali non costituirebbe, di per sé, un problema (sebbene, di certo, ciò renda più complessi i contratti collettivi diversi da quelli aziendali), se le organizzazioni sindacali fossero munite di un assetto coordinato della contrattazione collettiva. Tuttavia, non è questo il caso. In effetti, si risente dell'eredità diretta del periodo comunista, nel quale le organizzazioni sindacali non hanno, di certo, svolto il ruolo di negoziare la retribuzione e le condizioni di lavoro, limitandosi invece a preservare, a livello aziendale, la disciplina socialista del lavoro e a trasferire i benefici sociali ai lavoratori. Questa considerazione mira a rendere percepibile che innalzare il tasso di lavoratori tutelati dai contratti collettivi non richiederebbe soltanto dei cam-

²³ Sulla struttura giuridica dei contratti collettivi, si veda, ad esempio, anche GO DZIEWICZ, *Collective Labour Agreements as a Fundamental Tool of Trade Union Operation*, in STELINA, PISARCZYK (ed.), *Collective Labour Law*, *Studia Iuridica*, 2015, 60, e BARAN, *Model of collective labour agreements in the Polish legal system*, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 2019, 2.

²⁴ Si compari <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CBC>. SKUPIE, PISARCZYK, *Poland*, in LIUKKUNEN (ed.), *Collective Bargaining in Labour Law Regimes. A Global Perspective*, Springer, 2019, pp. 432-433 e Ł. PISARCZYK, *The Crisis of the Collective Bargaining System in Poland*, *IJCL*, 2019, 35, 1, p. 57 ss.

biamenti a livello normativo (per esempio, in termini di rappresentanza dei lavoratori o della possibilità di concludere accordi con il datore di lavoro nell'ambito pubblico), ma anche una riforma intrinseca delle relazioni sindacali.

L'impedimento principale alla stipula di accordi di categoria, che coprano un settore industriale o una significativa parte di esso, secondo le parti sindacali, è dato dalla carenza di una forte rappresentanza datoriale; in altre parole, la mancanza di organizzazioni datoriali e, dunque, di un'adeguata rappresentatività. Questo è senza dubbio un fattore molto rilevante e, pertanto, è difficile indicare quale intervento del legislatore potrebbe indurre i datori ad un livello più elevato di organizzazione. Tuttavia, si deve rilevare che, anche in quei pochi settori in cui il livello di organizzazione datoriale può ritenersi soddisfacente (non attraverso un'associazione o una camera di commercio, in quanto queste formalmente non possono essere firmatarie di accordi collettivi), non c'è stata molta diffusione della contrattazione collettiva. Un esempio è costituito dal settore della grande distribuzione (nel quale esiste un'organizzazione datoriale nella forma dell'Organizzazione polacca del Commercio e della Distribuzione, *Polska Organizacja Handlu i Dystrybucji*), ove il livello di organizzazione dei lavoratori (considerando le condizioni di lavoro in Polonia) non è tragicamente basso. Nonostante tali condizioni, lo sforzo per concludere un contratto collettivo non ha fatto passi in avanti²⁵.

Ad avviso degli autori, la più grande sfida nell'ambito del tentativo di incrementare il numero di lavoratori coperti dai contratti collettivi risiede, malgrado le apparenze, nelle condizioni generali del mercato del lavoro polacco, così come nell'alto livello dell'impiego di contratti di diritto civile e nelle molto basse indennità di disoccupazione.

Contrariamente alle apparenze, ci sono fattori molto importanti che influenzano, *de facto*, l'azione sindacale (anche in quei settori dove non ci interfacciamo con un alto tasso di contratti di diritto civile). In molti casi, le organizzazioni sindacali preferiscono salvaguardare i posti di lavoro, anziché lottare più aspramente per gli incrementi della retribuzione. Allo stesso tempo, l'alto tasso di lavoro attraverso contratti di diritto civile e di lavoro autonomo fittizio ha un effetto demotivante sul profilo psicologico dei lavoratori, relativamente alla possibilità di ottenere migliori condizioni di lavoro.

²⁵ Vedi anche SKUPIE, PISARCZYK, *op. cit.*, pp. 432-433 e PISARCZYK, *The Crisis...* cit., p. 57 ss.

Una modifica delle regole che consentano un'ampia gamma di posti di lavoro non occupati e l'aumento del livello di sostegno alle persone in cerca di lavoro richiederebbe interventi specifici da parte delle autorità pubbliche. Tuttavia, sembra che essi non si manifesteranno, a causa del modello di sviluppo economico adottato in Polonia, largamente basato sul lavoro a basso costo.

A questo punto, è evidente che in Polonia la contrattazione collettiva non è generalizzata²⁶. Vero è che l'LC contempla una procedura per la generalizzazione di contratti collettivi non aziendali (ad es., i contratti tra organizzazioni datoriali e sindacali nell'ambito di un settore), ma, in pratica, essa non è mai garantita. In realtà, dalla prospettiva polacca, la questione della generalizzazione dei contratti non sembra essere fondamentale. È evidente che il problema sia invece sentito dal punto di vista dell'autonomia delle parti sociali o del futuro del movimento sindacale (cf. EESC Opinion SOC/664, para. 3.1.7 e Employers' Group counter-opinion, para. 3.4.4), ma, nonostante ciò, non è una tematica visibile all'interno del dibattito polacco sulla Proposta.

A tal proposito, il Governo polacco afferma che, a causa dell'attuale condizione economica di molte aziende, un incremento del numero di nuovi contratti collettivi sarebbe difficilmente realizzabile. Gli accordi collettivi in Polonia volti ad introdurre ad. es. retribuzioni più alte del salario minimo, specialmente nell'attuale e particolarmente difficile situazione sociale, ostacolerebbero in modo significativo la loro espansione. A questo punto, si potrebbe un po' ironicamente sottolineare che la previsione di una retribuzione più alta del salario minimo all'interno dei contratti collettivi non rappresenta una peculiarità polacca. Pertanto, secondo il Governo, la Proposta di direttiva non tiene sufficientemente conto delle diverse tradizioni e condizioni economiche, così come del livello di copertura del sistema di contrattazione collettiva nei diversi Stati membri. Dal punto di vista del Governo polacco, la promozione di una contrattazione collettiva dovrebbe essere realizzata esclusivamente mediante le risorse del Fondo Sociale Europeo, magari attraverso la formazione e le altre procedure "soft" per coinvolgere le parti sociali²⁷.

²⁶ Si veda, ad es., SKUPIE, PISARCZYK, *op. cit.*, p. 425.

²⁷ SURDYKOWSKA, *Inicjatywa w sprawie wynagrodze minimalnych: papierek lakmusowy woli rozwoju społecznego wymiaru integracji europejskiej (Minimum wage initiative: a litmus test of the will to develop the social dimension of European integration)*, Monitor Prawa Pracy, 2021, 1, p. 19.

6. Monitoraggio

Secondo l'art. 10 della Proposta, gli Stati membri incaricano le rispettive autorità competenti di sviluppare strumenti efficaci di raccolta dei dati per monitorare la copertura e l'adeguatezza dei salari minimi. Questi dati andranno poi segnalati annualmente alla Commissione. Tale disposizione richiede, altresì, che gli Stati Membri assicurino 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. Il Governo polacco sottolinea che la raccolta dei dati, secondo lo schema indicato nella Proposta di direttiva, potrebbe richiedere modifiche normative sull'ambito di applicazione delle statistiche ufficiali. La Polonia non possiede la maggior parte dei dati ai quali fa riferimento la Proposta. Di conseguenza, se gli obblighi di informazione vengono assegnati all'autorità statistica nazionale, si dovrebbe tenere in considerazione che l'adozione di questo progetto necessiterà di un nuovo sistema di raccolta annuale di dati, che assicuri l'acquisizione di moltissime informazioni dettagliate, suddivise per sesso, età, disabilità dei lavoratori e caratteristiche dei luoghi di lavoro, incluse le dimensioni delle unità produttive. Ciò incrementerà, allo stesso tempo, gli oneri sulle unità di rilevazione dati e le loro spese operative.

In Polonia, le indagini sulla struttura dei salari sono svolte ogni due anni e, cosa più importante, non si estendono ai datori che occupano meno di 9 dipendenti. Si tratta della cosiddetta indagine sul "Livello dei salari nell'economia nazionale". Il CSO stima la retribuzione media e, come affermato dai rappresentanti del CSO, non esistono piani (a causa dei costi della procedura) per condurre l'indagine ogni anno ed estenderla ai datori che impiegano meno di 9 lavoratori²⁸. L'indagine fornisce una risposta incompleta in relazione ai requisiti indicati nell'Articolo 10 della Proposta (per esempio, non tiene conto del fattore della disabilità). I lavoratori subordinati sono divisi in sole 9 categorie, in base al settore professionale (nelle statistiche pubbliche polacche, ci sono le seguenti 9 categorie: rappresentanti di pubbliche autorità, alti funzionari e managers; specialisti; tecnici e altro personale intermedio; impiegati; addetti ai servizi e alle vendite; lavoratori del settore agricolo, flo-

²⁸ <https://www.bankier.pl/wiadomosc/Wynagrodzenia-w-Polsce-Mediana-sredniastawka-godzinowa-najlepiej-zarabiajacy-7776371.html>.

rovivaistico, forestale ed ittico; lavoratori industriali ed artigiani; operatori ed assemblatori di macchine ed impianti; lavoratori che svolgono lavori semplici). Come si può vedere, il *range* limitato di dati implica che non è possibile assegnarli ad uno specifico settore economico. Ovviamente, in aggiunta a tali indagini regolari, il Central Statistical Office compie indagini *ad hoc* in materia di retribuzioni. Tali indagini sono integrate, in qualche misura, da indagini di aziende private²⁹.

In conclusione, si può ribadire che l'introduzione di obblighi di informazione, riportati nella Proposta, richiederebbe un significativo potenziamento nella qualità e nel campo di applicazione dei servizi forniti dalle statistiche ufficiali. Senza dubbio contribuirebbe ad una maggiore trasparenza e potenzierebbe la qualità del dibattito sui salari in Polonia. Attualmente, è opinione comune che i dati elaborati non rispecchiano la percezione di molti di operatori del mercato del lavoro. I dati sembrano essere troppo elevati rispetto alla sensazione generale, in particolare nelle città più piccole. La spiegazione di ciò sta, precisamente, nell'assenza dell'analisi delle retribuzioni medie nelle in aziende con meno di 9 dipendenti.

La seconda sfida, nella prospettiva polacca, è la mancanza di un qualsiasi studio regolare sulla diffusione della contrattazione collettiva.

Osservando la posizione dell'EESC, è chiaro che la questione dell'accuratezza dei dati prevista dalla Commissione nella Proposta sollevi alcuni dubbi: dal suo punto di vista, l'EESC richiede un equilibrio tra il valore aggiunto dell'obbligo di fornire dati dettagliati e l'onere amministrativo che ricade sulle piccole e medie imprese e sulle imprese non-profit (punto 6.2). Nel suo controparere, l'*Employers' Group* sottolinea (punto 3.7.2) che la raccolta dei dati richiesti richiede un lavoro molto intenso e spesso impraticabile.

7. Conclusioni

Il Governo polacco ha sollevato dubbi sulle competenze dell'UE nell'adozione della direttiva e ritiene vi sia violazione del principio di sussidiarietà. Sottolinea, infatti, che l'UE non ha sufficientemente dimostrato

²⁹ <https://wynagrodzenia.pl/artykul/podsumowanie-ogolnopolskiego-badania-wynagrodzen-w-2020-roku>.

l'inesistenza di strumenti migliori a livello europeo per conseguire gli obiettivi sociali previsti (tra cui soluzioni più flessibili, che consentirebbero ai Paesi di derogare alle norme in caso di crisi o di concorrenza economica degli Stati membri). Paradossalmente, il Governo è molto scettico sulla necessità e sulla possibilità di incrementare il tasso di contrattazione collettiva in Polonia. In realtà, la posizione del Governo polacco sul salario minimo europeo può essere riconducibile al più ampio scetticismo sulla necessità di agire a livello europeo in materia di politica sociale.

Sebbene tale problema sia stato sollevato nel dibattito giornalistico polacco, esso rimane senza dubbio all'ombra rispetto ad una discussione incentrata su altre tematiche: il rispetto dello Stato di diritto, la separazione dei poteri, nonché l'indipendenza di corti e tribunali.

Non sorprende che l'approccio delle parti sociali sia vario. L'opinione delle organizzazioni datoriali al riguardo non è positiva, mentre tutte le rappresentanze sindacali hanno accolto la Proposta con entusiasmo. In precedenza, esse hanno partecipato attivamente al dibattito all'interno dell'ETUC in merito al parere sulla Proposta elaborata dalla Commissione³⁰. Il sindacato autonomo dei lavoratori *NSZZ Solidarno* ritiene il Progetto un importante passo verso il potenziamento dei principi del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali relativo alle condizioni di lavoro eque, in quanto prevede l'introduzione di un equo salario minimo e la promozione di una efficace contrattazione collettiva.

L'adozione e il potenziamento della direttiva richiederebbe dei cambiamenti all'interno della legge polacca. Prima di tutto, sarebbe da modificare il meccanismo di determinazione del SML ed i parametri di riferimento. L'uniformazione di tali criteri per tutta l'Unione Europea potrebbe diventare uno dei fattori in grado di contribuire altresì all'uniformazione delle retribuzioni. Dalla prospettiva polacca, la direttiva può anche esser vista come un impulso alla rinascita del dialogo sociale, che attraversa una crisi profonda. Tuttavia, prendendo in considerazione l'attuale condizione delle parti sociali

³⁰ Le divergenze di vedute tra le unioni sindacali dei vari Paesi e la forte opposizione dell'unione nordica sono state già discusse in letteratura, dunque possono essere omesse in questa sede. ADAMCZYK, *Inside the trade union family: the "two word" within the European Trade Union Confederation*, in *EJIR*, 2018, 24, 2, p. 179-192; SEELIGER, *Why do (Some) European Trade Unions Reject Minimum Wage Regulation*, 2018, *Culture, Practice & Europeanization*, 3(1), 37-46; FURÅKER, LARSSON, *Trade Union Cooperation in Europe. Patterns, Conditions, Issues*, Palgrave Macmillan, 2020.

e le limitate possibilità di ingerenza nell'autonomia collettiva, non bisogna aspettarsi molto. Le doverose modifiche includono, *inter alia*, l'istituzione di un organo consultivo. A causa della complessità delle regolamentazioni, è difficile valutare con chiarezza se eventuali modifiche saranno necessarie in relazione alla tutela dei salari minimi (ad es. le trattenute dal SML e la loro applicazione).

Keywords

Salario minimo adeguato, contrattazione collettiva, parti sociali, diritti fondamentali, diritto polacco.

Adequate minimum wages, collective bargaining, Social parties, fundamental rights, Polish law.

Giuseppe Della Rocca, Pierluigi Mastrogiuseppe **“Valutazione” nella pubblica amministrazione:** **questione irrisolta**

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Un chiarimento preliminare: cosa intendiamo per “valutazione”. **3.** Una breve sintesi del percorso compiuto. **4.** Gli sviluppi più recenti. **5.** Le finalità manifeste e le finalità latenti della valutazione. **6.** È possibile definire risultati ed indicatori di riferimento comuni ad amministrazioni della stessa tipologia? **7.** Conclusioni.

I. Premessa

La pandemia ha messo in primo piano il ruolo della Pubblica Amministrazione e le capacità che ad essa si richiedono per fronteggiare l'emergenza sanitaria ed economica in atto e per implementare e monitorare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Si ritiene, da più parti, che questo scatto in avanti richiesto alla PA non possa prescindere dalla soluzione di molti problemi irrisolti come il rafforzamento del “capitale umano” ed il ricambio generazionale (anche mediante selezione diretta di professionalità tecniche specifiche per l'attuazione dei progetti), la digitalizzazione, le semplificazioni procedurali. Una architettura che ha come premessa il rinnovo dei contratti, il superamento dei mansionari, meccanismi più flessibili di carriera, premi salariali non necessariamente vincolati a tetti di spesa purché si costituisca un sistema di valutazione in grado di superare le precedenti difficoltà. Non c'è dubbio che molti di questi interventi richiedano azioni di lungo periodo, in quanto incidono su elementi strutturali del funzionamento della PA. Nondimeno, vi è anche l'esigenza di agire presto a partire dalle premesse, poiché l'emergenza e l'attuazione del PNRR vanno affrontati con un orizzonte temporale anche di breve-medio periodo.

In questo quadro complesso ed inedito, per la portata delle sfide che sono davanti a noi, assume rilievo il tema della valutazione dei risultati della PA. Tema a lungo al centro del dibattito, oggetto di ripetuti interventi normativi, ma anch'esso annoverabile tra le questioni irrisolte o, comunque, ancora in cerca di idonee soluzioni. La tesi generale da cui muovono le riflessioni presentate in questo articolo è che la valutazione possa aiutare a rafforzare le capacità della PA, ma che occorra anche ripensarne in profondità l'approccio e le finalità di utilizzo.

Vi è un punto, in particolare, sul quale si concentrerà la nostra l'attenzione ed è la necessità di spostare il *focus* dei ragionamenti intorno alla valutazione dalla questione – importante, ma ampiamente analizzata – delle procedure di valutazione (cioè il “come si fa la valutazione”) alla questione, ancora non adeguatamente approfondita, dei risultati che occorre valutare e degli indicatori più adeguati per misurarli (cioè il “cosa valutare”). Ciò implica, naturalmente, una visione (ed una condivisione) di fondo sulle missioni della PA e sul suo ruolo nella società e nell'economia.

2. *Un chiarimento preliminare: cosa intendiamo per “valutazione”*

La “valutazione” è un concetto ampio, all'interno del quale si ricomprende comunemente un insieme variegato di pratiche, che hanno alla base statuti disciplinari molto diversi, ma sono nondimeno accomunate dall'aspettativa di fondare un qualche giudizio sull'azione delle pubbliche amministrazioni. Queste pratiche scontano evidentemente la difficoltà di base che le PA non producono per il mercato e che il valore della loro produzione non può essere misurato da un sistema di prezzi che si formano su un mercato, come avviene per le imprese.

Nonostante questa importante e fondamentale differenza con il mondo delle imprese, si parte qui dall'assunto che non vi è un impedimento assoluto ad utilizzare anche nella PA sistemi di misurazione sui quali fondare pratiche valutative della capacità delle amministrazioni di assolvere al proprio mandato istituzionale e di conseguire gli scopi per i quali esse esistono.

A riprova di ciò, si consideri che le esperienze di misurazione e valutazione dei risultati mostrano in realtà, pur con tutte le differenze tra pubblico e privato, una tendenziale convergenza tra il mondo delle imprese ed il mondo della PA, riguardo le tipologie di indicatori utilizzate per misurare i

risultati. Nelle imprese come nella PA, infatti, si è fatta strada l'esigenza di disporre di indicatori diversi da quelli basati sui tradizionali andamenti economico-finanziari che consentano di intercettare dimensioni ulteriori della *performance*, in una visione più orientata a cogliere le basi per un successo duraturo delle organizzazioni nel medio – lungo periodo.

Pur muovendo dall'idea che sia possibile introdurre efficaci sistemi di valutazione delle prestazioni nella PA, in questo saggio vi è, d'altro canto, la consapevolezza che l'utilizzo diffuso di tali sistemi, per finalità autenticamente valutative, non è un processo esente da difficoltà. Una copiosa letteratura critica (in taluni casi pervasa anche da scetticismo) ha analizzato i fallimenti delle prassi valutative nel pubblico, a conferma del fatto che l'introduzione di “metodi di valutazione” – soprattutto laddove prevalgano logiche di azione di tipo burocratico – sconta resistenze di varia natura. Senza entrare nel merito di questa letteratura e senza ripercorrerne in dettaglio le linee di sviluppo, è sufficiente in questa sede osservare che l'introduzione di metodi valutativi ed il loro effettivo utilizzo, per le finalità che comunemente ad esse sono associate, richiede un cambiamento importante che mette in gioco numerosi elementi e fattori della vita organizzativa di un'amministrazione, ma anche una visione condivisa su quali siano i risultati di sistema sui quali si misura la *performance* complessiva della PA.

3. *Una breve sintesi del percorso compiuto*

È quindi utile ripercorrere lo stato dell'arte di questo percorso iniziato ormai da più di due decenni per mettere in rilievo successi e principali criticità. Dentro questo quadro e guardando soprattutto all'esperienza italiana, si cercherà di comprendere come mai, nonostante la crescente diffusione di pratiche valutative e nonostante il fatto che esse abbiano acquisito piena legittimazione istituzionale (testimoniata, tra l'altro, almeno nell'esperienza italiana, da una loro crescente “giuridificazione”), in molte di queste esperienze i risultati siano stati al di sotto delle attese. Questo giudizio sommario va ovviamente declinato tra i diversi settori o realtà istituzionali che compongono il variegato ed estremamente differenziato panorama delle amministrazioni pubbliche, ricordando che in alcuni settori si registra un'applicazione più competente rispetto ad altri, dove invece prevale maggiormente un'applicazione in chiave formalistica e di mero adempimento della prescrizione normativa.

È opportuno ricordare, innanzitutto, che la valutazione nell'esperienza italiana è venuta sviluppandosi prevalentemente come "valutazione interna alle singole amministrazioni". In aderenza agli orientamenti culturali dominanti, è stato inoltre messa in primo piano la finalità di migliorare le prestazioni individuali attraverso sistemi ad incentivo retributivo, la cui regolazione è stata affidata alla contrattazione integrativa. Una valutazione, insomma, dominata dall'idea che solo con l'incentivazione economica dei singoli si sarebbe conseguito un miglioramento della prestazione per l'intero sistema. La valutazione delle prestazioni avrebbe promosso proprio a tale fine un cambiamento del ruolo della dirigenza, spostandone gradualmente il focus dell'azione dagli aspetti di legittimità normativa al controllo dei risultati di prestazione individuale. La stessa dirigenza, inoltre, in virtù dei sistemi di valutazione, sarebbe stata maggiormente responsabilizzata sui risultati conseguiti, nei confronti della politica. Su questa base, è stato infine fondato un impianto istituzionale che ha promosso la separazione tra ruoli politici e ruoli dirigenziali: la valutazione è diventata il presupposto per affermare l'autonomia della dirigenza nei confronti della politica e la sua responsabilizzazione rispetto alla politica stessa.

Alla fine del primo decennio, anche sulla scorta degli insuccessi degli anni precedenti, vi è stata una sorta di rilancio: la valutazione è stata oggetto di ulteriori interventi normativi, se ne è imposta l'adozione, si è definito un quadro regolativo nazionale, fatto di procedure, soggetti e tecniche. È stato inoltre rafforzato il collegamento tra valutazione individuale e valutazione organizzativa, secondo l'idea di una cascata che parte dalla valutazione dei risultati generali di organizzazione e poi, a seguire, dei risultati delle unità organizzative, fino ai risultati dei singoli. Il tutto basato su un percorso razionale di pianificazione e controllo (il cosiddetto "ciclo della *performance*"), che parte dalla definizione degli obiettivi, prosegue con la loro assegnazione alle strutture ed ai singoli e culmina nel momento valutativo finale, in cui se ne verifica il grado di conseguimento. E, quindi, riparte con la pianificazione del nuovo anno.

Sempre in quegli anni, in una logica di quasi-mercato, è stato anche fatto il tentativo, mai messo in pratica, di confrontare i risultati di diverse amministrazioni, per stabilire graduatorie di amministrazioni più o meno "performanti", a cui correlare l'attribuzione di risorse da destinare alla contrattazione di secondo livello.

Gli esiti di questi tentativi sono noti. Basti qui ricordare i rapporti

CIVIT (Commissione Indipendente per la Valutazione Integrità e Trasparenza delle amministrazioni pubbliche istituita nel 2009) che, a più riprese, ha evidenziato le insufficienze dei piani della *performance* iniziali e delle relazioni di *performance* finali. Tra le molte criticità, è stato per esempio evidenziato il fatto che i piani si riferivano, in modo prolisso, alle attività svolte, senza alcuna indicazione precisa di risultati da conseguire e di metodi per misurarli.

4. *Gli sviluppi più recenti*

Un tentativo di rafforzare la governance complessiva nella costruzione dei piani è stato portato avanti negli ultimi anni, attraverso una serie di direttive emanate dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

Il testo di maggiore importanza, a questo fine, sono le Linee guida del Piano delle *Performance* dei Ministeri del 2017/2. Una direttiva che riconsidera nel suo complesso l'eredità del d.lgs. 150/09, il provvedimento che richiama in modo esplicito la valutazione dell'organizzazione e introduce il ciclo delle *performance* come metodo obbligatorio a cui le amministrazioni debbono attenersi per la valutazione.

Le linee guida per il Piano delle *performance* del Dipartimento della Funzione Pubblica offrono una versione aggiornata di metodo con al centro la valutazione della organizzazione. Questa direttiva evidenzia la necessità di una continuità dei risultati da monitorare onde evitare così un sistema senza memoria e consentire confronti nel tempo. In virtù di tale presupposto si considera necessario rafforzare l'integrazione tra ciclo delle *performance*, del bilancio e della programmazione strategica triennale e distinguere tra obiettivi triennali e annuali.

Gli obiettivi e gli indicatori sono richiamati per tipologie generali (di efficacia quantitativa, qualitativa, produttiva e temporale). Si assume, inoltre, che la scelta di questi ed altri indicatori di prestazione, come per il ciclo delle *performance*, siano dipendenti dalla programmazione economica finanziaria e abbiano solo origine dalle direttive dell'amministrazione in base agli indirizzi politici.

Sulla base delle nuove proposte, è utile domandarsi fino a che punto l'indicazione su come valutare la prestazione dell'organizzazione amministrativa sia sufficiente a consolidare e riavviare un processo di valutazione.

Se non sia necessario invece, per indirizzare maggiormente le amministrazioni, spostare il *focus* dal “come si valuta” al “cosa si valuta”. Questo aspetto appare di cruciale importanza proprio in questa fase, che vede al centro dell’agenda politica l’attuazione di un piano straordinario di interventi, di importanza storica e dalla dimensione finanziaria inusitata.

Nella direttiva del Dipartimento non si considera come gli indicatori siano dipendenti non solo dalle strategie triennali o annuali e dai bilanci della singola amministrazione, ma anche dal mandato istituzionale della stessa amministrazione (mandato che risulta simile a quello di altre amministrazioni appartenenti alla medesima tipologia istituzionale), dall’ambiente esterno col quale ciascuna amministrazione si confronta, da obiettivi generali di *policy*.

Normalmente, le organizzazioni sono chiamate a raggiungere risultati, che certamente devono essere programmati e governati da efficaci sistemi di pianificazione interna. Questi risultati poggiano, però, largamente su alcune condizioni esterne: sul tipo di servizio o utenza, sugli obiettivi di *policy* a cui si concorre, sugli indicatori di sviluppo e benessere dei territori e delle collettività amministrate. In sanità, ad esempio, gli obiettivi di efficacia sanitaria discendono direttamente dal mandato istituzionale e da obiettivi di *policy* (impliciti o espliciti) di lungo periodo. Stesso discorso per l’istruzione: il contenimento della dispersione scolastica, l’apprendimento degli studenti misurata con tecniche consolidate a livello internazionale sono obiettivi comuni a tutte le scuole, che il piano di ogni scuola dovrà necessariamente prendere in considerazione.

Questa base di obiettivi esterni (o discendenti dal contesto esterno), su cui sono fondati i piani di ogni amministrazione base, peraltro, comune ad amministrazioni della medesima tipologia istituzionale – può essere riconosciuto come essenziale perché i tempi dell’innovazione sono spesso medio – lunghi, rispetto agli stessi indirizzi politici.

Secondo l’attuale impostazione (ripresa anche dalla direttiva del DFP, seppure con un approccio che si presenta innovativo rispetto al passato) gli indicatori di *performance* sono invece considerati dipendenti solo (o in misura prevalente) da quanto emerge dai piani e programmi adottati da ciascuna amministrazione. Principio, in teoria, non errato quando le strategie e gli indicatori di prestazione abbiano un solido quadro strategico di riferimento e siano fondati su una base di continuità di azione, in un orizzonte temporale di medio – lungo periodo. Non così, invece, quando gli obiettivi guardano soprattutto al breve periodo ed alle istanze ed alle esigenze del momento.

Le stesse caratteristiche del sistema politico italiano (come il rapido succedersi dei governi nazionali o il rilievo assunto dalla cosiddetta politica degli annunci), non sembrano agevolare la continuità di azione e la stabilità di intenti nel medio-lungo periodo implicite nell’idea stessa di “pianificazione strategica”.

Piani e programmi, senza una base solida di risultati e indicatori di sistema, possono condurre a risultati contraddittori o addirittura a nessun risultato. Anche l’indicazione di attivare un coinvolgimento dei diversi attori nella stesura dei programmi (prassi gestionale di per sé ottimale), in assenza di un quadro stabile e di un orizzonte temporale di medio-lungo periodo, fa sì che il coinvolgimento, anziché sviluppare prassi di razionalità dialogica, divenga elemento di distorsione, frantumazione, balcanizzazione degli obiettivi (ciascuno per sé in casa propria). Tutti fattori che non consentono quanto lo stesso documento del DFP auspica, ovvero il confronto diacronico della *performance* organizzativa.

5. *Le finalità manifeste e le finalità latenti della valutazione*

Sulla base di quanto finora visto, c’è da chiedersi se l’attenzione posta dalla normativa (e dalle direttive) solo sul come si valuta, attraverso il ciclo della *performance* e i metodi di pianificazione razionale, non rischi di ampliare la distanza tra le finalità formali e le finalità reali dei sistemi di valutazione, incentivando utilizzi della valutazione per finalità molto distanti da quelle esplicite o dichiarate.

Come è noto ed ampiamente studiato in letteratura, le regole organizzative possono avere funzioni manifeste, cioè quelle volute e ammesse dai membri dell’organizzazioni, e funzioni latenti, cioè quelle né volute né ammesse¹. Questa distinzione, introdotta dalla teoria sociologica ed organizzativa, fornisce una interessante chiave di lettura per interpretare e capire più in profondità il percorso per l’introduzione di sistemi di valutazione e per spiegare quelle deviazioni dalle finalità manifeste, che vengono per lo più identificate come “fallimenti”².

¹ MERTON, *Teoria e struttura sociale*, Il Mulino, 1966.

² KEMPENEER, VAN DOOREN, *Using numbers that don’t count: how the latent functions of performance indicators explain their success*, in *IRAS*, 2019, p. 364.

Molte esperienze di valutazione hanno, infatti, ampiamente evidenziato il “non uso” degli strumenti valutativi e degli esiti della valutazione per le esplicite finalità ad essi connesse. Si ritiene infatti, comunemente, che la valutazione debba innescare processi virtuosi di responsabilizzazione sui risultati – anche attraverso la leva retributiva – oppure processi di apprendimento che consentano, attraverso il collegamento con il successivo ciclo di pianificazione, di aggiustare il tiro, di migliorare e correggere le azioni poste in essere nel passato (finalità manifesta). Questa finalità è stata conseguita solo in parte e, in molti casi, non conseguita affatto. Viceversa, tutto l’armamentario della valutazione è stato molto utilizzato per finalità latenti (o non dichiarate) che hanno finito molto spesso per piegarne la logica di fondo, fino ad una completa deviazione dalle finalità manifeste.

A testimonianza dello scarso utilizzo degli strumenti valutativi in chiave manageriale o di supporto all’azione dirigenziale, si possono citare le numerose analisi che hanno mostrato un elevatissimo livello di conseguimento degli obiettivi ed un sostanziale appiattimento verso l’alto delle valutazioni dei dirigenti, tutti elementi che stridono con le evidenze di una pubblica amministrazione afflitta da problemi, lentezze, rigidità e con risultati spesso non adeguati ai bisogni ed alle domande che provengono dal mondo esterno. In questo quadro di “obiettivi sempre ampiamente conseguiti” i segnali che la valutazione può dare, in chiave di miglioramento della gestione, sono davvero limitati e modesti.

Né sembra che la valutazione abbia contribuito a fondare su basi di maggiore razionalità il rapporto politici-dirigenti, come preconizzato dalla teoria principale-agente. Si sostiene infatti, in aderenza a questo modello teorico, che lo strumento valutativo consente di responsabilizzare la dirigenza (agente), a cui le norme hanno nel tempo riconosciuto gradi crescenti di autonomia nella sfera gestionale, nei confronti dei politici (principale), i quali possono in tal modo indirizzarne e controllarne l’azione. La realtà ha invece mostrato un interesse blando dei politici a servirsi della valutazione per finalità di indirizzo dell’attività dirigenziale e, al contrario, un interesse della dirigenza ad introdurre lo strumento valutativo, come mera procedura svuotata dei suoi contenuti, per la finalità latente di dare un fondamento giuridico alla legittima erogazione della retribuzione di risultato e delle componenti premiali.

Sulla scorta di queste riflessioni, c’è da chiedersi se l’utilizzo della valutazione in chiave formalistica, di strumento per essere conformi alle norme

e per legittimare l'erogazione delle voci retributive premiali, non identifichi in realtà un punto di equilibrio che accontenta tutti gli attori del sistema. E se, per spostarsi da questo punto di equilibrio, nella direzione di un utilizzo più vicino alle finalità manifeste, non sia invece necessario cambiare strategia, mettendo al centro il contenuto degli obiettivi e degli indicatori, anziché la forma delle “corrette procedure” da mettere in campo.

6. *È possibile definire risultati ed indicatori di riferimento comuni ad amministrazioni della stessa tipologia?*

Se quello della valutazione interna basata su piani e programmi delle singole amministrazioni è stato, in un certo senso, il modello dominante e prevalente, almeno sul piano della regolazione normativa della contrattazione integrativa, nella pubblica amministrazione italiana sono anche documentabili esperienze di valutazione diverse da questo tipo di indirizzo, per lo più circoscritte a specifici settori della PA, in cui l'asse portante della valutazione non è costituito dagli obiettivi fissati nei piani e programmi di ciascuna amministrazione, ma da obiettivi ed indicatori predefiniti, comuni a più amministrazioni della stessa tipologia istituzionale .

Si tratta di esperienze che hanno seguito un percorso di governance di un sistema composto da un insieme di amministrazioni più che processi di management interni alla singola amministrazione. Percorso in cui hanno giocato un ruolo importante organismi o istituzioni esterne o diverse dalla singola amministrazione che viene valutata.

In questo tipo di valutazione, le misure di risultato scaturiscono prevalentemente dalle missioni delle amministrazioni o, in un senso più ampio, da missioni generali di *policy* e di servizio pubblico. Talvolta, esse sono influenzate da idee di sviluppo e di progresso del sistema sociale ed economico sul quale interviene l'azione dell'amministrazione³.

Non a caso questo tipo di valutazione è utilizzata in settori amministrativi dove operano molte amministrazioni di servizio pubblico con caratteristiche istituzionali simili, le quali costituiscono un sistema o una rete, tutte finalizzate alla medesima *policy*: tale caratteristica si riscontra ad esempio nel

³ REGONINI *Le riforme amministrative come politiche pubbliche in Lavoro Pubblico fuori da tunnel?* in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (cura di) *Lavoro Pubblico fuori da tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, Il Mulino - AREL, 2017, p. 385.

settore scolastico, nel settore sanitario, nel settore degli enti locali. Ciò rende possibile utilizzare i medesimi indicatori per tutta la rete di amministrazioni, di fare raffronti tra esse (stabilendo dei *benchmark*), di valutare con più accuratezza l'impatto sul risultato di variabili esogene o ambientali, depurando gli effetti di queste ultime sugli indicatori rilevati.

Questo diverso modo di valutare l'organizzazione è riscontrabile in alcuni settori, come sanità, istruzione, università, enti locali. Qui si richiamano due tipi di esperienze di applicazione di questo metodo: quello della Sanità, in cui la valutazione ha riguardato un ventaglio ampio di dimensioni di risultato; quello degli Enti locali, circoscritto ad una sola dimensione.

Nella sanità assumono rilievo gli indicatori economici e finanziari, gli indicatori di prestazione, gli indicatori sugli esiti degli interventi sanitari. I LEA (Livelli Essenziali di Assistenza) sono costruiti sull'insieme delle prestazioni che il SSN offre. Furono istituiti a livello nazionale per la prima volta con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri il novembre 2001, in vigore dal 2002, sulla base del principio costituzionale in base al quale le prestazioni sanitarie devono essere garantite a tutti, principio attuato con la legge istitutiva del SSN nel 1978. È un percorso che dura da più anni e che è stato influenzato da analoghe esperienze già in corso in Europa e a livello internazionale.

I LEA si traducono in più indicatori di sintesi riferiti a prevenzione, assistenza ospedaliera, assistenza distrettuale. Tutti gli indicatori sono calcolati con riferimento alla popolazione regionale con l'eccezione degli indicatori ospedalieri che tengono conto di tutte le attività sanitarie regionali indipendentemente dalla residenza. Sia a livello regionale che per ciascuna unità, tali indicatori operano in modo comparativo per cluster tipologici di popolazione (genere ed età, innanzitutto) e di conformazione del territorio e dei servizi erogati.

La raccolta degli indicatori LEA, e il loro utilizzo per la valutazione della sanità regionale, è fatta nell'ambito di un comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei LEA presso il Ministero della Salute. Partecipano attivamente l'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (AGENAS) e l'Agenzia Nazionale del Farmaco (AIFA). Presso il Ministero dell'Economia un tavolo tecnico verifica i LEA in rapporto alla spesa regionale. Infine, un tavolo politico, composto da entrambi i ministeri e dalle rappresentanze regionali, esprime un parere definitivo dei risultati. Il loro esito, se positivo, consente alle Regioni di accedere alla quota premiale del 3% sul finanziamento regionale.

È solo dopo quest'ultimo passaggio che l'adozione di piani programmi obiettivo per ciascuna unità diviene un atto strategico con una propria consistenza operativa. Dal 2007 al 2017, sempre sulla base dei risultati economici e dei LEA, circa otto regioni hanno dovuto sottoscrivere un piano di rientro e programmi operativi di miglioramento degli indicatori prestabiliti. Gli indici LEA e quelli di costo aiutano le aziende ed i sistemi regionali ad individuare priorità di intervento con programmi obiettivo per singola amministrazione, per funzioni da potenziare, interventi da mettere in campo per migliorare nel tempo i risultati⁴.

L'esperienza degli Enti locali ha riguardato invece la determinazione dei Fabbisogni standard di spesa. Il progetto, condotto congiuntamente da IFEL e SOSE, è stato avviato su impulso delle norme che hanno introdotto il Federalismo fiscale, per affrontare e risolvere, con intento pragmatico, un problema specifico: quello di attribuire le risorse finanziarie agli enti locali su basi di maggiore razionalità e trasparenza rispetto al passato. A tal fine, si è proceduto all'analisi delle diverse funzioni ritenute fondamentali (Asili nido, Anagrafe, Funzioni Amministrative, Istruzione, Polizia Locale, Rifiuti, Servizi Sociali, Tributi, Ufficio Tecnico, Territorio e Protezione Civile, Trasporto Pubblico, Viabilità) poste in capo agli enti ed alla determinazione di coefficienti di riparto, basati su una “spesa standard” che tiene conto di una serie di indicatori di contestualizzazione, sia sul versante della domanda (composizioni demografiche, caratteristiche economiche ecc.) che su quello dell'offerta (costi specifici dei diversi fattori produttivi, specificità locali delle modalità di erogazione ecc.). Questo tipo di analisi, ancorché effettuata con l'obiettivo specifico di governare il problema del riparto delle risorse finanziarie, si presta ad essere utilizzata anche per finalità di valutazione dell'efficienza degli enti locali⁵.

⁴ MOIRANO, *La valutazione esterna delle prestazioni nel Sistema Sanitario nazionale*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *L'eccellenza nelle amministrazioni pubbliche, valutare oltre gli adempimenti formali*, AREL, 2013, p. 249; BOTTI, CARLE, *Benchmarking delle prestazioni nel sistema sanitario. Successi ed insuccessi*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro Pubblico fuori da tunnel?*, cit., p. 233.

⁵ MASTROGIUSEPPE, *Pubblica Amministrazione, tra valutazione esterna e interna*, in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro Pubblico fuori da tunnel?*, cit., p. 183; VIGNOCCHI, PEITI, *Riorientare il governo del personale: i fabbisogni standard* in DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro Pubblico fuori da tunnel?* cit., p. 289; PEITI, VIGNOCCHI, *Una metodologia integrata di misurazione della performance organizzativa. L'esempio del sistema camerale*, in corso di pubblicazione, in corso di pubblicazione in RIV.

Un punto di forza delle due esperienze è rappresentato dal confronto di *performance* tra organizzazioni simili, aspetto che differenzia in modo sostanziale questo tipo di valutazione da quella basata su obiettivi definiti nei piani di ciascuna amministrazione. Si pongono le premesse, in tal modo, per superare l'autoreferenzialità dei piani e per contenere i fenomeni di opportunismo nell'utilizzo dei sistemi valutativi. Il confronto con gli altri spinge anche ad interrogarsi su possibili percorsi di innovazione perché i soggetti modificano la prospettiva di osservazione dei loro risultati guardando anche all'esterno e in avanti, alla ricerca di prassi migliori⁶. Consente una autoregolazione del sistema a fronte di eventi esogeni, quale la pandemia, attraverso il confronto tra amministrazioni e una verifica o meno della loro capacità di risposta.

È ipotizzabile che il confronto tra dati ed esperienze accresca lo spazio di autonomia della dirigenza, che trae maggiore legittimazione dal fatto di operare all'interno di un sistema in cui vi è una condivisione di fondo su obiettivi a medio-lungo termine verso i quali tendere. Allo stesso modo il *benchmark* legittima e rafforza i percorsi di cambiamento e può favorire percorsi di apprendimento organizzativo. Non solo della dirigenza in quanto tale, ma anche dei lavoratori, dei sindacati, degli utenti e di altri *stakeholder*.

7. Conclusioni

I due approcci alla valutazione fin qui analizzati (quello autocentrato, basato sui piani e programmi di ciascuna amministrazione, in una logica di *management*, e quello che considera i risultati comuni a più amministrazioni, facenti parte di una rete o di un sistema, in un'ottica di *governance*) non vanno necessariamente visti come alternativi o contrapposti l'uno all'altro. In altre parole, la condivisione di risultati comuni (e relativi indicatori), per finalità di *governance* di un sistema di amministrazioni, non si contrappone (anzi, potrebbe essere di impulso) all'utilizzo di sistemi di pianificazione e controllo, in una logica manageriale.

La valutazione basata su indicatori comuni tra amministrazioni simili potrebbe, infatti, spingere verso la definizione di obiettivi meno autoreferenziali e maggiormente orientati a cogliere dimensioni di risultato più si-

⁶ NUTI, *La Valutazione delle performance in sanità*, Il Mulino, 2008.

gnificative e rilevanti oltre che accrescere gli incentivi, a servirsi della valutazione per correggere inadeguatezze e problemi evidenziati dal confronto con amministrazioni simili. Potrebbe dare, inoltre, una spinta ad operare in termini più strategici e a spostare l'attenzione dalla mera tecnica valutativa ai contenuti di ciò che si vuole ottenere in termini di effetti sul mondo esterno e quindi agli indicatori più adeguati per rappresentarli.

Nell'esperienza italiana sulla valutazione colpisce l'attenzione, spesso eccessiva, dedicata alle procedure ed alle tecniche di valutazione ed la scarsa attenzione al “cosa valutare”. È prevalsa l'idea che la “tecnica” gestionale potesse sopperire alla carenza di contenuti, che bastasse la sola evocazione di obiettivi “SMART” (acronimo inglese con il quale si identificano obiettivi *Specific, Measurable, Accepted, Realistic, Timely*) contenuta nella normativa, per ottenere davvero obiettivi e misure significative e rilevanti. La realtà ha invece dimostrato che la questione dei contenuti è quella preminente e che un sistema di valutazione funziona nella misura in cui si alimenta di visioni e programmi d'azione su come conseguire certi effetti di sistema.

I piani e programmi, a loro volta, possono contestualizzare gli indicatori esterni, definire risultati intermedi funzionali a quelli esterni, considerare le variabili contingenti, tener conto, in altre parole, della situazione in cui si trova la singola amministrazione, dando maggiore praticabilità e concretezza agli indicatori esterni comuni a tutte le amministrazioni e consentendo una maggiore focalizzazione su ciò che è realmente alla loro portata.

È opportuno, infine, chiudere con una riflessione sulla fase attuale e sulla forte domanda di cambiamento rivolta alle pubbliche amministrazioni sia per affrontare l'emergenza sia per gestire la ripresa post-pandemica. Diviene assolutamente prioritario in questo contesto, pensando ad esempio al PNRR ed alla sua attuazione, lavorare per linee di intervento comuni o su obiettivi di policy condivisi, superando la frammentazione, lo scollamento tra i livelli di governo, l'andare in ordine sparso su questioni o problemi comuni. In altre parole, è richiesto non solo un cambiamento alle singole amministrazioni, ma anche un rafforzamento delle capacità di governo complessivo del sistema. Alcune inadeguatezze evidenziate nella fase di emergenza riflettono proprio la difficoltà di procedere per linee di intervento condivise, verso obiettivi comuni di politica nazionale.

In questo quadro, superare l'approccio meramente procedurale alla valutazione diviene una necessità per riuscire a far camminare insieme, su obiettivi generali di sistema, amministrazioni diverse ed autonome. In questo

senso, le missioni e le linee progettuali del PNRR come la digitalizzazione della PA, la transizione ecologica, la mobilità sostenibile, l'assistenza di prossimità e la telemedicina (solo per fare alcuni esempi) possono diventare le basi su cui costruire indicatori comuni, che misurino la capacità delle diverse amministrazioni di contribuire agli obiettivi del piano. Si tratta di una opportunità da non perdere per mettere finalmente al centro della riflessione i contenuti concreti di ciò che può essere oggetto di valutazione, anziché la forma astratta della procedura valutativa.

Keywords

Lavoro pubblico, organizzazione, risultati, valutazione, performance.

Public employment, public administration, organization, assessment, performance.

Guglielmo Corsalini

Maurizio Cinelli, Guglielmo Corsalini, *La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*, Giuffrè-Lefebvre, 2020, pp. 330

La collana “Teoria e pratica del diritto” della casa editrice Giuffrè-Lefebvre si è arricchita, di recente (ottobre 2020), di un nuovo titolo: “*La centralità del lavoratore nel sistema di tutela INAIL*”, di Guglielmo Corsalini: uno studio, di taglio manualistico, dedicato all’analisi della vigente disciplina dell’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Un manuale tra i tanti, ormai, si potrebbe osservare d’acchito; ma così non è.

Si legge nella quarta di copertina che l’obiettivo dell’opera è di “rispondere ad esigenze di ordine teorico”, ma anche “ai quesiti legati alla risoluzione delle fattispecie concrete, attraverso la valutazione delle possibili ricadute che ogni scelta ermeneutica può avere sulla prassi amministrativa e sulla giurisprudenza”. Così, con semplicità, ma con la massima evidenza, l’Autore fa esplicita professione di aver assunto come riferimento i valori “alti” dei quali è felice (e ambiziosa) sintesi il sintagma che figura, riferito al diritto, nella intitolazione stessa della collana ospitante.

E si tratta di impegno che, come il paziente lettore potrà agevolmente riscontrare, si segnala per coerenza e rigore. Un rigore arricchito dalla sensibilità che, pur nella sapiente illustrazione del dato tecnico-giuridico, può fornire soltanto la piena consapevolezza sia delle specificità dell’apparato normativo oggetto dell’analisi, sia delle implicazioni che discendono, nel bene e nel male, al momento della loro materiale applicazione, dalle regole di quell’apparato. Non per nulla, Guglielmo Corsalini è da quasi un trentennio avvocato dell’INAIL, e arricchisce la sua attività forense con l’esperienza di una lunga stagione di contratti di docenza universitaria.

La materia dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali può fare assegnamento, come è noto, su un corpo normativo solido e sedimentato: un vantaggio e una garanzia di stabilità, che altre branche dello stesso settore dell'ordinamento giuridico non hanno. E, tuttavia, nel momento stesso in cui si tratta di "leggere" e applicare i principi dei quali quel corpo normativo deve ritenersi espressione, non sfugge all'interprete "attrezzato" – e tale è, segnatamente, l'Autore, come autorevolmente riconosce anche, e per diretto riscontro nelle aule della Corte di cassazione, Aldo de Matteis, cui si deve la "presentazione" che apre il volume – come la logica e la tecnica di carattere strettamente assicurativo, che hanno caratterizzato *ab origine* quella forma di tutela sociale, segnandone anche i successivi sviluppi, debbano oggi essere opportunamente "rimodulate" a fronte dell'impatto con i valori introdotti dalla Costituzione repubblicana. Valori che richiedono che l'attenzione del giurista, così come quella del decisore politico, idealmente trasmigrino dalla tutela del lavoratore "assicurato" (secondo la logica del tradizionale, risalente modello) alla tutela della "persona": di quella "persona" che, nell'ottica dell'articolo 3, comma 2, della Costituzione, non potrebbe raggiungere la piena realizzazione se difettassero le tecniche atte a garantire la liberazione dal bisogno.

Quella lettura, d'altra parte, non può prescindere, come ben sappiamo, neppure dalla considerazione di altre "singolarità" della specifica disciplina. Chi si trova a doversi confrontare, per ragioni professionali o di studio, con il vigente contesto normativo dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, infatti, non può ignorare che il valore della sostanziale stabilità del relativo assetto normativo – il cui merito di certo va, per una porzione non indifferente, alla qualità tecnica del prodotto normativo confluito nel testo unico del 1965 – non esclude, come è ovvio, l'esigenza di adeguamento ai mutamenti della realtà in riferimento. E, tuttavia, tanto concretamente si realizza (si è realizzato) attraverso un processo di arricchimento e specificazione del dato normativo, che ha una caratteristica particolare: quella di essere frutto della equilibrata interazione di una pluralità di "fonti".

In effetti, si può affermare che la vigente disciplina in riferimento, sia il frutto di un *mix*, nel quale la fonte legislativa, nonostante la sua ovvia valenza primaria, non è solita forzare, pur nell'opera di fisiologico, periodico "aggiornamento" o arricchimento del dato normativo esistente, il comune sentire; e, correlativamente, l'evoluzione del comune sentire, quale filtrato,

interpretato e espresso dalla giurisprudenza, tanto costituzionale, quanto di legittimità – ma, diciamolo, anche dalla sensibilità di coloro che, in sede amministrativa o forense, operano nello specifico settore (e qui può considerarsi implicito il riferimento anche a chi, come l'Autore, tale sensibilità ha motivo di manifestare, dato il suo ruolo professionale, anche nello svolgimento dell'attività forense) –, ha consentito il progressivo adattamento, ma anche l'ampliamento, per così dire, in via "pretoria", dell'ombrello protettivo. Una realtà "creativa", in sostanza che, notoriamente, in più occasioni è valsa a fornire allo stesso legislatore il substrato di riferimento per l'attivazione di interventi di razionalizzazione-innovazione dell'apparato normativo in essere.

In altre parole, chi si occupa del settore non può non tenere in debito conto il fatto che il fenomeno dell'adeguamento alle nuove realtà della disciplina in riferimento si realizza attraverso un processo virtuoso, per così dire "circolare"; un processo al quale – la circostanza merita di essere sottolineata ancora una volta – non è estraneo il concorso delle prassi "illuminate" (non altrettanto frequenti in altri settori), direttamente o indirettamente imputabili alle varie componenti dell'Istituto previdenziale deputato alla specifica materia.

L'opera di Corsalini – dalla quale traspare la consapevolezza di quanto sopra – presenta, quanto a obiettivi di completezza di informazione, criteri basilari di analisi, organizzazione e ripartizione di argomenti e temi, scelta del *target* dei destinatari, la "veste" propria dei manuali. E, in effetti, se si dà rilievo al fatto che l'obiettivo dichiarato è quello di fornire una rappresentazione, in forma sintetica e piana, ma tendenzialmente completa, della disciplina della specifica materia – seppure assumendo come punto di vista privilegiato la tutela del lavoratore (e dunque trattando solo per sommi capi le discipline del finanziamento dell'assicurazione e dell'obbligazione contributiva, in quanto ricadenti nel versante datoriale) –, l'opera può senz'altro collocarsi, a pieno titolo, nel genere manualistico.

E, tuttavia, a differenza di quanto solitamente avviene, in questo caso l'Autore non si preoccupa soltanto di fornire una puntuale informazione su quanto riguarda in generale lo specifico tema tramite una descrizione "ragionata" e organica della vigente normativa dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Invero, Corsalini, tutte le volte in cui ne avverte l'esigenza, non esita ad entrare nel vivo della questione controversa, per rappresentare, argomentare e sostenere (sia pure in termini di essenzialità) il proprio punto di vista; e ciò anche quando

la sua tesi, in ipotesi, si ponga in patente contrasto con l'opinione e la prassi correnti. Insomma, è come se il "manuale", senza rinnegare la sua identità, in tali occasioni tendesse a farsi anche momento di riflessione critica, nella logica di quel diverso genere, che è il "saggio".

I punti in cui l'opera rivela tale caratteristica non sono pochi.

Un primo esempio lo si può cogliere già nelle prime pagine del volume: precisamente, nel capitolo nel quale l'Autore, dovendo trattare il tema dei soggetti tutelati e delle attività protette, affronta la spinosa questione del carattere selettivo dell'assicurazione. Egli stigmatizza, innanzitutto (in questo allineandosi ad un orientamento che ha già da tempo validi sostenitori), l'incongruenza di fondo, rispetto alla garanzia di cui all'articolo 38, comma 2, della Costituzione, di una protezione sociale ad ambito soggettivo limitato. Una incongruenza da riconoscere anche nella disciplina vigente dell'infortunio *in itinere*, ma che, come egli sottolinea con forza, diviene addirittura intollerabile, per l'effetto di esclusione dall'ombrello protettivo dell'assicurazione che si determina proprio nei confronti di categorie di soggetti che, viceversa, sarebbero più che mai meritevoli di quella specifica forma di tutela. Quanto scandalizza Corsalini (e, diciamolo, non solo lui) è, per la precisione, l'esclusione dall'ambito della forma di tutela sociale in riferimento di quei medici e infermieri, che, pur dedicandosi *ex professo* e in prima persona al contrasto dei drammatici effetti della pandemia da *Covid-19*, alla stessa stregua e nelle stesse condizioni materiali e di rischio dei colleghi incardinati nelle strutture ospedaliere, da questi si differenziano unicamente per la qualificazione giuridica (in termini di autonomia, anziché di subordinazione) del rapporto di lavoro che intrattengono con quelle strutture.

Palese, seppur implicita, è la critica di fondo rivolta *in primis* al legislatore; ma rivolta nella sostanza anche alla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, pur essendo riuscita, in più occasioni, a ottenere l'inclusione nell'area protetta di figure professionali altrimenti escluse, non ha saputo però prendere le dovute distanze da quel criterio selettivo, divenuto così inattuale, del quale tale attuale vicenda può considerarsi emblematica e riprovevole conseguenza.

Corsalini, comunque, insiste e torna sull'argomento nel capitolo successivo, il quale, per essere intitolato agli infortuni sul lavoro, è comprensivo, *ratione materiae*, anche del danno da *Covid-19*.

Prendendo spunto dalla emblematica (e inaccettabile) situazione di esclusione, di cui sopra, nell'intento di prospettare un possibile rimedio, Cor-

salini, sostiene che è giunto il momento a che il cruciale concetto di “occasione di lavoro” venga liberato, una volta per tutte, dal riferimento al concetto di rischio professionale; e, allo scopo, ipotizza la possibilità di utilizzare, in via analogica, lo stesso concetto sul quale si fonda la regola dettata dall’art. 2049 c.c., e, quindi, di considerare come avvenuti in occasione di lavoro quegli infortuni che i lavoratori abbiano subito “nell’esercizio delle competenze cui sono adibiti” (che è, appunto, la formula adottata da detta norma come criterio di imputazione della responsabilità per danni).

L’argomento dell’infortunio *in itinere* è argomento particolarmente caro a Corsalini, che se ne è occupato espressamente in diversi scritti, e al quale comunque ha dedicato, nel 2005, l’apprezzata monografia, “*Gli infortuni sulle vie del lavoro*” (poi aggiornata e rielaborata con altro titolo nel 2009). E proprio a lui risalgono – appare giusto sottolinearlo – alcune elaborazioni concettuali (poi trasfuse nell’attività forense) che hanno influito sulla evoluzione giurisprudenziale relativamente ad alcuni aspetti cruciali: dall’estensione della tutela dell’infortunio *in itinere* al lavoratore che si sposta in bicicletta, al superamento dell’orientamento negativo per gli infortuni derivanti dalla colposa condotta di guida dell’infortunato stesso o dall’errore da lui commesso nella scelta del percorso.

Al proposito, viene lucidamente professata l’opzione per un orientamento di favore, in generale, nei confronti di soluzioni che offrano la più ampia garanzia di protezione durante il viaggio che il lavoratore intraprende per recarsi sul posto di lavoro; un criterio che egli propone di applicare anche alle ipotesi più discusse della varia casistica degli infortuni sulle vie del lavoro: per esemplificare, ai casi di uso del mezzo privato, di *iter* protetto, di percorso verso il luogo di consumazione del pasto, di infortunio nell’ambito delle pertinenze dell’abitazione, di interruzione e deviazione del tragitto, di guida senza patente o in stato di ebbrezza, di colpa del conducente, di tutela del lavoratore trasportato.

Quanto alle malattie professionali (oggetto del quarto capitolo del manuale), dopo aver ricordato, da un lato, il percorso che ha condotto tanto la giurisprudenza quanto l’Istituto previdenziale ad imboccare la medesima strada, destinata a condurre al riconoscimento della indennizzabilità anche di patologie “non strettamente professionali” – come, in particolare, i danni da costrittività organizzativa (nelle ormai ben note tipologie del *mobbing*, dello *straining*, dello *stalking*, del *burn out*), o da fumo passivo, o da radiazioni da cellulare –, e, da un altro lato, il processo in corso, che vede sempre meno

distanti i due concetti di “causa di lavoro” e di “occasione di lavoro”, e, dunque, sempre più evanescente la distinzione tra tecnopatie e infortuni, Corsalini propugna l’esigenza di “aprire” al riconoscimento delle malattie *in itinere*, cioè di quelle malattie contratte a causa della reiterazione di spostamenti per ragioni di lavoro.

Infine, nell’ultima parte del libro, si segnala la tesi che l’Autore propugna sia in riferimento alle questioni del danno e del relativo risarcimento, con particolare riguardo sia alle ipotesi in cui l’evento pregiudizievole subito dal lavoratore dipenda da responsabilità di terzi o del datore di lavoro o di soggetto tenuto a garantire la sicurezza, ai sensi dell’art. 10 del T.U., sia in riferimento alle azioni di rivalsa dell’INAIL, considerate anche alla luce della disciplina che regola tali azioni in ambito comunitario.

La tesi – che lo stesso Autore consapevolmente definisce “coraggiosa”, e che, per questo viene da lui esposta “con grande cautela”, come ci tiene a sottolineare – è che all’azione di regresso dell’INAIL non si dovrebbe applicare il limite costituito dal danno civilistico, a differenza di quanto vale, questa volta giustificatamente, nel caso dell’azione di surroga. Una tesi che, come è evidente, si contrappone frontalmente all’orientamento consolidato, secondo il quale l’azione di regresso dell’Istituto previdenziale subisce il limite del danno civilistico, data l’esigenza di evitare (nel caso di accertata responsabilità datoriale o di terzi nella causazione dell’evento dannoso) una disparità di trattamento tra il datore di lavoro e il terzo estraneo al rapporto assicurativo, da ritenere, secondo quell’orientamento, ingiustificabile.

Corsalini sostiene, infatti, che la differenziazione di trattamento nei confronti del datore di lavoro e del terzo trova la sua giustificazione nella diversità dei presupposti soggettivi ed oggettivi delle due azioni, rispettivamente, di surroga e di regresso: il regresso, quale azione autonoma dell’Istituto, con termine di prescrizione (o di decadenza) triennale, con finalità di prevenzione, da esercitare nell’ambito del rapporto assicurativo e in conseguenza di un fatto di reato perseguibile d’ufficio; la surroga, quale azione strettamente connessa, invece, a quella risarcitoria dell’infortunato e con gli stessi termini di prescrizione, con obiettivi esclusivamente economici, da indirizzare ad un soggetto terzo, tenuto al risarcimento del danno anche per fatto colposo e addirittura per responsabilità oggettiva. In conclusione il regresso avrebbe come limite quanto erogato dall’INAIL e non l’ammontare dei pregiudizi civilistici dell’assicurato; con la possibilità del datore di lavoro di sindacare l’operato dell’Ente solo ai fini della con-

testazione dell'*an* o del *quantum* della rivalsa, stante la sua estraneità al rapporto previdenziale.

Coerentemente a tale impostazione, in ordine alla connessa questione della ripartizione di quanto dovuto dal responsabile civile, e, dunque, ai criteri da adottare per quantificare il danno differenziale, Corsalini si schiera a favore della tesi del confronto per poste congiunte di danno (ovvero, per sommativa): in tal modo ponendosi ancora una volta in contrasto con l'orientamento della Suprema Corte, la quale, viceversa, appare privilegiare il confronto per poste omogenee: cioè un criterio che – egli sostiene dati alla mano – è suscettibile di condurre ad una indebita locupletazione del lavoratore assicurato.

Oltre a quelli fin qui ricordati, l'Autore si espone in prima persona anche in riferimento ad altri temi e questioni: ad esempio, in materia di contenzioso previdenziale, oppure in tema di prescrizione. Quanto sin qui ricordato, tuttavia, può considerarsi sufficiente a dar conto di caratteristiche, peculiarità e pregi dell'opera in riferimento.

Peraltro, prima di chiudere le presenti chiose, c'è qualcos'altro che non sarebbe giusto trascurare. Si tratta del "modo" con il quale si può ritenere che l'Autore si ponga di fronte al fenomeno che illustra e analizza; o, se vogliamo, di quanto può considerarsi rappresentativo di scelte valoriali, alle quali l'opera si informa.

Una valutazione, per così dire, in controluce dell'impostazione delle questioni controverse alle quali si è già fatto cenno (accompagnata da un'attenzione per i "segni" rivelatori, di cui appresso), può fornire, ad avviso di chi scrive, la chiave di lettura di quanto caratterizza aspetto fondamentale e condizionante: quello della "idea di diritto", alla quale può ritenersi che l'Autore si sia implicitamente ispirato nell'affrontare le problematiche trattate.

Ebbene, dalle pagine del libro appare possibile enucleare più di un elemento che induce a ritenere che all'Autore sia congeniale un'idea di diritto non necessariamente "chiuso" in sé, ben saldo nella certezza delle sue risposte, ma piuttosto una idea di diritto "aperto" alle contaminazioni, e, dunque, *in primis*, alle istanze che si radicano nei sentimenti, nella creatività, nella fantasia: un diritto "sensibile", cioè, alle pulsioni, ai bisogni, alle fragilità proprie di quel complesso di contraddizioni che è l'essere umano.

Un "sintomo" di quanto qui si sta prospettando, può considerarsi già il titolo del libro: un titolo – "*La centralità del lavoratore nel sistema di tutela*

INAIL” – che, come giustamente osserva Aldo De Matteis nella già ricordata “presentazione” dell’opera, “nessun manuale o trattato della nostra materia è mai stato titolato così. Eppure è questo il cuore del problema”.

Particolarmente indicativo appare essere, nella medesima direzione, anche quanto lo stesso Autore scrive nella pagina di “prefazione” alla sua opera: “Ho tentato di seguire una logica giuridica al servizio della vita, avendo bene impresso che fine dell’ordinamento è, o dovrebbe essere, il bene dell’uomo, nella convinzione che la protezione sia il centro del sistema di tutela e, quindi, la missione fondamentale dell’INAIL”. Una dichiarazione programmatica, una specifica indicazione pedagogica; ma, soprattutto, una chiara presa di posizione valoriale, mi sembra, che, più che giustificare, vale a confortare e supportare più d’una delle scelte interpretative alle quali si è sommariamente accennato.

Si colloca nella medesima prospettiva, infine, la modalità prescelta dall’Autore per la “chiusura” del libro: il suggello di una poesia. La poesia, in dialetto napoletano, che il drammaturgo e attore, oltre che poeta, Raffaele Viviani (1888 – 1950), ha dedicato, con toni di impareggiabile afflato umano, alla narrazione di uno dei tanti infortuni mortali sul lavoro, specie all’epoca: quello di un muratore con famiglia a carico che, nello svolgere il suo quotidiano lavoro, casualmente inciampa e, con effetti fatali, cade dalla precaria impalcatura. Una scelta inconsueta, e coraggiosa, per le conclusioni di un testo di diritto, al quale, per di più, si è inteso imprimere il carattere (che, di norma, tende ad essere “asettico”) del “manuale”. E, tuttavia, è scelta che appare confermare quanto qui si intende sottolineare; e che, comunque, sembra ancor più accreditare – in un ambito oggi assai “frequentato”, quale è quello della disciplina dell’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali – l’opera in esame. Un’opera che, anche laddove (“tradendo”, forse, i caratteri del genere manualistico) si propone di fornire originali contributi di riflessione e di proposte, si esprime, sì, in toni piani e sommessi, ma non riesce a nascondere di essere forte di carattere.

notizie sugli autori

Simone D'Ascola

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Pisa

Giuseppe Della Rocca

Già Associato di Sociologia del lavoro e dell'organizzazione, Università della Calabria

Massimiliano Delfino

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Lina Del Vecchio

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università dell'Aquila

Maximilian Fuchs

Professore di diritto civile, del lavoro e della sicurezza sociale europeo nell'Università cattolica di Eichstätt-Ingolstadt

Andrea Gentile

Ricercatore in Diritto penale, Università telematica San Raffaele di Roma

Donata Gottardi

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Verona

Pierluigi Mastrogiuseppe

Direttore generale dell'Agenzia per la Rappresentanza Negoziata delle Pubbliche Amministrazioni

Emanuele Menegatti

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna

Claudia Murena

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali, Università di Salerno

Łukasz Pisarczyk

Professore di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Università di Varsavia

Thomas Pasquier

Professore di Diritto del lavoro, Université Lumière di Lione 2

Direttore dell'Institut d'études du travail di Lione

Barbara Surdykowska

NSZZ "Solidarność" (Polonia)

Teodoro Tagliaferri

Ordinario di Storia contemporanea, Università di Napoli Federico II

Laura Tebano

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Laura Tomasi

Magistrato, assistente di studio presso la Corte costituzionale

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di settembre 2021
dalla Grafica Elettronica (Na)

