

indice

editoriale

- 5 ANGELO ABIGNENTE
L'incertezza nel diritto: biasimo o elogio?

saggi

- 11 MICHELE FAIOLI
Finanziamento, transizioni industriali e formazione continua: qualità della riforma delle integrazioni salariali
- 47 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Work-life balance, flessibilità dell'orario di lavoro e discriminazioni
- 85 ANNAMARIA DONINI
Informazione sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: poteri datoriali e assetti organizzativi
- 105 JACOBO SANCHEZ CODONI, MATTEO VRICELLA
Sull'appalto di manodopera "4.0": proprietà dei mezzi di produzione, titolarità del rapporto di lavoro e tutela dei lavoratori

giurisprudenza

- 133 MARIO RUSCIANO
L'incostituzionalità dell'art. 8 della legge 148 del 2011
(Commento a Corte Costituzionale 28 marzo 2023 n. 52)
- 149 GAETANO NATULLO
I contratti a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche: dall'illegittimità al regime sanzionatorio
(Commento a Corte di Cassazione, Sezione Unite, 22 febbraio 2023 n. 5542)

2 **indice**

osservatorio

165 **ANTONIO VISCOMI**

Annotazioni sparse per una condizionalità non rancorosa

179 *Notizie sugli autori*

181 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 5 ANGELO ABIGNENTE
Uncertainty in Law: Blame or Praise?

articles

- 11 MICHELE FAIOLI
Funding, Industrial Transitions and Lifelong Learning: Quality of the Reform on Wage Integrations
- 47 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Work-life Balance, Working-time Flexibility and Discrimination
- 85 ANNAMARIA DONINI
Information on Automated Decision-Making and Monitoring Systems: Employer Prerogatives and Organisational Structures
- 105 JACOBO SANCHEZ CODONI, MATTEO VRICELLA
Labour Procurement '4.0': Ownership of the Means of Production, Ownership of the Employment Relationship and Protection of Workers

case law

- 133 MARIO RUSCIANO
The Unconstitutionality of Article 8 of Law No. 148/2011
(Comment to Corte Costituzionale's decision 28 March 2023 no. 52)
- 149 GAETANO NATULLO
Fixed-term Contracts in the Lyrical and Symphonic Foundations Industry: from Illegitimacy to the Sanctions Regime
(Comment to Corte di Cassazione's decision, Sezione Unite, 22 February 2023 n. 5542)

4 **table of contents**

observatory

165 ANTONIO VISCOMI

Scattered Notes for a Non-Rancorous Conditionality

179 *Authors' information*

181 *Abbreviations*

Angelo Abignente

L'incertezza nel diritto: biasimo o elogio?

“In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio. Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia. Tale discrezionalità si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima. All'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza. La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse”.

È questo un passaggio significativo, l'enunciazione di un vero principio di diritto, che sorregge l'argomentazione della sentenza 194/2018 con cui la Corte Costituzionale censurava alcune disposizioni del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, il *Jobs act*. La pronuncia di incostituzionalità ha subito sollecitato un intenso dibattito nella dottrina specialistica ma ai margini, con maggiore distacco e pacatezza, è forse possibile una riflessione teorica che parta dalla domanda: quali sono i limiti regolativi della legislazione?

Una cultura giuridica che ci ha plasmato o almeno ha plasmato la generazione a cui appartengo ci ha indotto a ritrovare certezza nella regolamentazione legislativa, nella fattispecie chiusa in cui si cristallizza la prevedibilità di comportamenti futuri. Ma è da chiedersi se quel paradigma, nella avvertita crisi della *fattispecie*, segni ancora una via preferenziale, com-

piuta ed esaustiva, nella realtà complessa in cui ci troviamo a vivere ed operare.

Pietro Piovani poneva l'accento sull'incontro del diritto con la vita, con la *molteplicità* e *poliedricità* della vita che si rivela un *prisma* dalle molteplici sfaccettature, radicandolo nella lettura dei Classici, nei dialoghi platonici e, particolarmente, nel Critone dove si coglie il movimento delle leggi verso l'individuo che è chiamato ad una accettazione ed osservanza critica. La dialettica diritto-vita è del resto un tema ricorrente nella riflessione filosofica novecentesca che emergeva in Capograssi nel compito assegnato al diritto di mediare tra l'individuo e l'esperienza; un compito arduo in un periodo di crisi quando lo Stato, chiamato nella sua *funzione di sintesi* a regolamentare il *mobile trasformarsi delle situazioni*, si rivela ambigualmente *onnipotente* e *impotente*, finendo per cedere ad una *astrazione dalla vita* che rischia di obnubilare il carattere della *umanità della vita*.

Si può dire che l'incontro del diritto con la vita e con il molteplice dell'esperienza è la vena carsica che attraversa anche la più recente riflessione filosofico-giuridica, la *riabilitazione della filosofia pratica*, ad opera di quegli autori che intendono recuperare il carattere razionale dell'agire e del sapere, la saggezza che lo orienta e dirige. Il nucleo centrale è la ripresa e rivalutazione del pensiero di Aristotele e la sua distinzione tra *scienze teoretiche* e *scienze pratiche*, rette non già dalla necessità oggettiva ma dalla contingenza, variabilità e mutevolezza che orientano l'agire, secondo il criterio della *phronesis* e della deliberazione contestuale.

Da questo approccio può scaturire un metodo che sappia rinunciare all'accomodante vettore di una mera derivazione (o del calcolo cartesiano) ma che si impegni nella costruzione che, dando significato al contesto, non si esaurisca in esso sino a diventare arbitrio ma lo riporti nei confini segnati dal testo, interpretandolo in riferimento ai bisogni, ai valori, alle scelte politiche e sociali che esso esprime. Riemerge così la convenienza del paradigma delle clausole generali, maggiormente capace di assecondare i mutamenti del presente e di non arrendersi, come osservava Rodotà con sensibilità gramsciana, *ad un vecchio che non muore e ad un nuovo che non riesce a nascere*.

È un paradigma coerente con lo Stato costituzionale, subentrato allo stato legislativo ed alla dommatica centralità della legge, che si apre alla complessità del presente ed al suo continuo ed accelerato divenire affidandosi alla giurisprudenza, chiamata in prima linea a celebrare quella mediazione sin-

tetica di cui parlava Capograssi, l'incontro del diritto con il caso, con la vita nella sua poliedricità.

La Corte Costituzionale ne è consapevole auspice nel censurare la “*indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell’esperienza concreta – diverse*” da parte del legislatore e nel valorizzare la “*prudente discrezionale valutazione del giudice*”.

Ciò non vuol dire configurare ed attribuire alla giurisprudenza un ruolo assoluto, esente da limiti e confini. Il limite alla discrezionalità, nel caso vagliato dalla Corte, è individuato nei “*confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima*”. Si instaura una relazione dialettica tra giudice e legislatore che richiama il tema classico del dialogo platonico, rivelando la relazione tra diritto e linguaggio che non è retto soltanto da regole sintattiche e semantiche ma anche prammatiche, capaci, in una situazione discorsiva, di tradurre il senso ed il bisogno in espressioni performative.

Certamente la constatazione della molteplicità implica una esigenza di ordine e organizzazione che sappia assicurare quella stabilità e prevedibilità che, pur nella polisemia del termine, è resa nel linguaggio giuridico con *certezza* del diritto, nella sua portata dogmatica ed ancor più con il carattere di istanza etica, ancor prima che giuridica, ricorrente nel pensiero giuridico primo-novecentesco. Ma si tratta di individuare in che modo la stabilità possa essere raggiunta e di quale ordine si tratti.

Le teoriche oggettualistiche perseguono il disegno di una organizzazione strutturale, la definizione di un sistema in sé unitario e coerente, staticamente definibile *ex ante* sul presupposto di un'unità di base posta dall'alto, la sovranità dello Stato moderno. Ma oggi una organizzazione stabile è messa in discussione di fronte all'apertura dei confini, non soltanto politici, economici, amministrativi ma anche culturali, sociali, tecnologici, comunicativi e, soprattutto, all'emergere di situazioni giuridiche che reclamano tutela. Viene da ciò restituita l'immagine complessa di una costellazione giuridica in movimento, segnata dalla pluralità di fonti in rapido divenire, eterogenee nelle loro origini eppure necessariamente convergenti nella definizione del caso, in quella *pratica del diritto* a cui è orientato il giudizio. Proliferazione delle fonti normative che non sono più direttamente rapportabili alla legge, sia sul piano internazionale che sul piano interno, sì da mettere in crisi quella dimensione della certezza del diritto che viene costruita come rapportabilità della fonte giuridica ad un unico centro: più che di *fonte*, nel presente, si può

parlare di plurime polle, di plurime sorgenti ed alla codificazione ed al sistema precostituito viene preferita la metafora della *rete*.

La molteplicità ed il poliformismo potrebbero indurre a volte, *prima facie*, a denunciare il *caos* che ne consegue ma una riflessione più attenta può svelare che il *caos* nella cultura classica è all'origine del cosmo e ciò consente di immaginare e prefigurare che nell'esperienza giuridica quell'apparente disordine può generare nuovo ordine.

Ce lo può confermare uno sguardo alla giurisprudenza di merito ed ancor più di legittimità nei casi in cui è stata chiamata a risolvere questioni in materie in continua evoluzione, anche a causa del progredire della scienza. Assumendo il ruolo mediativo che il costituzionalismo riconosce allo *ius dicere*, emancipandolo dalla subalternità alla legge nella mera reiterazione del suo contenuto dispositivo, affrancatisi da quella rete protettiva che accompagnava il procedere sussuntivo, i giudici sono stati in grado di intervenire e di tutelare diritti emergenti anche lì dove il legislatore non era giunto con una disposizione esplicita, consapevoli che, nel sistema eterarchico contemporaneo, il vincolo della soggezione alla legge, sancito dall'art. 101 Cost., non può non significare l'apertura di quel dialogo con le leggi che veniva scandito nel Critone platonico. La "riduzione della complessità, il raccoglimento unitario del molteplice", per usare una espressione di Natalino Irti, non può infatti trovare esaustiva risposta nella legge che, disponendo in modo generale ed astratto, vede in qualche modo compromesso il suo carattere regolativo per la definizione di una situazione concreta di vita.

Si potrebbe leggere l'intervento giudiziario, in alcuni casi acriticamente definito *creativo*, come *vulnus* alla certezza del diritto, alla prevedibilità dell'azione e delle decisioni giurisprudenziali. Ma è forse ormai maturo il tempo per cogliere che l'incertezza non è l'equivalente antitetico della certezza, rivelandosi piuttosto *occasione di possibilità*, assumendo la valenza positiva nell'incontro del diritto con la vita, delineando "cerchie di riconoscimento" di nuove identità, con le parole di Salvatore Veca, quel "mutamento quotidiano" che sollecita domande di senso, di spiegazione, di comprensione. Domande a cui la giurisprudenza è chiamata a rispondere con decisioni che certamente esprimono un margine di discrezionale valutazione e forse anche di contenuta creatività ma che si sottopongono ad un vaglio critico.

Del resto questo procedere si rivela sintonico con il nostro tempo, con l'acquisizione del *probabile* che ne è la cifra, come si avverte non soltanto nelle discipline confinanti con la scienza giuridica, sociologiche e filosofi-

che, ma anche nelle *hard sciences*. Ce lo insegna la fisica quantistica che, sulle orme del di Werner Karl Heisenberg, nei suoi sviluppi successivi, ha attribuito centralità all'osservatore come parte del sistema osservato, egli stesso partecipe di quel sistema con la sua decisione: la sua scelta crea il sistema e non lo considera come dato predeterminato ma come potenzialità e probabilità. L'apertura al possibile nell'esperienza giuridica segna così la partecipazione ad un dialogo interdisciplinare, in una prospettiva connettiva e di apertura linguistica che può rivelarsi il terreno propizio per ridiscutere l'antica questione del carattere scientifico della giurisprudenza e del suo metodo.

Intendere la incertezza come *possibilità* non vuol dire quindi addivenire ad una posizione scettica e negare così in radice che l'istanza di certezza continui a svolgere un ruolo essenziale nel nostro sistema giuridico. Vuol dire piuttosto abbandonare quella visione propria delle concezioni oggettualistiche che la riducono a mera prevedibilità della applicazione di regole, intese nella loro stabilità ed univocità di senso e concepirla piuttosto come esito di una verifica razionale, di un giudizio pratico-razionale, non soltanto formale ma anche materiale, nel difficile incontro tra un assetto regolativo complesso, variegato ed in molti casi non segnato da unità di senso, con la realtà effettuale delle situazioni giuridiche soggettive portatrici di autonome istanze di giustizia materiale.

L'aspettativa di prevedibilità può senza dubbio essere considerata carattere comune e condiviso nello stato di diritto moderno e nella storia democratica dell'occidente europeo ma non può trascurarsi che il pluralismo culturale, sociale, etico di cui la contemporaneità è portatrice, non è in grado di trovare una composizione adeguata e stabile nell'atto positivo della regola, condizionato da procedure in cui, spesso, è quantomeno latente il confronto dialogico legittimante. Quella eterogeneità riemerge piuttosto proprio nel momento della applicazione della regola e rivendica nuove tutele, molto spesso nuovi diritti, come potrebbe documentare uno sguardo realistico ed attento alla giurisprudenza degli ultimi decenni: il senso della regola, per usare una terminologia diffusa, è sempre meno rilevabile *prima facie* e richiede sempre più una ricostruzione *tutto considerato*. Se, quindi, si vuole conservare viva l'istanza, l'aspettativa di certezza, è a questa interpretazione del senso, nel contesto applicativo, che bisogna guardare con la convinzione della non esaustività di un confinamento della certezza al solo momento produttivo della regola.

Detto in altri termini, la certezza permane come istanza razionale, accentuando i caratteri soggettivistici, la caratterizzazione di bisogno, di aspettativa nei confronti del potere, di diritto dei singoli legato all'agire individuale piuttosto che all'omogeneità dell'ordinamento; è istanza di controllo del procedimento decisionale. Dalla certezza come prevedibilità l'attenzione si sposta alla certezza come controllo, rivelandosi come principio razionale mai definitivamente realizzato perché sempre argomentativamente criticabile e rivedibile. La prospettiva da cui guardare alla certezza non è più la mera conformità ad un dato persistente ma, in un approccio retrospettivo, è controllo sulla ragionevolezza del decidere, quando la giurisprudenza, distolta dalla più agevole ed accomodante via di fuga di esasperati formalismi, mostra la sua capacità di prendere posizione ed impegnarsi di fronte alla questione *pratica* che le viene sottoposta che è sempre una questione di vita, e rende una risposta di giustizia non già una soluzione pre-definita nel suo contenuto regolativo. La *possibilità*, governata dall'uso appropriato della ragione, è in grado di abbattere confini angusti e paratie statiche, instaurando nuove relazioni di senso. Essa si rivela oggi particolarmente significativa nella concretizzazione dei principi ad opera del giudice in un tessuto normativo dai confini ampi e talvolta labili, luogo di riconoscimento di nuovi ed urgenti diritti alla vita, nelle sue dimensioni genetica e funzionale, al lavoro, alle relazioni intersoggettive e professionali, alla difesa di interessi pubblici e di beni comuni, ad una più ampia tutela risarcitoria attraverso una ridefinizione delle categorie civilistiche della responsabilità civile, della colpevolezza e del nesso di causalità, tutte declinazioni contemporanee della dignità della persona costituzionalmente protetta.

È, in definitiva, il controllo della ragionevolezza argomentativa il terreno in cui può essere riletta quella istanza di certezza che si traduceva in prevedibilità dei comportamenti e dell'azione, coniugandola ora come istanza di universalizzabilità che succede alla uniformità e viene assunta come ideale razionale, principio regolativo mai compiutamente saturo ma coerentemente perseguito nel suo divenire. Se il diritto è fattore di ordine del molteplice, accogliere la incertezza vuol dire mutare lo sguardo dalla previsione al controllo, assumendo la categoria del verosimile e del probabile in luogo del necessario, come indicavano Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca agli albori della teoria dell'argomentazione.

Incertezza: elogio o biasimo? Ai giudici l'ardua risposta.

Michele Faioli

**Finanziamento, transizioni industriali e formazione continua:
qualità della riforma delle integrazioni salariali**

Sommario: **1.** Bilanciare con un male minore. Il problema che viene posto dal sistema di integrazione salariale. **Introduzione.** **2.** Comprendere la ragione giuridica del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. *Jus variandi* e quantità del tempo. **3.** Posizionare un metodo di analisi del sistema riformato nel 2021 per dirimere alcune ambiguità. La nozione di gestione previdenziale in funzione degli elementi essenziali della disciplina (forma istituzionale, cause integrabili, contribuzione/finanziamento, procedimenti, ambito soggettivo, prestazione). **4.** *Segue.* Integrazioni salariali erogate dalla CIGO (rinvio) e dalla CIGS. **5.** *Segue.* Integrazioni salariali erogate dai fondi di solidarietà bilaterali (FSB). **6.** *Segue.* Integrazioni salariali e fondo nuove competenze (FNC). **7.** Conclusioni. Proposte che muovono dall'osservazione della realtà economico-sociale che sta alla base del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro.

1. Bilanciare con un male minore. Il problema giuridico e sociale che viene posto dal sistema di integrazione salariale. Introduzione

Bilanciare con un male minore. Questa è la funzione che tradizionalmente è stata assegnata alla cassa integrazione guadagni e agli altri schemi di sostegno al reddito in costanza di lavoro. Male minore, a metà anni '70, allorché le prime regolamentazioni sistematiche in materia venivano introdotte nel nostro ordinamento giuridico, significava riduzione, per il tramite delle integrazioni salariali, della conflittualità potenzialmente derivabile da un licenziamento collettivo. La conflittualità scemava perché l'effetto della perpetuazione del rapporto di lavoro, nell'ambito dell'integrazione sociale, conteneva il rischio di perdere "quel" posto di lavoro, specificatamente inteso come immutabile posizione professionale, equivalente a quella assegnata nella fase precedente alla crisi aziendale. Si auspicava una specie di congelamento di tale posizione durante la crisi aziendale gestita con l'integ-

grazione salariale. L'intento preciso era ed è quello di creare una forma di mobilità endo-aziendale, sostenuta da schemi di sicurezza sociale per evitare la mobilità eso-aziendale¹. Cioè, per mezzo delle integrazioni salariali, si intendeva realizzare una certa stabilità retributiva, la quale, in via indiretta, determinava una stabilità occupazionale, se e nella misura in cui la crisi aziendale venisse a risolversi nel periodo di intervento della cassa.

Si sa, però, che il male, minore o maggiore che sia, è in sé imperfetto². Il che è vero anche per le politiche del lavoro. Per affrontare l'analisi del sistema delle integrazioni salariali, la domanda di senso dovrebbe, invece, riguardare le politiche responsabili del lavoro, cioè quelle politiche che attengono al bene maggiore. Ciò significa confrontarsi con la *ratio* socio-economica e giuridica del sistema previdenziale italiano, il quale è basato su un meccanismo di finanziamento a ripartizione, in cui i lavoratori attivi permettono, perché lavorano, ai lavoratori passivi di beneficiare della prestazione previdenziale. Nella combinazione tra art. 38 Cost. e art. 4 Cost. c'è un lavoro, collegato a imprese che operano nel mercato, che paga anche il non-lavoro mediante un sistema di sostegno al reddito che mitiga il rischio ulteriore di disoccupazione mediante la formazione professionale e i servizi per l'impiego³.

La pandemia, la guerra e le transizioni industriali stanno cambiando lo scenario complessivo in cui gli schemi di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro debbono reagire alla disoccupazione. Il Covid-19 non ha determinato né una crisi settoriale, né una crisi congiunturale. Il Covid-19 ha prosciugato orizzontalmente l'intero mercato del lavoro, eliminando posizioni esistenti e posizioni professionali potenziali. Ha distrutto trasversalmente interi settori produttivi, catene di valore e, in molti casi, non ha permesso di recuperare neanche parzialmente ciò che esisteva sino al 23 feb-

¹ Si v. l'impostazione di SANDULLI, *Spunti su crisi dell'impresa e interessi dei lavoratori*, in *RDC*, 1973, n. 6, p. 521 ss.

² Il tema è trattato da ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, 2010.

³ Si v., in particolare, l'elaborazione tracciata da TREU, *Una seconda fase della "flexicurity" per l'occupabilità*, in *DRI*, 2017, n. 3, p. 597 ss.; LISO, *Gli ammortizzatori: un cantiere sempre aperto*, in *RDSS*, 2014, n. 4, p. 457 ss.; PANDOLFO, *Per un sistema di misure integrate di sostegno nel mercato del lavoro (ovvero della "riforma degli ammortizzatori sociali")*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2006, n. 3-4, p. 604 ss. Si v. anche i più recenti contributi al tema elaborati da VARESI, *Il sistema nazionale di servizi per l'impiego e politiche attive del lavoro: aspetti strutturali*, in *VTDL*, 2022, n. 4, p. 607 ss. e da CIUCCIOVINO, *Contrattazione collettiva e politiche attive del lavoro*, in *DLRI*, 2021, n. 172, p. 641 ss.

braio 2020 in termini di tessuto imprenditoriale e professionale. I numeri sono stati spaventosi perché hanno riguardato migliaia di lavoratori in integrazione salariale. J. Stiglitz ha sottolineato che la pandemia permette di reinterpretare la legge di J. B. Say secondo cui l'offerta crea la propria domanda. Secondo Stiglitz, al contrario, si può ritenere che la pandemia, bloccando l'offerta, cioè la produzione, abbia bloccato la domanda⁴. Più recentemente, in un contesto economico già difficile, tra il 2022 e il 2023, la guerra e le transizioni industriali, quella verde e quella digitale, avviate a livello europeo, stanno determinando un impatto forte di tipo verticale, per settori e per catene di valore⁵.

Molti si chiedono se gli schemi di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, come definiti con la riforma del 2015 e quella del 2021, siano (stati) adeguati a gestire gli effetti sulla disoccupazione generalizzata provocata da vicende così abnormi, come una crisi pandemica o la guerra. Per essere più precisi, tali crisi ci pongono davanti a due domande. La prima domanda è sull'adeguatezza istituzionale degli schemi di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, così come sono stati costruiti dal legislatore dagli anni '70 in poi, e la seconda domanda è sulla relativa capacità di far fronte ai bisogni sociali che derivano dalla ciclicità della pandemia, della guerra o delle transizioni industriali che stiamo affrontando. In quelle domande c'è una prospettiva europea da tenere in considerazione. I sistemi nazionali di sicurezza sul lavoro non solo non possono gestire rischi abnormi come la pandemia o la guerra, ma forse non dovrebbero proprio farlo. Il Covid-19 ci ha insegnato che i rischi di disoccupazione generalizzata debbono avere una struttura finanziaria che ha come base tutta l'Europa e una organizzazione attivabile al momento giusto dalla Commissione con trasmissione veloce delle risorse economiche a istituti nazionali di sostegno al reddito. Il discorso europeo ci conduce ai problemi che qui definiamo qualitativi della riforma del 2021 e alle difficoltà relative al finanziamento del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro e, dunque, alla nozione di gestione e *sub*-gestione previdenziale. Il che significa occuparsi di obbligazione contributiva, di ambito soggettivo di applicazione, di solidarietà endo-categoriale

⁴ Si v. l'intervento di STIGLITZ, in https://bcf.princeton.edu/event-directory/covid19_11/, 2020.

⁵ Si v. EUROFOUND, *First impacts of the Ukrainian crisis on employment in the EU*, in <https://www.eurofound.europa.eu>, 2022.

e di sostenibilità delle prestazioni. Si tratta, come intuibile, di un problema non secondario in un sistema a ripartizione: l'obbligazione contributiva, così come strutturata in relazione alla retribuzione imponibile e all'aliquota applicata a essa, è o non è un mezzo sufficiente di finanziamento del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, anche nelle fasi pandemiche, di guerra o per gestire i grandi processi di transizione industriale che stiamo affrontando? I fatti della pandemia ci insegnano che il regime contributivo delle integrazioni salariali non è sufficiente per far fronte a eventi abnormi, tanto che l'Unione Europea e gli Stati nazionali hanno introdotto, nel 2020, forme di finanziamento alternative alla contribuzione, le quali sono speciali perché basate sulla fiscalità generale e sul debito comune europeo (SURE)⁶.

Quella difficoltà economica e di assetto istituzionale ha spinto il legislatore italiano nel 2021 a riformare il regime delle integrazioni salariali con un incremento consistente dei livelli di costo/finanziamento, soprattutto per i datori di lavoro di minori dimensioni, i quali fino a quel momento avevano goduto di una certa riduzione del *quantum* dell'obbligazione contributiva, nonché, nel contempo, con una ridefinizione dell'assetto delle prestazioni in una logica di cd. universalismo selettivo⁷, imponendo l'armonizzazione (quasi piena) del regime dell'aliquota contributiva e delle prestazioni, a favore di tutti i lavoratori e a prescindere dalle dimensioni del relativo datore di lavoro.

Le ambiguità che derivano da questo assetto riformato sono molte. Qui si avvia una fase di analisi con lo spirito costruttivo di chi ritiene che dal confronto scientifico possano derivare spunti per proporre nuove e più convincenti soluzioni di politica del diritto.

⁶ Per la descrizione dell'assetto giuridico e economico dello SURE si v. https://economy-finance.ec.europa.eu/eu-financial-assistance/sure_en.

⁷ Si v. i capitoli curati dalle parti sociali nei Rapporti sul mercato del lavoro e sulla contrattazione curati dal CNEL nel 2020, 2021 e 2022, le quali più volte hanno evocato questo concetto per giustificare la scelta del legislatore del 2021 – in www.cnel.it.

2. *Comprendere la ragione giuridica del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. Jus variandi e quantità del tempo*

Il d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, in relazione alla l. 10 dicembre 2014 n. 183, ha delineato un sistema di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, abrogando circa 15 leggi e le relative regolazioni di attuazione che dal 1945 in poi sono state introdotte in materia nel nostro ordinamento⁸. Il d.lgs. n. 148/2015 aveva già ampiamente razionalizzato le disomogeneità sistemiche della disciplina, da cui derivavano disuguaglianze e sperequazioni tra lavoratori⁹, stabilendo un assetto regolatorio comune per gli schemi di sostegno al reddito (cassa integrazione ordinaria, cassa integrazione straordinaria, fondi bilaterali di solidarietà, contratti di solidarietà). Con la riforma di cui alla l. 30 dicembre 2021 n. 234 (di seguito, anche “Riforma del 2021”) si è deciso, anche in ragione dell’esperienza pandemica e della funzionalità delle integrazioni salariali durante quella fase¹⁰, di incidere ulteriormente sulla dimensione dell’universalizzazione delle prestazioni e sugli aspetti correlati alla contribuzione.

In linea con l’esperienza di altri paesi europei¹¹, le integrazioni salariali

⁸ Il quadro di insieme è dato da alcuni lavori monografici. Si v. COTTRAU, *L’integrazione salariale*, Franco Angeli, 1976; MISCIONE, *Cassa integrazione e tutela della disoccupazione*, Jovene, 1978; CINELLI, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Franco Angeli, 1982; BALANDI, *Tutela del reddito e mercato del lavoro nell’ordinamento italiano*, Giuffrè, 1984; BALLESTRERO, *Cassa integrazione e contratto di lavoro*, Franco Angeli, 1985; FERRARO, MAZZIOTTI, SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene, 1992; PAPALEONI, DEL PUNTA, MARIANI (a cura di), *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, 1993; RENGA, *Mercato del lavoro e diritto*, Franco Angeli, 1996; BALLETTI, *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito*, Giappichelli, 2000; BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Giappichelli, 2005.

⁹ Si v. le osservazioni di MAGNANI, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, in *LDE*, 2021, n. 2, p. 2 ss. Si v. anche BALLETTI, GAROFALO (a cura di), *La riforma della cassa integrazione guadagni nel Jobs Act*, Bari, 2016; NICOLINI, ANGIELLO, SURDI, PARISSELLA, PELLACANI, *Gli ammortizzatori sociali riformati*, Giuffrè, 2018.

¹⁰ Si v. la ricostruzione del sistema pandemico in FAIOLI, *La prospettiva del “more than just” per il sostegno al reddito durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2020, n. 2, p. 409 ss. Si v. anche SALIMBENI, *La nuova cassa integrazione guadagni: l’approdo dopo la tempesta*, in *RIDL*, 2022, n. 2, p. 273 ss. e RENGA, *Un taccuino per la riforma degli e ammortizzatori sociali*, in *RDSS*, 2021, n. 2, p. 265 ss.

¹¹ Per una disamina generale dei sistemi nazionali di integrazione salariale si v. PIETERS, *Navigating Social Security Options*, Cham: Springer International Publishing, 2019. Sulle integrazioni salariali in Europa durante il period pandemico, si v. lo studio di MÜLLER, DRAHOK-

tendono a proteggere l'occupazione, tutelando il reddito dei lavoratori nelle fasi di crisi temporanea da cui possono derivare eccedenze temporanee di manodopera, fissando un limite di durata e una certa condizionalità al rientro nella posizione lavorativa. Di qui, il d.lgs. n. 148/2015, anche riformato nel 2021, ha introdotto, da una parte, il limite alla durata complessiva degli schemi di integrazione salariale, ordinaria e straordinaria, e, dall'altra, ha imposto l'obbligo di sottoscrivere un patto personalizzato per la promozione dell'occupabilità.

A questo punto la disamina deve necessariamente volgere l'attenzione sul contratto individuale di lavoro, il quale entra in relazione con le integrazioni salariali nel momento in cui l'attività imprenditoriale viene sospesa o ridotta temporaneamente per ragioni oggettive. L'art. 8, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, non autorizza, nell'ambito del contratto individuale, il datore di lavoro a disporre di alcun potere unilaterale relativo alla trasformazione del tempo pieno in tempo parziale. Il che, indirettamente, significa, da una parte, nelle situazioni normali, far riferimento a una bilateralità negoziale necessaria nella definizione della riduzione dell'orario di lavoro e, dall'altra, nelle situazioni eccezionali, cioè qualora dovesse rendersi opportuno trasformare il tempo pieno in tempo parziale, per ragioni di crisi aziendale, procedere secondo il sistema delle integrazioni salariali che qui studiamo. Nelle analisi degli anni '70 e '80, alcuni hanno configurato, seguendo il diritto civile, questa vicenda giuridica come un rifiuto *ex art. 1206 c.c.* da parte del datore di lavoro (mora del creditore). Il che farebbe ipotizzare, come conseguenza di cui all'art. 1207, co. 1, c.c., uno spostamento a carico del creditore (datore di lavoro) del rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conservazione del diritto alla controprestazione (retribuzione) da parte del lavoratore rispetto al datore di lavoro¹². Coloro che seguono queste teorie muovono dal presupposto secondo cui il datore di lavoro non può unilateralmente ridurre o sospendere l'attività lavorativa e la corresponsione della retribuzione. Ma, a tal proposito, ci si deve chiedere se lo schema dell'adempimento delle ob-

OUPIL, SCHULTEN, *Job retention schemes in Europe during the COVID-19 pandemic – different shapes and sizes and the role of collective bargaining*, in *Transfer*, 2022, v. 28, n. 2, p. 247 ss.

¹² Si v. la ricostruzione sulla pluralità delle tesi in MISCIONE, *op. cit.*, 1978. Si v. anche BALANDI, *op. cit.*, 1984, e BALLESTRERO, *op. cit.*, 1985. Per una prospettiva più moderna già negli anni '80 si v. gli scritti di GIUGNI, MASSACESI, MENGONI, MORESE, RAVENNA, VENTURA, *La disciplina della mobilità nelle leggi sulla riconversione industriale e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1978, n. 4, p. 527 ss.

bligazioni, di cui all'art. 1206 c.c. e all'art. 1207 c.c., sia ancora adatto per comprendere il fenomeno che stiamo studiando. A ben pensarci l'art. 1206 c.c. si limita a disporre che il potere di rifiutare la prestazione offerta dal debitore sia collegata a un motivo legittimo e con l'art. 1207 c.c. si stabilisce che sia a carico del creditore l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore.

Se provassimo, invece, a ricostruire la fattispecie in modo più ordinato, cioè secondo il metodo del diritto del lavoro¹³, avremmo due elementi da comporre. Da una parte, non c'è un vero e proprio rifiuto del datore di lavoro che rende impossibile la prestazione di lavoro. Cioè, è più verosimile approssimare la vicenda a un esercizio di un potere datoriale di variazione: se nell'art. 2103 c.c., il potere datoriale di *jus variandi* è riferito alle mansioni (qualità del lavoro)¹⁴, qui, nelle integrazioni salariali, il potere di *jus variandi* si proietta sull'orario di lavoro, inteso come quantità del lavoro. Il potere di variare, anche *in peius*, l'orario di lavoro comporta una riduzione quantitativa della prestazione di lavoro in ragione di esigenze organizzative e oggettive. Dall'altra, c'è un diritto collegato al potere di variazione per il tramite di un atto amministrativo-pubblico: il diritto alla conservazione della retribuzione, in collegamento a quel potere di variare *in pejus* l'orario di lavoro, si sposta, in termini di finanziamento, sul sistema di sostegno al reddito (integrazioni salariali), mediante cui si mutualizza il rischio *pro tempore* di disoccupazione, collegato a eventi oggettivamente valutati dalla pubblica amministrazione competente, secondo i criteri imposti dalla norma di legge. La giurisprudenza conferma questa impostazione (Cass. 20 giugno 1987 n. 5454), sottolineando che l'obbligo retributivo viene sospeso dal momento in cui il provvedimento amministrativo di ammissione alla integrazione salariale viene emesso dall'autorità pubblica competente. Le cause integrabili, essendo assoggettate a una valutazione discrezionale amministrativa, non operano di per sé, ma solo dal momento in cui l'atto amministrativo, accertandone i presupposti, fissa il diritto di accesso al trattamento. Di qui appare più corretto rileggere la vicenda in questi termini: il provvedimento amministrativo di concessione delle integrazioni salariali è il mezzo che la legge predispone per realizzare,

¹³ Si richiama il metodo e la lezione di GIUGNI, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in MANCINI, ROMAGNOLI (a cura di), *Il diritto sindacale*, il Mulino, 1971.

¹⁴ GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963. Si v. anche FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, 2018.

da una parte, il diritto alla prestazione previdenziale di sostegno al reddito e, dall'altra, legittimare il potere datoriale di sospendere le obbligazioni proprie del contratto individuale di lavoro. Il contratto collettivo aziendale, eventualmente stipulato, limita, dall'esterno, la modalità di esercizio del potere datoriale di sospensione delle obbligazioni a cui è tenuto normalmente. Di qui si possono svolgere alcune riflessioni: si può affermare che l'obbligo di anticipazione del trattamento di integrazione salariale che grava sul datore di lavoro è, in sostanza, il persistente obbligo retributivo, anche se limitato nella misura a quella della integrazione salariale dovuta. Qualora l'integrazione fosse negata, l'obbligo retributivo verrebbe in essere nuovamente (nei limiti di cui all'art. 25, co. 4, d.lgs. n. 148/2015 per le integrazioni salariali straordinarie). Qualora l'integrazione fosse erogata, l'obbligo retributivo sarebbe *ex post* qualificato come anticipazione della prestazione previdenziale, con l'effetto di assegnare al datore di lavoro il diritto al rimborso da parte dell'INPS.

Alla luce di tale impostazione teorica e rileggendo la Riforma del 2021 che ha inciso sul d.lgs. n. 148/2015, lo schema attuale delle integrazioni salariali si può ricostruire nel modo che segue, tenendo in considerazione che il regime CIGO, di integrazione salariale per causali ordinarie, non ha subito trasformazioni rilevanti. Il punto di ricaduta vero della Riforma del 2021 attiene alle integrazioni salariali straordinarie. In particolare, gli artt. 20 e 26 del d.lgs. n. 148/2015, anche in combinazione con gli artt. 22 ter, 23, 25 ter, 29, 30, 33, disegnano uno schema riformato che, a far data dal 1° gennaio 2022, può essere osservato secondo una distinzione dimensionale e di inquadramento previdenziale dei datori di lavoro *ex art. 49 l. 9 marzo 1988 n. 89*. Nel sistema riformato del 2021, infatti, si distingue tra (i) datori di lavoro che hanno alle proprie dipendenze più di 15 lavoratori, i quali non sono vincolati ai fondi di solidarietà bilaterali di cui all'art. 26 (fondi pre-esistenti/nuova costituzione), 27 (fondi alternativi) e 40 (fondi territoriali), d.lgs. n. 148/2015, e (ii) datori di lavoro che hanno alle proprie dipendenze almeno 1 lavoratore, i quali sono vincolati, in ragione della proattività delle relative parti sociali del settore produttivo e dell'inquadramento previdenziale *ex art. 49 l. 9 marzo 1988 n. 89*, a uno dei fondi di solidarietà bilaterali di cui all'art. 26 (fondi pre-esistenti/nuova costituzione), o ai fondi *ex art. 27* (fondi alternativi) o ai fondi *ex art. 40* (fondi territoriali) o, qualora non fosse stato costituito il fondo settoriale, al fondo di integrazione salariale (FIS) di cui all'art. 29. I primi, cioè i datori di lavoro con più di 15 lavoratori alle dipen-

denze, non vincolati ai fondi *ex artt.* 26, 27, 40, sono assoggettati a un doppio regime prestazionale e contributivo perché possono far accedere i lavoratori, da una parte, alle integrazioni salariali straordinarie gestite dalla CIGS, sulla base delle causali straordinarie, e, dall'altra, alle integrazioni salariali per causali ordinarie e straordinarie gestite dal FIS (fondo di integrazione salariale regolato dall'art. 29). Per questa ragione tali datori di lavoro sono tenuti a una doppia obbligazione contributiva rispetto a una doppia gestione INPS: un contributo è versato a favore della CIGS e l'altro a favore del FIS. I secondi, cioè i datori di lavoro con almeno 1 lavoratore alle dipendenze¹⁵, possono essere assoggettati al regime del FIS, il quale eroga prestazioni ordinarie e straordinarie, o, in alternativa, qualora per il relativo settore sia stato costituito un fondo di solidarietà bilaterale, possono essere assoggettati a fondo di solidarietà bilaterale di cui all'art. 26 (uno dei pre-esistenti alla riforma del 2015 – credito, trasporti, igiene, etc. o uno di nuova costituzione – v. Fondoprofessioni), o al fondo di solidarietà bilaterale dell'artigianato (FSBA) o dei lavoratori somministrati (FORMATEMP) *ex art.* 27, o ai fondi di solidarietà territoriali di cui all'art. 40. Tutti questi fondi di solidarietà bilaterale, nelle varie tipologie menzionate, con poche eccezioni in fase di gestione¹⁶, erogano prestazioni ordinarie e straordinarie di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. Tali prestazioni, le quali, nel novellato art. 30, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 148/2015, sono definite “assegno di integrazione salariale” e sono correlate a ragioni ordinarie (di seguito anche “AISO”) e ragioni straordinarie (“AISS”), sono state pressoché armonizzate nel *quantum* e nelle durate alle prestazioni gestite da CIGO e CIGS (“di importo almeno pari a quello definito ai sensi dell'articolo 3, comma 5-*bis*, e stabiliscono la durata della prestazione in misura almeno pari ai trattamenti di integrazione salariale, a seconda della soglia dimensionale dell'impresa e della causale invocata, e comunque nel rispetto delle durate massime complessive previste dall'articolo

¹⁵ Si tenga in considerazione che si tratta in ogni caso di datori di lavoro che non rientrano nell'ambito di applicazione della CIGO *ex art.* 10, d.lgs. n. 148/2015. La strutturazione delle esclusioni e delle inclusioni negli ambiti soggettivi delle gestioni e *sub*-gestioni delle integrazioni salariali definita dalla Riforma del 2021 è assai caotica. Si v. i paragrafi che seguono.

¹⁶ Si v. l'art. 30, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 148/2015. La data per conformarsi alle regole introdotte nel 2021 era il 31 dicembre 2022. Tale termine è stato posticipato a giugno 2023. Si v. l. 24 febbraio 2023 n. 14 che ha convertito il d.l. 29 dicembre 2022 n. 198 (decreto milleproroghe). Per monitorare l'aggiornamento dei protocolli istitutivi dei fondi di solidarietà bilaterali si v. il sito del ministero del lavoro, *sub* direzione ammortizzatori sociali.

4, comma 1” – v. il menzionato art. 30)¹⁷. Si noti altresì che il legislatore del 2021 ha ampliato la platea dei beneficiari, ricomprendendo i lavoratori a domicilio e gli apprendisti nelle tre tipologie che oggi noi conosciamo *ex d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81* (si v. i novellati artt. 2 e 2-*bis* d.lgs. 148/2015).

3. *Posizionare un metodo di analisi del sistema riformato nel 2021 per dirimere alcune ambiguità. La nozione di gestione previdenziale in funzione degli elementi essenziali della disciplina (forma istituzionale, cause integrabili, contribuzione/finanziamento, procedimenti, ambito soggettivo, prestazione)*

Lo schema di cui al paragrafo che precede impone una certa cautela di analisi perché la Riforma del 2021 ha determinato molte ambiguità teoriche e applicative. Nel primo anno di applicazione, tra gennaio 2022 e gennaio 2023, sono state rilevate complicazioni collegate all’ambito soggettivo di applicazione, all’obbligazione contributiva, alle prestazioni e a altri elementi del sistema delle integrazioni salariali, in relazione alle quali l’INPS e il Ministero del lavoro sono intervenuti con una serie di circolari interpretative¹⁸, la giurisprudenza è stata chiamata a esprimersi¹⁹, le parti sociali hanno più volte chiesto la revisione di alcuni istituti²⁰.

Di qui muove l’intento di posizionare un metodo di analisi per provare a dirimere alcune di quelle ambiguità, le quali derivano, in parte, da una certa visione ideologica che è stata posta alla base della Riforma del 2021, in parte, dalla superficialità del legislatore del 2021.

Il metodo di analisi dell’istituto delle integrazioni salariali che qui si propone riguarda almeno sei elementi, i quali offrono una matrice per comprendere struttura e funzionalità del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. Tali elementi sono forma istituzionale, cause integrabili, finanziamento/contribuzione, procedimenti sindacali e amministrativi, am-

¹⁷ Si v. anche la Circolare INPS 16 gennaio 2023, n. 4 e le circolari precedenti ivi indicate. Si v. gli aggiornamenti dei protocolli istitutivi e dei regolamenti dei fondi di solidarietà bilaterali, si v. i siti istituzionali dei due fondi. In particolare, si v. www.fondofsba.it e www.formatemp.it.

¹⁸ Si v., tra i più recenti, Circolare INPS 16 gennaio 2023, n. 4; Circolare INPS 5 ottobre 2022, n. 109; Messaggio INPS 22 luglio 2022, n. 2936.

¹⁹ Si v., di seguito la nota 35.

²⁰ Si v. il capitolo del Rapporto sul mercato del lavoro e sulla contrattazione collettivo CNEL del 2022 relativi alle integrazioni salariali curato dalle parti sociali in www.cnel.it.

bito soggettivo dell'intervento, prestazione previdenziale di integrazione salariale (*quantum*, limiti, modalità di erogazione). Questo metodo di analisi permette di evidenziare con maggiore efficacia i problemi qualitativi della Riforma del 2021, le relative ambiguità e le eventuali proposte correttive. Seguendo tale metodo si giunge al centro del problema qualitativo più rilevante per i fini di questo studio. Si tratta del finanziamento della prestazione e, dunque, dell'obbligazione contributiva. A tal proposito, chiariamo preliminarmente alcune questioni. Il finanziamento è l'insieme delle modalità mediante cui si garantisce l'equilibrio finanziario della previdenza sociale, anche nel caso degli schemi di sostegno al reddito. Con esso si raggiunge l'obiettivo di copertura degli oneri, in una prospettiva inter- e infra-generazionale, secondo l'impostazione dei sistemi a ripartizione. Non siamo di fronte a un mero argomento di rilievo tecnico-contabile. Esso è, invece, un rilevante aspetto di politica del diritto perché riguarda i criteri strumentali che permettono la continuità operativa di un certo schema previdenziale. Determinando con la norma di legge il modo di finanziamento e, dunque, se esiste, l'obbligazione contributiva, nel relativo *quantum* e *quomodo*, si agisce sulla desiderabilità sociale di addossare sull'intera collettività o su alcuni gruppi il costo della previdenza sociale. Definendo il finanziamento, si decide se ripartire o meno mediante gestioni e casse la raccolta della contribuzione e, di conseguenza, se differenziare o meno per gruppi omogenei l'erogazione delle prestazioni.

Ai fini di una più chiara comprensione di quanto segue, conviene sottolineare che con il termine "gestione" si intende l'attuazione, mediante un bilancio autonomo all'interno di un ente previdenziale, di un regime che si applica a determinati soggetti vincolati all'obbligazione contributiva e, nel contempo, a determinati soggetti beneficiari, con contribuzioni uniformi o distinte per gruppi e sottogruppi. Il che comporta almeno due effetti: i soggetti che sono uniti in una gestione sono altresì uniti dalla contribuzione, unica o differenziata, con l'eventuale partecipazione dello Stato; l'obiettivo di copertura degli oneri derivanti dalle prestazioni erogate è valutato nell'ambito di quella gestione. Di qui è più facile intendere anche la nozione di solidarietà tra gruppi che i sistemi previdenziali a ripartizione normalmente impongono. L'apporto a quella solidarietà può essere positivo o negativo. C'è solidarietà nell'ambito della gestione quando alcuni soggetti, tenuti alla contribuzione, sostengono gli oneri per il gruppo che, seppur tenuto a versare i contributi, versa meno degli altri o non contribuisce proprio. Si tratta

di solidarietà positiva per coloro che versano, solidarietà negativa per coloro che non versano i contributi.

Alla luce di queste indicazioni, il problema del finanziamento nell'ambito del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro si articola in due distinti aspetti. Da una parte, ci sono i limiti e la misura che denotano la solidarietà tra gruppi, cioè i problemi che sono relativi alla possibile distinzione tra regimi all'interno di una o più gestioni, con i correlati metodi di contribuzione. Dall'altra, ci sono i limiti e i problemi che derivano dall'eventuale intervento dello Stato.

Con riferimento ai limiti all'interno dei quali dovrebbe operare la solidarietà tra gruppi, si tratta di capire la ragione per cui nelle varie gestioni di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro si debba procedere con ulteriori ripartizioni di regime e perché. Sappiamo che ci sono varie opzioni, tra cui una gestione unica, o, gestioni plurime con una suddivisione in *sub*-gestioni riferite a soggetti e categoria, o, gestioni plurime con differenziazioni territoriali, o, ancora, gestioni plurime con criteri misti (*sub*-gestioni categoriali e differenziazioni territoriali). La gestione unica realizza pienamente la solidarietà intercategoriale perché permette compensazioni tra categorie. La gestione plurima, più o meno variegata, realizza una solidarietà endo-categoriale. Nel nostro ordinamento, nel decennio scorso, in particolare con il d.lgs. 148/2015, si è realizzato un sistema a gestioni plurime, con *sub*-gestioni e differenziazioni territoriali, volto a proteggere gruppi di lavoratori che sino a quel momento erano esclusi dalle integrazioni salariali (i lavoratori delle PMI). Nel 2012/2015 è stato rafforzato, a tal fine, l'assetto dei fondi di solidarietà bilaterali, introducendo un fondo residuale (oggi, FIS) che avrebbe vincolato tutti i datori di lavoro le cui parti sociali non si fossero rese attive nella costituzione di fondi di solidarietà bilaterali *ex* art. 26 (fondi inspizzati) e art. 27 (fondi alternativi). Ciascuna di queste gestioni (CIGO e CIGS) e *sub*-gestioni (fondi di solidarietà), avendo una propria forma istituzionale, gode di una certa autonomia nella definizione dell'obbligazione contributiva e delle prestazioni. Con la Riforma del 2021, a prescindere dalla gestione o *sub*-gestione, tutti i datori di lavoro, con almeno 1 lavoratore alle dipendenze, sono tenuti alla contribuzione a favore del sistema. Inoltre, i datori di lavoro, con più di 15 lavoratori alle proprie dipendenze, vincolati al FIS o uno dei fondi di solidarietà bilaterali *ex* art. 26, 27, 40 (principalmente terziario, artigianato, credito, etc.), sono tenuti a un pieno allineamento contributivo con gli altri datori di lavoro (industria). Si realizza, cioè, una soli-

darietà, all'interno del sistema complessivo del sostegno al reddito in costanza di rapporto, con il mantenimento di gestioni e *sub*-gestioni. In via di principio, istituire e mantenere distinte gestioni dovrebbe consentire una certa flessibilità nel proporzionare sacrifici di ciascun gruppo in relazione alle prestazioni da erogare e di ripartire nel modo più efficiente possibile per ogni settore produttivo i carichi contributivi. Questa era la logica del legislatore del 2015, poi rivisitata con la Riforma del 2021, la quale, al di là delle gestioni, ha imposto l'armonizzazione verso l'alto del piano contributivo per tutti i soggetti obbligati e, di conseguenza, del livello prestazionale (si v. il novellato art. 3, co. 5-*bis*). Tutto ciò, nel prossimo futuro, diventerà certamente oggetto di confronto politico e tecnico, tenendo in considerazione i montanti contributivi accumulati e le prestazioni erogate. Qualora, come alcune parti sociali ritengono, crescesse il montante accumulato e le prestazioni fossero sotto una certa entità, si dovrebbe incidere, con una riduzione, sulle aliquote contributive. Cioè, la Riforma del 2021 non coglie né il punto sulla solidarietà tra gruppi, avendo mantenuto la distinzione tra le gestioni e le *sub*-gestioni, né il punto sull'equilibrio del finanziamento, essendo esso relativo alla categoria/platea della singola gestione. Ciò che è immediatamente evidente attiene alla novità del contributo versato da migliaia di datori di lavoro con almeno 1 lavoratore che rifluisce nelle *sub*-gestioni di cui ai fondi di solidarietà bilaterali. Il che andrà certamente commisurato con il livello di prestazioni richiesto da questa tipologia di datore di lavoro (generalmente micro-impresе o simili) a fronte di ciò che viene richiesto da quei datori di lavoro di maggiori dimensioni.

Con riferimento ai limiti dell'intervento statale, qui ci si limita a segnalare che esso è prevalentemente indirizzato a mantenere una pace sociale, integrando quanto manca per coloro che, versando poco rispetto a quanto richiesto o non avendo versato, si troverebbero in una situazione di grave disagio sociale. Ci sono i casi di integrazione salariale in deroga, già introdotti in passato in vario modo nel nostro sistema²¹. Ci sono i casi di nuova generazione, tra cui il fondo nuove competenze (v. di seguito) o lo schema SURE, che si giustificano in relazione a eventi non programmabili (*exp.* pandemia). L'intervento statale si basa sulla fiscalità generale e sul debito comune. La

²¹ LISO, *cit.* Sul sistema pre-riforme del 2012/2015 si v. la prospettiva di TIRABOSCHI, *L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *DRI*, 2010, n. 2, p. 331 ss.

misura del limite è materia della politica. Dal dopoguerra in poi, in Europa si è consolidata l'idea che la generale fiscalizzazione del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro è complessa da realizzare e, per tanti versi, da evitare²².

Cosa possiamo comprendere dell'attuale sistema italiano relativo al sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, tenendo in considerazione la schematizzazione che è stata appena proposta? Si può giungere a un primo risultato. Nei paragrafi che seguono si indagherà specificatamente il regime di ciascuna gestione e *sub*-gestione, osservando norme, prassi e giurisprudenza. Ma la novità che muove da quella schematizzazione è riferita alla proposta teorica di questo saggio secondo la quale, dal periodo pandemico in poi, anche in ragione della Riforma del 2021, nell'ordinamento italiano, possiamo distinguere tra (i) integrazioni salariali che sono finanziate mediante un certa obbligazione contributiva che ricade su categorie più estese di soggetti vincolati (in via generale, CIGO, CIGS, fondi di solidarietà bilaterali), e (ii) integrazioni salariali che sono finanziate da risorse europee di debito comune e per fiscalità generale (oggi, fondo nuove competenze – FNC e integrazioni salariali speciali/pandemiche²³; in passato, le integrazioni in deroga). In particolare, come si segnalerà meglio nel paragrafo 3.3, il fondo nuove competenze, introdotto con l'art. 88, d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020 n. 77, è da intendersi come parte della nozione più ampia di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro perché esso integra il salario dei lavoratori posti in formazione, comprendo gli “oneri relativi alle ore di formazione, comprensivi dei relativi contributi previdenziali e assistenziali”, nei limiti di un certo stanziamento periodico e di un procedimento sindacale/amministrativo.

Posto il quadro generale, affrontiamo ora l'esame delle singole gestioni, osservando i sei elementi di cui si è detto (forma istituzionale, cause integrabili, procedimenti, contribuzione, ambito, prestazioni) e tenendo a mente la nozione di gestione e la distinzione tra le due macro-categorie di inte-

²² Si v. gli studi di BLANCHARD, TIROLE, *The Joint Design of Unemployment Insurance and Employment Protection: a First Pass*, in *Journal of the European Economic Association*, 2008, n. 6, p. 45 ss. Si v. anche BOZZAO, *Gli ammortizzatori sociali nel sistema del “Jobs Act”: una visione d'insieme*, in questa rivista, 2015, n. 3, p. 519 ss. e TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, n. 137, p. 1 ss.

²³ Si v. lo studio recente di CANAVESI, *Gli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto dalla CIG Covid-19 alla novella del d.lgs. n. 148/2015: quale continuità?*, in *ADL*, 2022, n. 4, p. 631 ss.

grazioni salariali appena riferita (finanziamento classico – su base contributiva e finanziamento europeo – da fiscalità generale). Tale metodologia di studio permette sia un'indagine verticale su ciascun istituto (paragrafi 3.1-3.3), nella prospettiva scientifica di mettere in evidenza le ambiguità applicative e i problemi qualitativi della Riforma 2021 nel periodo gennaio 2022/gennaio 2023, che un'indagine orizzontale tra istituti, anche per giungere a proposte di modifica della normativa introdotta con la Riforma del 2021 (paragrafo 4).

4. Segue. *Integrazioni salariali erogate dalla CIGO (cenni) e dalla CIGS*

Qui si muove direttamente dal regime della CIGS (integrazioni salariali straordinarie), con una panoramica sulla disciplina impostata secondo i sei elementi già indicati, per poi proseguire con i fondi di solidarietà bilaterali e il fondo nuove competenze (FNC). Sono, infatti, gli istituti più significativamente plasmati dalla Riforma del 2021. Lo spazio di un saggio non permette di svolgere una disamina completa di ogni istituto relativo al sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. Dovendo fare una scelta, mi limito a rinviare a una successiva pubblicazione l'analisi della forma istituzionale della cassa integrazione guadagni ordinaria (CIGO), delle relative cause integrabili, dell'obbligazione contributiva, dei due procedimenti che permettono l'accesso alle prestazioni CIGO (il primo di carattere sindacale, il secondo riguarda l'interazione tra datore di lavoro e la pubblica amministrazione competente), dell'ambito soggettivo e della prestazione previdenziale.

La forma istituzionale mediante cui si attua la CIGS è la gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali, di cui all'art. 37 della l. 9 marzo 1989 n. 88, che eroga le prestazioni e riceve i contributi ordinari e addizionali. Tale gestione è costituita presso l'INPS. La gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali è stata istituita per la progressiva separazione tra previdenza e assistenza, con l'assunzione a carico dello Stato delle spese relative a quest'ultima. Tale gestione può essere finanziata annualmente mediante legge di bilancio. L'art. 37 pone a carico di detta gestione le pensioni sociali, le integrazioni all'assegno ordinario di invalidità, una quota parte di ciascuna mensilità di pensione erogata dal fondo pensioni lavoratori dipendenti, dalle gestioni dei lavoratori auto-

nomi, dalla gestione speciale minatori e da ciò che era la gestione per i lavoratori dello spettacolo, per un importo fissato dalla legge di bilancio. La gestione è retta da un comitato amministratore, formato pariteticamente dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali e quelli delle organizzazioni datoriali²⁴.

Le cause integrabili per l'intervento straordinario sono dettate da logiche endo-aziendali, interne all'organizzazione produttiva, la quale, in via generale, deve dar prova di poter avere una continuità nel mercato di riferimento. La riorganizzazione aziendale, la crisi aziendale e la stipulazione di contratti di solidarietà sono le tre cause integrabili che possono far accedere alla CIGS. Nel caso della riorganizzazione aziendale, da gennaio 2022, anche per transizione industriale, il piano degli interventi, richiesto dalla norma di legge, deve essere basato sulla prospettiva di superamento della crisi temporanea, definire "inefficienze della struttura gestionale o produttiva", e sulle misure che possono bilanciare socialmente tale crisi (investimenti, formazione dei lavoratori, riqualificazione professionale, potenziamento delle competenze, e quindi recupero occupazionale del personale posto in sospensione/riduzione dell'orario di lavoro). Di fronte al caso di crisi aziendale, il piano o programma deve esplicitare, da una parte, una strategia di risanamento degli squilibri produttivi, finanziari, gestionali o derivanti da fattori esterni e, dall'altra, le misure che possono promuovere la continuità produttiva e il mantenimento occupazionale. La nozione di crisi aziendale viene ricollegata, da alcune norme, a quella di cessazione dell'attività produttiva. In particolare, l'art. 44 del d.l. 28 settembre 2018 n. 109, l. conv. 16 novembre 2018 n. 130, in deroga all'art. 4 e all'art. 20 d.lgs. 148/2015, dispone, mediante una serie articolata di clausole generali e l'intervento di Ministeri e Regioni, che può essere autorizzato, sino a un massimo di dodici mesi complessivi (termine prorogabile di sei mesi *sub* alcune condizioni), il trattamento straordinario di integrazione salariale per crisi aziendale, qualora fosse cessata l'attività produttiva, ma sussistano "concrete prospettive" di cessione dell'attività, con conseguente riassorbimento occupazionale (con rinvio alle norme del decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 25 marzo 2016, n. 95075), o laddove fosse possibile realizzare interventi di reindustrializzazione del sito produttivo, o ancora specifici percorsi di politica attiva del lavoro posti in essere dalla Regione interessata, nel limite delle risorse

²⁴ Si v. l'art. 39 della l. 9 marzo 1989, n. 88.

esistenti²⁵. Il contratto collettivo di solidarietà, anche esso una causa integrabile della CIGS, soggiace al sistema di cui all'art. 51 d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81. Con il contratto di solidarietà si stabilisce, a livello aziendale, una riduzione dell'orario di lavoro che è specificatamente volta a evitare, in tutto o in parte, il licenziamento collettivo. Per questa ragione il contratto di solidarietà deve definire anche un "più razionale" utilizzo del personale, la percentuale di riduzione complessiva dell'orario di lavoro, la quale non deve superare un certo limite, riferito al periodo per il quale il contratto di solidarietà viene negoziato, e le modalità mediante cui si può modificare, per esigenze di maggior lavoro, in aumento l'orario ridotto. Il maggior lavoro richiesto, in termini quantitativi nonché l'incremento retributivo, stabilito mediante contrattazione collettiva aziendale, determinano una riduzione dell'integrazione salariale. Tale regime è stato in parte riformato nel 2021, con una logica più restrittiva della flessibilità che caratterizzava il precedente regime del 2015.

L'obbligazione contributiva ordinaria relativa alla CIGS, da gennaio 2022, viene adempiuta dal datore di lavoro con il pagamento dell'0.90%, di cui lo 0.30% a carico del lavoratore della retribuzione imponibile (art. 23, co. 1 *bis*). L'obbligazione contributiva addizionale CIGS segue l'impostazione assicurativa del *bonus/malus* (art. 5, d.lgs. 148/2015 – i.e. si segue la logica del minore o maggiore rischio assicurativo, in una misura che varia a seconda del minore o maggiore periodo di integrazione salariale richiesto dal datore di lavoro; a far data da gennaio 2025, la contribuzione addizionale potrà essere ridotta di una certa percentuale, in una logica di *bonus/malus* assicurativo, per i "datori di lavoro che non abbiano fruito di trattamenti di integrazione salariale per almeno ventiquattro mesi successivi al termine dell'ultimo periodo di fruizione del trattamento" – art. 5, 1 ter, d.lgs. 148/2015).

I procedimenti sono due e si combinano per determinare l'accesso alle prestazioni previdenziali. Il procedimento sindacale precede quello ammi-

²⁵ Tale regime va posto in relazione ai poteri del curatore in caso di insolvenza e crisi di impresa di cui all'art. 189, d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, con tutte le possibili conseguenze che derivano dalla combinazione tra le norme che definiscono il nuovo assetto della crisi di impresa e il lavoro (integrazioni salariali straordinarie, licenziamento collettivo, trasferimento di azienda, ricollocazione collettiva, etc.). da una parte, il curatore ha l'interesse a procedere con la liquidazione, licenziando i lavoratori, e, dall'altra, le Regioni e le direzioni ministeriali hanno l'interesse a concedere proroghe della CIGS speciale. Si v. anche ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, 2019, n. 4, p. 431 ss.

nistrativo. Il procedimento sindacale, il quale con la Riforma del 2021 può essere svolto anche digitalmente, è disciplinato dall'art. 24 d.lgs. 148/2015: il datore di lavoro che intende fare domanda di CIGS deve comunicare, anche per il tramite della relativa organizzazione datoriale di appartenenza, alle rappresentanze sindacali in azienda e alle articolazioni territoriali delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, le cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, la relativa entità e la relativa durata prevedibile, nonché il numero dei lavoratori coinvolti. Nei tre giorni successivi, il datore di lavoro o le rappresentanze dei lavoratori, possono presentare domanda di esame congiunto sulla situazione aziendale. La competenza a convocare è regionale, se le unità produttive sono ubicate nell'ambito della medesima Regione, o, nazionale, del Ministero del lavoro, qualora le unità produttive siano dislocate in più Regioni. L'esame congiunto attiene al programma che il datore di lavoro intende attuare per riprendere l'attività produttiva. Tale programma, modificabile in corso di svolgimento in accordo con le rappresentanze dei lavoratori, è centrale nell'intera vicenda giuridica della CIGS. Di qui muove anche l'impostazione relativa alla richiesta di spiegare perché non sono praticabili forme alternative di riduzione dell'orario di lavoro nonché di giustificare la durata e il numero dei lavoratori interessati dalla sospensione/riduzione dell'orario di lavoro. Nell'esame congiunto si analizzano i criteri di scelta sul personale da sospendere e l'eventuale meccanismo di rotazione tra lavoratori²⁶. Viene richiesto di svolgere una disamina anche sull'eventuale eccedenza del personale e sulla percorribilità della causale, con i relativi effetti, del contratto di solidarietà. Non c'è un obbligo a contrarre: il datore di lavoro, decorso il termine di 25 giorni (10 giorni per i datori di lavoro con meno di 50 lavoratori alle dipendenze), può procedere unilateralmente con la sospensione dell'attività o la riduzione dell'orario di lavoro. Il procedimento amministrativo CIGS consiste nel mero deposito della domanda di CIGS e nel regime di valutazione discrezionale dell'autorità pubblica competente che segue. Tale domanda contiene anche l'elenco nominativo dei lavoratori. Essa viene inviata al Ministero del lavoro entro 7 giorni dalla conclusione del procedimento sindacale o dalla stipulazione del contratto aziendale. Le informazioni della domanda sono contestualmente rese note, mediante il sistema digitale ministeriale, all'INPS e alle

²⁶ Il datore di lavoro che, senza giustificazione, decida di non attuare il meccanismo di rotazione è assoggettabile a sanzione amministrativa (incremento del contributo addizionale).

Regioni ai fini dell'attivazione dei percorsi di condizionalità di cui all'art. 22, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150. La sospensione o la riduzione dell'orario possono essere attuate non prima di una certa data (30 giorni successivi alla data di presentazione della domanda), tenendo presente che il provvedimento amministrativo di concessione viene emanato dal Ministero del lavoro, il quale, mediante decreto, entro 90 giorni dalla domanda, provvede a definire l'accesso alle integrazioni salariali. La fase di verifica *in fieri* è assegnata alle articolazioni territoriali del Ministero del lavoro, le quali sono tenute a svolgere l'ispezione entro 3 mesi dalla fine dell'intervento di integrazione e a comporre una relazione sullo svolgimento del programma che era stato presentato dal datore di lavoro e esaminato con le rappresentanze dei lavoratori per accedere alla CIGS²⁷.

L'ambito soggettivo di intervento, il campo di applicazione di cui all'art. 20 d.lgs. 148/2015, attiene ai datori di lavoro con più di 15 lavoratori alle proprie dipendenze che non sono vincolati al regime di cui ai fondi di solidarietà bilaterali *ex artt.* 26, 27 o 40. Abbiamo già spiegato nel paragrafo 2 il meccanismo farraginoso di collegamento tra l'art. 20 e gli artt. 26 ss. che deriva dalla Riforma del 2021.

La prestazione previdenziale ha un *quantum* definito dalla legge (80% della retribuzione globale di fatto, nel limite delle ore non lavorate da 0 a 40 nella settimana di riferimento). C'è un massimale, indicizzato periodicamente, secondo le regole già descritte sopra per la CIGO. La prestazione di integrazione salariale viene erogata ai lavoratori direttamente dall'INPS. In casi specifici, al datore di lavoro, le cui condizioni finanziarie lo permettano, potrebbe essere richiesto di anticipare la prestazione (art. 7, co. 5, d.lgs. 148/2015). La prestazione è limitata temporalmente in relazione alla causa integrabile, nell'ambito del quinquennio mobile per ogni unità produttiva (24 mesi, anche non continuativi, per riorganizzazione aziendale; 12 mesi, anche non continuativi, per crisi aziendale; 24 mesi, ma date alcune condizioni di computo²⁸, sino a 36 mesi, per il contratto di solidarietà). La crisi e la riorganizzazione aziendale sono limitate altresì dal criterio dell'80% delle ore lavorabili nell'unità produttiva, dato il programma autorizzato. La causale

²⁷ C'è da segnalare anche la regola di non coincidenza di cui al co. 6 dell'art. 20, d. lgs. n. 148/2015: il datore di lavoro, assoggettato ai regimi di cui alla CIGS e alla CIGO, non può richiedere l'intervento ordinario per unità produttive rispetto alle quali abbia già richiesto l'intervento straordinario, qualora periodi e causali, nei fatti, coincidano.

²⁸ Si v. il co. 5 e il co. 6 dell'art. 22, d.lgs. n. 148/2015.

relativa al contratto di solidarietà viene computata nella misura della metà (12 mesi) entro il limite dei 24 mesi. Qualora tale limite sia superato, la durata viene computata per intero. La prestazione previdenziale è indirettamente composta anche dalla contribuzione figurativa ai fini pensionistici e dal TFR maturato durante la sospensione/riduzione, qualora la CIGS determini un licenziamento.

Con l'art. 22 *ter*, da gennaio 2022, in ragione delle causali di riorganizzazione aziendale (lett. a, art. 21) e di crisi (lett. b, art. 21), i datori di lavoro assoggettati al regime della CIGS possono far accedere i lavoratori, in deroga agli artt. 4 e 22, a “un ulteriore intervento di integrazione salariale straordinaria finalizzato al recupero occupazionale dei lavoratori a rischio di esubero, pari a un massimo di dodici mesi complessivi non ulteriormente prorogabili” (cd. accordo di transizione occupazionale). Tali lavoratori possono essere coinvolti in programmi di riqualificazione finanziati a livello regionale, mediante i fondi interprofessionali e nell'ambito del programma GOL. I lavoratori che beneficiano di integrazioni salariali straordinarie sono assoggettati a uno speciale regime di condizionalità²⁹, da gennaio 2022, in ragione dell'art. 25 *ter* e dei relativi decreti ministeriali attuativi. In caso di inadempimento degli obblighi di condizionalità da parte del lavoratore, viene meno il sostegno al reddito.

5. Segue. *Integrazioni salariali erogate dai fondi di solidarietà bilaterali (FSB)*

Per i fondi di solidarietà bilaterali si proverà a adattare lo schema dei sei aspetti già utilizzati per la CIGS, tenendo conto delle differenze esistenti³⁰.

Con riferimento alla forma istituzionale dei fondi di solidarietà bilaterali si può distinguere l'elemento costitutivo (contrattazione collettiva delegata dalla norma di legge) da quello istitutivo (provvedimento ministeriale che riconosce l'assetto gestionale). Tale distinzione ci permette di differenziare i fondi di solidarietà bilaterali, interni all'INPS, che qui chiamiamo fondi “in-

²⁹ Si v. la ricostruzione di SARTORI, *La condizionalità tra coercizione ed “empowerment” del disoccupato*, in *VTDL*, 2022, n. 4, p. 735 ss.

³⁰ Si v. FERRARESI, *Fondi di solidarietà bilaterali, categorie legali e contrattuali: il recente contenzioso e la riforma degli ammortizzatori sociali*, in *VTDL*, 2022, n. 4, p. 799 ss. Si rinvia anche a FAIOLI, *Il sostegno al reddito attuato mediante fondi di bilaterali di solidarietà*, in BIASI, ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario breve alla Riforma Jobs Act*, Cedam, 2016, p. 407 ss.

psizzati”, dai fondi di solidarietà bilaterali alternativi, esterni all’INPS, che qui chiamiamo fondi non inspizzati. Nell’art. 26, d.lgs. 148/2015, sono disciplinati i fondi inspizzati, cioè fondi di solidarietà bilaterali istituiti presso l’INPS, in ragione della contrattazione collettiva a cui la norma di legge ha assegnato una funzione costitutiva che viene consolidata dal successivo riconoscimento del Ministero del lavoro. Essi sono gestioni dell’INPS, amministrati pariteticamente dalle organizzazioni sindacali e datoriali che hanno sottoscritto il contratto collettivo costitutivo, con la presenza di un rappresentante del Ministero del lavoro e un rappresentante del MEF. Alle riunioni del comitato partecipano il direttore generale dell’INPS, con voto consultivo, il quale può eccepire con effetti sospensivi, ove si ravvisino profili di illegittimità, le delibere del comitato, nonché il collegio sindacale dell’INPS. Il comitato predispose, secondo le linee di indirizzo dell’INPS, il bilancio del fondo, delibera in ordine alla concessione di interventi e trattamenti, vigila sulla contribuzione, decide sui ricorsi. Tali fondi inspizzati possono essere ulteriormente classificati in fondi di nuova generazione (costituiti/istituiti *post* 2015)³¹, fondi pre-esistenti (art. 26, co. 8, la cui struttura è stata adeguata alle indicazioni del d.lgs. 148/2015)³², FIS – fondo di integrazione salariale (*ex* art. 29, d.lgs. 148/2015), fondi territoriali intersettoriali (nello specifico, il fondo delle Province autonome di Trento e Bolzano, *ex* art. 40 del d.lgs. 148/2015)³³. Nell’art. 27 sono, invece, disciplinati i fondi non inspizzati, cioè i fondi di solidarietà bilaterali alternativi, costituiti nell’ambito della contrattazione collettiva dell’artigianato (FSBA)³⁴ e della somministrazione di lavoro

³¹ Tra i fondi inspizzati di nuova generazione c’è il fondo di solidarietà bilaterale per le attività professionali (si v. Circolare INPS 3 novembre 2021, n. 92003), costituito *ex* art. 26. Tale costituzione ha creato non pochi problemi nell’identificazione del corretto ambito soggettivo di applicazione rispetto al FIS, posta la disordinata sovrapposizione che è venuta a essere tra inquadramento previdenziale di molti datori di lavoro e vincoli contrattuali. Molti datori di lavoro vincolati al CCNL Terziario e assoggettati al FIS si sono ritrovati, a seguito della costituzione, nel fondo bilaterale per le attività professionali.

³² Tra i fondi pre-esistenti si possono annoverare il fondo di solidarietà bilaterale per il settore dei servizi ambientali, il fondo credito, il fondo Poste, il fondo Solimare, il fondo trasporto aereo, il fondo trasporto pubblico, etc. Con accordo del 27 dicembre 2023 il fondo di solidarietà bilaterale per il settore dei servizi ambientali si conformato alla Riforma del 2023.

³³ Il fondo territoriale delle Province autonome di Trento e Bolzano.

³⁴ Con l’accordo interconfederale del 2 settembre 2022, le parti istitutive di FSBA hanno conformato l’assetto alla Riforma del 2021. In particolare, è stata ridefinita l’aliquota contributiva (0.60% per i datori di lavoro con meno di 15 lavoratori; 0.60%+0.40% per i datori di lavoro con più di 15 lavoratori). Le prestazioni possono arrivare a 26 settimane, se si tratta di datori di

(FORMATEMP)³⁵. I fondi alternativi sono gestiti pariteticamente, nell'ambito della bilateralità "consolidata" del sistema contrattuale-collettivo di riferimento. Essi sono costituiti mediante contratto collettivo e istituiti, per i profili gestionali-civilistici, secondo uno degli schemi di cui all'art. 14 ss. c.c., con il conseguente assetto statutario, regolamentare e di bilancio che il codice civile predispone. Essi sono vigilati dal Ministero del lavoro e dal MEF, i quali con decreto istitutivo riconoscono l'assetto di regole che l'autonomia privata collettiva ha definito per il fondo. Il quadro istituzionale, appena esposto, ci da un segnale chiaro sull'intento del legislatore del 2015 di rendere del tutto indifferente per i fini prestazionali la forma istituzionale che il fondo di solidarietà possiede. Con altre parole, che il fondo sia inpsizzato o non inpsizzato, il datore di lavoro resta vincolato, per inquadramento previdenziale, all'obbligo contributivo imposto dalla legge. Non si tratta, cioè, di potere di vincolo che il datore di lavoro può esercitare a favore di uno dei fondi o di nessun fondo. Non c'è alcun potere datoriale di adesione a un fondo. I datori di lavoro sono vincolati ai fondi di solidarietà bilaterali (inpsizzati e non inpsizzati) in ragione dell'inquadramento previdenziale di cui alla l. 8 marzo 1989 n. 88. Non c'è, nel nostro ordinamento, nessun potere in capo dal datore di lavoro, inquadrato previdenzialmente in un certo modo, di optare per la dissociazione dal sistema dei fondi di solidarietà bilaterali, siano essi inpsizzati o non inpsizzati. L'eventuale dissociazione da parte del datore di lavoro coincide con l'inadempimento contributivo, sanzionato secondo le regole dell'omissione e dell'evasione contributiva, anche secondo la più consolidata giurisprudenza³⁶. I fondi di solidarietà bilaterali (inpsizzati e non inpsizzati) svolgono le funzioni di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro

lavoro con meno di 15 lavoratori, e variare da 26 settimane a 36 mesi per i datori di lavoro con più di 15 lavoratori. Per la regolarità contributiva, in alternativa, alla verifica dell'adempimento di almeno 36 mesi, è stato posto un importo forfetario di 100 euro per anno/per lavoratore.

³⁵ Il 15 marzo 2022 le parti istitutive hanno conformato l'assetto alla Riforma del 2021, stabilendo un pieno allineamento per i profili prestazionali, contributivi, etc.

³⁶ Si v. l'evoluzione della giurisprudenza sul caso FSBA secondo cui è l'inquadramento previdenziale ex art. 49 l. 9 marzo 1988 n. 89 che prevale sul vincolo del datore di lavoro al CCNL. Il che determina la costituzione dell'obbligazione contributiva a favore di FSBA. Si v., tra le molte sentenze, anche in www.dejure.it, Trib. Roma, sez. lav., 30 novembre 2021 n. 10087; Trib. Milano, sez. lav., 13 febbraio 2022 n. 437; Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2021 n. 5657; Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2021 n. 5673; Trib. Bologna, sez. lav., 2 marzo 2023, ord. n. 1516; Trib. Bologna, sez. lav., 2 dicembre 2022, R.G. 2075/2022; Trib. Napoli, sez. lav., 26 maggio 2022 n. 3679, giudice Bile; Trib. Napoli, sez. lav., 26 maggio 2022 n. 3079.

secondo una logica tipicamente esonerativa: si creano varie gestioni bilaterali, si determina l'ambito soggettivo di applicazione, si configura l'obbligazione contributiva. Nessuno, in questo modo, resta fuori dal sistema. Il legislatore avrebbe potuto scegliere, in un progetto riformista, di cui già dagli anni '70 si discuteva in tanti ambienti accademici e politici³⁷, confermato dalla Commissione Onofri e da alcuni disegni di legge degli anni '90/primo decennio del 2000, di far rientrare in un sistema unitario i datori di lavoro non inclusi nella CIGO/CIGS, con un obbligo contributivo diversificato per dimensioni aziendali e prestazioni pressoché simili. Ma ciò non è accaduto³⁸. Le riforme del 2012, del 2015 e del 2021 hanno disposto che l'accesso alla prestazione previdenziale di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro per i lavoratori esclusi dalle integrazioni salariali potesse avvenire mediante un meccanismo di istituzione/ costituzione di più gestioni previdenziali (tra cui, i fondi di solidarietà bilaterali), alle quali si è vincolati per mero inquadramento previdenziale di cui alla l. n. 88/1989. Da gennaio 2022, il meccanismo contorto che ha combinato l'art. 20 e l'art. 26 ha reso possibile quanto già spiegato sopra nel paragrafo 2 con riferimento ai datori di lavoro con più di 15 lavoratori alle dipendenze.

Le cause integrabili nei fondi inpsizzati che permettono l'erogazione dell'assegno di integrazione salariale di cui all'art. 30, d.lgs. 148/2015, sono tutte quelle che funzionano ai fini delle integrazioni salariali ordinaria o straordinaria (v. sopra), con i medesimi regimi e le medesime discipline qualificative (evento endogeno o evento esogeno, imputabilità o meno, riorganizzazione, crisi, etc.). Nel caso si tratti di datori di lavoro, con più di 15 lavoratori alle dipendenze, da gennaio 2022, è stabilita la combinazione tra prestazioni straordinarie di cui alla CIGS e prestazioni ordinarie/straordinarie di cui al FIS. Per i fondi non inpsizzati, la situazione prestazionale non muta. FSBA ha pressoché integralmente conformato le prestazioni ordinarie e straordinarie, per i datori di lavoro con più di 15 lavoratori e per

³⁷ Si v. GIUGNI, MASSACESI, MENGONI, MORESE, RAVENNA, VENTURA, *op. cit.* Si v. anche PIRRONE, SESTITO, *Disoccupati in Italia*, il Mulino, 2009; ANASTASIA, MANCINI, TRIVELLATO, *Il sostegno al reddito dei disoccupati: note sullo stato dell'arte. Tra riformismo strisciante, inerzie dell'impianto categoriale e incerti orizzonti di flexicurity*, in *ISAE Working Paper*, 2009, n. 112, p. 1 ss.

³⁸ Si v. la ricostruzione offerta da D'ONGHIA, *Gli ammortizzatori sociali in mancanza di lavoro: il lento e difficile cammino verso un welfare universale*, in *VTDL*, 2022, n. 4, p. 687 ss. e BOZZAO, D'AVINO, *Gli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro: passato e futuro alla luce della recente riforma*, in *VTDL*, 2022, n. 4, p. 713 ss.

quelli con più di 1 lavoratore, al sistema che si applica ai datori di lavoro vincolati al FIS. In FORMATEMP, le cause integrabili dipendono dalle cause integrabili che permettono al datore di lavoro utilizzatore di accedere alle integrazioni salariali per i lavoratori non somministrati. Prestazioni, durata, *quantum*, etc. sono assimilate integralmente al regime CIGO, CIGS e FIS.

L'obbligazione contributiva è costituita dalla contribuzione ordinaria di cui al co. 1 dell'art. 33, d.lgs. 148/2015 (ripartita da datore di lavoro e lavoratore, nella misura di due terzi e un terzo), dalla contribuzione addizionale di cui al co. 2 dell'art. 33, d.lgs. 148/2015 per il datore di lavoro che ricorra alla sospensione/riduzione (nella logica assicurativa già spiegata del *bonus/malus*) e dalla contribuzione straordinaria per le prestazioni straordinarie di cui all'art. 26, co. 9, d.lgs. 148/2015. Le aliquote sono determinate/confermate per mezzo dei decreti attuativi per i fondi inpsizzati e il FIS. Le aliquote dei fondi non inpsizzati, FSBA e FORMATEMP, sono disposte dalla legge secondo un meccanismo di rinvio: la legge assegna alla contrattazione collettiva la definizione e l'aggiornamento del *quantum*. Tale *quantum* viene recepito in decreti interministeriali. L'armonizzazione contributiva non è stata piena nel caso di FSBA³⁹. Le aliquote, secondo i principi generali, si applicano alla retribuzione imponibile per i fini contributivi. In caso di inadempimento contributivo, oltre alla riscossione coattiva di cui al d.lgs. 26 febbraio 1999 n. 46, si applicheranno le sanzioni per omesso o ritardato pagamento, o evasione. Il che vale per la contribuzione da versare ai fondi inpsizzati e per i fondi non inpsizzati⁴⁰. Infatti, con la Riforma del 2021, l'art. 33 ha interpretato, in modo autentico e con effetti *ex tunc*, la correlazione tra contribuzione ai fondi alternativi e riscossione coattiva in caso di inadempimento contributivo (si v. anche Trib. Roma, sez. lav., 30 novembre 2021 n. 10087 e Trib. Roma, sez. lavoro, 17 marzo 2023 n. 2933), tanto da assegnare ai fondi alternativi anche il potere di emettere il DURC (art. 40).

I procedimenti sindacali e amministrativi debbono essere analizzati in relazione al tipo di prestazione e al tipo di fondo. Per i fondi inpsizzati, il procedimento sindacale dell'assegno integrazione salariale di cui all'art. 30

³⁹ Si v. l'accordo interconfederale FSBA del 2 settembre 2022 e il relativo regolamento di attuazione del 2022.

⁴⁰ FSBA non ha ancora stipulato una convenzione con l'INPS per la riscossione coattiva e la rilevazione dell'inadempimento contributivo (marzo 2023).

d.lgs. 148/2015 viene circoscritto all'informativa, alla consultazione e all'eventuale esame congiunto delle organizzazioni sindacali. Il procedimento amministrativo dell'assegnazione di integrazione salariale FIS consiste nella domanda da presentare al fondo nell'arco temporale dato da due termini: non prima di 30 giorni dall'inizio della sospensione/riduzione dell'attività e non oltre 15 giorni dall'inizio della sospensione/riduzione. In relazione alle prestazioni ulteriori cui all'art. 32 e all'art. 26, co. 9, d.lgs. 148/2015, i fondi inpsizzati hanno stabilito procedimenti *ad hoc*. In relazione ai procedimenti dei fondi non inpsizzati, in FSBA, la prestazione è erogata solo se un procedimento sindacale è stato avviato e si è concluso con la sottoscrizione di contratto collettivo aziendale volto a accertare la sussistenza delle cause integrabili di cui sopra. Nel procedimento amministrativo, FSBA controlla la regolarità contributiva nei 36 mesi precedenti o il pagamento di un importo forfetario definito dal Protocollo del 2 settembre 2022, con l'anzianità contributiva dalla data di richiesta della prestazione.

L'ambito soggettivo di intervento dipende dalla norma di legge che definisce l'inquadramento per i fini previdenziali (l. n. 88/1989) in combinazione con il d.lgs. 148/2015. Dato che dall'ambito soggettivo si deduce anche il contenuto dell'obbligazione contributiva applicabile, si comprende l'importanza di questo elemento. Si è già detto che i fondi di solidarietà bilaterali rispondono a una logica esonerativa. La ragione di tale logica dipende dalla storia delle integrazioni salariali nel nostro ordinamento. Sino alla l. 28 giugno 2012 n. 92, con un consolidamento definitivo nel d.lgs. 148/2015, i lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro, di medio-piccole dimensioni, erano protetti in modo del tutto inadeguato, con strumenti di sostegno al reddito istituiti temporaneamente e in deroga al sistema generale, o non protetti affatto. Dal 2022 in poi, con i novellati art. 26 e art. 29, d.lgs. 148/2015, si dispone l'obbligo contributivo per i datori di lavoro, non rientranti nel campo di applicazione della CIGO, con mediamente più di 1 lavoratore alle proprie dipendenze, che sono appartenenti per inquadramento previdenziale a settori nei quali è stato costituito un fondo di solidarietà bilaterale o, in assenza di tali fondi, che sono vincolati al FIS. Quei datori di lavoro sono, dunque, obbligati a versare la contribuzione a favore del fondo settoriale o, in alternativa, del FIS. L'obbligazione contributiva, al cui rispetto sono tenuti tali datori di lavoro verso i fondi di solidarietà, contestualmente, definisce l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina dei fondi di solidarietà. Tale ambito di applicazione si distingue, per indicazione della legge, in una serie di sotto-

ambiti soggettivi. La norma di legge assegna alle organizzazioni sindacali e datoriali più rappresentative il potere di costituire fondi inpsizzati *ex art. 26*, d.lgs. 148/2015 (primo sotto-ambito di applicazione) o, in alternativa, fondi non inpsizzati *ex art. 27*, d.lgs. 148/2015 (secondo sotto-ambito di applicazione), tenendo presente che per tali fondi la norma di legge autorizza l'estensione dell'ambito. Il fondo FSBA, infatti, mediante contrattazione collettiva, recepita in decreti ministeriali, ha ricompreso non solo i datori di lavoro artigiani, ma anche l'insieme delle strutture aziendali riferibili ai sistemi confederali datoriali che stipulano tale contrattazione collettiva (associazioni, società di servizio, patronati, CAF, enti di formazione di Confartigianato, di CNA e delle altre organizzazioni istitutive). In caso di inerzia delle organizzazioni sindacali e datoriali nel costituire un fondo *ex art. 26*, con l'*art. 29*, d.lgs. 148/2015, si dispone che i datori di lavoro, con almeno 1 lavoratore alle dipendenze, siano assogettati *ex lege* al FIS, fondo di integrazione salariale (terzo sotto-ambito di applicazione). C'è anche un quarto sotto-ambito soggettivo: i datori di lavoro che occupano almeno il 75% dei relativi lavoratori in unità produttive ubicate nelle Province di Trento e Bolzano sono attratti, *ex lege*, nel fondo di solidarietà territoriale di tali Province, se per il relativo settore non è stato costituito un fondo inpsizzato *ex art. 26*, d.lgs. 148/2015 o un fondo non inpsizzato *ex art. 27* del medesimo decreto. Qualora sia stato costituito uno dei fondi appena menzionati, il datore di lavoro, con il 75% di personale nelle Province di Trento e Bolzano, già vincolato a uno dei due, può optare per l'adempimento dell'obbligazione contributiva nei confronti del fondo bilaterale territoriale di Trento e Bolzano. La norma, in modo improprio, utilizza la nozione di "adesione". Abbiamo già segnalato che non si tratta di adesione, ma di un mero potere di scelta (opzione) posto dalla norma e retto dalla titolarità conferita a quel datore di lavoro con più del 75% di personale in quelle aree geografiche.

Le prestazioni dei fondi di solidarietà bilaterali sottostanno eccezionalmente a un regime di parziale applicazione del principio di automaticità *ex art. 2116 c.c.*: tali prestazioni non possono essere erogate al lavoratore in carenza di disponibilità del montante contributivo, derivante da situazioni di non pareggio di bilancio (*art. 35*, d.lgs. 148/2015). Le prestazioni di integrazione salariale erogate dai fondi di solidarietà bilaterali sono l'assegno di integrazione salariale di cui all'*art. 30* e i trattamenti ulteriori di cui all'*art. 32* e all'*art. 26*, co. 9, del d.lgs. 148/2015. A ciò si aggiunga, secondo l'impostazione che qui seguiamo, la contribuzione correlata, che funziona come quella

figurativa, che per l'assegno di integrazione salariale viene a essere versata alla gestione previdenziale del lavoratore, mentre per i trattamenti ulteriori di cui all'art. 26, co. 9, può essere o meno disposta dai decreti istitutivi dei fondi. L'assegno di integrazione salariale consiste in una prestazione almeno pari a quella della integrazione salariale, a cui si conforma nella disciplina quasi del tutto (art. 30, co. 1 *bis*). Per il FIS le prestazioni sono distinte in ragione della classe dimensionale del datore di lavoro, sopra o sotto i 5 lavoratori, con percentuali diverse, temporaneamente ridotte in vista della piena applicazione (0.50% e 0.60%, più il 4% di contribuzione aggiuntiva). Le prestazioni ulteriori di cui all'art. 32 e all'art. 26, co. 9, d.lgs. 148/2015, sono almeno di quattro sottotipi⁴¹. La realizzazione di tali finalità ulteriori può avvenire mediante fondi inpsizzati *ad hoc*, ex art. 26, anche nei settori che operano datori di lavoro a cui si applicava la disciplina della indennità di mobilità, o, mediante i fondi alternativi, FSBA e FORMATEMP, con la necessaria modifica dei contratti collettivi istitutivi nonché dell'assetto regolamentare sulle prestazioni e sulla contribuzione.

Le prestazioni del FIS (fondo integrazione salariale), da gennaio 2022, non sono più limitate dalla norma di legge secondo il criterio assicurativo a capitalizzazione impostato nel 2015: esse possono superare di dieci volte il montante contributivo ordinario dovuto dal datore di lavoro, tenuto conto di quanto già deliberato, in termini di prestazione, a favore dei relativi lavoratori. Il FIS eroga l'assegno di integrazione salariale di cui all'art. 29 e all'art. 30, d.lgs. 148/2015 (13 settimane per i datori di lavoro con meno di 5 lavoratori; 26 settimane per chi supera la soglia dei 5 lavoratori alle proprie dipendenze). Le prestazioni di FSBA riguardano specificatamente il sostegno al reddito⁴². Le prestazioni di FORMATEMP abbinano il sostegno al reddito con la formazione, essendo la gestione previdenziale collegata istituzional-

⁴¹ Il primo sottotipo attiene a integrazioni, per importi o per durata, delle prestazioni previdenziali collegate alla cessazione del rapporto di lavoro (*exp.*, integrazione di NASPI); il secondo riguarda l'integrazione, solo per importo, delle prestazioni previdenziali di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro; il terzo è relativo alla introduzione di un assegno straordinario per il sostegno al reddito per i processi di esodo incentivato di lavoratori che, nei successivi 5 anni, possano raggiungere i requisiti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato; il quarto sottotipo riguarda il finanziamento parziale di programmi formativi in concerto con i fondi deputati istituzionalmente a tale funzione.

⁴² FSBA eroga una prestazione di sostegno al reddito di durata e misura pari a quanto disposto dall'accordo interconfederale 2 settembre 2022, la quale è stata confermata al sistema prestazionale FIS e CIGS.

mente e funzionalmente alla gestione che finanzia la formazione professionale. FORMATEMP ha altresì disciplinato una prestazione ulteriore *ex art.* 26, co. 9, d.lgs. 148/2015.

6. Segue. *Integrazioni salariali e fondo nuove competenze (FNC)*

La forma istituzionale del fondo nuove competenze (FNC) consiste in una gestione speciale dell'ANPAL. Esso è, nei limiti di stanziamento periodici (si v. da ultimo il d.l. 5 maggio 2023 n. 48, il DM 24 febbraio 2023, n. 4 e il DM 22 settembre 2022), che sono riferibili al Programma Operativo Nazionale SPAO, un fondo di rilievo pubblicistico, cofinanziato dal Fondo sociale europeo.

Le cause integrabili sono riferite dall'art. 88, d.l. 19 maggio 2020 n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020 n. 77, alla “graduale ripresa dell'attività dopo l'emergenza epidemiologica”, con una funzione della contrattazione collettiva decentrata (aziendale o territoriale) di puntualizzare le mutate esigenze organizzative o gli eventuali percorsi di mobilità/ricollocazione dei lavoratori coinvolti nelle ore di formazione integrate dal FNC. Si tratta di una fattispecie generica, riempita di contenuto dalla contrattazione volta per volta. Con il DM 22 settembre 2022, si è ulteriormente specificato che, in sede di contrattazione collettiva, il datore di lavoro è tenuto a identificare l'aggiornamento delle professionalità dei lavoratori che sono riferibili ai processi aziendali di transizione digitale e ecologica, tenendo in considerazione ciò che viene programmato per innovazione tecnologica, produttiva e organizzativa, di efficientamento energetico, di riduzione di sprechi e scarti, di economia circolare e di impatto ecologico, di riqualificazione ambientale e di valorizzazione agro-economica, e, infine, di adeguamento delle competenze negli investimenti strategici.

Il procedimento sindacale è evidente. C'è da negoziare e sottoscrivere un contratto collettivo aziendale o territoriale con le rappresentanze dei lavoratori collegate alle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Quel contratto collettivo ha una serie di aspetti da dirimere che sono, poi, oggetto della valutazione discrezionale di ANPAL nell'ambito del successivo procedimento amministrativo. Tali aspetti che il contratto collettivo deve gestire attengono alla combinazione tra cause integrabili (v. sopra) e progetto formativo. Con il DM 22 settembre 2022 si è in-

dicato un percorso necessario di collegamento tra la ragione per cui si chiede di accedere a questo tipo di integrazione salariale e formazione da erogare ai lavoratori coinvolti. Il contratto collettivo individua i lavoratori, le cause integrabili, nel senso indicato sopra, e il progetto formativo per poi permettere l'attestazione finale di messa in trasparenza, con validazione e certificazione, delle competenze maturate *ex d.lgs. 16 gennaio 2013 n. 13* e relative Linee guida del DM 5 gennaio 2021. Il procedimento amministrativo è composto da due fasi. La prima è nelle mani di ANPAL, la quale è tenuta a pubblicare un bando, con le modalità, i requisiti e i termini per la presentazione delle istanze da parte dei datori di lavoro. A detta istanza viene allegato il contratto collettivo e il progetto di formazione. L'ANPAL, sentita la Regione di competenza, esprime l'eventuale parere di conformità. La valutazione delle istanze avviene secondo il principio *prior in tempore, prior in iure*. Dato il parere di conformità, l'ANPAL determina l'importo rimborsabile al datore di lavoro. Di qui scatta la seconda fase. Effettuata la sospensione dei lavoratori, con il periodo di relativa formazione in azienda, l'INPS, con cadenza trimestrale, eroga l'integrazione salariale, nella forma di compensazione/rimborso, al datore di lavoro. L'ANPAL, a tal fine, anticipa all'INPS un certo importo complessivo che assorbe il valore dei progetti ritenuti conformi. L'ANPAL ha il compito di monitorare il buon utilizzo delle risorse. La formazione, di norma, viene finanziata dai fondi interprofessionali, i quali dal 2022 in poi sono diventati soggetti principali di questa vicenda. Essi condividono con ANPAL, mediante un sistema digitale, le informazioni sui progetti formativi, sulla formazione erogata e sui lavoratori coinvolti.

La contribuzione non c'è, trattandosi di un sistema a finanziamento statale-europeo, e, dunque, basato su fiscalità generale e debito comune. Per l'ambito soggettivo di applicazione si fa riferimento a qualsiasi datore di lavoro che abbia stipulato un contratto collettivo decentrato di rimodulazione dell'orario di lavoro a favore del contestuale svolgimento di ore di formazione *ex art. 88 l. 19 maggio 2020 n. 34, l. conv. 17 luglio 2020 n. 77*. Per rimodulazione non si intende riduzione dell'orario di lavoro, ma esercizio da parte del datore di lavoro del potere di variazione della qualità/quantità di lavoro, con l'assegnazione a un tempo predefinito di formazione obbligatoria, nell'ambito dell'orario di lavoro.

La prestazione consiste nella normale erogazione della retribuzione e contribuzione a favore del lavoratore che è posto in formazione. Quella retribuzione, con la relativa contribuzione, viene rimborsata dall'ANPAL, me-

dante il servizio che svolge l'INPS. La speciale prestazione previdenziale è necessariamente collegata a un percorso formativo. Con altre parole, formando il lavoratore, viene disposta unilateralmente dal datore di lavoro, nella cornice del contratto aziendale, la variazione della quantità e qualità del lavoro. Ogni progetto formativo non può superare la durata massima di 200 ore, tenendo in considerazione che la durata minima non può essere inferiore a 40 ore. Il che inserisce tale prestazione, come già fatto notare, nella nozione più ampia di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. Di fatto, esso integra il salario dei lavoratori posti in formazione, mediante compensazione/rimborso al datore di lavoro operato da ANPAL/INPS, a fronte delle risorse europee, coprendo gli “oneri relativi alle ore di formazione, comprensivi dei relativi contributi previdenziali e assistenziali”, nei limiti di un certo stanziamento periodico e di un procedimento sindacale/amministrativo.

7. *Conclusioni. Proposte che muovono dall'osservazione della realtà economico-sociale che sta alla base del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro*

L'allocazione efficiente dei beni, su cui il capitalismo moderno è stato fondato, non determina un automatico venir meno delle disuguaglianze sociali⁴³. Il progresso materiale e il progresso umano, seppur fortemente correlati, hanno avuto passi e, in alcuni casi anche percorsi, diversi nella storia allorché quell'allocazione di beni non sia stata efficiente (monopoli) o sia stata frenata da fattori esogeni. Anzi, dal capitalismo moderno sono plasmate anche le grandi imprese che, nel tempo, sono diventate tali acquisendo imprese più piccole, le relative proprietà e i mercati collegati⁴⁴, ricreando, in molti casi, condizioni monopolistiche. La soluzione a tali criticità del capitalismo moderno non è certamente né nella pianificazione centralizzata⁴⁵, dati i tentativi falliti di cui la nostra storia recente è stata testimone⁴⁶, né tan-

⁴³ SYVERSON, *Market Structure and Productivity: A Concrete Example*, in *Journal of Political Economy*, 2004, n. 112, p. 118 ss.

⁴⁴ COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, n. 4, p. 386 ss.

⁴⁵ Si v. in particolare la tesi di GEORGE, la quale è ben descritta da E.T. O'DONNELL, *Henry George and the crisis of inequality: progress and poverty in the Gilded Age*, Columbia University Press, 2015.

⁴⁶ HAYEK, *The Road to Serfdom*, Routledge, 1944.

to meno nella impostazione secondo cui la negoziazione privata è sempre e solo la via maestra dell'efficienza⁴⁷. La soluzione più adatta al contesto storico-economico, sviluppatosi dal dopoguerra in poi, è stata, invece, rintracciata nella regolazione, da una parte, delle situazioni di monopolio, con la conseguente promozione della libertà di concorrenza, e, dall'altra, dei sistemi di protezione sociale dei lavoratori colpiti dai fallimenti del mercato, la quale, in Europa e nel sistema nordamericano, con velocità e intensità diverse, è stata sviluppata dal secondo dopoguerra in poi⁴⁸. Un mercato imperfetto non garantisce nuova occupazione per il lavoratore che sia in cerca di una nuova posizione professionale. Il venir meno del lavoro significa che non c'è più il salario, proporzionato alla qualità e alla quantità del lavoro svolto e sufficiente per una vita dignitosa per sé e per il proprio nucleo familiare, anzi si aggiungono i costi per la ricollocazione e spesso i costi per sostenere spese per la salute che può aggravarsi in situazioni di crisi. I datori di lavoro, data la possibile temporaneità delle crisi, provano a limitare le fluttuazioni occupazionali con il rapporto di sicurezza sociale che si concretizza nell'accesso a schemi di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. Nella stessa logica operano anche i limiti imposti in materia di licenziamento e le regole promozionali per la ricerca della nuova occupazione: sono anche esse, se osservate da un'angolazione diversa, forme di (indiretta) assicurazione sociale verso il rischio di disoccupazione. L'intervento di sicurezza sociale si determina secondo le tre linee concatenate del sostegno al reddito, dei limiti al potere di licenziamento, delle politiche attive. L'intervento di sicurezza sociale, in questo senso, definisce una contribuzione previdenziale che, a prescindere dalla qualità e quantità del lavoro svolto, del tipo contrattuale, dell'area produttiva, permette l'accesso a prestazioni di sostegno al reddito in caso di non-lavoro.

Tale costruzione ci aiuta a comprendere meglio la ragione che sottende un sistema efficiente di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro: esso può bilanciare, se ben congeniato, la richiesta di alcuni, spesso legittima, di rafforzare i vincoli normativi ai licenziamenti, individuali e collettivi, in

⁴⁷ SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004; COOTER, ULEN, *Law&Economics*, Pearson, 2012; POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 2014.

⁴⁸ Si realizza in questo modo una sorta di "protezionismo liberale" secondo ROMAGNOLI, TREU, *I sindacati in Italia: storia di una strategia (1945-1976)*, il Mulino, 1977 e AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, il Mulino, 1972.

termini di procedimento e di sanzione, nonché, la spinta anomala a prolungare alcune forme di sostegno al reddito che spesso si traducono in forme assistenziali o pre-pensionistiche. Il sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro deve essere condizionato alla storia professionale del lavoratore e alla relativa possibilità di riattivazione nel mercato del lavoro, proporzionato rispetto alla contribuzione versata e alla retribuzione normalmente ricevuta, e non collegato a verifiche reddituali⁴⁹.

Posto ciò, si può accennare qualche punto conclusivo volto a suggerire idee per un'eventuale modifica della Riforma del 2021. Si può muovere dai lavori della Commissione Onofri e del disegno originario che stava alla base del d.lgs. 148/2015. Ahinoi, non si può fare un confronto con gli esiti dei lavori della Commissione che il Ministro Catalfo costituì perché essi non sono mai stati pubblicati formalmente. La Commissione Onofri indicò alcuni punti. Tra questi mi pare che il più importante sia quello afferente al bilanciamento dell'esigenza rappresentata dalle organizzazioni sindacali di mantenere "alcune prerogative di stabilità del contratto e del reddito lavorativo" e la "normale variabilità del contesto economico in cui le imprese operano". Il che si realizzerebbe, secondo il rapporto della Commissione Onofri, mediante "uno schema di tipo assicurativo", con "erogazioni [che] devono tendenzialmente essere finanziate per intero con un prelievo contributivo ricadente sui soggetti beneficiari dei trattamenti; il prelievo contributivo va caricato proporzionalmente sulle retribuzioni e ripartito secondo percentuali da decidere tra datori e lavoratori; le prestazioni devono essere correlate, almeno entro un certo limite, all'onere contributivo ricadente sui singoli individui". La Commissione Onofri segnalò altresì un tetto "massimo di 12-18 mesi nell'arco di un periodo di cinque anni" per le prestazioni e un rapporto tra livello dell'integrazione e retribuzione di riferimento decrescente nel tempo, con un *quantum* intorno al 70% della retribuzione.

Il che si traduce in una serie di elementi che potrebbero essere utili ancora oggi per avviare un confronto scientifico nel prossimo futuro su una riforma del disegno normativo del 2021. Tra questi elementi si segnalano i seguenti.

Il primo elemento riguarda il lavoratore, il quale non può e non deve cedere a forme di inattività professionale indirettamente sussidiate dalla pre-

⁴⁹ DIAMOND, *A framework for Social Security analysis*, in *Journal of Public Economics*, 1977, n. 8, p. 275 ss.

stazione previdenziale. Il che comporta una durata certa e limitata dell'erogazione della prestazione, con una correlata riduzione nel tempo del *quantum*, volta a spronare comportamenti proattivi del lavoratore, tra cui l'apprendimento mediante la partecipazione a corsi di formazione adatti a conformare le competenze rispetto a ciò che chiede il mercato del lavoro⁵⁰. Con la Riforma del 2021 questo fenomeno non è stato risolto. Si veda, per esemplificare, l'art. 44, d.l. 28 settembre 2018 n. 104, l. conv. 16 novembre 2018 n. 130, modificato con la l. 29 dicembre 2022 n. 197, il quale ha prorogato i relativi effetti per il 2023, o i regimi di proroga di CIGS per cessazione di cui agli artt. 22 *bis* e 22 *ter* d.lgs. 148/2015 che, di fatti, lasciano al Ministero del lavoro e/o alla Regione il potere di incidere sull'eventuale proroga delle integrazioni salariali straordinarie in assenza di una minima attuazione di forme di ricollocazione collettiva o di formazione obbligatoria⁵¹. Su un piano diverso, si pone invece la disciplina del fondo nuove competenze (FNC), la quale ci insegna che è già oggi possibile innestare un potere di variazione della qualità/quantità di lavoro nell'ambito di una formazione obbligatoria, con un sostegno al reddito volto anche a riattivare o ricollocare nel mercato il lavoratore. Questa via potrebbe essere ulteriormente indagata, anche per risistemare ulteriormente i regimi attuali delle integrazioni salariali.

Il secondo elemento attiene alla contribuzione relativa alla quota parte del datore di lavoro, la quale può essere oggetto di incremento/decremento in relazione al rischio di disoccupazione che il datore di lavoro effettiva-

⁵⁰ La proattività del lavoratore di per sé non garantisce l'esito positivo della ricerca del lavoro perché ciò dipende, in larga parte, dalla domanda di lavoro. Qui ci sono una serie di condizioni da valutare in materia di mercato del lavoro e di mercati settoriali produttivi in cui cercare lavoro, con la conseguenza che appare giustificabile adattare la durata o il *quantum* della prestazione previdenziale di sostegno al reddito in ragione della ciclicità dell'economia. Il ruolo del sistema pubblico, in questo contesto, diventa sia promozionale (eliminare gli ostacoli che di fatto impediscono al lavoratore la ricerca attiva di lavoro), sia di controllo sull'effettivo impegno individuale nella ricerca di lavoro.

⁵¹ La Riforma del 2021 ha ridefinito le regole della condizionalità abrogando l'art. 22 d.lgs. 14 settembre 2015 n. 150 per chi beneficia di integrazioni salariali, per i quali non c'è riferimento né alla DID, né al patto di servizio. C'è, dal 2022 in poi, il nuovo regime degli obblighi di attivazione, anche formativi, e le relative sanzioni (art. 25-*ter*, d.lgs. n. 148/2015, introdotto nel 2021). Il che, però, a oggi non è stato ancora pienamente attuato a livello regionale. Sul punto si v. lo studio sulla condizionalità nell'ambito dei piani di attuazione regionali del PNRR, di FAIOLI, LUCCISANO, CAPPELLAZZO, SMILARI, *Tecnofobie nella Missione 5 del PNRR, condizionalità e dovere di lavorare*, in *federalismi.it*, 2023, n. 9, p. 170 ss.

mente pone in essere con scelte riorganizzative o in ragione di elementi endogeni. L'attuale assetto definito del *bonus/malus* dall'art. 5, 1^{ter}, d.lgs. 148/2015 è debole. Andrebbe rafforzato, con un riferimento alla formazione certificata (più formi, meno paghi), formazione che andrebbe fatta finanziare soprattutto dai fondi interprofessionali in una logica di ricollocazione collettiva. Il regime del *bonus/malus* andrebbe altresì introdotto da subito, senza attendere il 2025.

Il terzo elemento attiene alla caotica impostazione definita con l'art. 20 e l'art. 26, *post* Riforma del 2021, per i datori di lavoro vincolati contemporaneamente al FIS e alla CIGS. Non ha alcun senso vincolare i datori di lavoro a doppie gestioni per prestazioni che potenzialmente si sovrappongono. Sarebbe più utile permettere al FIS di gestire entrambe le prestazioni in ragione del regime generale di cui all'art. 20 ss., collegando in modo strutturale il FIS all'azione dei fondi interprofessionali.

Il quarto elemento è relativo alle aliquote. Qual è il senso economico e giuridico di un incremento generalizzato delle aliquote a carico dei soggetti vincolati ai fondi di solidarietà bilaterale senza alcun riferimento alla serie storica dell'utilizzo delle prestazioni pre-pandemiche? Perché chi ha svolto questi calcoli nella fase di definizione della Riforma del 2021 si è attestato su quei livelli? Perché incrementare il costo del lavoro in una fase di ripresa *post*-pandemica per le piccole e medie aziende? Avrebbe più senso far rimodulare in modo più flessibile alle parti istitutive le aliquote in ragione del rischio di disoccupazione che riguarda quel settore produttivo, in una prospettiva di breve-medio periodo.

E qui c'è la connessione con il quinto elemento. L'art. 35 d.lgs. 148/2015 relativo all'equilibrio di bilancio dei fondi di solidarietà bilaterale va riscritto, tenendo in considerazione i rischi normali, quelli di cui alle causali delle integrazioni ordinarie e straordinarie, e i rischi speciali, tra guerra, pandemia e vicende simili. Il che permetterebbe di facilitare il calcolo dell'equilibrio finanziario, con modifiche periodiche delle aliquote, distinguendo in modo chiaro tra rischi di disoccupazione derivanti da fenomeni noti e rischi derivanti da fatti abnormi come la pandemia o la guerra. Per i fenomeni abnormi si potrebbe facilitare la costituzione di una gestione *ad hoc* per raccogliere a livello europeo un montante contributivo⁵² o, in alternativa, definire di volta

⁵² BOLOGNA, FAIOLI, *Sull'adeguatezza dell'indennità euro-unitaria di disoccupazione (EUSB)*, in *RDSS*, 2017, n. 1, p. 29 ss.

in volta l'apporto europeo o statale di fiscalità generale per il finanziamento delle prestazioni.

Il sesto elemento riguarda il nuovo regime delle prestazioni e il relativo collegamento con il cd. universalismo selettivo. L'universalismo selettivo ha senso nella misura in cui sia adeguato al contesto organizzativo aziendale. Con la Riforma del 2021 si è introdotto un meccanismo rigido che tende a portare tutte le prestazioni su un medesimo piano e l'obbligazione contributiva verso una piena armonizzazione. Si è voluto costruire un sistema quasi unitario, forzando l'autonomia collettiva e i fondi di solidarietà a armonizzarsi su livelli prestazionali probabilmente del tutto incongrui in alcuni casi. Ciò presenta una serie di ambiguità da superare. Con altre parole, quale dignità del lavoratore si intende tutelare, avendo oggi predisposto, con la Riforma del 2021, un quadro comune per il datore di lavoro con 16 lavoratori alle proprie dipendenze, il quale può fare istanza sino a 36 mesi di integrazioni salariali straordinarie, e il datore di lavoro con migliaia di posizioni, il quale può altresì raggiungere 36 mesi? Siamo sicuri che quella uguaglianza formale, dettata dal mero numero di mensilità di integrazione salariale, sia anche uguaglianza sostanziale tra i 16 lavoratori della piccola officina e le migliaia di posizioni in CIGS di una grande azienda? Chi effettivamente sta beneficiando di una situazione come quella appena descritta?

Il settimo e ultimo elemento attiene alle causali. Bisogna chiedersi se la tecnica giuridica che abbiamo ereditato dal passato sulla distinzione tra integrazioni ordinarie e straordinarie, cioè tra cause esogene e cause endogene, abbia senso per il futuro, in vista delle grandi transizioni che saremmo tenuti a programmare e a attraversare. È una tecnica giuridica che si consolidò tra la fine della Seconda guerra mondiale e la ripresa economica del paese per permettere un controllo di merito da parte del potere amministrativo sull'accesso alle integrazioni salariali. Pur essendoci molte similitudini con altri sistemi europei, è forse giunto il momento per revisionare quel modello. La prova di un necessario avanzamento della disciplina sta nel meccanismo del FNC e nel ruolo che in quel caso ha la contrattazione collettiva aziendale, alla quale è stata assegnato il potere di puntualizzazione delle causali e del relativo schema formativo. La contrattazione collettiva aziendale, se adeguatamente sostenuta con riferimento alla selezione degli attori sindacali abilitati a negoziare, potrebbe, in un sistema riformato, assumere ruoli nuovi nella puntualizzazione e nella verifica delle causali, della durata delle prestazioni e della correlata formazione.

Abstract

Con il presente saggio si presenta il risultato di uno studio volto a analizzare l'impostazione delle integrazioni salariali riformate nel 2021, anche a seguito dell'impatto che il Covid-19 ha avuto sul nostro sistema di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. Si muove dall'analisi del rischio di disoccupazione e si svolge una disamina sulle gestioni previdenziali attualmente esistenti, mettendo in rilievo le criticità teoriche e applicative della riforma del 2021 (CIGO, CIGS, FSB – fondi di solidarietà bilaterali, FNC – fondo nuove competenze). Si osserva il rapporto assai debole con le politiche di riattivazione nel mercato del lavoro e si propone una riflessione sulla relazione tra sistemi di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro e ciò che sta caratterizzando il futuro del lavoro, anche in una prospettiva di costruzione europea di tali sistemi.

In this essay we present the outcome of a study concerning several issues related to the current Italian legal frame on the job retention schemes reformed in 2021, after the Covid-19 impact. We start by asking what the risk of unemployment is, we continue our path by examining for whom social insurance coverage of the risk is and should be organized, we investigate the applicative and theoretical problem arising from the 2021 reform of the Italian job retention schemes (CIGO, CIGS, FSB – fondi di solidarietà bilaterali, FNC – fondo nuove competenze). We look at how the involuntary character of unemployment should be established in relation to the availability for the labor market and willingness to work. We end the essay by looking at the future of job retention schemes, paying special attention to the changing nature of work as well as to plans to move towards a European unemployment insurance.

Keywords

Integrazioni salariali (CIGO, CIGS, FSB fondi di solidarietà bilaterali, FNC fondo nuove competenze), condizionalità, lavoro congruo, prestazioni, sistema europeo di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro.

Job retention schemes and related benefits (CIGO, CIGS, FSB – fondi di solidarietà bilaterali, FNC – fondo nuove competenze), Willingness to work, Suitable work and amount/duration of the benefits, European unemployment insurance.

Raffaello Santagata de Castro

Work-life balance, flessibilità dell'orario di lavoro e discriminazioni

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili in base alla direttiva c.d. *work-life balance*. **2.1.** *Segue:* Il ruolo cruciale dell'obbligo di motivazione: proposta di una lettura estensiva. **3.** Un possibile accostamento dell'obbligo previsto dalla dir. 2019/1158/UE a quello di adottare accomodamenti ragionevoli. **3.1.** Flessibilità oraria e discriminazioni. La via giurisprudenziale. **4.** L'incompleta trasposizione dell'art. 9 della dir. 2019/1158/UE nel diritto italiano e la *Drittwirkung* del principio di non discriminazione.

I. *Introduzione*

Il tema del *Work-life balance*¹ occupa da tempo uno spazio rilevante nell'agenda politica e nel discorso pubblico² e solo di recente ha conosciuto un

¹ Sull'evoluzione del significato del termine conciliazione (che rispecchia una speculare evoluzione dei contenuti dell'agenda politica) cfr. per es. TREU, *Presentazione*, in SERVIDORI, MAIANI, CAFAGNA, *La conciliazione tra tempi di vita e di lavoro*, Giuffrè, 2017, XV. Sulle criticità e sui paradossi delle politiche ispirate al WLB v. FLEETWOOD, *Special Issue: Re-thinking Work-Life Balance*, in *IJHRM*, 2007, p. 351, CHIEREGATO, *A Work-Life Balance for All? Assessing The Inclusiveness Of Eu Directive 2019/1158*, in *IJCL*, 2020, pp. 3-6.

² L'attualità del tema traspare anche dai risultati di una ricerca empirica dal titolo "*Cosa cercano le donne sul lavoro*", condotta da *ManpowerGroup*, uno dei colossi mondiali per la gestione delle risorse umane (se ne dà conto in *Il Sole 24 ore*, 1 marzo 2023, p. 21). Dal sondaggio, svolto in alcuni paesi europei e su un campione di 4mila lavoratori, è emerso che otto donne su dieci chiedono un miglior work-life balance con forme di flessibilità contrattate in base anche alle loro esigenze. Il 30% delle lavoratrici cambierebbe azienda solo per un miglior work-life balance. Inoltre, oltre un terzo delle donne sarebbe disposta a rinunciare al 5% dello stipendio per una settimana lavorativa di quattro giorni. E il 16% accetterebbe una riduzione salariale per poter lavorare da remoto (nonostante gli svantaggi che tale forma di lavoro presenta sul versante della crescita professionale).

significativo salto di qualità sul piano regolativo grazie alla spinta propulsiva del diritto dell'Ue. In questo contesto evolutivo la dir. 2019/1158/UE del 20 giugno 2019 segna un punto di svolta giacché il legislatore europeo, per la prima volta, appresta un quadro organico di regole con il precipuo scopo di favorire l'equilibrio tra vita professionale e vita familiare e migliorare, in qualche misura, le condizioni di vita dei lavoratori che siano genitori o prestatori di assistenza. In tal modo, si è voluto anzitutto rispondere all'esigenza di un approccio trasversale e sistematico³ nella regolazione giuridica del tema, puntando ad una riforma di ampio respiro, che investisse il complessivo apparato degli istituti tipici della conciliazione e quelli ad essa strumentali⁴. Al contempo, il legislatore, per affrontare la sfida delle trasformazioni organizzative in corso (rivoluzione digitale, individualizzazione degli stili di vita etc.), propone un modello di regolazione in grado di offrire soluzioni modulabili a seconda del contesto e delle circostanze e di attribuire una valenza inedita alla sfera della libertà personale⁵.

In questa prospettiva si colloca il riferimento, all'art. 9, co. 1, alle modalità di lavoro flessibile (e in particolare, una "modulazione" dell'orario di lavoro), che, al pari delle misure classiche, come l'istituto dei congedi e/o i servizi di cura, possono giocare un ruolo chiave per poter rispondere in modo efficace

³ Prima della dir. n. 1158 l'azione legislativa dell'UE si era realizzata solo attraverso interventi gradualmente e frammentati nella direzione di declinare i diritti di cui i lavoratori possono avvalersi per attuare modalità di lavoro flessibili. Lo evidenziano, tra gli altri, CARACCILO DI TORELLA, *An emerging right to care in the EU: a "New Start to Support Work-Life Balance for Parents and Carers"*, ERA Forum, p. 10; SCARPONI, *"Work life balance" fra diritto Ue e diritto interno*, in WP C.S.D.L.E. *"Massimo D'Antona"*.INT - 156/2021 pp. 3 e 12 e ss. Sull'esigenza di un approccio trasversale nella regolazione giuridica in materia che «assicuri un minimo di integrazione tra le diverse dimensioni temporali». GOTTARDI, *L'affossamento della revisione della direttiva europea sull'orario di lavoro per mancato equilibrio tra esigenze delle imprese ed esigenze delle persone che lavorano* in VENEZIANI, BAVARO (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, 2009, p. 317. Cfr. anche ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in RGL, 2022, 1, p. 111.

⁴ Come è noto, l'equa ripartizione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne è strettamente intrecciata con la questione della parità di genere e del sostegno dell'occupazione (oltre che con questioni più generali come la crisi demografica).

⁵ In generale, sulla necessità di rivisitare il fondamento teorico e culturale del diritto del lavoro sulla base di una nuova concezione dell'eguaglianza cfr. DEL PUNTA, *Leggendo "The Idea of Justice"*, di Amartya Sen, in DLRI, 2013, p. 197. In una prospettiva analoga v. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti nel diritto del lavoro*, in DLRI, 1991, pp. 455-487.

agli obiettivi di conciliazione (e di redistribuzione del ruolo familiare fra uomini e donne in modo meno diseguale)⁶.

Come è noto, l'esperienza della pandemia ha contribuito a riportare l'attenzione sul tema, rilanciando una delle possibili “modalità di lavoro flessibile” nelle quali possono rilevare le finalità conciliative⁷, ossia il lavoro da remoto (e il lavoro agile)⁸, il cui utilizzo viene peraltro espressamente menzionato nella dir. 2019/1158/UE.

Senonché, nonostante le sollecitazioni del diritto dell'Ue, in molti paesi (come il nostro) la conciliazione è tutt'altro che effettiva nella realtà ed è considerata un problema prevalentemente femminile poiché sono ancora le donne a dover sopportare in misura maggiore il peso dell'asimmetria nella redistribuzione dei ruoli familiari e ad essere sottorappresentate nel mercato del lavoro⁹. La dir. 2019/1158/UE è sicuramente un primo, essenziale, passo

⁶ Cfr. WADDINGTON, BELL, *The right to request flexible working arrangements under the Work-life Balance Directive - A comparative perspective*, in *ELLJ*, 2021, p. 508 e ss.; MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2021, p. 23-24; CARACIOLO DI TORELLA, *An emerging right*, cit., p. 10: “Such an integrated approach acknowledges that care is a life-cycle, an on-going commitment that does not end when children go to school. On a more practical level, the integrated approach is important because if policies and legislation are drafted in isolation, they carry the risk of reinforcing gender stereotyping”.

⁷ Cfr. il recente rapporto promosso dall'OIL (*Working Time and Work-Life Balance Around the World*. International Labour Office, 2022) che analizza un'ampia gamma esistente di modelli di flessibilità oraria, ponendo in rilievo gli effetti di ciascuno di essi sull'equilibrio tra lavoro e vita privata: in particolare, il rapporto, pur sollevando alcune perplessità su alcune tipologie diffuse nella prassi, come il lavoro su turni – che, potendo imporre ai lavoratori di lavorare durante orari atipici, è associato a rischi significativi per la salute e sconvolgimenti della vita familiare – o il lavoro a chiamata, evidenzia le potenzialità offerte da altri strumenti che consentono una modulazione dell'orario di lavoro, come il part-time – purché sia inferiore a 35 ore settimanali e con orari prevedibili – l'accordo su un orario flessibile (*flexitime*) – che, però, pur avendo ricadute positive sulla salute mentale dei lavoratori, può rafforzare disuguaglianze di genere se utilizzato solo dalle donne – la c.d. settimana corta, gli orari multiperiodali calcolati su periodi di riferimento di breve o media durata (ad esempio da uno a quattro mesi) ed il telelavoro.

⁸ ICHINO, *Se l'epidemia mette le ali allo smart working*, in www.lavoce.info, 28 febbraio 2020. Sui riflessi della direttiva su tale istituto cfr. anche ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE: alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI (a cura di), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'Ue*, Vita e Pensiero, 2022, p. 29 e ss.

⁹ Cfr. ad es. di recente SARACENO, *Ancora 50 anni per l'uguaglianza alle donne solo il 77% dei diritti*, in *La stampa* del 3 marzo 2023, p. 25, la quale dà conto di come “L'Italia, con il suo indice di 97,5, superiore al 95,3 della media dei paesi Ocse, (sia) sicuramente in buona posizione per

per rendere effettivo il diritto alla conciliazione e, nella specie, il diritto alla flessibilità in funzione della conciliazione, ma certo non è un traguardo definitivo anche perché spetta ai legislatori nazionali il compito di promuovere politiche di conciliazione appropriate in grado di contrastare il perdurare di stereotipi di genere tra i datori di lavoro.

Peraltro, si ritiene da più parti che il tema possa trovare una adeguata valorizzazione nell'ambito di una profonda revisione delle politiche di flessibilità e, in particolare attraverso una rivisitazione/riorganizzazione della dimensione del tempo di lavoro¹⁰. Si tratta di ripensare l'approccio che sinora è prevalso nella realtà sociale e, prendendo ispirazione dalla ben nota teoria delle *capabilities*, puntare su una più attenta considerazione delle differenze all'interno della famiglia con riguardo ai compiti di cura (cfr. § 3). In tal senso si muovono chiaramente le raccomandazioni provenienti dalle istituzioni sovranazionali, nonché, nel nostro paese, talune sperimentazioni emerse, sulla scia di esperienze straniere¹¹, nella

quanto riguarda l'uguaglianza legale e l'eliminazione di ogni forma di discriminazione basata su norme. Tuttavia, sul piano dell'eguaglianza effettiva rimane ancora lontana, come mostrano i dati sulla divisione del lavoro familiare, sproporzionatamente a carico delle donne, e simmetricamente sulla partecipazione al mercato del lavoro”.

¹⁰ GOTTARDI, *L'affossamento della revisione*, cit., p. 317, la quale si sofferma sulla proposta di modifica della direttiva europea 2003/88/CE presentata dal Parlamento europeo nel 2008. Sul punto cfr. anche LECCESE, *Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunitario in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di giustizia*, in VENEZIANI, BAVARO (a cura di), cit., pp. 340 ss.

¹¹ In Italia, come all'estero, la pandemia ha contribuito a rilanciare il tema della c.d. settimana corta, proprio nell'ottica di agevolare la *work-life balance*. A tal riguardo, le esperienze straniere hanno fatto da apripista, distinguendosi modelli variegati. Il Belgio è il primo paese nell'Ue ad aver introdotto per legge (nel *Various Labour Provisions Act* del 21 novembre 2022) la possibilità di scegliere la settimana di 4 giorni al fine di lasciare ai dipendenti maggiore libertà di organizzare i tempi di lavoro e rendere più dinamico il mercato del lavoro; ma, in tal caso il numero di ore lavorative settimanali (38) resta invariato giacché verrà distribuito in quattro giorni invece che in cinque. In base a tale normativa ciascun dipendente è legittimato a fare una richiesta, per iscritto, al proprio datore di lavoro, il quale potrà accettarla, concludendo un accordo in deroga alla normativa legale oppure rifiutarla, motivando il suo rifiuto per iscritto e comunicandolo entro un mese al lavoratore. Nel dibattito belga non è mancato un certo scetticismo circa la promessa di realizzare con tale misura un migliore equilibrio tra lavoro e vita privata. Secondo alcuni (cfr. *'Stretching the work model': How to approach Belgium's four-day working week*, *The Brussels Times*, 14 marzo 2023) essa potrebbe divenire un'arma a doppio taglio se le imprese non si attrezzeranno adeguatamente per far rispettare la settimana di quattro giorni: infatti se è vero che lavorando dieci ore al giorno si riducono i tempi morti la sera, può anche accadere che molte persone lavoreranno o controlleranno la posta nei loro giorni liberi.

prassi¹²: tali dinamiche potrebbero indurre a riposizionare il *focus* della regolamentazione del tempo di lavoro non più esclusivamente sull'impresa e sulle esigenze produttive ma anche sulla persona del lavoratore.

Nel Regno Unito negli ultimi anni l'istituto della settimana corta è stato oggetto di ampia attenzione nella ricerca empirica. Di recente è salito agli onori della cronaca un interessante esperimento, condotto in tale paese, nel quale 61 aziende avevano offerto a 2900 lavoratori una riduzione da 40 a 32 ore settimanali a parità di salario: il 92% delle aziende ha dichiarato di voler proseguire su questa strada soprattutto perché la maggior parte delle aziende non ha riportato alcuna perdita di produttività durante il periodo di prova. Cfr. il rapporto, *The results are in: The UK's four-day week pilot*, Autonomy Research Ltd, 2023. KELLEY, *Trial Run of 4-Day Workweek Wins Converts*, in *The New York Times*, 22 febbraio 2023; DUSI, *Più ricavi e dipendenti felici: la settimana corta degli inglesi*, in *la Repubblica*, 21 febbraio 2023, p. 21; per l'idea che un lavoro di breve durata possa tradursi in un incremento di produttività giacché un orario di lavoro breve concentrato può rivelarsi molto più efficace di un lavoro di lunga durata: CHUNG, *A Social Policy Case for a Four-Day Week*, in *Journal of Social Policy*, 2022, pp. 551-566.

¹² In Italia sono sempre più numerose le aziende che, ponendosi nel solco di modelli stranieri, adottano soluzioni di rimodulazione dell'orario di lavoro, per lo più tramite contratti aziendali o iniziative unilaterali delle imprese stesse. L'utilizzo di tali strumenti ha incontrato il favore del sindacato confederale, pur ravvisandosi accenti diversi al suo interno. La Cgil propone di introdurre per legge una riduzione della settimana a 4 giorni a parità di salario. Più coerente con gli sviluppi della prassi negoziale è la posizione della Cisl, la quale, pur escludendo l'idea di un modello legislativo dall'alto (giacché – si afferma – il modello della settimana di quattro giorni non costituisce una “taglia unica”), ritiene che la contrattazione aziendale debba essere lasciata libera di decidere quale sia la modalità di flessibilità oraria più adeguata in relazione alle esigenze specifiche della singola realtà aziendale. In effetti, nella realtà ciascuna azienda ha plasmato una politica su misura per rispondere alle specifiche esigenze ed alle sfide organizzative del particolare settore. Le soluzioni adottate da Banca Intesa e Toyota si ispirano in parte al modello inglese. Ad es. nella prima l'accordo aziendale riconosce ai lavoratori la facoltà di scegliere la settimana di quattro giorni a parità di retribuzione e con una lieve riduzione dell'orario (36 ore anziché 37,5). In base a tale accordo il dipendente può presentare, di settimana in settimana, una richiesta tramite una piattaforma aziendale *ad hoc* in accordo con il proprio responsabile. Diversa è la formula adottata dalla casa di moda spagnola (Desigual) nella quale si prospetta una riduzione dell'orario di lavoro settimanale (da 39,5 a 34 ore) per alcune categorie di lavoratori ma con una corrispondente diminuzione del salario. In altre aziende (Awin) si prevede una formula che consente di combinare la *flexy week* (una giornata libera o due mezzeggiate libere a settimana) con il lavoro agile. Questa nuova modalità, concepibile nei settori a più alto valore aggiunto, richiede un nuovo approccio culturale per poter introdurre forme di organizzazione più efficienti e più investimenti per garantire strumenti di lavoro che aumentino la produttività. Sul tema della settimana corta cfr. ESPOSITO M., *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, in *Relazione Aidlass*, 25 maggio 2023; VARVA, ... e se fosse ancor più “smart” lavorare soltanto quattro giorni alla settimana?, in *LLI*, 2022, p. 1-23. Per le fonti giornalistiche: MELIS, *Settimana corta in azienda: primi test anche in Italia*, DE NICOLA, *La settimana corta e la presunzione di decidere dall'alto*, in *La Repubblica*, 6 marzo 2023, p. 12; QUERZÈ, *Settimana di 4 giorni, stipendio da 5* in *Corriere della sera*, 26 febbraio 2023.

Una significativa apertura in questa direzione emerge, tra l'altro¹³, in una Risoluzione del 2016, con la quale il Parlamento europeo auspica una riconsiderazione delle politiche sugli orari di lavoro nell'ottica di una valorizzazione della dimensione trasformativa dell'uguaglianza sostanziale e di una complessiva rivisitazione delle politiche di conciliazione tra vita professionale, vita privata e vita familiare. In alcuni dei considerando, ad esempio, si afferma chiaramente che *“la conciliazione tra vita professionale e vita privata dipende in gran parte dall'organizzazione dell'orario di lavoro sul luogo di lavoro; che sono stati sollevati dubbi circa la possibilità che un orario di lavoro più lungo e intenso possa apportare vantaggi all'economia in termini di maggiore produttività; che una parte significativa dei lavoratori nell'UE ha un orario di lavoro atipico, ad esempio lavora il sabato e la domenica e nei giorni festivi, svolge un lavoro su turni e lavora di notte, e che nel 2015 quasi la metà dei lavoratori ha lavorato durante il proprio tempo libero; che, secondo le informazioni in possesso, l'organizzazione dell'orario di lavoro cambia periodicamente per il 31% dei dipendenti, spesso con breve preavviso; che ciò potrebbe sollevare preoccupazioni per la salute e la sicurezza, con un aumento del rischio di incidenti sul lavoro e di precarietà delle condizioni di salute a lungo termine, e rende difficile per i lavoratori conciliare il lavoro con le responsabilità nei confronti dei figli e di altre persone a carico; che alcuni settori sono colpiti in maniera più grave, come quello dei servizi al dettaglio, in cui la maggior parte dei dipendenti è costituito da donne”*.

L'idea è quella di adottare un quadro regolativo che consenta di valorizzare, nel rapporto di lavoro, la differenza e la specificità della propria situazione personale e familiare, attraverso una scelta ponderata in merito all'organizzazione dell'orario di lavoro nella consapevolezza che ciò possa produrre effetti virtuosi sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare e, di conseguenza, nella salvaguardia dell'occupazione, principalmente femminile¹⁴.

Particolare attenzione viene rivolta, in quest'ottica, ai diversi aspetti di vita delle persone: le esigenze personali e familiari dei lavoratori, il diritto a prendersi del tempo libero, sembrano assumere un ruolo privilegiato e prevalente anche rispetto alle ragioni dell'impresa e alle esigenze di flessibilità: si allude addirittura alla necessità di riconoscere ai dipendenti la “possibilità

¹³ Cfr. da ultimo anche il rapporto promosso dall'OIL, *Working Time and Work-Life Balance Around the World*. International Labour Office, 2022.

¹⁴ Sulla stessa lunghezza d'onda si muove anche il recente rapporto promosso dall'Oil precedentemente richiamato in nota 7.

di avvalersi di un'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da adattarlo alle circostanze specifiche delle varie fasi della vita"¹⁵.

Queste premesse portano a dare preminente rilievo al lavoro agile, che presuppone “un approccio all'organizzazione del lavoro basato su una combinazione di flessibilità, autonomia e collaborazione, che non richiede necessariamente al lavoratore di essere presente sul posto di lavoro o in un altro luogo predeterminato e gli consente di gestire il proprio orario di lavoro”. In tal modo, l'Ue pone l'accento sui benefici effetti legati al riconoscimento al dipendente di una maggiore autodeterminazione e di un nuovo spazio regolativo, che gli consenta anche di negoziare forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro funzionali ad un migliore equilibrio tra tempi di vita e di lavoro¹⁶: esigenza, questa, che si pone – secondo la risoluzione – “in particolare per i genitori che si reinseriscono o si immettono nel mercato del lavoro dopo il congedo di maternità o parentale”.

Come si vede, le istituzioni europee già da tempo avevano colto l'attualità del tema, mostrando di avere ben chiari gli interessi in gioco da contemperare ed alcuni percorsi da costruire per sviluppare nuove forme di regolazione centrate sulla persona. Si tratta ora di verificare se ed in che misura le sollecitazioni del Parlamento europeo sulla tematica in esame abbiano trovato una risposta soddisfacente nelle fonti di *hard law* dell'Ue e nell'ordinamento italiano¹⁷. In tale prospettiva, il presente studio, dopo aver chiarito

¹⁵ Di particolare interesse ai nostri fini è anche il passaggio in cui il Parlamento “sottolinea, da un lato, che l'equilibrio tra vita privata e vita professionale deve basarsi sui diritti e sulla sicurezza dei lavoratori nel mercato del lavoro, nonché sul *diritto a prendersi del tempo libero* senza le restrizioni dettate dalle crescenti esigenze di mobilità e flessibilità; mette in evidenza, dall'altro, le *differenze* nella situazione personale e familiare di ciascun lavoratore e ritiene pertanto che i dipendenti dovrebbero disporre della *possibilità di avvalersi di un'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da adattarlo alle circostanze specifiche delle varie fasi della vita*; ritiene che tale flessibilità orientata al dipendente possa promuovere tassi di *occupazione femminile* più elevati; sottolinea che i dipendenti e i datori di lavoro condividono la responsabilità di stabilire e concordare l'organizzazione dell'orario di lavoro più appropriata; invita la Commissione a delineare un quadro della situazione esistente negli Stati membri rispetto al ‘diritto di richiedere un'organizzazione flessibile del lavoro’”.

¹⁶ Su questo approccio cfr. in particolare PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Il Mulino, 2022, i quali parlano di “soggettivizzazione regolativa” per intendere “una forma di regolazione centrata sulla persona, in coerenza con il mutamento fondamentale che caratterizza il paradigma sociale neomoderno nel suo complesso”.

¹⁷ Alla trasposizione della dir. 2019/1158/UE nel nostro ordinamento è dedicato il Quaderno di DLM n. 14 dal titolo “*Diritto di conciliazione. Prospettive e limiti della trasposizione della*

la portata giuridica del diritto di richiesta delle “modalità di lavoro flessibili” previsto dall’art. 9 della dir. del 2019 ed aver accertato la plausibilità di un suo accostamento al diritto all’adozione di accomodamenti ragionevoli, sposterà l’attenzione sul d.lgs. 30 giugno 2022, n. 105, con il quale il legislatore italiano, apportando alcune modifiche al testo unico di maternità e paternità (d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151), si propone di trasporre gli obblighi del diritto dell’Ue. In tal caso, l’analisi mira a valutare, anche alla luce di un confronto con la normativa straniera, quali prospettive si possono delineare sul piano interpretativo per colmare le vistose lacune che la normativa italiana presenta nel garantire al dipendente il diritto alla flessibilità in funzione della conciliazione.

2. *Il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili in base alla direttiva c.d. work life balance*

Le linee direttrici contenute negli atti di indirizzo richiamati nel § prec. vengono tradotte sul piano giuridico-normativo, sia pure parzialmente, con la dir. 2019/1158/UE, nella quale il legislatore recepisce anche uno dei venti principi sanciti nel Pilastro europeo dei diritti sociali¹⁸, quello dedicato all’equilibrio tra attività professionale e vita familiare, là dove, tra l’altro, si richiamano le “*modalità di lavoro flessibili*” per garantire al dipendente la possibilità di far valere le proprie esigenze personali attraverso una modifica dell’orario di lavoro che si traduca in una sua diversa articolazione¹⁹.

Il cambiamento di passo sul tema traspare già dal preambolo: l’idea è di riconsiderare gli strumenti di regolazione sul tempo di lavoro in funzione di un’equa condivisione delle responsabilità di assistenza tra uomini e donne.

dir. 2019/1158/UE”, Editoriale scientifica, 2023, con contributi di ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D’ONGHIA, MILITELLO, SARACINI, VALLAURI.

¹⁸ L’insieme di misure che la Commissione europea annuncia nell’aprile 2017, come parte integrante del Pilastro europeo dei diritti sociali, per modernizzare il quadro giuridico è intitolato “*New start to address the challenges of work-life balance faced by working families*”. Sulla portata innovativa del *social Pillar* cfr., tra gli altri, ALES, *Il modello sociale europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?*, in questa rivista, 2017, p. 485 spec. 496; ZOPPOLI L., *Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze University Press, 2022, p. 305, spec. 310; nonché i contributi pubblicati in CORTI (a cura di), *Il pilastro*, cit.

¹⁹ In particolare si afferma: “i genitori e le persone con responsabilità di assistenza hanno diritto a un congedo appropriato, *modalità di lavoro flessibili* e accesso a servizi di assistenza. Gli uomini e le donne hanno pari accesso ai congedi speciali al fine di adempiere le loro responsabilità di assistenza e sono incoraggiati a usufruirne in modo equilibrato”.

E ciò nella consapevolezza che la difficoltà del lavoratore di avvalersi di modalità di lavoro flessibili potrebbe compromettere la conciliazione tra l'attività professionale e gli impegni familiari, venendo a costituire “uno dei principali fattori che contribuiscono alla sottorappresentanza delle donne sul mercato del lavoro” (preambolo n. 10)²⁰. E infatti, prosegue il preambolo, “quando hanno figli, le donne sono propense a dedicare meno ore al lavoro retribuito e a dedicare più tempo all'adempimento di responsabilità di assistenza non retribuite. È stato dimostrato che anche avere un familiare malato o dipendente ha un impatto negativo sull'occupazione femminile e porta alcune donne ad abbandonare completamente il mercato del lavoro”.

In questa prospettiva la dir. 2019/1158/UE, all'art. 9, co. 1, con una previsione salutata con favore da una parte della dottrina²¹, riconosce a coloro che hanno responsabilità genitoriali (genitori con figli di età non inferiore a 8 anni) oppure di assistenza, il diritto a chiedere “modalità di lavoro flessibili” al fine di assolvere a tali compiti. Diritto, questo, al quale fa da contraltare l'obbligo del datore di lavoro di “prendere in considerazione” tali richieste e di rispondere in tempi ragionevoli *motivando* l'eventuale rifiuto della richiesta o il differimento della stessa. Si prevede poi che ai lavoratori sia assicurato il diritto di ritornare all'organizzazione originaria della vita professionale (reversibilità), anche prima della fine del periodo convenuto, ogniqualvolta un “cambiamento delle circostanze” lo giustifichi.

La dir. 2019/1158/UE in qualche misura rafforza il diritto di cui all'art. 9, co. 1 giacché utilizza la tecnica antidiscriminatoria per contrastare ogni trattamento svantaggioso riservato a chi richiede orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (art. 11). Lo scopo ultimo di tale previsione sembra quello di garantire che le persone con carichi di cura non siano sottoposte ad un trattamento diverso rispetto alle altre.

²⁰ In un atto di accompagnamento alla proposta iniziale la Commissione già nel 2017 poneva in rilievo che l'indisponibilità di modalità di lavoro flessibili “can lead to some workers, particularly women, to drop out of the labour market altogether when taking on caring responsibilities”: COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU* SWD (2017) 202 final, 7.

²¹ SCARPONI, “*Work life balance*”, cit., p. 12; ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, p. 111, secondo cui la norma “(apre) la strada al riconoscimento in via legislativa di un vero e proprio diritto alla conciliazione dei tempi di lavoro e dei tempi di vita”. V. anche VALLAURI, *Il diritto al lavoro agile*, in CIRIELLO (a cura di), *Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca del COVID*, Scuola superiore della magistratura, 2021, p. 154.

La normativa si ispira ad una concezione moderna di condivisione/conciliazione e si pone a salvaguardia non solo della genitorialità ma anche dell'attività di assistenza intesa in senso ampio e svolta in qualità di “*care givers*”²². Non a caso nel considerando n. 34 il legislatore assume nella propria orbita protettiva una ampia platea di lavoratori (composta dai lavoratori di qualsiasi sesso che si trovino nella condizione di genitore e di prestatore di assistenza), stabilendo che sia loro riconosciuta la possibilità di “*adeguare il calendario di lavoro alle proprie esigenze e preferenze personali*” affinché siano incoraggiati a rimanere a far parte della forza lavoro.

Anche la nozione di “modalità di lavoro flessibili” assume una portata piuttosto ampia giacché si allude alla “possibilità per i lavoratori di *adattare l'organizzazione della vita professionale, anche mediante l'uso del lavoro a distanza, calendari di lavoro flessibili o una riduzione dell'orario di lavoro*” (una novità, questa, rispetto alle forme di flessibilità dei congedi parentali). Il termine va quindi al di là di una riduzione dell'orario di lavoro, che è solo una delle possibili modalità di adattamento dell'organizzazione della vita professionale²³.

È significativo tuttavia che la normativa europea, ponendosi in linea con le indicazioni dell'Oil²⁴, non includa espressamente il riferimento ad alcuni istituti sperimentati in passato come strumenti di conciliazione: ad esempio per il part-time, essa chiarisce i limiti insiti nel suo utilizzo, evidenziando in particolare che “*lunghi periodi di riduzione dell'orario di lavoro possono determinare una riduzione dei contributi di sicurezza sociale e quindi la riduzione o l'annullamento dei diritti pensionistici*”²⁵ (considerando 35). In ogni caso la compatibilità di questi strumenti con la finalità conciliativa e l'idoneità di essi a garantire una effettiva condivisione di ruoli dipende in buona misura dalle regole che ne dettano il funzionamento²⁶: con riferi-

²² CARACCIOLIO DI TORELLA, *An emerging right to care in the EU: a “New Start to Support Work-Life Balance for Parents and Carers”*, ERA Forum, 2017, p. 7; SCARPONI, “*Work life balance*”, cit., p. 3.

²³ TREICHEL, *Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht*, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesvorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes, 2021.

²⁴ Cfr. il rapporto citato in nota 7.

²⁵ MILITELLO, *Conciliare*, cit., p. 57.

²⁶ Sul problema della c.d. precarietà previdenziale legata al ricorso a rapporti di lavoro flessibile caratterizzati da discontinuità lavorativa cfr. D'ONGHIA, *L'incidenza delle misure di conciliazione sul sistema di protezione sociale*, in A.A., *op. cit.*, spec. pp. 135-138 cui si rinvia per ulteriori

mento al lavoro a tempo parziale svolto con modalità elastiche tale compatibilità appare molto dubbia²⁷. Discorso analogo vale per il lavoro a distanza, che non è detto possa considerarsi una modalità idonea a garantire una equa ripartizione delle responsabilità di cura²⁸.

Il riconoscimento di nuove e più ampie sfere di libertà personali del lavoratore impone di ripensare la disciplina temporale, spingendo verso una maggiore individualizzazione del rapporto di lavoro.

La principale questione che si pone attiene alla portata del diritto di chiedere modifiche orarie, che la norma in esame riconosce in capo al lavoratore: come evidenziato da più parti non si tratta di un diritto potestativo²⁹ giacché la norma attribuisce al datore di lavoro il potere di respingere, con provvedimento motivato, la richiesta avanzata dal lavoratore³⁰. Il che si evince, del resto, anche da un'interpretazione autentica del testo: è la stessa Commissione³¹ a chiarire che il datore non è tenuto all'accoglimento della do-

riff. bibl. In generale sulle criticità legate all'utilizzo del *part-time* in funzione di conciliazione del tempo di lavoro con le responsabilità di cura v. FERRANTE, voce *Lavoro a tempo parziale*, in *EGT*, 2008, p. 1; ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, p. 69; ALESSI, BONARDI, CALAFÀ, D'ONGHIA, *Per una trasposizione responsabile della dir. 2019/1158/UE relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza*, in *RGL*, 2022, p. III.

²⁷ SCARPONI, "Work life balance", cit., p. 12; TINTI, *Il lavoro agile e i rischi della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona" IT* - 419/2020.

²⁸ Nella prospettiva della conciliazione assumono rilievo in tal caso anche gli strumenti messi in campo per scongiurare una pericolosa sovrapposizione tra tempo di lavoro e tempo di non lavoro. Per uno sguardo ad alcune esperienze nazionali con particolare riguardo al profilo del rapporto tra accesso al lavoro agile, conciliazione vita-lavoro e disconnessione cfr. i contributi pubblicati in SANTAGATA DE CASTRO, MONDA (a cura di), *Il lavoro a distanza: una prospettiva interna e comparata*, Quaderno di *DLM* n. 13, Editoriale scientifica, 2022.

²⁹ Per es. WADDINGTON, BELL, *The right to request*, cit., p. 512, i quali escludono si possa parlare di un "absolute right"; CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro la nuova Direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, in *LG*, 2020, p. 125 (132).

³⁰ Contrariamente a quanto si verifica nel nostro sistema, per es. in materia di congedi: l'art. 8, co. 7, d.lgs. n. 81 del 2015 prevede a favore del lavoratore la possibilità di "chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale od entro i limiti del congedo ancora spettante (...) la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale (...)" In tal caso, il lavoratore ha un diritto di precedenza nella riconversione del contratto da part-time a full-time. Su tale previsione cfr. anche il § 4.

³¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, 'Executive Summary of the Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on work-life balance for parents and carers and repealing Council Directive 2010/18/EU' SWD (2017) 203 final, 4.

manda giacché l'introduzione di un obbligo simile comporterebbe un controllo particolarmente intrusivo sul potere del datore di lavoro di organizzazione del lavoro nell'impresa (*"it would create serious restrictions for employers to determine how work is organised in a firm"*).

Cionondimeno, non è chiara la posizione che il legislatore riconosce al datore di lavoro rispetto alla richiesta del lavoratore. Restano in particolare aperti alcuni interrogativi: vi è da chiedersi, anzitutto, quali siano i confini della sua sfera di discrezionalità e dunque che ruolo possa svolgere l'obbligo di giustificazione quale possibile «temperamento» del potere datoriale di gestione del tempo (si pensi al caso in cui venga dedotto un grave pregiudizio alla produttività per negare la richiesta di ridurre l'orario per esigenze conciliative). Infine, occorre verificare se ed in che limiti le scelte effettuate dal datore, quali risultanti dalla motivazione del diniego, possano essere oggetto di un sindacato giudiziario.

A tal riguardo sembra utile un raffronto con altre normative di derivazione europea (o proposte di direttiva), che, essendo ispirate anch'esse (in qualche misura) dall'intento di garantire una migliore articolazione tra vita professionale e personale, contemplanò un analogo diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili.

Viene anzitutto in rilievo la previsione contenuta in una proposta, più risalente, di revisione della direttiva sull'orario di lavoro³²: il testo di tale proposta differisce in modo significativo dalla norma in esame giacché il legislatore, in tal caso, individua e tipizza le ipotesi specifiche nelle quali la decisione datoriale di diniego delle richieste di modifiche orarie sia da considerare giustificata. In particolare in tale proposta si prevede non solo che il datore di lavoro sia tenuto a considerare le richieste alla luce delle esigenze di flessibilità di entrambe le parti ma anche che il suo rifiuto sia giustificato solo nel caso in cui lo «svantaggio» organizzativo è sproporzionatamente superiore rispetto al vantaggio per il lavoratore.

Una scelta di segno diametralmente opposto si rinviene nella normativa europea sul lavoro a tempo parziale (dir. 1997/81/CE). In tal caso, nell'ipotesi in cui il lavoratore chieda di ridurre l'orario (mediante una trasformazione del lavoro a tempo pieno in quello a tempo parziale), l'unico obbligo a carico

³² Si vedano gli emendamenti adottati dal Parlamento, il 17 dicembre 2008, al testo della proposta del 2005 di revisione della direttiva sull'orario di lavoro. Sul punto cfr. GOTTARDI, *L'affossamento della revisione*, cit., p. 317; LECCESE, *Le tendenze attuali*, cit., pp. 340 ss.

del datore di lavoro è di prendere in considerazione la richiesta “per quanto possibile”, e dunque con piena libertà di respingerla. Del resto, come vedremo nel prosieguo (§ 4), anche le normative nazionali presenti in diversi Stati membri mostrano un’ampia apertura alle ragioni dell’impresa: l’eventuale passaggio dal tempo pieno alla riduzione oraria “dipende dalla volontà del datore di lavoro e non soltanto dalla scelta del dipendente”³³.

Al contrario della dir. 2019/1158/UE, la dir. 1997/81³⁴ non chiarisce se il datore di lavoro sia tenuto a giustificare la decisione con la quale rifiuta di accogliere la richiesta di riduzione dell’orario ovvero quella con la quale decide di trasformare il rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno: un obbligo di motivazione – benché non previsto espressamente – si potrebbe però dedurre in via interpretativa, considerando che il *part-time* può essere uno strumento di *work-life balance* per la persona che lavora.

Senonché in *Mascellani*³⁵ la Cgeu ha avuto un soprassalto di rigore letterale e ha messo in discussione questa lettura. In tale vicenda, la lavoratrice si era opposta alla trasformazione del suo contratto di lavoro a tempo parziale in *full time* giacché il *part-time* le consentiva di dedicare il suo tempo sia alla cura della famiglia sia alla formazione professionale, sia all’assistenza all’unico genitore superstite – ora ultranovantenne – che viveva con lei. La Cgue, svalutando gli argomenti a favore della tutela della volontarietà del lavoro a tempo parziale, chiarisce che la direttiva non può essere interpretata nel senso che il diritto dell’Ue vieta al datore di lavoro di trasformare un lavoro a tempo parziale in un lavoro tempo pieno senza il consenso espresso del lavoratore. Si tratta di un’interpretazione discutibile, ma qui interessano non tanto la critica alla sentenza quanto le sue ripercussioni pratiche. Il fatto che la Cgue non prenda in alcun modo in considerazione le ragioni addotte dal datore di lavoro alla base della decisione di ridurre l’orario (e la retribuzione) induce a pensare che nel *part-time* secondo il diritto dell’Ue la sua sfera di discrezionalità possa essere ampliata in massima misura, al punto da ritenere insindacabile la scelta di far prevalere i suoi interessi sulle esigenze conciliative del lavoratore.

³³ DAUGAREILH, IRIART, *La conciliazione dei tempi nelle riforme dell’orario di lavoro in Europa (Francia, Germania, Gran Bretagna, Paesi Bassi)*, in *LD*, 2005, pp. 224 ss.

³⁴ E ciò vale anche per la normativa italiana di recepimento: art. 8, c. 8 d.lgs. n. 81/2015. Sul punto si rinvia a quanto detto nel § 4.

³⁵ Sentenza del 15 ottobre 2014, causa n. C-221/13.

2.1. Segue: *Il ruolo cruciale dell'obbligo di motivazione*

Discorso diverso va fatto con riguardo al precetto contenuto nell'art. 9, c. 2, della dir. 2019/1158/UE, che, al contrario, sembra concepito per circoscrivere l'esercizio del potere del datore di gestione delle modifiche all'organizzazione dell'orario di lavoro in modo da garantire che il datore di lavoro lo eserciti senza far prevalere la considerazione del proprio interesse (e segnatamente delle proprie istanze di flessibilità) rispetto alle esigenze conciliative di cui è portatore il lavoratore. Il precetto, infatti, si scandisce in almeno due diverse regole, espressione di due diversi principi: trasparenza e ponderazione.

La prima esigenza che viene in considerazione è quella di trasparenza³⁶, ed essa si concretizza nella regola che impone al datore di lavoro di prendere seriamente in considerazione la richiesta del lavoratore volta ad ottenere “modalità di lavoro flessibili” e di comunicare una risposta alla stessa in tempi ragionevoli.

Anche se la dir. 2019/1158/UE non prevede espressamente un obbligo di comunicare per iscritto al lavoratore la decisione assunta – che invece prevede all'art. 5, par. 6 con riguardo alla richiesta di fruire del congedo parentale secondo modalità flessibili – (e neppure un obbligo a discutere tale decisione), diversi argomenti, anche di indole sistematica, inducono a ritenere che tale modalità sia quella più appropriata per provare che la richiesta è stata presa in considerazione e che il dipendente è stato messo effettivamente in condizione di esercitare i propri diritti³⁷.

Che la comunicazione con la quale il datore risponde alla richiesta del lavoratore non possa esaurirsi in una generica informativa in ordine alla mera titolarità di un interesse suscettibile di essere coinvolto dall'assunzione di una determinata scelta di organizzazione dell'orario emerge anche dalla *ratio* della disposizione. L'obbligo di comunicazione serve infatti a rendere edotto il lavoratore o la lavoratrice della scelta relativa all'organizzazione dell'orario di lavoro e dell'interesse che fa capo all'impresa in modo da permettere un minimo di confronto tra le parti coinvolte in ordine alla possibilità che la scelta

³⁶ Anche SCARPONI (“*Work life balance*”, cit., p. 13) parla di “un onere di trasparenza nell'agire organizzativo del datore di lavoro”.

³⁷ OLIVIERA, DE LA CORTE-RODRIGUEZ, LÜTZ, *The New Directive on Work-life Balance: Towards a New Paradigm of Family Care and Equality?*, in *ELR*, 2020, p. 295, 308; WADDINGTON, BELL, *The right to request*, cit., pp. 508–528.

di gestione dell'orario sia assunta in maniera rispettosa dell'interesse del lavoratore ad ottenere una migliore conciliazione tra i tempi di lavoro e i tempi di vita.

Affinché l'informativa possa assolvere alla funzione che le è propria sembra necessario che il datore, con la comunicazione nella quale respinge la richiesta del lavoratore, chiarisca quale sia il tipo di utilità che può essere ritratta dall'impresa dall'assunzione di una determinata scelta di gestione dell'orario e se la soddisfazione di tale interesse sia o no compatibile con la realizzazione dell'interesse del lavoratore con responsabilità di cura.

La seconda istanza alla cui soddisfazione la regola contenuta nell'art. 9, co. 2, dir. 2019/1158/UE appare funzionale è quella di una migliore e più attenta ponderazione delle conseguenze che possono derivare dalle scelte di organizzazione dell'orario che il datore di lavoro è chiamato ad assumere nei confronti di genitori e lavoratori con responsabilità di assistenza. L'intento del legislatore sovranazionale sembra dunque quello di sottoporre l'organizzazione del lavoro nell'impresa alla necessità di un equo temperamento tra le esigenze organizzative del datore di lavoro e le esigenze di flessibilità di cui sono portatori i lavoratori genitori o con carichi di cura; e nulla esclude che tale temperamento possa condurre ad assumere un impegno concreto ad adottare una soluzione diversa da quella prospettata dal lavoratore nella richiesta benché finalizzata allo stesso obiettivo.

All'esigenza di assicurare una valutazione *ponderata* dei benefici ovvero dei pregiudizi che possono derivare al genitore o al *caregiver* dalla scelta organizzativa è strumentale soprattutto la previsione dell'obbligo di motivazione, che si traduce nella necessità per il datore – chiamato ad organizzare l'orario di lavoro – di esternare le ragioni che lo inducono a rifiutare la richiesta prospettata dal lavoratore. Con la previsione di tale obbligo la direttiva introduce un nuovo e più intenso limite al potere organizzativo del datore di lavoro (di determinare la collocazione temporale della prestazione di lavoro), apprestando dei presidi volti a tutelare l'interesse alla conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.

In questo senso, non si può negare che la disposizione in esame segni un significativo, e direi decisivo, passo in avanti non solo al fine di conseguire un obiettivo di trasparenza nell'agire organizzativo del datore di lavoro, ma anche nella prospettiva di scoraggiare politiche imprenditoriali e gestionali volte a rendere più difficoltosa la conciliazione dell'attività professionale con gli impegni familiari.

Certo, il legislatore sovranazionale avrebbe potuto spingersi oltre, specificando il criterio in base al quale il datore di lavoro può fondare la motivazione; o, almeno fare i conti con la principale fonte normativa in questa materia, ossia la dir. 2003/88/UE³⁸: contrariamente a quanto previsto nel progetto di modifica della direttiva sull'orario di lavoro poi naufragato, la dir. 2019/1158/UE non pone limiti incisivi all'esercizio del potere datoriale di variare la collocazione temporale della prestazione, sacrificando, sotto questo profilo, le esigenze personali e familiari del lavoratore³⁹.

Tuttavia, a quanti hanno svalutato l'importanza della previsione in esame deve obiettarsi che un tale approccio trascura il ruolo cruciale che assume la motivazione rispetto all'esercizio di un potere organizzatorio come quello del datore di lavoro, che, trovando una legittimazione nella libertà di iniziativa economica e nell'autonomia privata, si contraddistingue per una marcata sfera di discrezionalità⁴⁰. Al pari di quanto accade in altre ipotesi abbastanza definite e fortemente incidenti sulla sfera di libertà del lavoratore (ad esempio, in materia di licenziamento ed in materia di trasferimento) la motivazione costituisce anzitutto il limite ed il contraltare della discrezionalità⁴¹: nella specie, il legislatore, costringendo il datore di lavoro ad esternare la propria decisione e a mettere il lavoratore nella condizione di conoscere il contenuto, la portata e la plausibilità delle ragioni addotte, mira ad impedire che le sue scelte organizzative siano espressione di puro arbitrio e interferiscano in modo illegittimo nella sfera di libertà del lavoratore, limitando, in particolare, il diritto sociale fondamentale alla conciliazione di cui è titolare (art. 33 Carta dei diritti fondamentali dell'Ue)⁴². Nel caso di specie, il datore di

³⁸ Cfr. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, 2008, p. 61.

³⁹ In quest'ordine di idee WADDINGTON, BELL, *The right to request*, cit., p. 512; MILITELLO, *Conciliare*, cit., p. 150; CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro*, cit.

⁴⁰ E infatti secondo la classica ricostruzione di PERSIANI (*Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, p. 3) “i poteri del datore di lavoro si caratterizzano, rispetto a tutti gli altri poteri privati, a ragione di ciò che il loro esercizio determina quella particolare organizzazione che consente la destinazione del lavoro umano al perseguimento di interessi altrui”.

⁴¹ Tra gli altri, cfr. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1990, p. 159 e ss.; TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro (spunti per una ricerca)*, in *RTDPC*, 1987, p. 870.

⁴² Non è pacifico in dottrina se il diritto di cui all'art. 9 della dir. 1158 possa rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali. Non mancano argomenti che depongono a favore di una lettura estensiva. Cfr. WADDINGTON, BELL, *The right to request*, cit., pp. 520 e ss., i quali, facendo leva su sulle note esplicative allegate alla Carta di Nizza,

lavoro, esponendo le motivazioni che lo inducono a rifiutare (o ad accettare parzialmente) la richiesta del lavoratore, dovrà spiegare come e perché all'esito di una valutazione di ordine comparativo tra l'interesse organizzativo dell'impresa e l'interesse alla conciliazione, di cui è chiamato a farsi carico, ritiene meritevole di tutela il primo.

Peraltro – come insegna anche l'esperienza giuspubblicistica – la previsione di un obbligo siffatto, oltre a sottoporre ad un maggiore rigore procedimentale la decisione del datore di lavoro avente ad oggetto aspetti inerenti all'organizzazione dei tempi di lavoro, è anche strumentale ad una successiva valutazione giudiziale sui motivi addotti. È infatti attraverso il filtro della motivazione che il giudice – non diversamente da quanto si osserva con riferimento all'attività della pubblica amministrazione – può realizzare un controllo sul corretto esercizio del potere organizzativo.

Si tratta di chiarire, però, quale sia il criterio per vagliare la legittimità del comportamento datoriale e che tipo di controllo giudiziario si configuri sul provvedimento di diniego e, di riflesso, sugli atti conseguenti di organizzazione dei tempi di lavoro.

Coloro i quali sminuiscono il rilievo assunto dall'obbligo di motivazione, ponendo l'accento sulla debole portata del potere di chiedere orari flessibili del lavoratore e sostenendo – sia pure in modo dubitativo – che la disposizione in esame non limita nella sostanza gli spazi di discrezionalità datoriale, sono indotti a restringere i margini di un sindacato giudiziario sulla motivazione⁴³.

Si tratta di un'impostazione che, sebbene fondata su alcuni argomenti letterali (in particolare si pensi al fatto che il legislatore sovranazionale non riconduce testualmente i motivi ad ipotesi di natura eccezionale), non può essere condivisa. Quel che non sembra pienamente convincente è anzitutto la premessa da cui essa prende le mosse, ossia che il datore potrebbe espri-

ove si operano alcuni rinvii alla Carta sociale europea (CSE), ritengono plausibile un'interpretazione dell'art. 33 della Carta di Nizza in connessione con l'art. 27 della CSE (ove si impone allo Stato di adottare misure appropriate “per consentire ai lavoratori aventi responsabilità familiari di entrare e di rimanere nella vita attiva o di rientrarvi dopo un'assenza dovuta a queste responsabilità”), così come interpretato dal Comitato europeo dei diritti sociali.

⁴³ TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci*, cit., p. 24, la quale non dubita che “la portata dell'innovazione si ridimensiona se si considera la cautela con cui è espresso questo embrionale diritto alla flessibilità conciliativa in rapporto all'esercizio del potere datoriale: è un “diritto di chiedere” a fronte di un dovere di “prendere in considerazione”, nulla di più”. Nello stesso ordine di idee sembra MILITELLO, *Conciliare*, cit., p. 150.

mersi in termini di ampia discrezionalità, se non di arbitrio, nel pronunciarsi sulle richieste del dipendente e dunque adempiere l'obbligo posto a suo carico fornendo una motivazione di qualunque genere.

È pur vero, come è stato fatto notare, che la previsione che obbliga il datore di lavoro a prendere in considerazione le richieste del dipendente è piuttosto vaga e non individua con certezza un criterio oggettivo per verificare se tale obbligo sia stato correttamente adempiuto⁴⁴: più chiaro ed esplicito è il legislatore nel regolare il diritto di chiedere di fruire del congedo parentale secondo modalità flessibili: in tal caso, la dir. 1158 impone, infatti, al datore di lavoro di offrire “per quanto possibile” questa modalità di fruizione laddove ritenga di dover rinviare la concessione del congedo a tempo pieno; decisione, questa, che secondo il testo della direttiva, può essere assunta soltanto “per un periodo di tempo ragionevole qualora tale concessione al momento richiesto comprometta gravemente il buon funzionamento della sua organizzazione”. Tuttavia, il fatto che in relazione al congedo parentale il legislatore abbia adottato una formulazione più rigorosa e completa, individuando espressamente nella sussistenza di un serio pregiudizio delle esigenze organizzative del datore di lavoro la condizione per respingere la richiesta, non significa che tale condizione non sia da considerare necessaria anche laddove il datore respinga la richiesta di modalità di lavoro flessibile. Non convince la tesi di chi utilizza l'argomento di carattere sistematico per sostenere che, al contrario, l'approccio adottato dal legislatore in caso di concessione del congedo sia più restrittivo rispetto a quello assunto nel caso in esame.

In realtà, l'obbligo di motivazione, come si è detto, postula già di per sé una valutazione ponderata dei benefici ovvero dei pregiudizi. Tale obbligo assume un ruolo centrale⁴⁵ giacché è strumentale a garantire l'effettività del

⁴⁴ HIESSL, *Caring for Balance? Legal Approaches to those Who Struggle to Juggle Work and Adult Care*, in *IJCL*, 2020, p. 107, III.

⁴⁵ IZZI, *Il work-life balance al maschile: a proposito di congedi dei padri*, in *LD*, 2020, p. 347; BELL, *Work-Life Balance and the Right to Request Flexible Working, in Regulating for Globalization*, 21 giugno 2019, <http://regulatingforglobalization.com> nonché SCARPONI, “*Work life balance*” *fra diritto Ue*, cit., p. 13 secondo cui: “la dimensione procedimentale non deve essere sottovalutata dal momento che introduce un onere di trasparenza nell'agire organizzativo del datore di lavoro e un obbligo di interlocuzione” atti ad impedire eventuali condotte discriminatorie nel trattamento riservato ai dipendenti che avanzino la richiesta”. Le autrici ritengono che gli oneri posti a carico del datore di lavoro, e in particolare la previsione dell'obbligo di motivare il rifiuto, sono essenzialmente volti “ad impedire eventuali condotte discriminatorie nel trattamento ri-

diritto a modalità di lavoro flessibili nell'interesse del lavoratore: attraverso di esso la dir. n. 1158, dando attuazione ad alcuni principi del cd. *Social Pillar*, contribuisce a rafforzare la rilevanza politico-giuridica della dimensione sociale e a concretizzare il diritto alla conciliazione tra vita familiare e professionale sancito dall'art. 33, e, più in generale, il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione sanciti dagli artt. 21 e 23, che hanno portata primaria.

Sia nel caso della concessione del congedo sia in quello in esame, il legislatore interviene sul rapporto di potere, indirizzando le prerogative imprenditoriali in funzione di adattamenti organizzativi necessari alla tutela dei valori della persona a cui è ispirata la normativa⁴⁶, e a cui si garantisce un rilievo preminente. La motivazione costituisce lo strumento per realizzare un bilanciamento tra le esigenze organizzative del datore di lavoro e tali valori della persona e, non a caso, è prevista sia allorché il lavoratore chieda di fruire di un periodo di congedo parentale ad ore sia nel caso in cui egli faccia richiesta di una modalità di lavoro flessibile. Il legislatore europeo ha in qualche modo equiparato i due diritti connessi alla conciliazione, come dimostra anche il fatto che i lavoratori che li esercitano sono sempre protetti dalla discriminazione o dal trattamento svantaggioso subito per tale motivo (art. 11); per cui il parametro della ragionevolezza può costituire, in entrambi i casi, il metro di valutazione del potere organizzativo datoriale, che, senza comprometterne la discrezionalità, ne vanifichi quelle manifestazioni palesemente devianti. L'assenza di una gerarchia formalmente e rigidamente predefinita tra i principi e i valori cui rinviano tali diritti comporta che non vi possa essere una regola per la loro composizione. In simili ipotesi, come evidenziato autorevolmente il bilanciamento deve tendere alla c.d. "*pratica concordanza*" di cui parla la dottrina tedesca: "l'unica regola formale di cui si può parlare è quella della 'ottimizzazione' possibile di tutti i principi, ma come ottenere questo risultato è questione eminentemente pratica e 'materiale'"⁴⁷.

servato ai dipendenti che avanzino la richiesta, e configurabili in caso di mancata o inadeguata motivazione" e non dubitano sulla "sindacabilità giudiziale delle risposte negative loro fornite".

⁴⁶ Cfr. anche le riflessioni di ZOPPOLI L., *Valori, diritti*, cit., 310, il quale osserva, in generale, come un dato di tutto rilievo, presente in molte delle direttive emanate tra il 2018 e il 2019, tra qui quella in esame, è che "sul piano della costituzione multilivello valori e tecniche convergono nel presidiare le tutele dei lavoratori come un *prius* rispetto alle esigenze di flessibilità delle imprese".

⁴⁷ In generale sul tema cfr. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, pp. 170-171.

Ciò considerando, l'obbligo di motivazione non potrebbe ritenersi adempiuto in presenza di una decisione priva di un adeguato grado di complessità e articolazione e consistente in generici riferimenti all'interesse datoriale. Non diversamente da quanto si osserva con riferimento ai provvedimenti della pubblica amministrazione si deve propendere per una lettura estensiva della nozione di motivazione, la quale, dunque, oltre a rappresentare i presupposti di fatto rilevanti ai fini della decisione, deve includere anche una parte in cui si enunciano i risultati dell'attività istruttoria compiuta e si pongono a confronto i diversi interessi emersi, individuando quali tra essi si considerano meritevoli di tutela⁴⁸.

In definitiva, attraverso l'imposizione dell'obbligo di motivazione – e prima ancora di “considerazione” della richiesta di modifica – la dir. 1158 finisce per codificare anche un ulteriore obbligo di natura positiva in capo al datore di lavoro, il quale, prima di pronunciarsi in merito alla richiesta di modifica dell'orario, è tenuto a svolgere un'adeguata attività istruttoria volta a considerare l'adozione di soluzioni (organizzative) idonee a soddisfare (o a non sacrificare in modo eccessivo) le esigenze delle persone con carichi di cura. Del resto, anche il preambolo della direttiva mette in rilievo l'esigenza di riportare l'attività di valutazione del datore di lavoro a criteri di giudizio non arbitrari – e di delimitarne la discrezionalità – là dove si chiarisce che i datori di lavoro, “nell'esaminare le richieste di modalità di lavoro flessibili, (...) dovrebbero poter tenere conto, tra l'altro, della durata delle modalità di lavoro flessibili richieste, nonché delle loro risorse e della loro capacità operativa di offrire tali modalità” (n. 36).

3. *Un possibile accostamento tra l'obbligo previsto dalla dir. 1158 e quello di adottare accomodamenti ragionevoli*

Al fine di fare maggiore chiarezza sulla natura dell'obbligo di “considerare” la modalità di lavoro flessibile di cui alla dir. 1158 (e degli obblighi a questo connessi) e sulle sue possibili implicazioni, appare utile interrogarsi sulla possibilità di un suo (loro) accostamento all'obbligo di adottare “solu-

⁴⁸ Per la distinzione tra motivazione “in senso largo” e quella in “senso stretto” cfr. GIANINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *ED*, XXVII, Giuffrè, 1977, p. 258.

zioni ragionevoli”, considerato la “pietra angolare” della disciplina sui disabili (art. 5 della dir. n. 2000/78)⁴⁹.

A tal riguardo, non appare del tutto convincente la conclusione cui giungono alcuni autori⁵⁰. La tesi parte da una distinzione tra doveri di accomodamento ‘procedurali’ e doveri di accomodamento ‘sostanziali’. In base a tale schematizzazione, l’obbligo di cui alla dir. 1158 dovrebbe rientrare nella categoria dei *procedural duties*, a cui sono riconducibili le ipotesi in cui il lavoratore ha diritto a fare un certo tipo di richiesta, a fronte della quale scatta l’obbligo del datore di prenderla in esame ed assumere una decisione. Per cui mentre tale obbligo opererebbe su un piano essenzialmente procedurale senza incidere sulla discrezionalità imprenditoriale in merito all’accoglimento della richiesta, al contrario, l’obbligo di accomodamento di cui all’art. 5, caratterizzandosi come “*substantive duty*”, avrebbe una ben diversa portata prescrittiva. Ciò in quanto il potere datoriale si pone in una relazione funzionale rispetto ad un obiettivo, ossia l’eliminazione di barriere ed ostacoli che impediscono alle persone con disabilità di avere pari opportunità. Peraltro, si argomenta, il legislatore del 2000 prevede che il datore di lavoro possa essere chiamato a garantire una gamma di misure potenzialmente più ampia rispetto a quelle di cui parla la dir. del 2019 e che possa esserne esonerato solo se tale adozione richiede un “onere finanziario sproporzionato”.

Senonché, se si ricostruisce la *ratio* della disciplina in esame nel senso della sua strumentalità a perseguire un equilibrio tra la vita professionale e la vita familiare, risulterebbe non solo contraddittorio ma in aperto contrasto con essa porre eccessiva enfasi su una distinzione sul piano concettuale tra i due obblighi predetti.

Va anzitutto considerato che essi trovano il proprio fondamento valoriale in una comune visione normativa dell’eguaglianza e della giustizia. Il fondamento della disciplina in esame, così come quello che si pone alla base

⁴⁹ HEPPLER, *Equality. The legal framework*, Hart, 2014, p. 94. Per alcuni riferimenti in chiave comparata al *duty of accommodation or adjustment* nelle discriminazioni per disabilità cfr. BARBERA, *Le discriminazioni sulla disabilità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 77 e spec. 99 e ss.; FREDMAN, *Discrimination Law*, University Press, 2012, p. 214-221; sull’individuazione della soglia per qualificare “unreasonable” la misura di accomodamento cfr. per es. POHJANKOSKI, LOURENÇO, *Breaking Down Barriers? The Judicial Interpretation of ‘Disability’ and ‘Reasonable Accommodation’ in EU Anti-Discrimination Law*, in BELAVUSAU, HENRARD (a cura di), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Hart, 2019, spec. p. 335; SPINELLI, *La sfida degli accomodamenti ragionevoli per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, pp. 39 e ss.

⁵⁰ BELL, WADDINGTON, *op. cit.*

della norma sugli accomodamenti ragionevoli in favore dei disabili, si collega ad una visione dell'eguaglianza sostanziale asimmetrica che guarda ad una dimensione redistributiva e si propone di riequilibrare le condizioni di svantaggio comparativo in cui si trovano le categorie protette di lavoratori⁵¹. Il modello a cui si ispira il legislatore europeo è quello teorizzato nella ben nota teoria delle “*capabilities*” di Amartya Sen e Martha Nussbaum, che pongono in rilievo l'importanza di una valorizzazione delle diversità individuali, considerando in che misura ciascuna persona abbia effettivamente gli strumenti e le opportunità per esercitare la libertà di scegliere per sé e ricevere il massimo possibile delle proprie aspirazioni di vita⁵².

Anche in relazione al tema della conciliazione si pone l'esigenza di superare un approccio basato sul preseguimento dell'uguaglianza formale: disconoscere le differenze esistenti all'interno della famiglia con riguardo ai compiti di cura avrebbe un effetto controproducente poiché la parità di trattamento, in presenza di condizioni di partenza diverse, potrebbe tradursi in uno svantaggio.

Viene inoltre in rilievo la dimensione potenzialmente *trasformativa* dell'eguaglianza sostanziale. Con l'obbligo di considerare modalità di lavoro flessibile ci si propone di modificare il modello che si è sinora affermato nella realtà sociale. L'orario di lavoro è sempre stato regolato sul presupposto che la cura e l'accudimento dei figli fossero questioni slegate rispetto a quelle relative all'occupazione e al mercato del lavoro. Le donne che aspirano a partecipare al mercato del lavoro, dovendo adeguarsi a questo paradigma, sono state costrette o a rinunciare ad avere figli, o ad affidare la cura degli stessi ad altri. Ebbene, il legislatore si propone di adottare un approccio che consenta una più attenta considerazione delle differenze ed una più equa ripartizione dei carichi familiari. E dunque presuppone una diversa idea di libertà che, secondo l'approccio delle *capabilities*, si traduce nel concetto di pari opportunità e nella libertà di ciascuna persona di decidere ciò che gli sta a cuore e, in ultima analisi, ciò che decide di scegliere.

⁵¹ Sul contributo che l'approccio seniano delle *capabilities* può offrire al diritto del lavoro in generale cfr. PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi*, cit., pp. 67 e ss.; DEL PUNTA, *Leggendo “The Idea of Justice”*, cit., 197; ID., *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCL*, 2016, 383.

⁵² Come ha scritto Sen [*Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999, p. 5 (trad. it. *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Mondadori, 2014)], “*what people can achieve is influenced by economic opportunities, political liberties, social powers, and the enabling conditions of good health, basic education, and the encouragement and cultivation of initiatives*”.

Al di là del comune fondamento teorico che ispira i due istituti messi a confronto occorre poi considerare che il contenuto e le finalità degli obblighi delle dir. 2019/1158 e 2000/78 presentano diverse analogie: in entrambi i casi si richiede un trattamento preferenziale nei confronti di soggetti percepiti come particolarmente deboli (anziani, disabili, persone con carichi di cura).

L'ampiezza delle espressioni adottate dall'art. 9 della dir. 1158 (“modalità di lavoro flessibili”), risultante anche dalle versioni straniere (es.: *arrangements*, *Arbeitsregelungen*, *fórmulas*, *formules*), induce a ritenere che gli strumenti che il lavoratore ha diritto a ottenere siano analoghi alle soluzioni di accomodamento considerate ragionevoli per i disabili⁵³. Non si parla solo di modifiche dell'orario ma, in generale, anche di modalità di organizzazione del lavoro giacché si fa riferimento alla possibilità di “adeguare l'organizzazione della vita professionale”.

Come si è detto, dalla norma si evince che il datore è tenuto a svolgere un'attività istruttoria sulle richieste di modalità di lavoro flessibili, a fare una valutazione ponderata dei benefici e dei pregiudizi legati a tali modalità e, infine a motivare un eventuale diniego; in sintesi dovrà attivarsi al fine di organizzare il luogo di lavoro in funzione delle esigenze delle situazioni concrete che caratterizzano la persona con carichi di cura e il contesto in cui questa è inserita.

Pertanto, sebbene il legislatore si limiti a regolare esplicitamente solo i passaggi procedurali richiesti per la decisione (senza prevedere esplicitamente il vincolo dell'“onere finanziario sproporzionato”), ciò non significa che le esigenze di conciliazione non incidano sulla sfera della libertà di scelta del datore, e in particolare sulla sua discrezionalità in merito alla decisione se concedere o negare la richiesta del lavoratore. L'impressione è anzi che la direttiva configuri una sorta di obbligo a trattare, imponendo al datore di dare realmente vita ad un minimo di discussione in merito alla richiesta del lavoratore, rendendo noti i motivi oggettivi per cui intende respingerla e presentando contro-proposte che non si rivelino assurde o pretestuose.

⁵³ Nell'art. 5 della dir. 00/78 si chiarisce che per soluzioni ragionevoli debbono intendersi “provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze concrete, per consentire ai disabili di accedere a un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione”. Nel considerando 20 viene anche specificato che si tratta di “misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i *ritmi di lavoro*, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento”.

Del resto, la dir. 1158 intende garantire che le persone con carichi di cura non siano sottoposte ad un trattamento svantaggioso rispetto alle altre solo perché hanno esercitato il diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (art. 11). Anche se in tal caso manca una previsione esplicita in tal senso, presente invece nella disciplina sui disabili (il riferimento è all'art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006), sembra possibile ritenere che il rifiuto immotivato di accogliere la richiesta costituisca, di per sé, una forma vietata di discriminazione (cfr. *infra* §§ 2.3 e 4).

Come accade nel caso dell'obbligo di accomodamento, il datore di lavoro è tenuto a concedere la modalità di lavoro flessibile richiesta laddove essa sia tale da evitare che le ragioni dell'impresa subiscano un sacrificio proporzionalmente maggiore rispetto al soddisfacimento degli interessi delle persone con responsabilità di cura (genitori e *caregivers*).

Per cui, se si muove da queste premesse, si può concludere che la previsione dell'obbligo di considerare tali strumenti acquista carattere propeudeutico e strumentale rispetto ad una verifica giudiziale di ragionevolezza: si tratterà di sindacare, tramite il filtro dei motivi adottati in caso di diniego della richiesta, il corretto esercizio del potere datoriale con riguardo agli atti di organizzazione dei tempi di lavoro suscettibili di ripercuotersi sull'equilibrio vita-lavoro. In simili casi l'accertamento giudiziale sarà indirizzato non solo e non tanto a valutare la discriminatorietà del comportamento datoriale⁵⁴ (ed a stabilire se l'esercizio improprio della discrezionalità datoriale abbia penalizzato un lavoratore a vantaggio di un altro) quanto piuttosto a sindacare l'operazione di bilanciamento realizzata dal datore di lavoro tra le esigenze conciliative dei lavoratori e le ragioni dell'impresa. Non è infatti da escludere che un controllo giudiziario, incentrato sul criterio elastico della ragionevolezza, possa investire valutazioni tecniche e di opportunità spettanti all'imprenditore. Nell'ambito della sua indagine il giudice si potrà confrontare con gli assunti e le motivazioni che hanno portato il datore di lavoro a rifiutare la richiesta del lavoratore e a definire un diverso assetto organizzativo e, attraverso una verifica di coerenza e plausibilità, potrà stabilire se la scelta del datore rientri in quei limiti di ragionevolezza che consentono di escludere un sacrificio della sfera dei bisogni di vita dei lavoratori proporzionalmente maggiore rispetto al vantaggio che ne trarrebbe il datore di lavoro⁵⁵.

⁵⁴ MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, cit., p. 148.

⁵⁵ Peralto, occorre ricordare che in Italia la giurisprudenza ha già operato alcuni tentativi

Il test di ragionevolezza potrà dirsi superato solo se il datore di lavoro, nel respingere la richiesta del lavoratore, possa provare che la tutela dell'interesse alla conciliazione che l'adozione di una modalità flessibile è volta a realizzare sacrifica in modo irragionevole la libertà di impresa. Ad esempio, nel caso di una richiesta di svolgere l'attività in *smart working* il datore di lavoro dovrà addurre l'oggettiva incompatibilità di questo strumento con le mansioni del lavoratore istante ma anche dimostrare l'impossibilità di modificare l'organizzazione produttiva attraverso una soluzione alternativa idonea a favorire in qualche misura l'effettiva condivisione delle responsabilità genitoriali.

2.3. *Flessibilità oraria e discriminazioni. La via giurisprudenziale*

Le riflessioni sin qui svolte inducono dunque a ritenere che nella previsione dell'obbligo di "considerare" le modalità di lavoro flessibile (e degli obblighi a questo connessi) di cui alla dir. 1158 si possa leggere un intento del legislatore di estendere il modello di eguaglianza asimmetrica sotteso all'art. 5 della dir. n. 2000/78 a favore di un nuovo gruppo sociale individuato nelle persone con carichi di cura.

Questa lettura sembra in qualche modo avallata anche dalla giurisprudenza. In diversi ordinamenti si sta facendo strada da tempo nel "diritto vivente" una tendenza ad interpretare i divieti di discriminazione in quanto enunciati normativi che contengono anche obblighi di segno positivo. Al punto che diversi autori si sono chiesti se l'obbligo di soluzioni ragionevoli possa essere costruito come obbligo di portata generale⁵⁶. In particolare, le

di bilanciamento, nell'organizzazione del lavoro, tra le esigenze conciliative dei lavoratori e le ragioni dell'impresa allorquando si è trattato di individuare i limiti al potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel *full time*. Cfr. Cass. 21 maggio 2008, in *RIDL*, 2008, n. 4, p. 825 con nota di BOLEGO; Trib. Lecce, 18 agosto 2003; Trib. Bologna, 10 aprile 2007. Per una distinzione tra lavoro *full time* e *part time* riguardo alla tutela dell'impiego del tempo libero, tutti Cass. 16 aprile 1993 in *RIDL*, 1993, II, p. 684, con nota di BURRAGATO.

⁵⁶ FREDMAN, *Discrimination Law*, cit., p. 215, BARBERA, *Le discriminazioni*, cit., p. 85-87. MULDE (*Indirect sex discrimination in employment*, Directorate-General for Justice and Consumers, 2021, p. 39), pur ammettendo che la discriminazione indiretta fa sorgere un obbligo simile agli obblighi di accomodamento ragionevole, ritiene, tuttavia, che non si tratta un vero e proprio "duty of reasonable accommodation" su base individuale: "indirect discrimination goes beyond the scope of formal equality, as employers may have to reconsider their workplace organisation to prevent disproportional disadvantages. The focus remains on structural change rather than the accommodation of individual needs".

corti canadesi non dubitano che il datore di lavoro sia tenuto ad adottare soluzioni ragionevoli per far sì che l'attività lavorativa svolta dai propri dipendenti sia compatibile con l'osservanza di pratiche e convinzioni religiose (nella specie, si trattava di garantire il riposo durante lo *shabbat* ebraico) a meno che ciò non comporti un eccessivo ostacolo allo svolgimento dell'attività economica⁵⁷.

A ben vedere, anche nella materia in esame, i giudici nazionali, venendo chiamati ad accertare il carattere discriminatorio di una modifica dell'organizzazione delle condizioni e dei tempi di lavoro da parte di un'impresa, si spingono ad applicare un *test* di proporzionalità a maglie strette al punto da imporre al datore di lavoro l'adozione di soluzioni ragionevoli nei confronti dei genitori gravati da carichi di cura personale e familiare. Appare emblematico un caso più risalente⁵⁸, nel quale le corti inglesi accolgono il ricorso promosso da una macchinista presso la metropolitana di Londra, la quale era stata costretta a dimettersi a seguito di una modifica delle turnazioni di lavoro, prevista nel contratto collettivo, che rendeva assai difficoltoso per i genitori *single* l'accudimento dei propri bambini di mattina prima della scuola (anche se questo problema sembrava interessare soltanto la ricorrente). Il Tribunale inglese, avendo accertato che la modifica all'orario di lavoro aveva un impatto differenziato sui genitori *single* e poneva in una situazione di particolare svantaggio le donne, ritiene che essa non possa superare il test di ragionevolezza: come si legge nella motivazione, il datore di lavoro avrebbe potuto (e "dovuto") "*without any difficulty or expense*" adottare eccezionalmente provvedimenti appropriati per venire incontro alle esigenze dei genitori *single* (e in particolare della sig. ra Edward che era in servizio da 10 anni e aveva esigenze familiari di carattere temporaneo)⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd*, above n. 2. Per la giurisprudenza tedesca cfr. BAG 20 dicembre 1984, BB, 1985, 1854.

⁵⁸ *London Underground Ltd v Edwards (No. 2)* [1999] ICR 494 (CA). Su tale caso cfr. anche CONAGHAN, *The Family-friendly Workplace in Labour Law Discourse: Some Reflections on London Underground Ltd v Edwards* in COLLINS, DAVIES, RIDEOUT (eds), *Legal Regulation of the Employment Relation*, The Hague: Kluwer International, 2001, pp. 161-185 e WADDINGTON, *Reasonable Accommodation - Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?*, *NJCM-Bulletin*, 2011, p. 186, 192-193, la quale ammette che "*a de facto duty to accommodate can, on occasions, be read into the duty not to indirectly discriminate, and there is evidence of courts interpreting the duty in this way. It is submitted that an active stance by courts and, in the Netherlands, the Equal Treatment Commission, with regard to the obligation not to indirectly discriminate, could go a long way to providing for the making of de facto reasonable accommodations beyond the context of disability*".

⁵⁹ *Edwards (No 2)* (EAT), n. 1, 165.

Non molto diverso è l'approccio adottato dalla giurisprudenza italiana. In una recente decisione, ad esempio, il Tribunale di Bologna⁶⁰ accoglie il ricorso della consigliera di parità, ritenendo che la sostituzione, per tutti i dipendenti, di un unico turno di lavoro con fascia oraria "centrale" con due turni alternati, possa costituire una discriminazione indiretta per genitorialità o sesso, rendendo ai genitori lavoratori più difficoltosa la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (e la fruizione degli istituti giuridici a ciò preposti) e in particolare la cura dei figli minori.

Anche in questo caso emerge quanto sia labile il confine tra il divieto di discriminazione illecita e l'imposizione di un obbligo di segno positivo nei confronti del datore di lavoro.

Il Tribunale di Bologna si pone il problema di verificare se l'adibizione dell'intera forza lavoro (e dunque anche delle lavoratrici con figli piccoli) al nuovo regime di orario strutturato sul doppio turno possa essere considerata strettamente necessaria per il conseguimento della finalità perseguita. Nella specie l'esito è negativo. I giudici concludono che il datore di lavoro avrebbe potuto e dovuto adottare provvedimenti meno lesivi delle esigenze di cura: e infatti si accerta che l'assegnazione delle dipendenti madri di figli in tenera età ad un turno unico centrale o ad altro orario compatibile con la cura dei figli minori, non avrebbe pregiudicato "la funzionalità, nel suo complesso, della nuova organizzazione del magazzino basata sul doppio turno".

Il test di stretta necessità utilizzato in caso di discriminazione indiretta si rivela dunque un efficacissimo strumento per contrastare disegualianze sistemiche e promuovere significativi mutamenti strutturali. Nella specie, dall'applicazione di tale test discende una sorta di obbligo di accomodamento ragionevole⁶¹: per cui il datore, qualora intenda apportare modifiche all'orario di lavoro, per non incorrere nel divieto di discriminazione, dovrà bilanciare

⁶⁰ Sul tema cfr. di recente DE SIMONE, *Discriminazione*, in NOVELLA, TULLINI, *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, p. 127, cui si rinvia per ulteriori riff. bibl. Cfr. anche T. Firenze n. 1414/2019 in RGL 2020, II, p. 309 con nota di SANTOS FERNANDEZ.

⁶¹ MULDE (*Indirect sex discrimination*, cit., p. 100) pone invece in rilievo che mentre la discriminazione indiretta ha una componente redistributiva e si propone di rimuovere gli svantaggi presenti all'interno di un gruppo (nella specie, imponendo al datore di lavoro di ripensare la propria organizzazione di lavoro), l'obbligo di soluzioni ragionevoli presuppone una valutazione su base individuale del soggetto coinvolto. Ciò non toglie che "indirect discrimination can thus create duties to accommodate specific groups, which invites further consideration of the reasonableness of the burden that comes along with this restructuring and is distinct from positive action".

le proprie esigenze con quelle dei lavoratori con compiti di cura e dunque verificare se la misura prescelta costituisca l'unica alternativa.

4. *L'incompleta trasposizione dell'art. 9 della dir. 1158 nel diritto italiano e la Drittwirkung del principio di non discriminazione*

Lasciando per il momento da parte tali approdi giurisprudenziali, occorre ora chiedersi se ed in che misura la normativa prevista nel nostro sistema possa ritenersi conforme all'art. 9 della dir. 1158, che, come s'è ampiamente visto, riconosce un diritto alla flessibilità in funzione della conciliazione.

In effetti, nel nostro ordinamento, così come in altri sistemi europei⁶², tale previsione avrebbe richiesto un intervento apposito da parte del legislatore interno volto a rendere effettiva la garanzia riconosciuta nel diritto dell'Ue giacché mancava (e tuttora manca) una norma che, da un lato, garantisse, in termini generali, al lavoratore il diritto a chiedere modalità di lavoro flessibile (per finalità conciliative) e che, dall'altro, prevedesse, in tal caso, l'obbligo di motivazione in caso di rifiuto per il datore di lavoro⁶³.

Invero, diversi sono stati gli interventi regolativi con i quali si è cercato di perseguire un migliore equilibrio tra vita e lavoro tramite la modulazione

⁶² Si segnala che il 20 settembre 2022, la Commissione europea (Commissione UE) ha avviato una procedura di infrazione contro la Germania inviando una lettera di costituzione in mora con il numero di fascicolo INFR(2022)03472 e lamentando la mancata attuazione della direttiva. In Germania il governo federale, pur ritenendo che “la maggior parte delle previsioni della dir. (UE) 2019/1158 [...] non [richiede] alcuna ulteriore attuazione giuridica perché [conforme alla] normativa nazionale già in vigore” ha presentato un progetto di legge che, tra le altre cose, prevede l'introduzione di un obbligo in capo al datore di lavoro di motivare il rifiuto della richiesta di un genitore di ridurre o distribuire l'orario di lavoro durante il congedo parentale.

⁶³ Contrariamente a quanto accade in altri paesi. Ad esempio, nei Paesi Bassi il *Dutch Flexible Work Act*, in vigore già dal 2016, garantisce ai lavoratori il diritto di richiedere modifiche alle loro modalità di lavoro e impone una serie di obblighi procedurali in capo ai datori di lavoro, pur senza imporre loro di accogliere la richiesta. Come rilevano alcuni autori “All workers who have been employed for at least 26 weeks by their employer are entitled to request a change to their working arrangements, meaning that the right is not limited to workers who wish to make changes for a care-related reasons, as under the Work-life Balance Directive”. Su tale previsione cfr. BELL, WADDINGTON, *op. cit.*

dell'orario di lavoro o una modifica dell'organizzazione del lavoro anche se i diritti introdotti in tali casi hanno una portata circoscritta.

Ad esempio, nel 2015 il legislatore ha introdotto una norma in base alla quale il lavoratore ha un diritto “a chiedere, per una sola volta, in luogo del congedo parentale od entro i limiti del congedo ancora spettante” la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, purchè con una riduzione d'orario non superiore al 50 per cento” (art. 8, co. 7, d.lgs. n. 81 del 2015). La norma trova ispirazione in alcune normative straniere⁶⁴: il suo carattere innovativo deriva dal fatto che il legislatore, dando rilievo esclusivo agli interessi del lavoratore, obbliga il datore di lavoro “a dar corso alla trasformazione entro quindici giorni dalla richiesta”. Si è di fronte, dunque, ad un diritto soggettivo perfetto al passaggio a tempo parziale che si giustifica nell'ottica di garantire una effettiva conciliazione vita-lavoro.

Con riguardo ad altre forme di flessibilità nello svolgimento della prestazione, come il lavoro a distanza, non sono poi mancati casi nei quali la normativa emergenziale ha riconosciuto un vero e proprio diritto di svolgere la prestazione in modalità agile ancorché alla condizione che tale modalità sia compatibile con le caratteristiche della prestazione⁶⁵. Tuttavia, nel nostro sistema, contrariamente a quanto si riscontra in altre esperienze straniere più avanzate⁶⁶, tale diritto soggettivo non trova cittadinanza nello *smart working*

⁶⁴ Si fa riferimento al § 15 co. 5 del BEEG tedesco (*Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit*), il quale, per certi versi, valorizza in misura maggiore gli interessi del lavoratore: tale norma, infatti, prevede dall'entrata in vigore della legge (1 gennaio 2007), il diritto ad una riduzione (*Verringerung*) o ad una diversa articolazione (*Verteilung*) dell'orario di lavoro. La norma impone al datore di lavoro di motivare il rifiuto. Peraltro, se non si raggiunge alcun accordo tra le parti il lavoratore ha un diritto a richiedere ex § 15 co. 6 BEEG, *due volte* durante l'intera durata del congedo parentale, la riduzione dell'orario nel rispetto delle condizioni di cui al § 15 co. 7 (ove si fa riferimento, tra l'altro alle dimensioni dell'azienda, all'anzianità di servizio e all'orario settimanale minimo o massimo di lavoro). Infine, si prevede che in alcune ipotesi di rifiuto della richiesta di riduzione dell'orario durante il congedo il consenso del datore debba considerarsi implicito e che la riduzione dell'orario di lavoro debba avere luogo in conformità a quanto richiesto dal dipendente. Sui profili di compatibilità di tale previsione con l'art. 9 della dir. 1158 cfr. TREICHEL, *Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht*, parere commissionato dal consiglio federale del DGB, 2021.

⁶⁵ Sul punto cfr. per es. VALLAURI, *Il diritto al lavoro agile*, cit., p. 145 e ss. cui si rinvia per i rife. bibliografici e giurisprudenziali.

⁶⁶ Uno dei sistemi che si è mostrato più sensibile all'esigenza di agevolare, tramite il lavoro

“ordinario”, giacché si è preferito mantenere fermo in ogni caso il principio di consensualità, e ciò anche quando l’esigenza di tutela di specifiche categorie di lavoratori ne avrebbe potuto suggerire un parziale sacrificio; piuttosto, in alcune ipotesi (es. lavoratrici nei tre anni successivi alla conclusione del periodo di congedo di maternità) si è optato per concedere il diritto ad una semplice “priorità” nell’accoglimento delle istanze⁶⁷.

Questo assetto viene ora, in linea generale, confermato dal d.lgs. n. 105 del 2022, che, anziché preoccuparsi di eliminare la discrasia esistente tra la normativa nazionale e l’art. 9 della dir. 1158, si limita ad estendere tale diritto ai genitori con figli fino a 12 anni di età, nonché ai lavoratori disabili e ai *caregivers* (cfr. le modifiche apportate all’art. 18, co. 3 *bis*, l. 81/17)⁶⁸. Per i lavoratori disabili e i *caregivers* nello stesso d.lgs. vi è poi anche un riferimento “ad altre forme di lavoro flessibile”.

Peraltro, va rimarcato che il decreto 105 lascia aperti problemi ulteriori in materia di part-time, la cui normativa, infatti, al pari di quella presente in altri paesi⁶⁹, ugualmente non soddisfa i requisiti imposti dalla dir. 1158: e

a distanza, la conciliazione degli impegni di cura con il lavoro è quello portoghese: con la recente riforma in materia il principio di consensualità subisce una significativa torsione nella misura in cui si prevede che il datore di lavoro, in talune ipotesi (per es. dipendenti con figli di età compresa tra tre e otto anni), non possa rifiutare la richiesta del lavoratore (Código do trabalho 166-A) v. LEAL AMADO, TERESA COELHO MOREIRA, *Il telelavoro in Portogallo*, in SANTAGATA DE CASTRO, MONDA (a cura di), *op. cit.*, p. 218, 219.

⁶⁷ Cfr. per es. MAIO, *Il lavoro da remoto tra diritti di connessione e disconnessione*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, La Tribuna, 2020, pp. 90-91.

⁶⁸ Sul tema cfr. DAGNINO, *Priorità per l’accesso al lavoro agile e ad altre forme di lavoro flessibile*, e CASILLO, *Permessi e agevolazioni per i lavoratori caregivers familiari (art. 3, comma 1, lett. B, d.lgs. n. 105/2022)*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILÌ, TROJSI, *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, rispettivamente a p. 602 e p. 568.

⁶⁹ Si pensi, ancora una volta, a quella tedesca (§ 8 co. 4 del *TzBfG*) dove l’incongruenza, per certi versi, sembra ancora più vistosa. In base a tale normativa il datore di lavoro deve determinare la riduzione dell’orario di lavoro e la collocazione temporale della prestazione conformemente a quanto richiesto dal dipendente, a meno che non si oppongano motivi oggettivi (un motivo oggettivo si configura in particolare qualora la riduzione dell’orario di lavoro comprometta gravemente l’organizzazione, lo svolgimento del lavoro o la sicurezza nell’impresa ovvero causi costi sproporzionati). Tuttavia, la norma gli consente anche di modificare nuovamente la distribuzione specificata dell’orario di lavoro ove lo richieda con un mese di anticipo. Ebbene, secondo l’opinione prevalente in dottrina la norma è da ritenere in contrasto con la dir. 1158 nella misura in cui consente al dipendente di presentare un’istanza per una determinata collocazione temporale della prestazione solo contestualmente a una richiesta di riduzione dell’orario di lavoro (SCHAUSS, *Der Beitrag des Pflegezeitgesetzes zur besseren Vereinbarkeit von Angehörigenpflege und Beruf*, 1. Auflage 2017, pp. 79 ss.; più di recente cfr. il rapporto stilato dai Wissenschaftlichen

infatti, al di là del caso prima richiamato in relazione alla lavoratrice in congedo, tale normativa obbliga attualmente il datore di lavoro soltanto a “prendere in considerazione” le domande di trasformazione a part-time di rapporti a tempo pieno senza prevedere più alcun obbligo di motivazione, con il possibile effetto di rimettere tale profilo alla discrezionalità del datore di lavoro e spostare il piatto della bilancia verso i suoi interessi organizzativi⁷⁰. Del resto un’impostazione minimalista si coglie chiaramente nell’art. 8, c. 5, del d.lgs. 81/2015, che prevede ugualmente per le lavoratrici e i lavoratori che abbiano figli di età inferiore a 13 anni soltanto la priorità per la trasformazione del rapporto di lavoro. Solo nel lavoro pubblico si dispone esplicitamente che la p.a., nel respingere la richiesta di trasformazione del rapporto sulla base delle esigenze di funzionalità della struttura, è tenuta a motivare il provvedimento.

Ora, il problema più delicato che si pone è come conciliare il riconoscimento di una semplice priorità nell’accesso alle forme flessibili con quanto prevede l’art. 9 della dir. 1158, che, come s’è visto, anche alla luce di un’interpretazione sistematica con altre normative dell’Ue, riveste un’importante portata prescrittiva specie là dove impone al datore di lavoro di prendere in considerazione le richieste del dipendente e motivarne un even-

Dienste del Bundestag, dal titolo *Zur Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie (EU) 2019/1158 in deutsches Recht*, WD 9 - 3000 - 063/22, settembre 2022). Occorre anche segnalare che con una recente riforma del *TzBfG* il legislatore ha introdotto il c.d. part-time-ponte (*Brückenteilzeit*) al § 7 co. 2 *TzBfG* (in vigore dal 1 gennaio 2019) che consente al dipendente di richiedere una riduzione temporanea del proprio orario di lavoro, garantendo, al contempo, il ritorno all’orario di lavoro originariamente concordato dopo la scadenza del termine apposto al contratto. Tuttavia, come emerge anche dalla relazione illustrativa al disegno di legge, la norma, tenendo conto dell’interesse organizzativo del datore di lavoro, non attribuisce un vero e proprio diritto alla riduzione temporanea dell’orario di lavoro o al rientro anticipato all’orario di lavoro originariamente pattuito nel contratto. La nuova disposizione, piuttosto, impone al datore di lavoro soltanto un obbligo di discutere (*Erörterung*) la richiesta del dipendente. Cfr. *Geszentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts - Einführung einer Brückenteilzeit* del 14 giugno 2018, BR-Drs. 218/18, p. 11. Per la proposta di colmare tale carenza cfr. KLEIN, *Flexible Arbeitsregelungen zur Förderung der Vereinbarkeit von Familien- und Berufsleben und die Grenzen des Arbeitszeitrechts*, in *NZA* 2021, pp. 474 -479 (p. 476); PREIS, commento al § 7 del *TzBfG*, in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2021, Rn. 4a.

⁷⁰ Tuttavia, in dottrina si ritiene che l’obbligo di motivazione, pur non essendo previsto testualmente, debba considerarsi implicito nell’obbligo di “prendere in considerazione” le richieste (così MAZZOTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2019, p. 488), potendo, del resto, considerarsi, espressione degli obblighi di buona fede e correttezza (FENOGLIO, *L’orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, Esi, 2012, p. 204).

tuale rigetto. Si tratta di capire se, ed in che misura, nel nostro ordinamento il lavoratore possa agire nei confronti di un datore di lavoro inadempiente a tale obbligo.

A tal riguardo, si possono percorrere strade diverse: una prima strada è quella di interpretare il testo della norma interna in conformità con la norma europea secondo il criterio dell'interpretazione conforme⁷¹. Tuttavia, tale strada appare assai impervia giacché le due posizioni soggettive risultano ontologicamente e qualitativamente diverse.

Come s'è visto, la direttiva, nel prevedere il diritto di richiedere modalità flessibili, pur utilizzando una formula estremamente generica, fa sorgere una sorta di obbligo a trattare: il datore è tenuto a fare il possibile per raggiungere un accordo su tali modalità con il lavoratore richiedente, impegnandosi ad attivare un minimo di confronto sulle materie sottoposte a negoziato al fine di valutare quale tra i diversi provvedimenti che si possono adottare sia in grado di conciliare meglio gli interessi delle parti. Dunque, il datore di lavoro non può sottrarsi dal vagliare le diverse soluzioni possibili e dare una risposta alle problematiche applicative poste dalle richieste di flessibilità.

In una logica ben diversa si muove, al contrario, la norma interna, da cui è difficile far scaturire un impegno a discutere sulle soluzioni di modalità di lavoro flessibile giacché in essa si parla soltanto di un diritto di priorità, che, come tale, opera in un momento successivo del processo decisionale ove siano presenti più richieste per posizioni lavorative comparabili. Il legislatore nazionale non si esprime sui vincoli procedurali e sostanziali che condizionano la valutazione svolta a monte sulla singola richiesta. Qualora dovesse escludersi l'applicabilità del canone dell'interpretazione conforme sembra in ogni caso possa sostenersi che l'art. 9 della dir. 1158 espliciti effetti diretti nel nostro ordinamento⁷². E infatti nell'ipotesi in cui l'attuazione di

⁷¹ Ritengono possibile questa strada: BONARDI, *Il diritto di assistere. L'implementazione nazionale delle previsioni a favore dei caregivers della direttiva 2019/1158 in materia di conciliazione*, e ALESSI, *La flessibilità del lavoro per la conciliazione nella direttiva 2019/1158/UE e nel d.lgs. 30 giugno 2022 n. 105*, entrambi in *Quaderno di DLM*, cit. Sollevano invece alcuni dubbi al riguardo: TINTI, *Il lavoro agile*, cit., p. 28; BONARDI, *Il diritto di assistere*, cit., p. 117; DAGNINO, *Priorità per l'accesso al lavoro*, cit., p. 608.

⁷² SCARPONI, *Work-life balance*, cit. p. 16. Una soluzione simile viene prospettata anche in Germania a fronte di una normativa ugualmente carente: VON ROETTEKEN, *Beschäftigtenrechte aufgrund der RL 2019/1158/EU*, in *ZTR*, 2022, pp. 340-352, punto 9.

una direttiva sia avvenuta in modo incompleto la Cgue garantisce, a determinate condizioni, al singolo la possibilità di invocare in giudizio i diritti che la direttiva gli riconosce⁷³. In effetti, la norma in questione presenta caratteristiche tali da poter essere concretamente applicata dal giudice dinanzi al quale sia fatta valere poiché presenta un contenuto sufficientemente chiaro e preciso⁷⁴.

È pur vero che anche in simili ipotesi la giurisprudenza della Cgue ritiene che le norme di una direttiva non trasposta possano essere invocate dai privati solo nei confronti dello Stato, ma è anche vero che la stessa Cgue ammette che esse possano essere fonte diretta di diritti individuali nei confronti di altri privati laddove una determinata direttiva dia applicazione ad un principio generale del diritto dell'Ue⁷⁵. Ebbene, come è emerso nei §§ prec., non può negarsi che la dir. 1158, introducendo il diritto di cui all'art. 9, sia volta a concretizzare il diritto alla conciliazione tra vita familiare e professionale sancito dall'art. 33 della Carta di Nizza, e attraverso di esso, il principio di non discriminazione. Per cui, proprio in quanto tali fonti restano strettamente intrecciate da un legame di interdipendenza, deve certamente ammettersi la possibilità di invocare autonomamente la *Drittwirkung* del principio generale quale espresso concretamente nella dir. 1158, e nella specie nel diritto di chiedere orari flessibili.

Del resto, proprio nel nostro sistema il legislatore, con le modifiche apportate con la l. 162 del 2021 alla nozione di discriminazione di cui all'art. 25, co. 2 e 2-bis, del codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006), aveva già rafforzato indirettamente il legame tra flessibilità oraria, conciliazione vita-lavoro e discriminazioni. L'impatto di tale intervento legislativo sul tema in esame è innegabile. Il legislatore, da un lato, amplia lo spettro dei fattori discriminatori, aggiungendo accanto alla gravidanza, alla maternità e alla paternità, le esigenze di "cura personale o familiare", e, dall'altro, include, tra i possibili "comportamenti" rilevanti ai fini del concetto di discriminazione, la "modifica dell'organizzazione, delle condizioni e dei tempi di lavoro".

⁷³ C. Giust. 5 aprile 1979, c. 148/78, *Ratti*, punto 20.

⁷⁴ In tal senso cfr. anche ALESSI, *La flessibilità del lavoro per la conciliazione*, cit.: "sono individuati il diritto a orari o modalità di lavoro flessibili, i titolari del diritto (genitori di figli di età inferiore a otto anni e caregivers) e il contenuto dello stesso diritto (ottenere una risposta motivata, basata su esigenze oggettive)".

⁷⁵ Lo ha affermato la C. Giust., a partire da *Mangold* fino ad arrivare ad *Egenberger*. Cfr. anche ADAM, TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, 2016, p. 144.

Certo il testo della nuova disposizione presenta diverse incongruenze ed imperfezioni tecniche (evidenziate in dottrina e) sulle quali non possiamo soffermarci nell'economia di questo scritto; l'impressione è però che il legislatore, nell'approntare una nuova tutela al dipendente a fronte di esigenze di cura personale o familiare, finisca per aprire un varco nella sfera di intangibilità del potere datoriale organizzativo, riguardo alla determinazione delle modalità temporali della prestazione di lavoro. L'ampliamento degli spazi del controllo antidiscriminatorio⁷⁶ apre le porte ad un sindacato giudiziale sul corretto esercizio del potere datoriale con riguardo agli atti di organizzazione dei tempi di lavoro suscettibili di ripercuotersi sull'equilibrio vita-lavoro.

Pertanto, la normativa antidiscriminatoria, nel ricondurre sotto il proprio ombrello protettivo le esigenze di flessibilità in funzione della conciliazione, si pone in una prospettiva di valorizzazione della libertà e dell'autodeterminazione della persona, che, nella specie, si declina tramite il diritto a richiedere modalità di lavoro flessibili per finalità conciliative. Un'apertura in tal senso si coglie già nell'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato, che, proprio nel caso di modifiche dell'orario di lavoro, fa discendere dal test di *strict necessity* una sorta di obbligo di adottare soluzioni ragionevoli (cfr. *supra* § 2.3). Si tratta di un processo espansivo non dissimile da quello che si attua nell'analoga ipotesi del prestatore di assistenza di un disabile, in relazione al quale si ritiene talvolta che dall'applicazione del divieto di discriminazione associata, notoriamente riconosciuto proprio con riferimento alla disabilità dalla Corte di giustizia, possa derivare la sussistenza del diritto agli accomodamenti ragionevoli⁷⁷.

Nel caso dei lavoratori con responsabilità genitoriali la diversa natura

⁷⁶ Per analoghe considerazioni CARACCILO DI TORELLA, *An emergent right to care in the EU*, cit., p. 8. BORELLI, *Sguardi sul diritto antidiscriminatorio e sulle recenti politiche di genere*, in LD, 2022, p. 504.

⁷⁷ Nel senso del riconoscimento degli a.r. ai caregivers di disabili v. BONARDI, *Il diritto di assistere*, cit., p. 119. Tuttavia, in dottrina sembra prevalente la tesi opposta BROLLO, *Il lavoro agile alla prova della emergenza epidemiologica*, in GAROFALO D., TIRABOSCHI, FILI, SEGHEZZI (a cura di), *Welfare e lavoro nell'emergenza epidemiologica*, vol. I, Covid 19 e rapporto di lavoro, ADAPT University Press, Bergamo, 2020, p. 167 ss. p. 195; FERRARA M.D., *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*, in W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - IT 426/2020, p. 10; DELFINO, *Cura dei soggetti fragili e rapporti di lavoro subordinato fra vecchi e nuovi equilibri*, in GUASTAFERRO, TEBANO, *Cura lavoro diritti. L'unione europea e le sfide della contemporaneità, Quaderni DLM*, n. 12, 2022, p. 173.

del diritto fondamentale implicato cambia i presupposti del bilanciamento ma non lo esclude affatto: l'interesse organizzativo del datore dovrà, di regola, cedere a fronte delle esigenze di cura di lavoratori e lavoratrici giacché la tutela di valori personalistici impone di prevedere la misura di carattere organizzativo richiesta, come una modifica degli orari, un lavoro agile o un part-time, ove essa sia strumentale a tale tutela. La possibilità per i datori di lavoro di sottrarsi a tale obbligo incontrerà dunque gli stessi limiti previsti per l'obbligo di soluzioni ragionevoli. Con la conseguenza che il rifiuto immotivato di accogliere tale richiesta, al pari di un rifiuto di soluzioni ragionevoli (per una persona disabile), verrà a costituire di per sé una forma vietata di discriminazione, trovando applicazione il sistema rimediale tipico del diritto antidiscriminatorio.

In definitiva, la sussistenza dell'obbligo previsto dalla dir. 2019/1158/UE nel nostro sistema può trovare un solido sostegno anche nel processo espansivo che ha di recente interessato, anche per via giurisprudenziale, la fattispecie discriminatoria nella misura in cui esso consente di offrire maggiore spazio per far prevalere le esigenze conciliative sulle ragioni dell'impresa. In questa prospettiva, il diritto alla flessibilità in funzione della conciliazione trova una nuova legittimazione e può rispondere alla sfida di una riscoperta di inediti spazi di libertà dell'individuo, che valorizzano nuovi beni e capacità relazionali.

Abstract

Il dibattito europeo sul tema della conciliazione vita-lavoro si è intensificato in sede accademica e politico-legislativa in occasione dell'adozione delle normative attuative della direttiva 2019/1158/UE. L'obiettivo dell'articolo è mostrare le potenzialità e i limiti del diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili, diritto introdotto dalla nuova direttiva (art. 9, co. 2) a favore dei genitori e dei caregivers. Dopo aver individuato la portata del precetto comunitario, l'a. si domanda se, ed in che misura, la normativa europea circoscriva la discrezionalità valutativa del datore di lavoro nel decidere in merito all'accoglimento della suddetta richiesta. L'idea di fondo è che il diritto di richiedere modalità di lavoro flessibili possa essere accostato al diritto ad un accomodamento ragionevole e che richieda un analogo temperamento tra gli interessi del lavoratore e del datore di lavoro. La tesi viene argomentata anche sulla scorta dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale in materia. Nell'ultima parte del saggio l'autore pone a confronto la normativa dell'Ue con quella italiana che presenta vistose lacune giacché si limita a riservare a talune categorie la priorità di accesso al lavoro agile (art. 4 del d.lgs. n. 105 del 2022). Tuttavia, l'a. delinea alcune prospettive sul piano interpretativo al fine di superare i dubbi di conformità con il diritto dell'Ue, ritenendo, in particolare, che dal divieto di discriminazione per ragioni di cura personale o familiare, introdotto dalla normativa italiana, possa ricavarsi una sorta di obbligo di accomodamento ragionevole a favore dei genitori e dei prestatori di assistenza. Peraltro, poiché il principio di non discriminazione per ragioni di cura è strettamente legato al principio di non discriminazione per ragioni di sesso, che deve essere considerato un principio generale della normativa comunitaria, si sostiene anche che il giudice nazionale, investito di una controversia inerente al principio di non discriminazione in materia di cura, sia legittimato a garantire la piena efficacia delle norme di diritto dell'Unione, disapplicando ogni disposizione di diritto interno che possa essere in contrasto con tale normativa.

In EU academic scholarship, policy and legislation the debate on work-life balance issue is very lively, especially after that many European countries have modified their legislation on parental leave or transpose into national law the 2019 Directive. The aim of the article is to show the potential and limits of the new right to request flexible working arrangements, as established in the new Directive. After having identified two objectives that art. 9, co. 2, dir. 2019/1158/EU aims to satisfy, such as transparency and balancing (between fundamental rights), the paper addresses the question of whether, and if so, to what extent the law limits the employer's power with regard to whether the request is granted or denied. According to the author the right to request flexible working arrangements and the right to a reasonable accommodation are similar in that they require a similar balancing of worker and employer interests. This approach is assessed here by considering also the development of case law in this area. In the last part of the paper the author identifies a number of differences between the right to request flexible working arrangements under EU law and the

“priority right” that parents and carers are entitled to exercise under Italian law to perform their job remotely (art. 4, d.lgs. no. 105/2022). The article argues that the approach of the Italian lawmaker significantly disadvantages parents and carers, leading to the conclusion that Italy may not be fully compliant with EU law. However, the protection against discrimination on the ground of being a parent or a carer, explicitly provided in Italian law, can play the same role as a reasonable accommodation duty and already provide for a de facto accommodation duty. Furthermore, as the principle of non-discrimination on grounds of being a carer is linked to the principle of non-discrimination on ground of sex, which must be regarded as a general principle of EU law, and national rules provided by d.lgs. n. 105 del 2022 fall within the scope of EU law, national court, hearing a dispute involving the principle of non-discrimination in respect of care, is entitled to ensure that the rules of EU law are fully effective, setting aside any provision of national law which may conflict with that law.

Keywords

Conciliazione vita-lavoro, modalità di lavoro flessibile, discriminazione, diritti di priorità, Italy, lavoro agile.

Work-life balance, flexible working arrangements, discrimination, priority rights, Italy, agile working.

Annamaria Donini

Informazione sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati: poteri datoriali e assetti organizzativi

Sommario: **1.** Le linee di intervento normativo per regolare l'IA al servizio dell'organizzazione del lavoro. **2.** I nuovi obblighi di informazione introdotti dal cd. decreto trasparenza. **3.** Informazioni sul rapporto di lavoro e informazioni sugli strumenti di organizzazione del lavoro. **3.1.** *Segue.* Lo spazio ridotto per i diritti di informazione collettiva. **4.** La trasparenza per l'adeguatezza dell'organizzazione d'impresa. **5.** La proposta di regolamento sull'IA e le tecniche di controllo sui poteri datoriali.

1. Le linee di intervento normativo per regolare l'IA al servizio dell'organizzazione del lavoro

La locuzione 'intelligenza artificiale' (IA) raggruppa gli strumenti, i metodi e le applicazioni informatiche che, con diversi gradi di autonomia e di precisione, realizzano attività e compiti normalmente svolti ricorrendo all'intelligenza umana¹. Le previsioni o le proiezioni elaborate dagli strumenti di IA per la gestione e l'organizzazione di impresa, in particolare, intervengono nel percorso decisionale che conduce il datore ai singoli atti di gestione dei rapporti di lavoro. Sostituiscono così l'intervento di collaboratori e consulenti, promettendo maggiore velocità, efficienza ed oggettività attraverso il superamento dei pregiudizi e dell'irrazionalità talora insiti nel ragionamento umano.

Alcuni sistemi di IA forniscono all'imprenditore informazioni di carat-

¹ Cfr. anche la definizione di "sistema di intelligenza artificiale" fornita dall'art. 3, p. 1, proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'IA, COM (2021)206 final, e quella del Gruppo di Alti Esperti sull'IA della Commissione europea, *A definition of AI: main capabilities and scientific disciplines*, 18 dicembre 2018, p. 7.

tere meramente ricognitivo-statistico o predittivo utili per definire le linee strategiche dell'impresa, mentre altre tipologie di strumenti sono in grado di individuare in via diretta le migliori decisioni organizzative. Questa seconda classe di dispositivi di *algorithmic management* rende più facile o più accurata l'organizzazione dell'impresa, anche per ciò che concerne la gestione del personale. Sia che operi in maniera completamente automatizzata, sia che richieda anche l'azione umana, lo strumento di IA non può incidere in maniera diretta su quel particolare rapporto giuridico che lega il prestatore di lavoro al datore². Qualora un sistema dotato di intelligenza artificiale sostenga o sostituisca il datore nella decisione relativa ad una modifica di mansioni, a un trasferimento o a una assunzione, la traduzione dell'indicazione sul piano del contratto di lavoro spetterà al datore stesso che dovrà operare nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento all'esercizio delle prerogative che gli competono.

Le linee di intervento normativo per regolare l'IA si sono sinora prevalentemente concentrate attorno a principi, regole e diritti riferiti ad alcuni aspetti specifici del funzionamento delle tecnologie al servizio dell'organizzazione del lavoro, lasciando immutata la struttura fondamentale del contratto di lavoro e la configurazione dei poteri nello svolgimento della relazione lavorativa³.

Il primo ambito da considerare riguarda la disciplina per il trattamento dei dati personali che alimentano le tecnologie digitali. Senza pretesa di aggiungere considerazioni nuove a questioni ampiamente trattate dagli interpreti, si rammenta che il governo dell'individuo sul dato personale, finalizzato al diritto alla *privacy* e all'autodeterminazione informativa, viene garantito attraverso il riconoscimento dei 'diritti dell'interessato' elencati negli artt. 12 ss. GDPR, a cui si aggiunge il diritto alla portabilità dei dati (art. 20). La disciplina di origine europea contiene inoltre limiti alle tipologie di dati che possono essere trattati (art. 9) e procedure per valutare l'impatto del trattamento qualora esso generi rischi per gli individui (art. 35). Senza dimenticare

² Per una riflessione sulla possibilità di riconoscere la natura di atti giuridici (e non di meri fatti) alle decisioni dell'IA cfr. ABRIANI, SCHNEIDER, *Algoritmi e big data: nuovi poteri e nuove responsabilità*, in *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, il Mulino, 2021, p. 43 ss., in part. p. 51 ss.

³ L'eccezione più significativa consiste nella presunzione di subordinazione contenuta nella proposta di direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro su piattaforma COM(2021)762 (v. nota 8), e in quella introdotta nell'ordinamento spagnolo dalla ley 12/2021.

che l'intero apparato del GDPR richiede in ogni caso il rispetto dei principi generali di liceità, trasparenza e correttezza, finalità, minimizzazione, esattezza, integrità e limitazione temporale della conservazione dei dati (art. 5)⁴.

Sin dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, la possibilità di raccogliere e trattare i dati dei lavoratori è inoltre subordinata al rispetto del divieto di indagini sulle opinioni di cui all'art. 8 St. lav., "elemento portante della strumentazione a tutela della dignità della persona che lavora"⁵, anche con funzione antidiscriminatoria. La norma è in grado di ridurre in maniera significativa la quantità dei dati dei lavoratori che possono essere legittimamente trattati, escludendo quelli qualitativamente non rilevanti, e si rivela di particolare utilità a fronte di strumenti capaci di realizzare raccolte massive e indifferenziate. Secondo l'interpretazione prevalente, la nozione di indagine comprende ogni comportamento attivo volto al reperimento di informazioni, esclusa l'acquisizione casuale, ma inclusa la raccolta senza successiva utilizzazione⁶.

Nel GDPR e in altri testi legislativi o proposte di legge attualmente in discussione sono altresì presenti norme volte alla riduzione dell'opacità dei meccanismi di funzionamento delle tecnologie informatiche. Con l'obiettivo ambizioso di orientare lo sviluppo tecnologico verso una rinnovata centralità della persona, la disciplina di origine europea intende anzitutto promuovere maggiore trasparenza nel ricorso alle tecnologie. Si può fare riferimento al diritto a ottenere informazioni significative sulle logiche dei sistemi automatizzati (artt. 12, 13 e 14 GDPR)⁷, diritto che viene riconosciuto in maniera più incisiva nella proposta di direttiva per la tutela del lavoro su piattaforma (art. 6, COM(2021)762)⁸. Anche la proposta di regolamento per l'IA, cd. *AI Act*, persegue una logica volta al potenziamento della trasparenza, prevedendo che i sistemi "ad alto rischio" debbano essere costruiti in modo tale da con-

⁴ TULLINI, *Dati*, in NOVELLA, TULLINI (a cura di), *Lavoro digitale*, Giappichelli, 2022, p. 108 ss.

⁵ DE SIMONE, *Pandemia. L'ennesimo stress test per lo Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2020, 4, p. 748 s.; sull'attualità della norma, AIMO, *Dalle schedature dei lavoratori alla profilazione tramite algoritmi: serve ancora l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori?*, in *LD*, 2021, p. 585 ss.

⁶ TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, 2013, p. 126 ss. Di recente, Cass. 19 settembre 2016 n. 18302.

⁷ PERUZZI, *Intelligenza artificiale e tecniche di tutela*, in *LD*, 2022, 3, p. 545.

⁸ L'iter di approvazione della direttiva è ancora in corso. Il 12 giugno 2023 il Consiglio ha raggiunto un nuovo accordo su cui proseguiranno i negoziati interistituzionali.

sentire agli utilizzatori di interpretare gli *output* del sistema⁹. Ancora, l'art. 52 della proposta di regolamento prevede che le persone che entrano in contatto con determinati sistemi di IA (ad esempio quelli usati per la categorizzazione biometrica) siano espressamente informate della presenza di funzionalità automatizzate e delle relative caratteristiche.

Un terzo gruppo di previsioni si propone di introdurre interventi umani di supervisione negli strumenti di IA, non solo per scongiurare o prevenire errori, ma anche con l'obiettivo di evitare la completa devoluzione alle macchine delle decisioni rilevanti per gli individui. L'art. 22 GDPR assicura l'intervento umano nella fase finale dei processi decisionali automatizzati, almeno ogni volta in cui gli esiti siano tali da incidere in maniera significativa sui diritti dell'individuo coinvolto, e un riesame umano delle decisioni significative è stato prospettato anche per i lavoratori di piattaforma nella proposta di direttiva ad essi dedicata (art. 8). Altre norme prescrivono invece un intervento sui sistemi: l'art. 7 della proposta di direttiva assegna alle piattaforme il compito di realizzare un monitoraggio umano sui sistemi automatizzati; e in maniera simile l'art. 14 della proposta di regolamento impone un intervento sui sistemi ad alto rischio da parte di operatori a ciò preposti.

Il legislatore italiano, così come quello spagnolo¹⁰, sembra aver preso sul serio il nuovo corso delle tutele per il lavoro al cospetto delle tecnologie di IA predisponendo normative volte alla garanzia della trasparenza.

2. I nuovi obblighi di informazione introdotti dal cd. decreto trasparenza

L'art. 4, co. 1, lett. b), d.lgs. 27 giugno 2022 n. 104 ha previsto, accanto all'aggiornamento degli obblighi di informazione sulle condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro, imposto dal recepimento della dir. 2019/1152 UE del 20 giugno 2019, l'obbligo di rendere note ai lavoratori le modalità d'uso dei sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art. 1 *bis*, d.lgs. 26 maggio 1997 n. 152). Il contenuto di tale obbligo trae ispirazione dalle misure proposte dalla Commissione europea per il particolare sotto-sistema normativo dedicato ai lavoratori delle piattaforme digitali, ma

⁹ Art. 13 della proposta COM(2021)206 final. L'interpretazione dell'*output*, tuttavia, non implica necessariamente una spiegazione in merito al funzionamento del sistema.

¹⁰ In Spagna sono stati introdotti diritti di informazione per gli organismi rappresentativi sindacali su base aziendale, cfr. art. 64 ET, modificato dalla ley 12/2021.

è esteso ad un ambito più ampio, comprensivo dell'intera area del lavoro subordinato e delle collaborazioni coordinate e continuative, così come del lavoro occasionale, e senza alcuna limitazione settoriale (cfr., nel dettaglio, art. 1).

Le critiche¹¹ che sono state mosse in merito alla decisione di anticipare l'introduzione di una normativa ancora in discussione e di portata settoriale, si concentrano su ragioni di opportunità politica. Non si possono invece avanzare dubbi sulla legittimità dell'estensione dell'oggetto dell'informazione alle modalità di funzionamento delle tecnologie di IA dal momento che l'art. 20, co. 2, dir. 2019/1152/UE¹² ammette la possibilità per gli Stati membri di introdurre disposizioni più favorevoli. In questo caso, peraltro, non si è trattato soltanto della fissazione di livelli di regolazione superiori a quelli di origine europea, ma dell'introduzione di un *corpus* di regole autonome comprensive di obblighi ulteriori, orientati a obiettivi in parte diversi. In questo senso si è espresso il Garante per la *privacy* affermando che queste previsioni costituiscono "disciplina più specifica e di maggior tutela per gli interessati nel contesto lavorativo, pienamente compatibile con quanto previsto dall'art. 88 del Regolamento" per la protezione dei dati personali¹³.

Datori e committenti sono tenuti a informare i lavoratori del ricorso a sistemi decisionali automatizzati in relazione alla gestione di alcuni aspetti del rapporto di lavoro: assunzione o conferimento di incarichi, gestione o cessazione del rapporto di lavoro, assegnazione di compiti o mansioni, modalità della sorveglianza e valutazione del lavoro.

La selezione delle tecnologie per le quali sorge l'obbligo informativo ha determinato da subito contrasti interpretativi, ai quali il primo decreto in materia di lavoro del governo Meloni ha cercato di porre fine (d.l. 4 maggio 2023 n. 48).

¹¹ Con argomenti diversi FAIOLI, *Trasparenza e monitoraggio digitale. Perché abbiamo smesso di capire la norma sociale europea*, in *Federalismi.it*, 2022, 25, p. 114; PROIA, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, in *Labor*, 2022, 6, p. 657; RENZI, *La trasparenza dei sistemi algoritmici utilizzati nel contesto lavorativo secondo il d.lgs. n. 104/2022*, su www.labourlawcommunity.org; VISCOMI, *Noto analogico e ignoto digitale. Brevi note su alcuni aspetti del "decreto trasparenza"*, in *ilforovibonese.it*, 7 dicembre 2022.

¹² ALLAMPRESE, BORELLI, *L'obbligo di trasparenza senza la prevedibilità del lavoro. Osservazioni sul decreto legislativo. n. 104/2022*, in *RGL*, 2022, p. 677.

¹³ Così Garante per la protezione dei dati personali, *Questioni interpretative e applicative in materia di protezione dei dati connesse all'entrata in vigore del d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104*, punto 2 dell'Allegato.

L'individuazione dei casi in cui i lavoratori hanno diritto a ricevere informazioni discende dal significato attribuito alle espressioni “sistema di monitoraggio automatizzato” e “sistema decisionale automatizzato”. La prima tipologia di strumenti può essere ricondotta con sufficiente certezza alle tecnologie digitali di controllo sui lavoratori: in tal modo la novella legislativa assume una valenza specificativa degli obblighi informativi previsti dall'art. 4, co. 3 St. lav.¹⁴, e costitutiva di nuovi obblighi nel caso in cui il controllo sia rivolto a collaboratori coordinati e continuativi. Per sistema decisionale automatizzato deve intendersi uno strumento che non si limita ad analizzare informazioni al fine di creare profili o fornire indicazioni, ma è capace di scegliere tra più alternative sulla base dei dati di input forniti.

La prima versione dell'art. 1-*bis* non precisava quale intensità potesse avere l'intervento umano affinché il sistema fosse considerato automatizzato. Sul punto il Ministero del lavoro con la Circolare n. 19 del 20 settembre 2022 aveva distinto tra sistemi algoritmici che intervengono sulla costituzione e lo svolgimento del rapporto di lavoro – per i quali, secondo la Circolare, l'informativa sarebbe necessaria solo se interamente automatizzati – e sistemi che invece operano sul controllo e sulla sorveglianza, del cui utilizzo il lavoratore dovrebbe essere sempre informato¹⁵. L'interpretazione forzava il dettato della legge che avrebbe invece consentito di selezionare tutte le strumentazioni automatizzate che forniscono indicazioni “rilevanti” per la decisione organizzativa anche se con il supporto dell'intervento umano. Confortava tale lettura la posizione del Gruppo di lavoro *ex* articolo 29¹⁶ che aveva distinto i sistemi “esclusivamente” automatizzati, dotati della “capacità di prendere decisioni impiegando mezzi tecnologici senza coinvolgimento umano”, dai sistemi automatizzati *tout court* eventualmente collegati all'intervento umano.

L'art. 26, co. 2, d.l. n. 48/2023 è infine intervenuto riducendo l'esten-

¹⁴ *Contra* MARAZZA, D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei ‘sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati’ nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)*, in *GC.com*, 8 novembre 2022, i quali ritengono che “la fattispecie concreta del sistema di monitoraggio automatizzato sia sussumibile in quella degli ‘impianti visivi ed altri strumenti di controllo’” di cui all'art. 4, St. lav.

¹⁵ Il ricorso a due distinte locuzioni, “indicazioni rilevanti” per il primo gruppo di strumenti e “indicazioni incidenti” per il secondo, non giustifica un'interpretazione differenziata.

¹⁶ Gruppo di lavoro articolo 29 per la protezione dei dati, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del reg. 2016/679*, WP 251.

sione degli obblighi informativi ai soli sistemi “integralmente” automatizzati. Le problematiche non sono del tutto superate, restando la difficoltà per le parti coinvolte (datori, lavoratori sindacati e infine giudici) di interpretare una terminologia non giuridica al fine di selezionare i tratti distintivi dei sistemi integralmente automatizzati¹⁷.

I datori dovranno adempiere agli obblighi attraverso una comunicazione trasparente degli aspetti essenziali relativi alle strumentazioni e in particolare degli elementi elencati al co. 2, relativi a scopi, finalità e logica di funzionamento. Secondo il co. 3, chi presta attività lavorativa, anche tramite le rappresentanze sindacali, ha il diritto di accedere ai dati e di richiedere informazioni ulteriori. Sulla base di una logica di effettività e dinamicità della trasmissione delle informazioni, è previsto che questa avvenga almeno ventiquattro ore prima di ogni modifica capace di incidere sulle condizioni di lavoro.

3. *Informazioni sul rapporto di lavoro e informazioni sugli strumenti di organizzazione del lavoro*

Secondo la lettura fornita dagli interpreti in relazione agli obblighi derivanti dalla dir. 91/533 CEE del 14 ottobre 1991, una diffusa e tempestiva informazione in merito alle condizioni relative allo svolgimento del rapporto di lavoro è in grado di ridurre l'asimmetria informativa tra le parti, attraverso una promozione della libertà e della autodeterminazione dei prestatori¹⁸ nella fase immediatamente successiva alla conclusione del contratto. L'informazione contribuisce altresì ad aumentare la consapevolezza in capo al lavoratore delle posizioni soggettive (obblighi e diritti) che lo riguardano, così da poterne verificare in seguito l'adempimento¹⁹. Accrescere la conoscenza dei termini dell'attività lavorativa contribuisce a rendere il prestatore protagonista del proprio destino professionale, intervenendo in funzione anti-paternali-

¹⁷ DAGNINO, *Modifiche agli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati*, in DAGNINO, C. GAROFALO, PICCO, RAUSEI, *Commentario al d.l. 4 maggio 2023*, n. 48, Adapt University Press.

¹⁸ FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, 2007, Giuffrè, p. 69 ss.; RIVARA, *La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti*, in *DLRI*, 1999, 81, I, p. 180.

¹⁹ Aspetto evidenziato in particolare da BALANDI, *L'informazione nei rapporti di lavoro e sindacali*, in *RTDPC*, 1993, p. 751.

stica e quasi pedagogica a modificare il normale assetto del rapporto di lavoro dipendente²⁰.

La valorizzazione di una capacità decisionale autonoma²¹ viene dunque perseguita attraverso l'attribuzione del diritto soggettivo all'informazione in merito ad alcuni aspetti delle condizioni applicabili al rapporto di lavoro. Il corrispondente obbligo datoriale non è un semplice obbligo di 'dare' documenti contenenti informazioni²², ma richiede al datore di 'fare', ossia di cooperare affinché i lavoratori possano avere effettiva e completa conoscenza dei possibili scenari riguardanti il proprio futuro lavorativo. Le informazioni potranno dunque essere fornite per il tramite di documenti e testi ma dovrà trattarsi di una sintesi appositamente predisposta, veritiera e attendibile²³. Inteso in questi termini, l'obbligo di informare i lavoratori delle condizioni entro cui si svolge il rapporto di lavoro può dunque essere inteso come una condotta derivante dal più generale obbligo di buona fede e correttezza cui è tenuto il datore nell'esecuzione del rapporto di lavoro²⁴.

Un discorso a parte merita la possibilità di utilizzare le informazioni ricevute nel momento di un eventuale contenzioso. Sebbene il d.lgs. n. 152/1997, come già la dir. 91/533/CEE, non attribuisca in maniera esplicita valore di prova ai documenti forniti ai lavoratori, la sentenza *Kampelmann* della Corte di giustizia²⁵ ha tuttavia chiarito che per perseguire l'obiettivo consistente nella "migliore tutela dei lavoratori subordinati contro un eventuale misconoscimento dei loro diritti" (Secondo considerando del preambolo della direttiva), i lavoratori debbano poter utilizzare in giudizio le

²⁰ DEL PUNTA, *Prefazione*, in FALERI, *op. cit.*, XIII.

²¹ Così, secondo FALERI, *op. cit.*, p. 69 ss. sarebbero diritti di informazione di seconda generazione, differenti da altri che avevano mera funzione specificativa o di controllo dell'esercizio dei poteri datoriali.

²² Cfr., invece, ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini giuridica, 2022, p. 67 ss. che ravvisa obblighi di ostensione degli elementi utilizzati nei processi decisionali datoriali.

²³ GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 1996, in particolare p. 41 ss., p. 175 ss. e p. 194 ss.

²⁴ Cfr. PERULLI, *Informazione (diritti di)*, *DDPCom*, VII, p. 362 fa derivare il dovere di informazione dai doveri di protezione rispetto a beni "non dedotti in obbligazione ma suscettibili di pregiudizio in occasione dello svolgimento del rapporto". L'obbligo è accessorio rispetto alla costituzione del rapporto di lavoro (MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, 2020, Giuffrè, p. 328 s.) e sussiste sia "all'atto dell'instaurazione del rapporto contrattuale", sia ogni volta in cui si verificano modifiche.

²⁵ C. Giust. 4 dicembre 1997, C-258/1996, *Kampelmann et al.*

informazioni rese dal datore. Dunque le informazioni non hanno mero valore ricognitivo delle condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro, ma possono contribuire a provarle, in concorso con le altre fonti di prova documentale e testimoniale disponibili²⁶ e nel rispetto delle categorie del diritto processuale degli Stati membri²⁷.

L'inserimento delle norme in merito agli obblighi informativi sulle modalità d'uso degli strumenti automatizzati all'interno del d.lgs. n. 152/1997 induce a domandarsi se la finalità e i meccanismi di funzionamento degli obblighi relativi alle condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro siano condivisi anche dalle previsioni di più recente introduzione.

Gli obblighi informativi di cui all'art. 1-bis sembrano volti alla riduzione a vantaggio del lavoratore del *gap* comunicativo tra linguaggio comune e linguaggio informatico, come si ricava dal fatto che le informazioni devono essere rese "in modo trasparente in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico" (art. 1-bis, co. 6, d.lgs. n. 152/1997²⁸). Le norme impongono infatti al datore uno sforzo di traduzione tra il linguaggio informatico, il linguaggio organizzativo-gestionale e quello accessibile alla generalità dei lavoratori. Nonostante l'impegno alla trasformazione del linguaggio, affinché questa tipologia di informazioni attenui realmente il senso di straniamento e di alienazione derivante dal lavoro inserito in contesti di cui non si conoscono le dinamiche, è necessario che i lavoratori si attivino nella lettura, comprensione e approfondimento delle informazioni ricevute, mentre, se ciò non accade, gli obblighi informativi si trasformano in un mero passaggio di documenti e nozioni. La situazione sarebbe diversa se le competenze mancanti necessarie per la comprensione venissero messe a disposizione dei lavoratori, o delle associazioni sindacali, da apposite au-

²⁶ La comunicazione beneficia della stessa presunzione di veridicità che sarebbe attribuita ad un qualsiasi documento fornito dal datore (punto 33). La sentenza autorizza il datore a fornire prova del fatto che le informazioni siano errate o non veritiere. Secondo RIVARA, *op. cit.*, p. 139 tale facoltà deve essere limitata al caso di errore incolpevole per evitare che siano vanificati gli obiettivi di tutela della direttiva; in senso conforme IZZI, *La Direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro*, in *DRI*, 1998, p. 400.

²⁷ GRAGNOLI, *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti*, in *RIDL*, 1998, II, p. 442 in commento a C. Giust. 4 dicembre 1997, cit.

²⁸ In maniera ancora più esplicita la proposta di direttiva per il lavoro su piattaforma, all'art. 6, co. 3 richiede "*concise, transparent, intelligible and easily accessible form, using clear and plain language*".

torità pubbliche preposte all'analisi del funzionamento delle tecnologie algoritmiche²⁹.

Resta il fatto che l'attuale art. 1-*bis* non contiene previsioni che consentano al lavoratore di conoscere i riflessi del funzionamento della tecnologia, anche se resa più trasparente, sulle vicende relative alla propria posizione lavorativa. Quando l'informazione riguarda soltanto gli strumenti tecnologici con cui il datore organizza l'impresa, non può rinforzare la consapevolezza del lavoratore in merito alle modalità con cui si svolgerà in futuro il rapporto di lavoro. È dunque improbabile che si produca un reale effetto di riduzione delle asimmetrie informative e di redistribuzione del potere a vantaggio dei prestatori.

Per tentare di fornire una collocazione sistematica alla novità legislativa si dovrà inoltre valutare quale sia il rapporto intercorrente tra questo gruppo di obblighi e le condizioni di esercizio dei poteri datoriali. Innanzitutto, i nuovi diritti "di terza generazione"³⁰ alla spiegabilità dei processi decisionali algoritmici, al pari di altri diritti che potrebbero essere a breve introdotti (come la supervisione umana delle tecnologie), non si sostituiscono alle tecniche di controllo dei poteri³¹. Quando un atto di gestione del rapporto di lavoro sia suggerito da un sistema di IA, il datore dovrà garantire che sia conforme, a seconda dei casi, alle regole limitative e di controllo sui poteri datoriali, comprese quelle relative alla raccolta di informazioni sui lavoratori tramite strumenti digitali (artt. 4 e 8 St. lav.). E questo anche nell'ipotesi in cui il sistema informatico utilizzato tratti correttamente i dati, sia trasparente e soggetto a supervisione umana (v. *supra*, § 1).

L'obbligo informativo non può nemmeno essere considerato una condizione di validità degli atti di esercizio del potere datoriale che si aggiunge alle altre presenti nell'ordinamento³². In primo luogo, non si ricavano elementi testuali utili a considerare gli obblighi di informazione quali condizioni di validità degli atti. Né questo sarebbe possibile, dal momento che non sono

²⁹ Così TEBANO, *La digitalizzazione del lavoro. Tra intelligenza artificiale e gestione algoritmica*, in *Ianus*, 2021, p. 53, richiamando l'esperienza francese del *Pôle d'Expertise de la Régulation Numérique* (PEReN).

³⁰ ZAPPALÀ, *Appunti su linguaggio, complessità e comprensibilità del lavoro 4.0.: verso una nuova procedimentalizzazione dei poteri datoriali*, in *Ianus*, 2021, spec. p. 23.

³¹ TULLINI, *La questione del potere nell'impresa. Una retrospettiva lunga mezzo secolo*, in *LD*, 2021, p. 434 ss.; PERUZZI, *op. cit.*, p. 549 ss.

³² *Contra*, ALLAMPRESE, BORELLI, *op. cit.*, p. 687 s.

previsti meccanismi che consentano di individuare lo specifico atto di gestione del rapporto di lavoro suggerito dallo strumento automatizzato a cui è riferita l'informazione. Considerando che le informazioni sono a-specifiche e si rivolgono alle condizioni generali di funzionamento dei sistemi di IA (ad esempio devono essere indicati “*gli aspetti* del rapporto di lavoro su cui incide l'utilizzo dei sistemi”), l'obbligo di informazione non sembra tradursi in una nuova ipotesi di proceduralizzazione dei poteri³³. Si tratterebbe di vera proceduralizzazione se fosse stato previsto il collegamento dell'obbligo con uno o più atti di esercizio dei poteri direttivi datoriali.

D'altra parte, nemmeno lo svolgimento delle procedure di informazione e consultazione sindacale, ove previsto per via legislativa o contrattuale, costituisce condizione di validità degli atti di esercizio delle prerogative datoriali. Secondo l'orientamento prevalente – pur in presenza di opinioni contrarie –, il corretto svolgimento della procedura fissata dall'art. 47, l. 29 dicembre 1990 n. 428 oppure dal lgs. 6 febbraio 2007 n. 25, così come di quelle definite dai ccnl, non costituisce presupposto di legittimità delle decisioni eventualmente assunte a valle della consultazione³⁴. Coerentemente a tale concezione del coinvolgimento sindacale³⁵, in caso di mancato assolvimento dell'obbligo di informazione, l'art. 4, d.lgs. n. 152/1997 prescrive la sola applicazione di sanzioni amministrative, parzialmente modificate dal d. trasparenza.

3.1. Segue. *Lo spazio ridotto per i diritti di informazione collettiva*

Il decreto trasparenza individua come destinatari delle informazioni assieme ai lavoratori anche i sindacati: rsa, rsu oppure gli organismi territoriali delle OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art.

³³ Cfr. invece ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 37 ss.

³⁴ Le conseguenze del mancato svolgimento delle procedure di informazione e consultazione obbligatorie per legge o per contratto collettivo costituiscono l'oggetto di alcuni recenti provvedimenti *ex art. 28 St. lav.* che, tuttavia, non manifestano un orientamento univoco (decreti del T. Firenze 20 settembre 2021; T. Monza, 12 ottobre 2021, e successiva sentenza in seguito a opposizione del T. Monza 28 gennaio 2022; T. Napoli, 3 novembre 2021; T. Ancona, 22 febbraio 2022; T. Trieste 23 settembre 2022).

³⁵ All'esito delle riforme sulla disciplina dei rimedi per i licenziamenti illegittimi, i vizi della procedura di informazione e consultazione sindacale *ex art. 4, l. n. 223/1991* che rendono illegittimo l'atto di recesso, non sono tuttavia in grado di privarlo di efficacia.

4, co. 6, d.lgs. n. 104/2022)³⁶. I diritti di informazione collettivi sui meccanismi di funzionamento degli strumenti automatizzati non sono però propedeutici rispetto ad una vera e propria consultazione in relazione ai termini d'uso del sistema algoritmico, diversamente da quanto previsto dalla proposta di direttiva sui lavoratori di piattaforma³⁷.

D'altra parte, il d.lgs. n. 25/2007 (attuativo della direttiva 2002/14 CE del 11 marzo 2002) già dispone un obbligo di informazione nei confronti del sindacato che, ricorrendone le condizioni, può ritenersi esteso anche all'introduzione dei sistemi decisionali automatizzati, quale fatto rientrante nelle "decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro" (art. 4, co. 3, lett. c). Sebbene non sia possibile ravvisare una completa coincidenza tra l'ambito di applicazione delle due normative, la messa in opera di strumenti decisionali automatizzati può determinare un 'cambiamento organizzativo' tutte le volte in cui essi vadano a sostituirsi ai precedenti sistemi basati sul ragionamento umano nella definizione di aspetti essenziali della gestione del lavoro (assunzione, conferimento incarichi, compiti e mansioni, cessazione del rapporto, sorveglianza, ...). Con la differenza che nel d.lgs. n. 25/2007 l'informazione è propedeutica ad una successiva specifica consultazione (da svolgersi secondo le modalità fissate dai contratti collettivi, cfr. art. 4, co. 4 e art. 1, co. 2), che risulta invece assente nel quadro del d.lgs. n. 104/2022.

Dalla lettura congiunta delle due normative, almeno con riferimento alle imprese medio-grandi, potrebbe pertanto ricavarsi l'obbligo di informare i sindacati con il fine di attivare momenti di "confronto, scambio di opinioni e dialogo" (secondo la definizione di consultazione fissata dall'art. 2, d.lgs. n. 25/2007) in relazione alla decisione di ricorrere a sistemi automatizzati che producano modifiche dirette o indirette sull'organizzazione. Qualora in esito alla consultazione permanga l'intenzione di ricorrere a questi strumenti, non essendo obbligatoria un'ulteriore consultazione in merito alle logiche di

³⁶ Il diniego da parte di una piattaforma digitale di fornire al sindacato territoriale le informazioni relative alle caratteristiche dei sistemi algoritmici utilizzati integra una condotta antisindacale secondo T. Palermo 3 aprile 2023 n. 14491, che ha conseguentemente ordinato alla società di ottemperare all'obbligo.

³⁷ Sebbene non risulti in maniera esplicita che i rappresentanti dei lavoratori a cui riconoscere i diritti di informazione e consultazione sono i rappresentanti sindacali. La proposta di regolamento sull'IA invece non coinvolge i soggetti collettivi, *TEBANO, La digitalizzazione del lavoro*, cit., p. 45 ss.

funzionamento, il datore sarà tenuto a fornire ai lavoratori e ai sindacati le informazioni di dettaglio elencate dalla lettera a) alla lettera f) dell'art. 1 *bis*, co. 2, d.lgs. n. 152/1997.

4. *La trasparenza per l'adeguatezza dell'organizzazione d'impresa*

Secondo quanto in precedenza illustrato, l'obbligo di informazione individuale contenuto nell'art. 1-*bis* ha come oggetto aspetti che riguardano le prerogative e le scelte imprenditoriali e pertanto deve essere tenuto distinto dagli obblighi informativi che riguardano direttamente lo svolgimento del rapporto di lavoro³⁸.

Ai nuovi obblighi potrebbe corrispondere in capo al lavoratore una “posizione soggettiva intermedia rispetto al soddisfacimento del bene della vita, che resta però difficilmente attingibile”³⁹ e persino non determinabile con certezza. Non sembra infatti possibile individuare un diritto ulteriore tra quelli derivanti o connessi allo svolgimento del rapporto di lavoro per l'ottenimento del quale l'informazione sul funzionamento dei sistemi di gestione automatizzata rivesta funzione strumentale⁴⁰. Gli obblighi di informazione potrebbero, tuttavia, essere orientati al raggiungimento di un obiettivo che non attiene direttamente al rapporto di lavoro.

Le informazioni che devono essere fornite riguardano i criteri e i metodi – che in questo caso discendono da tecnologie informatiche – con cui l'imprenditore organizza l'impresa e nello specifico le risorse umane. L'obbligo di informazione induce dunque il datore a non introdurre con superficialità le tecnologie disponibili, magari meno costose e più efficienti, ma ad approfondire la decisione, proprio in considerazione del fatto che i nuovi strumenti potranno incidere sulle condizioni di svolgimento dei rapporti di lavoro⁴¹.

³⁸ Così anche PROIA, *op. cit.*, p. 657.

³⁹ TULLINI, *La questione del potere nell'impresa*, cit., p. 436.

⁴⁰ Se non il diritto alla tutela giurisdizionale, che potrà in effetti essere rafforzato da previsioni che riducano la distanza del lavoratore dalla fonte probatoria, sul punto PERUZZI, *op. cit.*, p. 554. Per tale obiettivo sembrano più efficaci le agevolazioni probatorie e le presunzioni, v. ad es. il nuovo art. 14, d.lgs. n. 104/2022.

⁴¹ Il fine di responsabilizzare il datore di lavoro rispetto all'utilizzo di sistemi di gestione algoritmica, è evidenziato dal Dossier parlamentare AG 377, *Scheda di lettura sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1152*, 13 aprile 2022, p. 8.

Anche il Garante per la *privacy* nel suo recente parere interpretativo (v. *supra* in relazione all'art. 88 GDPR) ha valorizzato i nuovi obblighi. Il Garante ha collocato gli obblighi informativi entro un quadro volto a guidare i datori nell'accertamento della compatibilità dei sistemi di gestione algoritmica con i diritti dei lavoratori-soggetti interessati. Si può dunque facilmente leggere una connessione logica tra gli obblighi di trasparenza e il principio di responsabilizzazione del GDPR: l'obbligo di informare i lavoratori in merito ai sistemi automatizzati richiede al datore una preventiva ponderazione delle caratteristiche degli strumenti, utile altresì per valutare la loro conformità rispetto alle regole sul trattamento dei dati. Viene così facilitata l'acquisizione di consapevolezza in merito alla eventuale necessità di predisporre misure tecniche e organizzative adeguate alla tutela dei dati personali (art. 24 GDPR) e di effettuare una valutazione di impatto della scelta (art. 35 GDPR).

Ma il collegamento virtuoso tra informazione e responsabilizzazione è rilevante anche al di fuori della disciplina a tutela della *privacy*. “Più la tecnologia digitale dell'organizzazione ingloba e permea la prestazione del lavoratore più si ampliano le maglie attraverso cui essa può riflettersi sul regolamento negoziale”⁴², e di conseguenza diviene necessario promuovere lo sviluppo di un'organizzazione dell'impresa digitalizzata rispettosa delle regole per la gestione dei rapporti di lavoro. Poiché i sistemi di *workforce analytics*, *algorithmic management* o la robotica tendono a confondere la doverosa distinzione tra le prerogative squisitamente imprenditoriali e gli atti di gestione del lavoro (vedi par. 1), sembra rivestire particolare utilità che l'aggiornamento delle misure normative che possono contribuire alla tutela del lavoro si rivolga – almeno in parte – agli ambiti organizzativo-gestionali in senso stretto.

Gli obblighi contenuti nell'art. 1-*bis* possono costituire il tassello iniziale di un più ampio quadro in via di costruzione volto alla responsabilizzazione delle imprese nel momento dell'introduzione di tecnologie gestionali automatizzate⁴³. Si tratta di interventi *soft* che non affrontano direttamente il problema della compatibilità dell'automazione con l'ordinamento giuridico, e nemmeno predispongono nuove tipologie di limiti alle libertà e ai poteri

⁴² ZOPPOLI L., *Lavoro digitale, libertà negoziale, responsabilità: ancora dentro il canone giuridico della subordinazione*, in questa rivista, 2022, p. 57.

⁴³ ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 20 ss.

imprenditoriali. Richiedendo al datore di esplicitare le ragioni e le modalità dell'uso di un certo tipo di tecnologia, di fatto impongono una valutazione più approfondita e consapevole della decisione di introdurre strumentazioni informatiche.

Il rinnovato interesse dell'ordinamento rispetto alle condizioni di esercizio dell'organizzazione di impresa, d'altra parte, è testimoniato dalla recente riforma dell'art. 2086 c.c. Il secondo comma dell'articolo richiede che l'assetto organizzativo debba essere adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, con l'obiettivo di rilevare in tempo i rischi per la continuità dell'attività. La formulazione letterale della norma (“*anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*”), secondo alcuni autori, definisce un obbligo di “allestimento di un'amministrazione dell'impresa idonea a conservare la continuità aziendale e i valori produttivi” che travalica la rilevazione della crisi d'impresa⁴⁴. La nuova formulazione dell'art. 2086 c.c., tuttavia, nulla dice in merito ai criteri che rendono un'organizzazione adeguata, lasciando a operatori e interpreti il compito di fornire contenuto concreto allo standard richiesto⁴⁵. Una delle opzioni possibili è quella di predisporre sistemi di validazione o modelli organizzativi per verificare che l'attività di gestione non si ponga in contrasto con i diritti di altri soggetti coinvolti tra cui, *in primis*, i lavoratori⁴⁶.

L'esigenza di definire criteri per la fissazione, dapprima, e la valutazione, in seguito, di assetti organizzativi adeguati alla continuità aziendale si

⁴⁴ VALLAURI, *Brevi note su poteri imprenditoriali e poteri datoriali alla luce del nuovo art. 2086 c.c.*, in *LD*, 2021, p. 474, che considera il precetto un limite esterno della libertà di iniziativa economica. Così anche PILATI, *Potere organizzativo, principio gerarchico, e dovere di istituire assetti adeguati*, in *ADL*, 2022, p. 1187 ss. La verifica dell'adeguatezza organizzativa non sarebbe sottratta al giudizio del giudice a differenza delle scelte economiche, secondo TULLINI, *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: prima lettura*, in *RIDL*, 2020, I, p. 135 ss., in part. p. 143 ss.

⁴⁵ Ricostruisce l'emersione del criterio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi della gestione di impresa PILATI, *op. cit.*, p. 1179 ss.

⁴⁶ Cfr. ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, 2019, I, 4, p. 343 ss. che accosta l'art. 2086, co. 2 c.c. alle norme volte alla responsabilizzazione del datore rispetto alla tutela della sicurezza sul lavoro e al trattamento dei dati. L'A., similmente a IMBERTI, *Profili lavoristici del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2020, p. 23 ss. sembra tuttavia intendere la portata applicativa dell'art. 2086 c.c. limitata alla gestione della crisi.

fa particolarmente intensa tutte le volte in cui la gestione aziendale e le sue logiche non siano argomentabili tramite le categorie del ragionamento umano ma si basino su una “correlazione matematico-statistica tra antecedenti ed effetti, in modo del tutto autarchico”⁴⁷, come accade quando si ricorre a sistemi di IA.

Quando il funzionamento dell’impresa è guidato o determinato da tecnologie automatizzate, la trasparenza e gli obblighi di informazione possono concorrere a riempire di contenuto lo standard di adeguatezza organizzativa cui è tenuto l’imprenditore secondo il nuovo art. 2086 c.c. La ragione risiede nel fatto che l’obbligo di fornire informazioni ai lavoratori è in grado di rendere il datore più consapevole (v. *supra*) dell’impatto della decisione sull’assetto organizzativo e in particolare sull’obiettivo di garantire la conservazione della continuità aziendale. Sebbene non assurgano al rango di veri e propri oneri procedurali (per le ragioni sopra esposte), i nuovi obblighi di informazione possono costituire il punto di partenza per la costruzione di adeguati modelli di organizzazione e gestione grazie alla capacità di responsabilizzare l’imprenditore in merito alla scelta imprenditoriale di ricorrere a tecnologie automatizzate.

5. *La proposta di regolamento e le tecniche di controllo sui poteri datoriali*

Un’ulteriore occasione per riflettere sui condizionamenti alla libertà dell’imprenditore di introdurre sistemi di IA nella propria organizzazione è data dalla proposta di regolamento europeo sull’intelligenza artificiale. La proposta, che si pone l’obiettivo di potenziare il mercato interno per ciò che concerne la diffusione e l’uso dell’IA, considera i sistemi di *algorithmic management* che intervengono sui rapporti di lavoro tecnologie ad alto rischio (allegato 3) e prevede che il loro utilizzo sia subordinato al rispetto di una serie di requisiti elencati dagli artt. 8 e ss. Si tratta di regole di “validazione preventiva” che devono essere rispettate dai fornitori o produttori della tecnologia⁴⁸ e che sono orientate, anche in questo caso, al potenziamento della trasparenza e delle informazioni. È richiesto di rendere noti agli utenti i prin-

⁴⁷ TULLINI, *La questione del potere nell’impresa*, cit., p. 438.

⁴⁸ TULLINI, *La nuova proposta europea sull’intelligenza artificiale e le relazioni di lavoro*, in *TPDM*, 2022, p. 99 ss.

cipali criteri di funzionamento; fornire istruzioni per l'uso comprensibili; aggiornare gli algoritmi con dati corretti e completi, attingendo anche ai dati elencati dell'art. 9 GDPR – il cui trattamento sarebbe generalmente vietato – se ciò serva per correggere eventuali distorsioni (art. 10)⁴⁹; e infine garantire un sistema di sorveglianza umana (art. 14).

I primi commentatori hanno notato il difficile dialogo tra la proposta e gli altri *corpus* normativi in materia di lavoro, sia di origine nazionale che europea. In linea più generale ci si domanda se una volta che il fornitore della tecnologia abbia ottemperato ai *requirements* individuati per l'uso della IA ad alto rischio, l'uso di tali sistemi sia pienamente lecito, e se gli obiettivi di tutela del mercato interno che orientano la proposta di regolamento impediscano di applicare le misure più restrittive individuate dagli Stati membri o dalla stessa Unione a favore dei lavoratori. Sembrano deporre a favore di una risposta affermativa, da un lato, l'efficacia diretta dei Regolamenti europei e, dall'altro, l'esplicito avvertimento del Considerando 2 in merito al rischio di frammentazione del mercato interno derivante dalla presenza di normative nazionali differenziate.

Si può provare tuttavia a fornire una diversa lettura. Ricorrendo alla distinzione tra momento organizzativo – in cui interviene l'intelligenza artificiale – e momento di gestione del contratto di lavoro – di esclusivo appannaggio del datore –, le regole che rendono legittimo l'esercizio dei poteri datoriali non potranno che collocarsi all'esterno dell'oggetto della proposta di regolamento, limitato alla produzione, commercializzazione e uso dei sistemi di intelligenza artificiale. Le regole di tutela del lavoro che si rivolgono all'atto datoriale unilaterale di gestione del contratto risulterebbero di conseguenza estranee all'oggetto della proposta.

Il testo legislativo in discussione in tal modo non interferirebbe con l'operatività della maggior parte delle regole preposte all'esercizio del potere datoriale, come i divieti o le causali giustificatrici. È invece più arduo giungere alle medesime conclusioni in merito all'art. 4 dello Statuto che contiene limiti e procedure per l'installazione (dunque l'uso) di strumenti tecnologici. Se interpretata come norma che regola l'uso di prerogative imprenditoriali relative alla tutela del patrimonio aziendale e all'organizzazione (e solo in via 'preterintenzionale' al controllo del lavoro), potrebbe integrare un criterio

⁴⁹ Sull'intreccio tra la proposta di regolamento e la disciplina *privacy*, cfr. LAMBERTI, *La proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale alla prova della privacy*, in *federalismi.it*.

per il ricorso all'IA più restrittivo di quelli fissati dalla proposta di regolamento e dunque in potenziale contrasto con l'obiettivo di potenziamento del mercato unico.

È invece da preferire l'interpretazione che legge nell'art. 4 un divieto di controllo sulla prestazione lavorativa per il tramite delle tecnologie digitali in considerazione della natura necessariamente occulta di tale tipologia di controllo; a questo si aggiunge una disciplina differenziata a seconda dello strumento con cui è realizzato il controllo cd. indiretto sulla prestazione⁵⁰. Una norma volta a regolare una prerogativa datoriale, vietando il controllo occulto sull'adempimento e introducendo procedure per quello indiretto, pertanto esula dal campo di applicazione della proposta di regolamento. Anche nelle ipotesi, disciplinate dal comma 1, in cui l'intervento normativo è così incisivo da 'retroagire' al potere imprenditoriale di scelta e installazione della strumentazione da adottare, finalità e origine della regola si collocano entro l'ambito della disciplina dei poteri datoriali.

Le problematiche emergenti dalla proposta di regolamento suggeriscono tuttavia di tenere in considerazione un aspetto. Un'azione normativa di regolazione che intervenga a tutela dei lavoratori esclusivamente o prevalentemente sul fronte delle scelte degli imprenditori in merito alla tecnologia utilizzabile – introducendo prerequisiti tecnici, obblighi di trasparenza preventivi, modelli organizzativi, ... – costituirà un debole argine contro la potenziale lesività delle tecnologie di IA, perché l'evoluzione tecnologica esponenziale tipica della digitalizzazione offrirà sempre un vantaggio agli imprenditori in termini di conoscenza, capacità di cambiamento e adattamento. Maggiore stabilità ed efficacia protettiva può invece derivare da interventi sulle regole per l'esercizio dei poteri datoriali che tengano conto dell'incidenza delle tecnologie sui rapporti tra le due controparti. È infatti possibile che l'operatività dei consueti limiti agli atti di gestione del rapporto di lavoro sia ostacolata dalle modalità con cui il potere datoriale si atteggia quando viene espresso attraverso macchine digitali interconnesse, in parte indipendenti rispetto all'intervento umano, che all'apparenza attenuano la struttura gerarchica dell'organizzazione d'impresa. Le diverse traiettorie lungo cui si manifestano le funzioni strategiche aziendali compongono in

⁵⁰ NUZZO, *La protezione del lavoratore dai controlli impersonali*, Editoriale scientifica, 2018, p. 139 ss.

realtà nuove forme di dipendenza del lavoratore dalla struttura dell'impresa⁵¹ che richiedono la costruzione di tecniche di tutela su misura.

⁵¹ BARBERA, *Statuto, contesti organizzativi, e lavoratori cinquant'anni dopo*, in *RGL*, 2020, p. 53 ss.; NOVELLA, *Poteri del datore di lavoro nell'impresa digitale: fenomenologia e limiti*, in *LD*, 2021, p. 464 ss.; TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, 2020, in part. p. 193 ss.

Abstract

Il contributo prende in esame gli obblighi informativi cui è tenuto il datore di lavoro secondo quanto previsto nel d.lgs. n. 104/2022, qualora ricorra a sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati per la gestione del lavoro. Sebbene siano stati inseriti nel corpus del d.lgs. n. 152/1997, si riscontrano differenze significative tra gli obblighi informativi concernenti le informazioni sul rapporto di lavoro, e i nuovi obblighi riferiti alle caratteristiche di alcune tipologie di strumenti informatici per l'organizzazione del lavoro. Secondo l'A., l'informazione in merito ai sistemi che assistono l'imprenditore nell'organizzazione non è in grado di produrre un vantaggio immediato nei confronti del lavoratore; può tuttavia essere un utile parametro per le valutazioni concernenti l'adeguatezza dell'organizzazione di impresa ai sensi dell'art. 2086 c.c. riformato. Anche la proposta di regolamento sull'IA interviene con nuove regole nell'ambito delle scelte organizzative dei datori richiedendo il rispetto di requisiti di validazione preventiva degli strumenti dotati di IA, senza tuttavia interferire con l'area di operatività dei limiti e delle regole per l'esercizio dei poteri datoriali.

This contribution examines the information obligations to which the employer is subject under the provisions of the Legislative Decree No. 104/2022, when he uses automated decision-making or monitoring systems for work management. Although they were included in the corpus of Legislative Decree No. 152/1997, there are significant differences between the obligations concerning information on the employment relationship, and the new obligations referring to the use of IT tools. According to the A., information on the systems that assist the entrepreneur in the organisation do not provide an immediate advantage for the worker; however, it can be a useful parameter for evaluations concerning the adequacy of the business organisation under the renewed Article 2086 of the Civil Code. The proposed regulation on AI also intervenes with new rules in the sphere of employers' choices by imposing prior validation requirements on AI instruments, without interfering with the area of application of the limits and rules for the exercise of employers' powers.

Keywords

Obblighi di informazione, intelligenza artificiale, poteri datoriali, organizzazione d'impresa.

Obligation to provide information, artificial intelligence, employer's power, business organization.

Jacobo Sanchez Codoni, Matteo Vricella

Sull'appalto di manodopera "4.0": proprietà dei mezzi di produzione, titolarità del rapporto di lavoro e tutela dei lavoratori

Sommario: **1.** Dalla proprietà dei mezzi alla mera organizzazione del lavoro: l'esponenziale diffusione degli appalti di manodopera nel sistema introdotto dall'art. 29 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. **2.** Appalti labour intensive, strumenti digitali ed ingerenza nel potere organizzativo e direttivo dell'appaltatore da parte del committente. **3.** Gli appalti nel settore della logistica. **4.** Due casi concreti di appalti "non genuini" gestiti da software di proprietà della committente. **5.** Conclusioni: argomenti a sostegno di un ripensamento dell'art. 29 d.lgs. 276/03.

1. *Dalla proprietà dei mezzi alla mera organizzazione del lavoro: l'esponenziale diffusione degli appalti di manodopera nel sistema introdotto dall'art. 29 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*

La tendenza alla dissociazione tra proprietà dei mezzi di produzione e titolarità del rapporto di lavoro ha avuto, negli ultimi anni, un incremento esponenziale, a causa del sempre più diffuso utilizzo dei contratti di appalto di manodopera c.d. endoaziendali. Recenti gravissimi fatti di cronaca¹ hanno

¹ Tra le più eclatanti vicende di cronaca degli ultimi anni, si ricordano: le vicissitudini del consorzio operante all'interno della multinazionale Leroy Merlin (https://www.corriere.it/cronache/19_dicembre_17/sequestrati-120-immobili-imprenditore-titolare-premium-net-8ea68fae-208a-11ea-ad99_8e4d121df86f.shtml); il commissariamento della Ceva Logistics, colosso internazionale della logistica, che presta servizi a note multinazionali quali Leroy Merlin e/o di grossi magazzini, quali la Città del Libro di Pavia (<https://www.ilfattoquotidiano.it/2019/05/15/ceva-italia-commissariato-il-gigante-della-logistica-sfruttamento-e-caporalato/5181160/>); il sequestro di 20 milioni di euro alla multinazionale DHL per presunte frodi fiscali, https://milano.repubblica.it/cronaca/2021/06/17/news/sequestro_dhl_cooperative_convalida_20_milioni-306513263/); il sequestro di 24 milioni di euro disposto nei confronti di BRT

posto in luce come il fenomeno degli appalti *labour intensive* e delle esternalizzazioni “al ribasso”, con conseguente *dumping* contrattuale, sia oggetto di una vera e propria emergenza sociale, economica e democratica. Numerose – e sempre crescenti – sono infatti le criticità in cui si vedono coinvolti i lavoratori subordinati impiegati nell’ambito di tale schema negoziale. È scopo del presente studio approfondire alcuni degli aspetti salienti della tematica in oggetto, anche alla luce delle innovazioni tecnologiche introdotte nei processi produttivi negli ultimi due decenni, prestando particolare attenzione al settore della logistica, ovvero quello nel quale le sopradescritte problematiche hanno ormai raggiunto livelli di assoluta criticità.

L’analisi deve prendere le mosse dal dato normativo e dalle modifiche che si sono susseguite nel corso degli ultimi decenni. Nel sistema vigente anteriormente alla novella del 2003, l’art. 1, co. 1, della l. 23 ottobre 1960 n. 1369, vietava infatti all’imprenditore “di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l’esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall’appaltatore o dall’intermediario, qualunque sia la natura dell’opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono”. Il successivo comma 3 della medesima disposizione introduceva poi una presunzione di illiceità dell’appalto² in tutti i casi in cui “l’appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall’appaltante, quand’anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all’appaltante”.

(<https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/01/27/sequestro-milionario-alla-brt-altri-24-milioni-di-euro-congelati-al-colosso-della-logistica/6952361/>), con relative iscrizioni nel registro degli indagati in relazione ai reati di frode fiscale e caporalato.

² Cfr. sul punto Cass. 13 luglio 1998 n. 6860, in *RIDL*, 1999, II, p. 259, con nota di DE MARGHERITI, *Indici rivelatori della violazione del divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro*, la quale S. C. evidenzia come “l’art. 1, terzo comma, pone, quale presunzione assoluta del carattere fittizio dell’appalto per l’esecuzione di opere o servizi, la circostanza che l’appaltatore impieghi capitale, macchine ed attrezzature fornite dall’appaltante, quand’anche per il loro uso venga a questo corrisposto un compenso; sicché, preliminare e, in caso positivo, preclusivo di ogni successiva indagine, si appalesa tale accertamento, la cui valenza dirimente concerne unicamente la ricorrenza di detto elemento”. L’A. in nota sottolinea poi che “la formulazione ampia ed indeterminata della norma consente di colpire qualsiasi tipo di contratto innominato, la cui illiceità venga mascherata con il ricorso a contratti tipici: essa mostra, laddove vieta qualsiasi forma di pseudo-appalto, un’assoluta indifferenza legislativa per il tipo utilizzato”; v. altresì Cass. 21 maggio 1998, n. 5087, *ivi*, 252, con nota di CARINCI M.T., *La distinzione fra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando non richiedono una rilevante strumentazione materiale*. In dottrina v., ancora, DE MARCHIS, *L’appalto di manodopera, il distacco e il lavoro interinale*, in *RGL*, 1993, II, p. 258.

Il suddetto divieto ha subito una prima deroga ad opera dalla l. 24 giugno 1997 n. 196, il cui art. 1 introduceva il "contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo", stabilendone le relative condizioni di liceità ed identificando, all'art. 2, gli specifici soggetti, debitamente autorizzati dal Ministero del Lavoro, abilitati ad esercitare l'attività di fornitura di lavoro a termine³.

La proliferazione dei c.d. appalti di manodopera si ebbe tuttavia soltanto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 276/2003 ed in particolare dell'art. 29. Pur mantenendo ben separate le figure dell'appalto di manodopera e della somministrazione di lavoro, con una distinzione fondata sulla ripartizione dei poteri datoriali con l'utilizzatore presente in quest'ultima fattispecie e non nell'appalto⁴, il legislatore del 2003, disponendo l'abrogazione sia degli artt. 1-11 della l. 196/97, che della l. 1369/1960, ha infatti eliminato *in toto* la presunzione di illiceità degli appalti di cui all'art. 1, co. 3, citato. L'art. 29, d.lgs. 276/2003, pone in essere una diretta comparazione dei due contratti – l'appalto e la somministrazione di manodopera –, specificando che il primo si distingue dalla seconda per l'"organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, la quale può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori

³ Sul punto cfr. DE ANGELIS, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del lavoro interinale. Le c.d. norme sanzionatorie*, in *FI*, 1997, 5, c. 302; LISO, *Collocamento e agenzie private*, in *DLRI*, 2002, p. 591 ss.; MISCIONE, *Il lavoro interinale fra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, in *DPL*, 1997, p. 2072; più recentemente LOREA, *Sulla distinzione tra appalto di manodopera c.d. labour intensive e somministrazione di lavoro: un confine che diventa più sottile nell'impresa tecnologicamente organizzata*, nota a Trib. Padova 16 luglio 2019, in *ADL*, 2020, p. 226, la quale, richiamando autorevole dottrina, evidenzia come «l'illecita fornitura di lavoro temporaneo continuava a configurarsi come interposizione vietata dalla l. n. 1369 per il semplice motivo che l'autorizzazione a fornire lavoratori costituiva una deroga al divieto medesimo e non la sua implicita abrogazione». Su quest'ultimo punto v. CARINCI M.T., *L'interposizione e il lavoro interinale*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, 2002, p. 21; LECCESE, PINTO, *Il lavoro interinale in Italia*, in *LI*, 1997, p. 13; DE MARINIS, *Il lavoro temporaneo: aspetti funzionali e patologici della fattispecie negoziale*, in *DL*, 1998, I, p. 85.

⁴ 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. 101 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, I, pp. 167-188; MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 91 ss.

utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa"⁵.

Come avremo modo di vedere nel prosieguo della trattazione, l'abrogazione della presunzione assoluta di intermediazione illecita di manodopera di cui all'art. 1, co. 3, l. 1369/1960 pare aver favorito la proliferazione di una moltitudine di società appaltatrici che condividono la sostanziale assenza di proprietà di alcun mezzo e/o attrezzatura utile al conseguimento dell'attività d'impresa. Tale diffusione, a sua volta, ha condotto all'esponentiale e incontrollata diffusione del contratto di appalto di mere prestazioni di lavoro quale meccanismo assolutamente prevalente, ormai *endemico*, di esternalizzazione di sempre più ampie porzioni delle attività produttive, in maniera trasversale in tutti i settori merceologici⁶.

Tale meccanismo di *outsourcing* viene posto in essere da società, sovente multinazionali, che si collocano a capo della filiera, le quali in tal modo ottengono il duplice obiettivo di abbattere il costo del lavoro e ridurre il rischio d'impresa. Accade, dunque, che aziende patrimonialmente solide appaltino tutto o parte del proprio *core business* a società, solitamente di natura cooperativa, prive di alcun patrimonio, le quali a loro volta si avvalgono della struttura produttiva della stessa committente per realizzare le attività oggetto dell'appalto. Nei casi, sempre più frequenti, in cui i dipendenti dell'appaltatrice – o, più spesso, della subappaltatrice o della sub-subappaltatrice – non vengono correttamente retribuiti dalla propria formale datrice di lavoro, i suddetti, stante l'incapienza patrimoniale di quest'ultima, si trovano costretti ad agire in giudizio invocando la responsabilità solidale di cui all'art. 29 d.lgs.

⁵ Tale distinzione è stata poi specificata ad opera della giurisprudenza, che ha elaborato una serie di c.d. "indici sintomatici" di un appalto *genuino*, in assenza dei quali si configura una somministrazione di manodopera irregolare, e consistenti nell'effettivo esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte dell'appaltatore, nell'impiego dei capitali, macchine e attrezzature o possesso di un adeguato *know-how*, nello svolgimento di prestazioni tipiche dell'appaltatore rispondenti al contenuto dell'appalto e nel fatto che il corrispettivo pattuito per l'opera o il servizio sia finalizzato ad un concreto risultato. Cfr., *ex plurimis* Cass. 3 giugno 2014 n. 12357; Cass. 7 febbraio 2017 n. 3178; Cass. 27 marzo 2017, n.7796; in dottrina v. DEL PUNTA, *Le molte vie del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, p. 129 ss.; CORDELLA, *Appalti: nozione lavoristica e crediti retributivi dei lavoratori*, in *DLRI*, 2016, p. 521 ss.; ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in TIRABOSCHI, REGGIANI GELMINI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Collana Adapt, 2006, p. 12.

⁶ Sebbene, come si è anticipato, le maggiori criticità di tale sistema siano emerse in ambito logistico, come recenti fatti di cronaca paiono dimostrare (cfr. nota 1).

276/2003 in capo alla committente – o, più spesso, in caso di c.d. “catene di appalto”, alle diverse committenti –, di rado riuscendo a trovare integrale soddisfazione dei propri crediti retributivi e contributivi, per differenti ragioni. Vi sono infatti plurime situazioni nelle quali il lavoratore “in appalto” risulta, nei fatti, privo di tutela effettiva. Ciò accade in ragione del fatto che la responsabilità solidale *ex art. 29 cit.* copre soltanto i crediti di natura prettamente retributiva e contributiva, sicché la committente non è mai chiamata a rispondere di una cospicua serie di inadempimenti posti in essere dalle società appaltatrici. Conseguentemente, poiché, come visto, le suddette appaltatrici sono, nella maggior parte dei casi, società cooperative costituite *ad hoc*, prive di patrimonio e destinate a cessare la propria attività nell’arco di uno/due anni, per poi essere sostituite nell’appalto da altra società, i lavoratori ivi impiegati finiscono di essere privi di tutela in numerosissime situazioni. A titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività, si pensi: all’illegittima riduzione del monte-ore contrattuale da parte dall’appaltatore, la quale violazione, per interpretazione giurisprudenziale prevalente, non rientra nei “trattamenti retributivi” *ex art. 29⁷*; all’indennità sostitutiva delle ferie non godute, alla quale la giurisprudenza attribuisce natura risarcitoria e non retributiva⁸; all’illegittima omessa trasformazione dei rapporti da tempo parziale a pieno, in violazione dei diritti di precedenza stabiliti dalle norme di legge e contrattualcollettive⁹; all’inattuabilità materiale del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro a seguito di provvedimento giudiziale, nei casi in cui, nelle more del Giudizio, l’appalto sia stato affidato a società diversa dall’originaria appaltatrice che ha intimato i licenziamenti; analogamente, all’ineseguibilità dell’accertato diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato nei casi di nullità del termine apposto al contratto di lavoro; ai licenziamenti per superamento del periodo di comporta, nei quali la malattia risulti avere origine in violazioni di norme sulla sicurezza poste in essere, nel corso degli anni, da una pluralità di appaltatori¹⁰, laddove l’accertamento delle specifiche quote di responsabilità in capo ai singoli da-

⁷ Cfr., da ultimo, Cass. 6 novembre 2019 n. 28517, in *DeJure*.

⁸ Cass. 19 maggio 2016, n. 10354; Cass. 7 dicembre 2018 n. 31768 e Cass. 6 novembre 2019 n. 28517, tutte reperibili in *DeJure*.

⁹ Cfr. art. 8, d.lgs. 81/2015 e art. 56 ccnl trasporto merci logistica.

¹⁰ Trattasi di violazioni dalle quali discende il diritto del lavoratore al ripristino del rapporto, nel caso in cui emergesse in Giudizio l’origine professionale della malattia e la violazione da parte datoriale dell’art. 2087 cod. civ.

tori di lavoro costituisce *probatio diabolica* e raramente approda a sentenze favorevoli per il lavoratore, il quale, di tal guisa, non solo si trova privato del posto di lavoro, ma altresì della capacità lavorativa. Si consideri, peraltro, che il sistema descritto non è foriero di pregiudizi soltanto per i lavoratori ivi coinvolti, ma altresì per la fiscalità pubblica¹¹, oltre ad essere particolarmente attrattivo nei confronti della criminalità organizzata¹².

2. *Appalti labour intensive, strumenti digitali ed ingerenza nel potere organizzativo e direttivo dell'appaltatore da parte del committente*

I c.d. appalti *labour-intensive* o “dematerializzati” sono quelli caratterizzati da una forte intensità di lavoro e da uno scarso utilizzo di mezzi materiali¹³. In riferimento a tali tipologie di contratti, per orientamento costante della giurisprudenza¹⁴, l'indagine sulla genuinità dell'appalto deve concentrare l'attenzione sull'organizzazione impiegata dall'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto e sull'effettivo esercizio dei poteri datoriali¹⁵. Affinché possa con-

¹¹ Accade infatti che, specialmente nei casi in cui il lavoratore, per varie ragioni, non riesca ad avvalersi del meccanismo di responsabilità solidale di cui all'art. 29 d.lgs. 276/03 sia il Fondo di Garanzia dell'INPS ad erogare al lavoratore le ultime tre mensilità di retribuzione ed il TFR. Ulteriore prassi, emersa da recenti fatti di cronaca, è quella della costituzione di 'finte' cooperative finalizzate alla creazione di “meri serbatoi di manodopera”, ossia lavoratori a cui le società intermediarie, tra l'altro, non versano in gran parte i contributi. Le appaltatrici, inoltre, emettono fatture false per operazioni giuridicamente inesistenti in favore della committente, simulando contratti di appalto per dissimulare mere forniture di manodopera, con conseguente abbattimento dell'imponibile e dell'IVA in capo all'appaltante.

¹² Osserva PANICI, *Il licenziamento del fittizio datore di lavoro torna ad essere «giuridicamente inesistente», ed il contrasto dell'interposizione e/o appalto illecito e somministrazione irregolare più agevole*, reperibile al link <https://www.giuristidemocratici.it/Lavoro/post/20200822212407> che “attraverso gli appalti le organizzazioni criminali si infiltrano nell'economia, inquinandola con i massicci capitali provenienti da traffico di droga ed estorsioni (e contro di loro non c'è partita per gli imprenditori che operano nella legalità, nella acquisizione degli appalti: i criminali dispongono di enormi capitali che “ripuliscono” con gli appalti al massimo ribasso); dilaga anche la corruzione, alimentata dalla parte peggiore della classe politica e imprenditoriale del Paese”.

¹³ TALARICO, *Nuove tecnologie e contratto appalto*, in *RGL*, 2020, 1, p. 124 ss.

¹⁴ Cass. 14 agosto 2019 n.21413, in *DeJure*; Cass. 27 novembre 2018 n. 30694, *ivi*; Cass. 13 settembre 1997 n. 9144, in *DPL*, 1998, 7, p. 449 ss.

¹⁵ ALVINO, *La tutela del lavoro nell'appalto*, in AMOROSO et al., *Diritto del lavoro*, vol. I, ed.V, Giuffrè, 2017, p. 1740 ss.; CORAZZA, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2014, p. 1672 ss.

figurarsi un genuino appalto di opere o servizi ai sensi dell'art. 29, co. 1, d.lgs. 276/2003, è dunque necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera, che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente¹⁶.

Nel vigore del d.lgs. 276/2003, come visto *supra*, la titolarità in capo al committente dei beni strumentali non è necessariamente sintomatica di un'interposizione illecita di manodopera¹⁷, ben potendo l'organizzazione dell'appaltatore risolversi nell'esercizio del potere direttivo sui propri dipendenti. In tali casi, tuttavia, l'assenza di una struttura produttiva in capo all'appaltatore deve potersi giustificare in relazione alle «esigenza dell'opera o del servizio» oggetto di esternalizzazione¹⁸. Pertanto, nelle ipotesi in cui l'apporto dell'appaltatore consiste prevalentemente in prestazioni di natura immateriale, la natura imprenditoriale dell'attività appaltata può desumersi anche soltanto dall'effettivo esercizio del potere direttivo e di controllo da parte dell'appaltatore¹⁹. L'indagine giudiziale dovrà essere in concreto effettuata e calibrata prestando particolare attenzione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dunque alla tipologia di attività oggetto dell'ap-

¹⁶ Cass. 25 giugno 2020 n. 12551, in *Mass. GC*, 2020; Cass. 26 ottobre 2018 n. 27213, in *DeJure*.

¹⁷ Sebbene possa costituire uno dei c.d. indici sintomatici, di elaborazione giurisprudenziale, della non genuinità, come visto al paragrafo precedente.

¹⁸ GAROFALO D., *Il perdurante divieto di interposizione*, in ID. (a cura di), *Appalti e lavoro*, Giappichelli, 2017, II, pp. 9-10, che parla di un "principio di relatività" insito nell'art. 29, co. 1, d.lgs. 276/03; DEL PUNTA, *Le molte vie del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, p. 145; CHIECO, *I tratti salienti della somministrazione di lavoro, del distacco e dell'appalto labour intensive*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 531; DE MICHIEL, *Appalti nella logistica: poteri datoriali e interposizione alla prova della tecnologia*, in *DRI*, 2019, p. 1202 ss.

¹⁹ DEL PUNTA, *Commento all'art. 1, c. 2, lett. m, n, o*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 253; CARINCI M.T., *La distinzione fra interposizione, cit.*, p. 254; più recentemente v. LOREA, *Sulla distinzione tra appalto di manodopera c.d. labour intensive e somministrazione di lavoro: un confine che diventa più sottile nell'impresa tecnologicamente organizzata*, nota a Trib. Padova 16 luglio 2019, in *ADL*, 2020, n. 1, p. 216 ss.

palto²⁰. Conseguentemente, «mentre in appalti che richiedono l'impiego di importanti mezzi o materiali c.d. 'pesanti', il requisito dell'autonomia organizzativa deve essere calibrato, se non nella titolarità, quanto meno sull'organizzazione di questi mezzi, negli appalti c.d. 'leggeri' in cui l'attività si risolve prevalentemente o quasi esclusivamente nel lavoro, è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista una effettiva gestione dei propri dipendenti»²¹.

Il criterio relativo all'effettivo esercizio dei poteri direttivo ed organizzativo può peraltro porre problemi negli appalti *labour intensive* nei quali non soltanto non è richiesto un uso rilevante di beni materiali, ma neppure è necessario un costante esercizio di tali poteri, in considerazione della natura elementare e ripetitiva delle attività esercitate²², come tipicamente avviene in relazione alle attività di movimentazione merci in ambito logistico. La prassi, peraltro, insegna che sovente il risultato "autonomo" perseguito dall'appaltatore, di cui parla l'art. 29 d.lgs. 276/2003, è inscindibilmente legato al risultato proprio del committente, se non addirittura identico a quest'ultimo.

Negli anni più recenti, una serie di innovazioni tecnologiche, tra cui l'automatizzazione delle procedure aziendali e la spersonalizzazione del potere direttivo ed organizzativo – sempre più spesso in concreto esercitato da *software* di proprietà della committente – ha condotto a consistenti mutamenti nell'organizzazione del lavoro "in appalto". Tali innovazioni, come vedremo a breve, possono avere consistenti riflessi in relazione all'imputazione della titolarità del rapporto di lavoro. L'effettiva "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore", pertanto, è circostanza sempre più difficilmente riscontrabile, stante l'ampia diffusione di integrazioni tecnologiche ad opera di sistemi informatici nella disponibilità esclusiva del committente, i quali "dialogano" in maniera sistematica ed automatica con i dipendenti dell'appaltatore. Conseguentemente, il reale "assoggettamento al potere organizzativo e direttivo" dell'appaltatore è circostanza ancor più rara, ciò in quanto l'organizzazione dell'attività data in appalto risulta difficilmente resa in regime di autonomia, dipendendo e/o derivando dagli schemi ge-

²⁰ GAROFALO D., *Il perdurante divieto di interposizione*, in ID. (a cura), *Appalti e lavoro*, vol. II, Giappichelli, 2017, p. 9 ss.

²¹ Così Cass., 14 agosto 2019, n. 21413, cit. da LOREA, *op. cit.*, 216 ss.

²² COSTANTINO, *Appalti labour intensive fittizi e irregolari: spunti di riflessione*, in LG., 2017, 6, p. 549 ss.; ALVINO, *Profili problematici della distinzione tra appalto e somministrazione nella recente giurisprudenza*, in LG., 2011, p. 21.

stionali propri del committente, il quale organizza di fatto l'attività complessiva, compresa quella appaltata, attraverso i propri dispositivi tecnologici. D'altra parte, sotto il profilo direttivo, l'ingerenza sistematica dei dispositivi tecnologici nel *modus operandi* dell'attività appaltata assume un valore senz'altro rilevante, essendo l'attività dell'appaltatore è sottomessa ai *diktat* della società committente, senza alcuna discrezionalità in capo al secondo. Residua dunque in capo all'appaltatore, in tali situazioni, un potere organizzativo limitato – ed anzi quasi simbolico – consistente nell'organizzazione dei turni, nell'assegnazione dei lavoratori ai suddetti, nella gestione delle assenze/ferie nel pagamento della retribuzione: attività, queste, che rischiano di sconfinare nella "mera gestione amministrativa del rapporto", ovvero quel limite, individuato dalla giurisprudenza, al fine di identificare l'appalto non genuino²³, con conseguente imputazione del rapporto di lavoro in capo al committente.

Anche alla luce delle distorsioni e dei "vuoti di tutela" di cui si è detto nel paragrafo introduttivo, appare oggi quantomai opportuna una riflessione in ordine all'effettiva titolarità del potere organizzativo negli appalti caratterizzati dall'utilizzo delle nuove tecnologie²⁴, prestando particolare attenzione, anche in virtù di due recenti pronunce di cui si dirà nel par. 4, all'ipotesi in cui le direttive di lavoro siano fornite ai dipendenti dell'appaltatrice mediante sofisticati *software* di proprietà della committente, e dunque "rimettendo alle

²³ Cfr. Cass. 26 ottobre 2018 n. 27213, in *Mass. GC*, 2018, secondo cui: "il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro in riferimento agli appalti 'endoaziendali', caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, operi tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo"; conformi Cass. 9 marzo 2009 n. 5648; Cass. 30 agosto 2007 n. 18281; Cass. 5 ottobre 2002 n. 14302, tutte in *Defure*.

²⁴ MEIFFRET, *Il concetto di subordinazione deve essere adeguato alle nuove tecnologie*, in *Ilgiuslavorista.it*, 28.10.2019; in tema di rapporti tra automazione e rapporto di lavoro si vedano TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, p. 3 ss.; MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *ADL*, 2018, p. 1414 ss.; la tematica dei rapporti tra innovazione tecnologica e subordinazione era già stata sollevata in tempi risalenti da ICHINO, *Incidenza dell'innovazione tecnologica sulla struttura del rapporto di lavoro subordinato e sui relativi criteri di distinzione dal lavoro autonomo*, in *RGL*, 1985, I, p. 200 ss.

macchine di guidare il processo produttivo”²⁵. Si è al riguardo infatti osservato come l’utilizzo di moderni strumenti tecnologici capaci di organizzare, e spesso controllare, l’attività organizzativa dei dipendenti dell’appaltatrice, comprima in maniera consistente l’esercizio del potere organizzativo in capo a quest’ultima, il che vale a maggior ragione negli appalti c.d. *labour intensive* nei quali venga utilizzata manodopera poco qualificata²⁶.

3. *Gli appalti nel settore della logistica*

Prima di procedere nell’analisi dei requisiti di legittimità degli appalti in cui le direttive di lavoro provengono da *software* di proprietà della committente, appare opportuno far luce su alcuni aspetti organizzativi e operativi concretamente diffusi nella prassi del settore più esposto alle criticità di cui si è detto, ovvero quello della logistica²⁷. Il modello è uniforme: l’azienda committente detiene il magazzino, la proprietà delle attrezzature fisse (*sorter*), il *software* che gestisce i flussi in entrata ed in uscita e i mezzi meccanici utili allo scarico, movimentazione, stoccaggio e carico delle merci. La porzione dell’attività appaltata comprende, dunque, sia le operazioni di carico e movimentazione e stoccaggio all’interno del magazzino che quelle, successive, di spedizione e consegna: in ambo i casi, una serie di poteri organizzativi – tra cui assegnazione dei ruoli, organizzazione dei turni, gestione delle ferie e sostituzione del personale – rimangono in capo all’appaltatore, che esercita anche il potere disciplinare. In tale settore, dunque, i *software* gestionali assumono, unitamente ai mezzi necessari a tale attività²⁸ un valore assolutamente prevalente nella realizzazione dello scopo imprenditoriale in quanto, senza tale apporto, l’attività stessa risulterebbe d’impossibile realizzazione.

²⁵ MAZZOTTA, *sub art. 2127 c.c., Divieto di interposizione nel lavoro a cottimo*, in CAGNASSO, VALLEBONA (a cura di), *Dell’impresa e del lavoro*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, p. 265 ss.

²⁶ DE MICHIEL, *op. cit.*, p. 1202 ss.

²⁷ In tema di effetti dell’innovazione tecnologica nel settore della logistica si vedano BONARDI, *Tra governance delle global value chains e frammentazione del tessuto produttivo nazionale: quale regolazione per il lavoro nel settore della logistica?*, in QRGL, 2018, p. 33 ss.; GRAGNOLI, *I contratti di appalto e le società cooperative di produzione e lavoro nel settore della logistica*, *ivi*, p. 69 ss.

²⁸ Tra cui gli stessi magazzini, attrezzature fisse quali i c.d. *sorter* (sistemi automatizzati di smistamento/classificatori) e attrezzature mobili quali palmari, lettori ottici, muletto vari.

Simili modelli organizzativi appaiono *prima facie* violare il disposto dell'art. 29, co. 1, d. lgs. 276/2003, realizzando dunque un'ipotesi di mera intermediazione – illecita – di manodopera, per i seguenti motivi. *In primis*, perché l'apporto tecnologico da parte del committente appare, non solo (quantitativamente e qualitativamente) di primaria rilevanza, ma altresì essenziale al buon esito delle attività appaltate, le quali non potrebbero proficuamente effettuarsi in assenza di tale apporto tecnologico, se non con tempi e modi tali da rendere l'appalto antieconomico. Si consideri infatti che è il *software* gestionale, di proprietà del committente, a regolamentare il flusso delle merci, organizzando minuziosamente il transito di ogni singolo collo da movimentare e assegnando dunque al singolo lavoratore precise direttive operative, quali l'ubicazione della merce da stoccare/prelevare e l'ubicazione e la quantità di merce da approntare per la spedizione. Tali direttive vengono estrinsecate attraverso altri dispositivi elettronici, sempre di proprietà del committente, i c.d. *palmary*: dispositivi elettronici *terminali* collegati al *software* gestionale e in costante interfaccia con questi, che vengono assegnati al dipendente dell'appaltatore, attraverso i quali vengono recapitate le direttive operative emanate dal *software*. Appare dunque evidente come, in una tale ipotesi, il dipendente dell'appaltatore riceva in modo sistematico direttive operative direttamente dal committente, attraverso i suoi dispositivi digitali. D'altra parte, l'apporto dell'appaltatore in tale regolamentazione dei flussi da movimentare appare del tutto simbolico, se non addirittura inesistente: nessuna "voce in capitolo" ha sul punto l'appaltatore, il quale non ha alcun margine di discrezionalità per potersi "intromettere" nelle operazioni disciplinate dal *software*.

Quanto sopra appare, pertanto, incompatibile con la necessaria autonomia dell'appaltatore nel conseguimento del "risultato produttivo autonomo" insito negli appalti genuini. Del resto, l'art. 29, co. 1, d. lgs. 276/2003 sancisce che, affinché un appalto possa dirsi genuino, dovrà rimanere in capo all'appaltatore non solo il potere organizzativo, ma pure il potere direttivo²⁹. Nelle attività oggetto della presente trattazione appare dunque disatteso il tenore

²⁹ Si veda, ancora, Cass. 25 giugno 2020 n. 12551, cit.: nella specie, nell'ambito di un appalto di servizi affidato da un istituto di credito a un'impresa di facchinaggio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito per aver ritenuto lecito l'appalto, nonostante il fatto che le indicazioni ai lavoratori sui compiti da svolgere in concreto fossero fornite dalla committente, che parte dei beni utilizzati per il lavoro fossero della banca e che l'appaltatore non avesse, presso la sede della committente, alcun referente organizzativo.

del citato art. 29, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità; ciò in quanto, da un lato, il potere organizzativo in capo all'appaltatore appare severamente ridimensionato, dall'altro il potere direttivo risulta circoscritto alle sole direttive necessarie al consolidamento di tale "depotenziato" potere organizzativo, il quale appare limitato con riferimento all'organizzazione *dei lavoratori* (assegnazione ruoli, gestione delle assenze, potere disciplinare) e del tutto svuotato in relazione all'organizzazione *del lavoro* (invero, svolta dal committente), intesa quale effettiva organizzazione delle attività necessarie al raggiungimento dell'oggetto dell'appalto. Anche lo stesso potere direttivo dell'appaltatore, come si è avuto modo di sottolineare *supra*, risulta inesistente in relazione al *modus* di svolgimento *del lavoro*, rimanendo in capo a tale soggetto i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto³⁰. È chiaro infatti che se l'organizzazione datoriale si limita a quei profili di natura gestionale-amministrativa, non vi è sostanziale autonomia di impresa, perché di fatto il formale datore agisce come agirebbe un'agenzia di somministrazione, senza tuttavia esserlo.

Lo sviluppo tecnologico rende dunque obsoleti – in tale settore e non solo – i "classici" paradigmi relativi alla proprietà dei mezzi ed alla disponibilità o meno degli stessi, venendo dunque in considerazione ulteriori aspetti, quali il grado di penetrazione di tali programmi/*software*, attraverso i dispositivi informatici, nella sfera organizzativa e direttiva del rapporto di lavoro. Un "comando" inviato dal *software* – consistente, normalmente, in un'informazione circa il luogo di ubicazione di un prodotto, la quantità di prodotti da prelevare ed il luogo di destinazione all'interno del magazzino –, estrinsecato attraverso un dispositivo elettronico in dotazione al lavoratore (dispositivi *terminali* o *palmasi*) che impone al lavoratore di effettuare una certa attività, delineando modi concreti di esercizio della stessa, cioè indicando al lavoratore dove si deve recare e cosa deve fare, infatti, altro non è che una vera e propria direttiva operativa. Dal momento in cui il lavoratore è obbligato a rispettare tale direttiva vincolante, colui il quale emana tale direttiva dovrebbe infatti, a rigor di logica, considerarsi come il reale datore di lavoro 4.0³¹. Ciò anche in considerazione del fatto che, in ragione della "millime-

³⁰ Cass. 26 agosto 2021 n.23511, in *DeJure*; Cass. 27 gennaio 2021 n.1754, *ivi*; Cass. 26 giugno 2020 n.12807, in *Mass. GC* 2020; Cass. 26 ottobre 2018 n. 27213, in *Mass.GC* 2018; Cass. 24 novembre 2015 n.23962, in *D&G* 2015, 25 novembre, con nota di LEVERONE.

³¹ Cfr. FIORILLO, *Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT.*, 2018, n. 368, p. 2 ss., il quale evidenzia che l'"Industria

trica” organizzazione del lavoro, mediante i *software* e relativi dispositivi accessori – studiati precisamente al fine di massimizzare la produttività e raggiungere la maggior quantità possibile di merce movimentata e stoccata, nel minor tempo e con l’impiego della minor quantità di passaggi, dunque con impiego del minor personale possibile, onde ridurre gli sprechi e massimizzare il profitto – l’ambito di autonomia dell’appaltatore appare del tutto annullato, quantomeno sotto il profilo organizzativo di natura prettamente operativa. Nessuna prerogativa rimane infatti in capo allo stesso, il quale si limita a mettere i propri dipendenti “a disposizione” di una struttura predefinita e preorganizzata, e dunque non potrà che limitarsi a regolamentare gli aspetti accessori della prestazione. Dall’altro lato, è proprio l’invasività dei mezzi rimasti nella disponibilità del committente ad annullare virtualmente quel “risultato produttivo autonomo” che la giurisprudenza esige affinché l’appalto possa dirsi genuino³². Del resto, ove l’appaltatore venisse privato della “struttura” permanentemente messa a disposizione dal committente, il risultato diventerebbe, *ipso facto*, irraggiungibile: *ergo*, il risultato produttivo mai potrà dirsi “autonomo” laddove diventi irraggiungibile senza l’apporto strumentale del committente.

4. Due casi concreti di appalti “non genuini” gestiti da software di proprietà della committente

In tempi recenti, a seguito delle modifiche nell’organizzazione del lavoro di cui si è detto ai paragrafi che precedono, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di pronunciarsi sulla tematica qui oggetto di indagine. Con una sentenza che, a quanto consta, risulta senza precedenti nel panorama na-

4.0”, a differenza delle precedenti rivoluzioni industriali, non si limita a migliorare e rendere più produttive le attività umane affiancando l’uomo, ma può determinarne la sostituzione» in quanto «è arrivata a produrre sistemi cognitivi dinamici sempre più in grado di svolgere compiti e funzioni considerate proprie degli umani»; si vedano altresì LOMBARDI, MACCHI, *Il lavoro tra intelligenza umana e intelligenza artificiale*, 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. 307, e SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell’economia digitale*, Giappichelli, 2018; FAIOLI, FANTONI, MANCINI (a cura di), *Lavoro e organizzazione nella logistica 4.0, Working Papers della Fondazione Giacomo Brandolini*, Roma, 2018.

³² *Ex multis*: Cass. 13 marzo 2019 n. 7170, cit.; Cass. 9 marzo 2009 n. 5648, in *DRI*, 2009, p. 735 ss.

zionale, il Tribunale del lavoro di Padova³³, affrontando il tema dell'effettiva titolarità del rapporto di lavoro in un'organizzazione *data-driven*, è giunta ad affermare il principio secondo cui «in ipotesi di appalto endoaziendale, quando il committente detiene il governo complessivo dell'attività e dirige i lavoratori coinvolti, mentre l'appaltatore svolge un controllo residuale e un'attività 'para-disciplinare', i prestatori formalmente impiegati da quest'ultimo devono essere considerati dipendenti del committente". In tale contesto, "il ruolo di datore sostanziale può ricavarsi dall'esistenza di una 'relazione automatizzata' con i lavoratori che si esplica attraverso *software* e sistemi digitali di organizzazione del lavoro". Pertanto "deve ritenersi mera interposta in rapporti di lavoro la cooperativa che lasci il governo complessivo dell'attività aziendale e la direzione del lavoro dei singoli addetti affidati a una relazione informatizzata con l'apparente committente, tenendo per sé una funzione residuale di controllo e di intervento paradisciplinare"³⁴.

In tale fattispecie, con modalità del tutto analoghe a quelle descritte nel paragrafo che precede, la prestazione dei lavoratori adibiti all'appalto di movimentazione merci veniva analiticamente disciplinata da un *software* di riconoscimento vocale in grado di acquisire numerosi dati relativi ai dipendenti dell'appaltatore, tale da realizzare una vera e propria "relazione informatizzata" con i lavoratori, allorquando, in capo al formale datore di lavoro rimaneva una limitata funzione di controllo e di intervento paradisciplinare. L'indagine del Tribunale di Padova è stata dunque posta in essere con specifica attenzione alla ricerca del soggetto che concretamente esercita i poteri organizzativi e direttivi sui lavoratori destinati all'appalto, senza valutare la distribuzione del rischio di impresa. All'esito di tale valutazione in concreto, emergeva che le direttive di lavoro venivano impartite in via assolutamente prevalente per mezzo dei dispositivi digitali in dotazione ai lavoratori per la movimentazione e lo stoccaggio delle merci, tra cui *software* di riconoscimento vocale, *tablet* e microfono. Tali strumentazioni risultavano nella piena disponibilità della committente, la quale li utilizzava non soltanto per dirigere i lavoratori – a distanza mediante terminale mobile o tramite

³³ Trib. Padova 16 luglio 2019, cit.

³⁴ La pronuncia è stata oggetto di analisi da parte della dottrina. Cfr. in particolare DE MICHIEL, *op. cit.*, 1202 ss.; DONINI, *Chi governa le strumentazioni digitali è datore di lavoro, anche in caso di appalto*, in *GiustiziaCivile.com*, 17 febbraio 2020; LOREA, *op. cit.*, p. 226; INGRAO, *Marchandage du travail tra appalto e distacco illeciti. Quando il datore di lavoro è un software nella logistica 4.0*, in *RIDL*, 2020, II, p. 105 ss.

collegamento "in cuffia" –, indicando loro i percorsi da seguire per prelevare e posizionare la merce, ma altresì per controllare i dipendenti dell'appaltatore, all'uopo richiamando i lavoratori che non svolgevano il numero minimo di operazioni orarie richieste dal committente. In tal modo, il livello di automazione realizzato dal *software* si riverberava dunque sull'esecuzione dell'attività oggetto di esternalizzazione, la quale diviene utilmente integrabile nell'organizzazione del committente solo se adeguatamente conformata agli *standard* di efficientamento produttivo da questo imposti³⁵. La disponibilità dei flussi informativi prodotti dal *software* ed il controllo a distanza dei lavoratori che ne seguiva – peraltro illecito in quanto in violazione del Regolamento *privacy* 2016/679/UE – rendeva dunque evidente la qualità di effettivo datore di lavoro in capo al committente³⁶.

Sulla base di tali rilievi, dai quali discendeva l'esercizio del potere direttivo e di controllo dei lavoratori in capo alla committente, il Tribunale, considerato altresì che si trattava di appalto c.d. *labour intensive*, riteneva superfluo l'esame degli altri indici di non genuinità dell'appalto, giungendo così ad escludere qualsivoglia indipendenza organizzativa dell'appaltatrice ed individuando dunque nell'impresa committente l'effettivo datore di lavoro dei dipendenti della cooperativa. In definitiva, la pronuncia giunge ad affermare che i dispositivi digitali sono mezzi per l'esercizio dei poteri datoriali, pertanto chiunque li utilizzi sarà tenuto a sopportare le conseguenze giuridiche che derivano dalla direzione e dal controllo del lavoro³⁷.

Più recentemente il Tribunale di Roma, trovatosi ad affrontare una vicenda simile, seppur nell'ambito di un appalto di servizi di *call-center*, risolveva analogamente le questioni relative alla titolarità del rapporto di lavoro³⁸. In

³⁵ DE MICHIEL, *op. cit.*

³⁶ INGRAO, *op. cit.*; sul punto v. anche DE MICHIEL, *op. cit.*, che evidenzia che "Se nella versione originaria dell'art. 4, l. 300/1970, era possibile distinguere con una certa nitidezza la verifica condotta sulla prestazione da quella volta a soddisfare esigenze organizzative, produttive o comunque esterne al rapporto di lavoro, con la riformulazione della norma, operata dall'art. 23 d.lgs. 151/2015, siffatta distinzione è divenuta in qualche misura impalpabile, essendo il controllo non solo associato all'area dell'adempimento, ma direttamente incorporato nell'apparato tecnologico. La confusione che si ingenera sposta allora l'attenzione sulla questione dell'utilizzabilità dei dati acquisiti tramite i supporti tecnologici impiegati nell'organizzazione"; sul punto cfr. altresì TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in ID. (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, 2017, pp. 6-7.

³⁷ DONINI, *op. cit.*

³⁸ Trib. Roma, sez. lav., sentenza 23 febbraio 2021, causa r.g. 4710/2018. La pronuncia, a

tal caso, il contratto di appalto aveva ad oggetto una serie di servizi di assistenza telefonica, sia *inbound* che *outbound*. Tutti gli applicativi tecnologici “avanzati” utilizzati per l’esecuzione dell’appalto venivano forniti dalla committente, al fine di verificare i livelli qualitativi del servizio tramite un controllo da remoto di aspetti quali, ad esempio, il numero di chiamate gestite, i tempi di risposta e le percentuali di abbandono. Considerava inoltre il giudice come detti applicativi potessero essere utilizzati dai dipendenti dell’appaltatrice solo grazie alle credenziali di accesso e alle chiavette fornite dalla committente, senza alcun margine di autonomia riconosciuto ai lavoratori nell’uso di detti strumenti.

Pertanto, dopo aver premesso che, nel vigore del d.lgs. 276/2003, il fatto che l’appaltatore svolga le proprie attività mediante l’utilizzo di apparecchiature fornite dal committente non costituisce più presunzione di non genuinità dell’appalto, il Tribunale di Roma ha evidenziato che, nell’ambito di un appalto *labour-intensive* come il suddetto – in cui l’intero servizio è reso solo ed esclusivamente grazie ad applicativi messi a disposizione dal committente – l’organizzazione dei mezzi immateriali utilizzati per lo svolgimento del servizio appaltato, qualunque ne sia la provenienza, deve comunque far capo all’appaltatore. Al riguardo, prosegue il giudicante, i limiti posti dalla legge in materia di *privacy* – e per derivazione da altre regolamentazioni settoriali – non possono giustificare l’ingerenza della committente nella verifica di un legittimo appalto ai sensi della normativa lavoristica³⁹. In tal modo, giunge ad affermare l’importante principio secondo cui tali limitazioni non possono assumere un rilievo tale da giustificare l’interposizione di manodopera, ciò anche in quanto, «costituendo l’autonomia organizzativa nella gestione dei mezzi presupposto necessario ai fini della configurabilità di un genuino contratto di appalto, l’impossibilità di affidare in gestione detti mezzi all’appaltatore costituisce, piuttosto, un limite intrinseco alla possibilità di stipulare un contratto di appalto e non certo un argomento per giustificare l’inapplicabilità». Sulla base dei suddetti rilievi, il Tribunale giungeva dunque ad accertare il carattere non genuino dell’appalto *de quo*, sulla base del fondamentale rilievo secondo cui la committente non sia fosse «limitata alla fissazione delle modalità di gestione del rapporto con i clienti, avendo piuttosto

quanto consta inedita, è reperibile al seguente *link*: https://www.lidiaundiemi.it/sites/default/files/202104/commento%20sentenza%20Fastweb%20positiva%20Undiemi%20Cirillo_o.pdf.

³⁹ UNDIEMI, CIRILLO, *op. cit.*

imposto all'appaltatrice le concrete modalità organizzative per lo svolgimento del servizio, e che non si sia limitata alla verifica del rispetto degli standard richiesti dal contratto, avendo piuttosto diretto e controllato la prestazione lavorativa dei dipendenti di quest'ultima». Pertanto, essendo stati i dipendenti dell'appaltatrice sottoposti al potere direttivo ed organizzativo della committente, rimane del tutto irrilevante qualsiasi considerazione in ordine alle qualità imprenditoriali dell'appaltatore e al rischio economico da questi assunto⁴⁰.

Come evidenziato dai primi commentatori della pronuncia del Tribunale di Padova⁴¹ – con considerazioni che possono senz'altro estendersi alla sentenza del Tribunale di Roma – le suddette decisioni, senz'altro innovative con riferimento al tema della titolarità del rapporto nei casi in cui le direttive di lavoro vengano fornite tramite *software* della committente, appaiono conformi alla consolidata giurisprudenza di legittimità in materia di appalti smaterializzati, che considera l'esercizio da parte dell'appaltatore del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, pur in assenza di un apporto di strumentazione materiale, elemento sufficiente a renderlo legittimo, a condizione che vi sia l'assunzione, in capo all'appaltatore, del rischio di impresa, che la giurisprudenza identifica "nella possibilità di non riuscire a coprire tutti i costi (macchinari, materiali, manodopera) nell'esecuzione del contratto in relazione al corrispettivo pattuito"⁴².

È peraltro necessario considerare come, più recentemente, la Corte di Cassazione si sia pronunciata, con due sentenze gemelle⁴³, in senso opposto rispetto al Tribunale di Roma, con riferimento alla genuinità di un appalto avente ad oggetto un servizio analogo a quello oggetto della decisione capitolina, ovvero un servizio telefonico di c.d. *help-desk*. Nel caso deciso dalla Corte di Cassazione, tuttavia, il giudice territoriale aveva escluso un'ingerenza del personale dell'impresa committente nella linea gerarchico-organizzativa dell'attività svolta e, dunque, il carattere fittizio dell'appalto, anche alla luce della rilevata sua autonomia organizzativa e dell'effettività impen-

⁴⁰ Cfr. Cass. 28 marzo 2013 n. 7820, in *Mass. GC*, 2013; Cass. 6 aprile 2011 n. 7898, *Mass. GC*, 2011, p. 553

⁴¹ INGRAO, *op. cit.*

⁴² Cass. 2 luglio 2019 n. 17706, in *DeJure*; Cass. 27 novembre 2018 n. 30694, in *Mass. GC*, 2019.

⁴³ Cass. 2 novembre 2021, nn. 31127 e 31128, entrambe in *DeJure*.

ditoriale, della proprietà dei locali e di tutti i mezzi necessari allo svolgimento dell'appalto – *computer*, programmi di base e di funzionamento, apparecchi telefonici e cuffie – ed escludendo ogni decisività alla circostanza che fosse di proprietà della committente unicamente il *software* (*service center*), e cioè lo strumento attraverso il quale veniva erogato il servizio di assistenza da remoto appaltato. In altre parole, quest'ultimo strumento «era recessivo rispetto al fattore, del tutto autonomo, di organizzazione del servizio di *help desk* (gestione turni, orari, permessi e ferie degli operatori) e al relativo *know-how*, nell'ottica di una risposta immediata al cliente, della capacità di distinguere tra soluzioni pronte e altre da dirottare al gruppo degli specialisti». In sostanza, prosegue la Suprema Corte, “si trattava di uno strumento che serviva a predeterminare le modalità operative del servizio di *help desk*, in funzione di una corretta esecuzione dello stesso, servizio che però in concreto si sviluppava con caratteristiche autonome (per struttura organizzativa e mezzi) e senza ingerenza della committente, che si limitava ad un mero supporto formativo iniziale circa il *software* di base”.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte di Cassazione, seppur in fattispecie apparentemente analoghe a quelle decise dalle sentenze di merito di cui sopra, non smentiscono, anzi confermano ed integrano, le considerazioni di cui sopra, già oggetto di ulteriori pronunce di legittimità. Appare infatti ormai consolidato il principio secondo cui l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di attrezzature fornite dall'appaltante non implica l'illiceità dell'appalto ove il compimento dell'opera non richieda l'uso di attrezzature o macchinari notevoli, ma possa essere realizzato anche con l'uso di mezzi modesti, ferma restando la necessaria esistenza in capo all'appaltatrice di un'autonoma organizzazione con assunzione del relativo rischio di impresa⁴⁴. Tale criterio, come evidenzia la Corte di Cassazione “ha assunto pregnanza ancora maggiore con l'entrata in vigore del laddove la descritta presunzione della ” – concepita, come ricordato, in un'epoca non ancora pervasa dalla automazione della produzione e dalle tecnologie informatiche – è stata oggetto di abrogazione e “non è più richiesto che l'appaltatore sia titolare dei mezzi di produzione, per cui anche se impiega macchine ed attrezzature di proprietà dell'appaltante, è possibile provare altrimenti – purché vi siano apprezzabili indici di autonomia organizzativa – la genuinità dell'appalto ... così, mentre

⁴⁴ Si vedano, con riguardo alla l. n. 1369/1960, Cass. 3 luglio 2009 n. 15693, in *Mass. GC*, 2009, p. 1037 e Cass., 15 luglio 2009, n. 16488, in *Mass. GC*, 2009, p. 1102.

in appalti che richiedono l'impiego di importanti mezzi o materiali cd. pesanti, il requisito dell'autonomia organizzativa deve essere calibrato, se non sulla titolarità, quanto meno sull'organizzazione di questi mezzi, negli appalti cd. leggeri in cui l'attività si risolve prevalentemente o quasi esclusivamente nel lavoro, è sufficiente che in capo all'appaltatore sussista una effettiva gestione dei propri dipendenti"⁴⁵. D'altra parte, "una volta accertata l'estraneità dell'appaltatore all'organizzazione e direzione del prestatore di lavoro nell'esecuzione dell'appalto, rimane priva di rilievo ogni questione inerente al rischio economico e l'autonoma organizzazione del medesimo"⁴⁶.

In sostanza, anche in un contesto aziendale del tutto automatizzato, ciò che in ultima analisi rileva ai fini della distinzione tra appalto di servizi *labour-intensive* e somministrazione illecita di manodopera è la verifica dell'esercizio del potere direttivo e di controllo da parte dell'appaltatore⁴⁷.

5. *Conclusioni: argomenti a sostegno di un ripensamento dell'art. 29 d.lgs. 276/03*

Gli interventi della giurisprudenza di merito esaminati nel paragrafo che precede rappresentano un primo importante passo verso il riconoscimento, in capo ai lavoratori impiegati nei moderni appalti di manodopera "4.0", del diritto ad una tutela più incisiva, consistente nella possibilità di rivendicare un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso la committente⁴⁸, in tutti quei casi in cui vi sia dissociazione tra titolarità dei mezzi di produzione e titolarità formale del rapporto di lavoro, in violazione dei presupposti di cui all'art. 29 d.lgs. 276/2003, così come specificati dall'importante opera interpretativa della giurisprudenza. È tuttavia evidente

⁴⁵ In termini, da ultimo, Cass. 14 agosto 2019, n. 21413; Cass. 21 ottobre 2020, n. 22989, entrambe in *DeJure*; cfr. anche Cass. 27 novembre 2018, n. 30694, *ivi*, in una vicenda in cui il *software* non era lo strumento ma l'oggetto sul quale veniva svolta l'attività di manutenzione oggetto di appalto.

⁴⁶ Cass., 24 novembre 2015, n. 23962, in *D&G*, 25 novembre 2015, con nota di LEVERONE.

⁴⁷ LOREA, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁸ Il diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso la società committente, previsto dall'art. 29, co. 3 *bis*, d.lgs. 276/2003 per i casi in cui il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, rappresenta senz'altro la forma di tutela più incisiva alla quale i dipendenti dell'appaltatrice possano aspirare.

che, nei casi, come quelli decisi dalle sentenze “gemelle” della Corte di Cassazione di cui al paragrafo che precede, in cui l’esercizio effettivo dei poteri direttivo ed organizzativo sia posto in essere da parte dell’appaltatrice, una simile pregnante tutela non potrà trovare spazio alcuno. Si consideri peraltro che, al fine di ottenere il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso la committente di turno ai sensi del comma 3 *bis* dell’art. 29 cit., il lavoratore è costretto ad affrontare lunghi ed incerti procedimenti giudiziari, che raramente sfociano in sentenze di segno analogo a quelle più sopra esaminate.

È dunque – oggi più che mai – necessario ripensare l’attuale sistema di tutela dei lavoratori impiegati nelle catene di appalto, al fine di garantire loro un’adeguata protezione della stabilità dell’impiego e una retribuzione proporzionata e sufficiente *ex art.* 36 Cost. Le problematiche derivanti dall’attuale modello di appalto – le quali, come visto, riguardano in via prioritaria il settore della logistica, ma non sono certamente limitate ad esso –, non possono infatti essere comprese in via isolata rispetto a due concomitanti fattori, di cui si è dato conto nel corso della presente trattazione, consistenti nella crescente diffusione di soggetti economici – solitamente sotto la forma di cooperative “spurie” – privi di patrimonio e nella frequente, oramai endemica, prassi avente ad oggetto il ciclico “cambio di appalto” tra società appaltatrici tra cooperative prive di solidità sul piano giuridico e patrimoniale⁴⁹ ad intervalli brevi e regolari, in genere pari a uno o due anni. Tale consolidato “sistema” preclude ai lavoratori ivi impiegati il pieno godimento di una serie di diritti, tra cui, ad esempio: il diritto all’applicazione del contratto collettivo nazionale di settore stipulato dalle organizzazioni maggiormente rappresentative; il diritto ad un congruo inquadramento e alla relativa retribuzione; il diritto a svolgere la prestazione e percepire la retribuzione per l’intero monte-ore contrattualmente pattuito; il diritto al computo dell’intera anzianità di servizio, ai fini normativi e contrattuali; il diritto alla reintegrazione in servizio, in ipotesi di licenziamento illegittimo; il diritto al risarcimento del danno in caso di violazioni dell’art. 2087 cod. civ.; il diritto alla stabilizzazione del rapporto in ipotesi di nullità del contratto a termine od in somministrazione. Tali diritti, pur pienamente cogenti “sulla carta”, appaiono infatti, per i motivi di cui si è detto, diffusamente negati *de facto*. Quanto ai diritti strettamente pecuniari, tale negazione avviene perché sovente nel mo-

⁴⁹ DE MICHIEL, *op. cit.*, p. 1205.

mento di rivendicazione degli stessi, il lavoratore troverà l'ostacolo, spesso insormontabile, dell'incapienza patrimoniale del soggetto che ha posto in essere l'inadempimento, il quale, con drammatica frequenza, viene posto in liquidazione contestualmente alla cessazione dell'appalto. Quanto ai diritti riguardanti il posto di lavoro, la suddetta prassi di "messa in liquidazione", unita al frequente *turn-over* nell'assegnazione delle attività in appalto, rendono di fatto d'impossibile l'attuazione delle sentenze di reintegrazione e di costituzione del rapporto, ciò in quanto, al momento del riconoscimento dei suddetti diritti, il soggetto appaltatore che ha posto in atto l'inadempimento non sarà più titolare di alcuna attività, sicuramente non più quella in cui veniva impiegata l'attività del lavoratore adibito a tale appalto.

È pur vero che tali disfunzioni sono in parte "coperte" dal vincolo di solidarietà di cui all'art. 29, co. 3, d.lgs. 276/2003, che vincola i committenti – ove patrimonialmente solidi – ai crediti e contributi dei lavoratori che abbiano prestato attività all'interno dell'appalto, e che la continuità lavorativa all'interno degli appalti viene garantita da diverse clausole sociali inserite nei contratti nazionali⁵⁰. Ma è altrettanto vero che tale meccanismo, come ampiamente osservato nel paragrafo introduttivo, è strutturalmente inidoneo a garantire la soddisfazione non soltanto di gran parte dei crediti di natura pecuniaria maturati dal lavoratore presso il formale datore di lavoro, ma altresì di una serie ben più ampia di diritti. In definitiva, appare dunque evidente che il meccanismo della responsabilità solidale *ex art. 29*, dlgs. 276/2003 sia ad oggi insufficiente al fine di tutelare in maniera adeguata i lavoratori impiegati nelle attività oggetto di esternalizzazione⁵¹.

Appare dunque opportuno (re)interrogarsi sull'idoneità dei meccanismi legislativi attuali a garantire un'adeguata protezione dei diritti dei lavoratori "in appalto", quantomeno nelle ipotesi in cui il formale datore di lavoro sia del tutto privo di mezzi di produzione, struttura organizzativa e solidità patrimoniale. Nei moderni appalti "4.0", del resto, allorquando la direzione e

⁵⁰ Si veda, per tutti, l'art. 42, co. 9, ccnl spedizione, trasporto merci e logistica 2013, così come emendato dalle parti sociali con i successivi rinnovi in data 3 dicembre 2017 e 18 maggio 2021. In dottrina, sul tema delle clausole sociali nei contratti collettivi, v. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, Pacini, 2020; RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Cedam, 2018

⁵¹ Cfr. GRAGNOLI, *I contratti di appalti e le società cooperative di produzione e lavoro nel settore della logistica*, in *QRGL*, 2018, 3, pp. 77-78; nonché, più in generale sul tema, VILLA, *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, Bononia University Press, 2017.

l'organizzazione dei lavoratori sia posta in essere direttamente ad opera di sofisticati strumenti tecnologici, è evidente come la proprietà del mezzo o la sua disponibilità esclusiva in capo al committente divenga, in sostanza, l'unico elemento discrezionale valido per risalire alla effettiva titolarità del potere datoriale⁵².

A parere di chi scrive, tra le strade astrattamente percorribili al fine di garantire ai lavoratori impiegati nei moderni appalti di manodopera una più effettiva tutela, vi è innanzitutto il potenziamento del vincolo di solidarietà di cui all'art. 29, includendovi tutti quegli emolumenti, di natura legale, contrattuale o conseguenti a pronunzie giurisdizionali, di cui si è detto in chiusura del paragrafo introduttivo.

Sotto altro profilo, sarebbe opportuno delimitare in modo più articolato e rigoroso la nozione di "appalto genuino", restringendone i confini, così da precludere "a monte" l'ingresso nella catena di imprese fittizie, immateriali, costituite *ad hoc* e comunque dematerializzate e prive di consistenza patrimoniale. Al riguardo, infatti, è pur vero che la legge e la giurisprudenza richiedono, ai fini della genuinità dell'appalto, che l'interposto sia una vera e propria impresa, tuttavia l'assenza dei requisiti dell'autonoma struttura organizzativa e del rischio d'impresa, nella prassi, emerge necessariamente "a valle", nella (eventuale) fase patologica del rapporto, ovvero quando la questione è sottoposta al vaglio giudiziale. Sarebbe tuttavia opportuno elaborare un meccanismo mediante il quale tentare di restringere "a monte" l'ingresso nel sistema di tali imprese fittizie. Si potrebbe, ad esempio, pensare a determinati meccanismi finalizzati a responsabilizzare le aziende committenti, inducendole a "scegliere" appaltatrici economicamente e strutturalmente solide. Un esempio al riguardo è fornito dal sopramenzionato art. 42 del ccnl trasporto merci e logistica – nell'ambito della quale norma si sono previsti: a) l'obbligo per le committenti di affidare le attività appaltate soltanto ad imprese che applicano il suddetto ccnl; b) il divieto di subappalto; c) l'obbligo per i soggetti affidatari di iscrizione in appositi albi presso la Camera di Commercio e l'Albo nazionale delle società cooperative presso il MISE; d) l'obbligo in capo agli appaltatori di attestare la propria solidità finanziaria ed economica mediante certificazioni semestrali di *rating* e il DURC semestrale;

⁵² DE MICHIEL, *op. cit.*, p. 1205, che evidenzia altresì che "non si vede come e con quale margine di discrezionalità l'appaltatore, in situazioni analoghe a quelle descritte, possa incidere (e prevalere) sulla pervasività di strumenti tecnologici sempre più sofisticati nell'organizzazione della prestazione e della manodopera".

e) l'obbligo di recepire integralmente, all'interno del contratto di appalto, "condizioni e contenuti" posti a tutela del lavoro; f) l'inserimento di clausole risolutive espresse del contratto di appalto nel caso di violazione delle norme di cui sopra o di "incongruente corresponsione" degli emolumenti dei lavoratori ivi impiegati; g) specifiche norme di tutela dei lavoratori in ipotesi di cambio appalto, ivi comprese il mantenimento dell'anzianità pregressa, dei trattamenti salariali e dei diritti normativi acquisiti (in senso parzialmente analogo a quanto previsto dall'art. 2112 cod. civ. in tema di trasferimento d'azienda).

Previsioni di tal fatta, pur non risolvendo del tutto il problema, garantiscono senz'altro una migliore tutela dei diritti dei lavoratori impiegati nell'appalto, ampliando non di poco le (deboli) tutele di matrice legislativa. Al fine di introdurre maggiori garanzie, quantomeno sotto il profilo economico, sarebbe, ad esempio, sufficiente introdurre legislativamente il divieto di subappalto e l'obbligo per la committente di affidare le attività appaltate ad imprese che applicano il ccnl di settore sottoscritto dalle oo.ss. maggiormente rappresentative. In tal modo, infatti, si scongiurerebbe innanzitutto l'applicazione dei c.d. contratti collettivi pirata, sottoscritti da organizzazioni sindacali non rappresentative e contenenti condizioni economiche e normative pregiudizievoli per i lavoratori, oltre a rafforzare la responsabilità solidale della committente e rendere più agevole per i lavoratori impiegati nell'appalto la soddisfazione dei propri diritti di credito verso l'interponente. Il tutto, a parere di chi scrive, senza violare il principio di libertà sindacale, ciò in quanto non verrebbe, di tal guisa, imposta l'applicazione di un determinato ccnl, ma unicamente posto, quale condizione per l'esternalizzazione di determinate attività d'impresa, l'onere in capo alla committente di "scegliere" imprese appaltatrici che offrano sufficienti garanzie di tutela delle condizioni di lavoro. In alternativa, sarebbe comunque possibile introdurre una previsione analoga a quella di cui all'art. 3 l. 3 aprile 2001 n. 142, disponendo dunque l'obbligo per le appaltatrici di garantire ai lavoratori in appalto "un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine".

Con specifico riferimento agli appalti non genuini, poi, sarebbe opportuno ripensare lo stesso testo dell'art. 29 d.lgs. 276/2003, valutando la stessa possibilità di un "ritorno al passato". Come si è visto in apertura, infatti,

l'abrogata l. 1369/1960 aveva indicato come requisito essenziale di legittimità dell'appalto l'esistenza di un'autonoma organizzazione di mezzi con gestione a rischio dell'appaltatore, specificando tuttavia, all'art. 1, comma 3, che l'appalto vietato di manodopera doveva ritenersi realizzato qualora l'appaltatore od il subappaltatore, nell'esecuzione dell'opera o del servizio, impiegasse capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, e ciò quand'anche per il loro uso venisse corrisposto un compenso all'appaltante. Il ritorno ad una simile soluzione, eventualmente adattata alla mutata realtà economica e imprenditoriale, consentirebbe probabilmente di risolvere buona parte delle problematiche sopraelencate.

L'impianto normativo successivo alla novella del 2003 pare infatti aver giocato un ruolo decisivo nella diffusione di aziende prive di patrimonio, dunque facilmente "liquidabili", attraverso le quali ha preso piede la prassi dell'avvicendamento sistematico, a cadenza annuale o biennale, di plurime società, solitamente cooperative depatrimonializzate, quali fornitori di servizi delle multinazionali di vari settori. Gran parte delle distorsioni sopracitate, a parere di chi scrive, si sarebbero sicuramente potute evitare, o quanto meno consistentemente ridimensionare, mantenendo in vigore le presunzioni di illiceità dell'appalto di cui alla l. 1369/1960. Ciò non soltanto per l'intuitiva considerazione secondo cui i lavoratori sono più tutelati allorché prestano attività alle dipendenze di società strutturalmente ed economicamente solide, anziché per società cooperative fittizie e prive di patrimonio, ma altresì per il fatto che dall'investimento in macchinari ed attrezzature consegue l'interesse aziendale a rapporti economici stabili e duraturi, stante la necessità di provvedere all'ammortamento dei beni oggetto d'investimento. In buona sostanza, la mera solidità patrimoniale in capo al datore di lavoro è in sé stesso fattore trainante verso un utilizzo attento di tale investimento attraverso rispetto delle norme in vigore. Al contrario, se tale rischio viene facilmente trasferito ad aziende terze, prive a sua volta di rischio effettivo perché prive di patrimonio reale, siffatto virtuosismo si diluisce, ai danni non solo dei lavoratori ma anche, come visto *supra*, delle finanze pubbliche. Una disposizione di tal fatta ben potrebbe integrarsi, *de jure condendo*, con quanto a suo tempo previsto nella proposta di legge "Costanzo ed altri"⁵³, il cui art. 8 pre-

⁵³ C. 1423 del 6 dicembre 2018, *Assegnato* alla XI Commissione Lavoro *in sede* Referente il 22 marzo 2019, pdf disponibile al seguente *link*: <http://documenti.camera.it/leg18/-pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1423.18PDLo040120.pdf>.

vedeva, in maniera parzialmente differente dall'attuale art. 29 d.lgs. 276/2003, che "Il contratto di appalto stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa». Il successivo comma 1 *bis* introduceva inoltre una presunzione relativa di illegittimità dell'appalto di mere prestazioni di lavoro, presunzione superabile mediante la prova, incombente sulla parte datoriale, dell'esercizio potere organizzativo e direttivo «esclusivamente nei confronti di lavoratori in possesso di competenze specialistiche e diverse da quelle dei lavoratori alle dipendenze del committente, tali da generare un evidente incremento di produttività e di risultati". Merita qui di essere menzionato altresì il successivo comma 3 dell'art. 8 della Proposta⁵⁴, il quale, da un lato, introduceva una presunzione – più pregnante rispetto a quella attualmente in vigore – di operatività dell'art. 2112 cod. civ.⁵⁵ in ipotesi di cambio appalto, dall'altro operava una codificazione legislativa del diritto al reimpiego dei lavoratori presso l'appaltatore subentrante; soluzione, quest'ultima, sino ad oggi lasciata all'autonomia collettiva.

Appare al contrario difficilmente realizzabile, per ragioni di imputazione della responsabilità e difficoltà per il committente di "prevedere" l'inadempimento dell'appaltatore, una soluzione volta all'ampliamento delle ipotesi di solidarietà oltre i confini dei crediti retributivi e contributivi. Rimangono peraltro aperte alcune questioni, tra cui quella – molto frequente nella prassi, specialmente in ambito logistico – in cui tutte le attività di competenza del committente vengano subappaltate. Potrebbe ad esempio risultare opportuno, al fine di meglio prevenire le criticità sopra citate, introdurre una presunzione di illegittimità dell'appalto avente ad oggetto la mera messa a disposizione di prestazioni di lavoro nelle seguenti ipotesi: a) nel caso in cui attrezzature, dotazioni e/o equipaggiamenti vengano forniti dal committente

⁵⁴ A mente del quale "In caso di subentro di un nuovo appaltatore si applicano le disposizioni dell'articolo 2112 del codice civile, salvo che tra i due contratti di appalto vi siano evidenti elementi di discontinuità con riguardo ai mezzi strumentali utilizzati e al contenuto dell'attività svolta; in tale ultima ipotesi i lavoratori hanno comunque diritto al reimpiego da parte del nuovo appaltatore senza peggioramento delle condizioni economiche e normative".

⁵⁵ Il riferimento è alla previsione di cui al primo comma della disposizione, secondo cui, in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro prosegue senza soluzione di continuità con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti economici e normativi goduti presso il cedente.

in comodato gratuito; *b*) in assenza di un corrispettivo predeterminato per le attività oggetto del contratto; *c*) nel caso in cui l'attività del committente si limiti al coordinamento di un gruppo di lavoratori ovvero alla mera gestione amministrativa del rapporto.

In definitiva, come autorevolmente sostenuto⁵⁶, “per ritrovare il senso della misura, bisogna dunque rimettere la condizione umana al centro del sistema di valutazione delle *performances* economiche. A tale fine conviene riproporre due imperativi posti a Filadelfia⁵⁷. In primo luogo, l'obiettivo della giustizia sociale, che deve ritrovare il suo posto di unità di misura della giustizia dell'ordinamento giuridico, in modo che: “tutti i programmi d'azione ed i provvedimenti presi sul piano nazionale ed internazionale, specialmente nel campo economico e finanziario, devono essere giudicati da questo punto di vista e accettati soltanto nella misura in cui appaiono capaci di favorire, e non di ostacolare, il raggiungimento di quest'obiettivo fondamentale” (par. II, lett. c). In secondo luogo, l'imperativo di democrazia sociale, che permette di ancorare questa evoluzione alla diversità dell'esperienze, impone che “i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro, in condizioni di parità con i rappresentanti governativi, discutano liberamente e prendono decisione di carattere democratico nell'intento di promuovere il bene comune” (art. 1, lett. d)”.

Ad avviso di chi scrive, nell'attesa di una nuova riforma che meglio definisca i contorni della liceità dell'appalto nel mutato contesto tecnologico, andrebbero oggi predilette interpretazioni restrittive dell'art. 29 d.lgs. 276/2003, le quali valorizzino, in senso negativo e quale indice di non genuinità dell'appalto, l'ingerenza dei dispositivi tecnologici nella sfera di teorica competenza dell'appaltatore. D'altra parte, privilegiare interpretazioni

⁵⁶ SUPIOT, *Lo Spirito di Filadelfia, giustizia sociale e mercato totale*, Et al edizioni, 2010, p. 91.

⁵⁷ Il riferimento dell'A. va alla Dichiarazione di Filadelfia del 10 maggio 1944, riguardante gli scopi e gli obbiettivi dell'Organizzazione internazionale del Lavoro, il cui art. 2 stabiliva i seguenti principi fondamentali: a) tutti gli esseri umani, indipendentemente dalla razza, dalla religione e dal sesso a cui appartengono hanno il diritto di tendere al loro progresso materiale ed al loro sviluppo spirituale in condizioni di libertà, di dignità, di sicurezza economica, e con possibilità eguali; b) il raggiungimento delle condizioni che permettano di conseguire questi risultati deve costituire lo scopo principale dell'azione nazionale ed internazionale; c) tutti i programmi d'azione ed i provvedimenti presi sul piano nazionale ed internazionale, specialmente nel campo economico e finanziario, devono essere giudicati da questo punto di vista ed accettati soltanto nella misura in cui appaiono capaci di favorire, e non di ostacolare, il raggiungimento di quest'obiettivo fondamentale.

che consentano un'immediata identificazione della parte datoriale ed un effettivo e diretto coinvolgimento di quest'ultima nella sorte di quei lavoratori che, di fatto, svolgono prestazioni nel suo interesse, è non soltanto l'interpretazione più costituzionalmente orientata della norma – in quanto consente il rispetto dei diritti fondamentali, di natura non solo retributiva, dei lavoratori ivi impiegati – ma altresì la più sistematicamente virtuosa, in quanto favorisce il gradimento da parte della generalità della comunità lavoratrice: gradimento che, a sua volta, innescherà un maggiore interesse della stessa verso i processi concertativi aziendali e, per l'ulteriore effetto, anche verso i processi politici che si svolgono all'interno della società⁵⁸.

⁵⁸ Rileva HONNETH, *Democrazia e divisione sociale del lavoro: Un altro capitolo della filosofia politica sistematicamente ignorato*, in SENNETT, SUPLOT, HONNETH, *Perché lavoro? Narrative e diritti per lavoratrici e lavoratori del XXI secolo*; Feltrinelli, 2020, p. 111, che "studi ed analisi dimostrano che l'inclusione dei lavoratori nei processi decisionali operativi di strutture industriali, organizzazioni di servizi o istituzioni statali implica un aumento non solo della soddisfazione da parte dei lavoratori e della loro autostima, ma anche del loro interesse verso processi politici che si svolgono all'interno della società".

Abstract

Abstract

Il presente contributo intende approfondire la tematica degli appalti di manodopera labour intensive, prestando particolare attenzione ai c.d. appalti endoaziendali gestiti dalla committente mediante l'utilizzo di moderni software gestionali. Tali fenomeni di dissociazione tra proprietà dei mezzi di produzione e titolarità formale dei rapporti di lavoro, oltre ad avere importanti riflessi in relazione all'imputazione dei suddetti rapporti, conducono, nella prassi, a diffusi pregiudizi retributivi e contributivi in danno dei lavoratori impiegati nell'appalto, i quali risultano solo in parte tutelati dal vincolo solidale di cui all'art. 29 d.lgs. 276/2003. Appare dunque opportuno interrogarsi sull'idoneità dei meccanismi legislativi attuali a garantire un'adeguata protezione dei diritti dei lavoratori "in appalto", quantomeno nelle ipotesi in cui il formale datore di lavoro sia del tutto privo di mezzi di produzione, struttura organizzativa e solidità patrimoniale.

This paper aims to examine the issue of "labour-intensive" labour contracts, paying particular attention to the so-called "intra-company contracts" managed by the client through the use of modern management software. These phenomena of disassociation between the owner of the means of production and the formal ownership of labour relations, besides having important repercussions in relation to the imputation of the aforementioned relations, lead, in practice, to widespread wage and social security contribution prejudices to the detriment of the workers employed in the contract, who are only partly protected by the joint and several obligation under Article 29 of Legislative Decree 276/2003. It therefore seems appropriate to question the suitability of the current legislative mechanisms to guarantee adequate protection of the rights of workers under contract; at least in cases where the formal employer is completely lacking in means of production, organisational structure and patrimonial solidity.

Keywords

Appalti endoaziendali, art. 29 d.lgs. 276/2003, somministrazione irregolare imputazione del rapporto, software per l'organizzazione del lavoro.

Intra-company contracts, Article 29 d.lgs. 276/2003, labour administration, ownership of the labour contract, work organisation software.

C. cost. sentenza 28 marzo 2023 n. 52 – Pres. Sciarra – Rel. Amorososo

Contrattazione collettiva – art. 8 l. 148/2011 – questione di legittimità costituzionale – violazione degli artt. 2 e 39, primo comma Cost. – violazione dell’art. 39, quarto comma Cost. – inammissibilità.

Le questioni di legittimità costituzionale sono inammissibili. L’ordinanza di rimessione non motiva sufficientemente la riconducibilità della fattispecie censurata, oggetto del giudizio principale, a quella legale del contratto di prossimità, recata dalla disposizione censurata e quindi la rilevanza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale.

Mario Rusciano

L'incostituzionalità dell'art. 8 della legge 148 del 2011

Sommario: **1.** L'irrisolta problematica della contrattazione collettiva. **2.** Un po' di storia. **3.** Il radicale cambiamento di scenario. **4.** La prevalenza dell'aziendalizzazione delle regole del lavoro. **5.** La singolare configurazione dei soggetti della "contrattazione collettiva di prossimità". **6.** I contratti di prossimità e il peggioramento delle condizioni di lavoro. **7.** Il percorso logico della Corte Costituzionale. **8.** I motivi d'incostituzionalità dell'art. 8 e l'assenza d'una prospettiva di politica del diritto.

1. *L'irrisolta problematica della contrattazione collettiva*

La sentenza della Corte Costituzionale n. 52 del 28 marzo 2023 offre più d'uno spunto per tornare sulla problematica della contrattazione collettiva e, in generale, del diritto sindacale oggi. Una problematica tuttora irrisolta benché *antica e complicata*; e soprattutto *cruciale* per l'ordinamento italiano del lavoro. Continua a sfuggire però all'attenzione del legislatore: non si capisce se per carenza di forza e volontà politica, incapacità tecnica o ignavia istituzionale.

Dal canto suo la Corte Costituzionale, in questa circostanza, evita d'occuparsi della spinosa materia dei soggetti, della natura e dell'efficacia della contrattazione collettiva nelle varie articolazioni. Certo l'occasione era abbastanza ghiotta: pur se chiamata a pronunciarsi soltanto sulla contrattazione collettiva cosiddetta "di prossimità" – inventata dall'art. 8 d.l. 138 del 2011 (convertito in l. 148 del 2011) – avrebbe potuto cogliere la palla al balzo e affrontare almeno un discorso chiarificatore. E magari inviare qualche messaggio al legislatore, ricordandogli i numerosi vuoti legislativi. Invece non ha potuto entrare nel merito della questione perché il Giudice rimettente non aveva motivato a sufficienza, e nei giusti termini, la sospettata incostituzionalità della suddetta norma. Di conseguenza la Consulta ha concluso nel senso di dichiarare la questione "inammissibile". Peccato! Perché l'art. 8 presenta chiari profili d'illegittimità costituzionale. Comunque la sentenza in oggetto aiuta almeno a intravedere in controluce tali profili, che vale la pena di porre in evidenza, partendo da lontano.

La problematica è antica. Parte addirittura dalle diatribe seguite alla formulazione dell'art. 39 della Costituzione. Disposizione ancora oggi ingombrante, ma nel tempo molto discussa. E per la verità discutibile fin

dall'origine. Se non altro perché ricalca l'organizzazione corporativa delle categorie professionali e dei contratti collettivi. Non c'è da meravigliarsi: all'epoca i Costituenti avevano sott'occhio *quella* organizzazione; e, presi pure da una certa fretta, si limitarono a “liberalizzarla” e “democratizzarla”, utilizzando però lo schema strutturale. Difatti l'art. 39 proclama al 1° comma la libertà sindacale nelle sue più ampie e molteplici accezioni. Poi, nei commi 2° e 3°, prevede la registrazione dei sindacati, purché abbiano uno statuto democratico. E infine, al 4° comma, stabilisce una macchinosa procedura per legittimare la “rappresentanza unitaria” dei sindacati registrati – costituita in proporzione degli iscritti a ciascun sindacato – a stipulare *contratti collettivi di categoria* con efficacia vincolante per tutti i soggetti rientranti nell'area delimitata da ciascun contratto (c. d. *erga omnes*).

La problematica è inoltre complicata. Perché tocca nientemeno che il “sistema delle fonti” del diritto del lavoro, sempre abbastanza travagliato per la difficoltà di stabilire una chiara ed equilibrata relazione tra le fonti medesime, specie tra legge e contrattazione collettiva. La quale, dopo l'abrogazione dell'ordinamento corporativo, anche nel disegno costituzionale conserva la natura di fonte tipica cui il legislatore rinvia la disciplina di dettaglio delle condizioni di lavoro. Come dire che è sempre lo strumento indispensabile al funzionamento elementare del diritto del lavoro. È noto che, rimasto inattuato il disegno costituzionale a causa delle vicende giuridico-sindacali cui si accennerà più avanti, si è discusso e si discute se oggi la contrattazione possa considerarsi una “fonte” in senso tecnico. Permanendo la carenza legislativa, costituzionalisti autorevoli hanno finito col qualificarla una “*fonte extra ordinem*”. Sta di fatto che, al di là del dato formale, le sue regole vengono ritenute, anche dalla giurisprudenza, “inderogabili” al pari della legge (e si parla infatti di natura paralegislativa del contratto collettivo).

Sul piano fattuale poi, e grazie al principio di libertà sindacale – per iniziativa dei sindacati affiliati alle grandi Confederazioni storiche – la contrattazione nel tempo si è articolata su più livelli, plasmandosi sulle mutevoli esigenze dell'organizzazione del lavoro nei diversi settori produttivi e nelle varie aziende. E così, oltre al livello nazionale e (più raro) territoriale, è andato affermandosi il livello aziendale: sconosciuto all'epoca e perciò non considerato testualmente dall'art. 39. Quindi sottratto, ma solo in parte, alla relativa applicazione.

La mancata attuazione (dei commi successivi al 1°) della norma costi-

tuzionale da parte del legislatore ordinario e la notevole articolazione contrattuale fanno sorgere un grosso problema: mentre la “fonte legislativa” è ovviamente frutto della volontà della maggioranza parlamentare, eletta democraticamente dal popolo, la “fonte contrattuale” è frutto dell’incontro di volontà delle contrapposte rappresentanze dei soggetti contraenti. Diviene allora necessario – ed è sempre più difficile – averne chiara la “legittimazione a contrarre” in nome e per conto di collettività dagli interessi contrapposti: dei datori e dei lavoratori (per il contratto nazionale e territoriale); o dei soli lavoratori (per il contratto aziendale).

La problematica infine è cruciale. Investe infatti non solo la competenza di ciascuna fonte a dettare propri specifici contenuti della regolazione, ma pure l’intrinseca inderogabilità e il perimetro di efficacia della regolazione medesima. Proprio per questo occorre individuare con precisione i soggetti collettivi in grado, per la loro rappresentatività, di gestire l’autonomia collettiva nei vari tipi di contrattazione. Mantenendone per quanto possibile la massima coerenza sistematica, garantita da quell’asse ideale tra base e vertice sindacale, storicamente fulcro dell’omogeneità degli obiettivi tra i soggetti dei vari livelli contrattuali: nazionale, territoriale o aziendale. Tali soggetti infatti stipulano un contratto collettivo che, anche per la giurisprudenza, finisce col vincolare non solo i propri iscritti, ma pure gli iscritti ad altri sindacati e persino i non iscritti ad alcun sindacato. Perciò assume rilievo decisivo, diciamo così, la *rappresentanza effettivamente rappresentativa* dei sindacati contraenti ai suddetti livelli.

È fin troppo noto che in materia il quadro giuridico italiano è quanto mai farraginoso, con gravi ripercussioni sulla “certezza del diritto” nell’ordinamento giuslavoristico. Nel quale il disordine giuridico è dimostrato dall’intrecciarsi e accavallarsi confuso di disposizioni scaturenti da fonti diverse e di diversa efficacia. Con intuibili ripercussioni sulla discrezionalità d’una giurisprudenza non di rado contraddittoria. Perciò se è vero, come accennato, che la complessità del quadro giuridico parte da molto lontano, è anche vero che una norma come l’art. 8 del d. 138/2011 non fa che aumentare a dismisura la confusione, come vedremo.

2. *Un po' di storia*

A prima vista può forse apparire digressivo il richiamo per grandi linee dell'evoluzione storica del quadro giuridico dall'avvento della Costituzione ai nostri giorni. Ma, a ben riflettere, non lo è in quanto si palesa continuamente l'influenza del passato sul presente. Sicché si può meglio cogliere l'attuale degrado logico-giuridico del diritto sindacale italiano ripercorrendone la vicenda nella seconda metà del secolo scorso. E capire così in che senso il menzionato art. 8 contribuisce ad aggravare la confusione di questo quadro. La Consulta infatti, come s'è detto, ha dichiarato inammissibile la questione perché portata al suo esame in modo sbagliato e non ha potuto quindi rilevare le incongruenze e le illegittimità della norma in discussione. Ma è probabile che anche lo sbaglio della Corte d'Appello di Napoli sia scusabile, causato dall'ambiguità testuale della norma in discussione.

Potremmo dare per scontata la conoscenza della vicenda per cui, data la mancata attuazione dell'art. 39 della Carta, già nel primo decennio post-costituzionale nasce e si afferma nella realtà dei rapporti sociali un "*sistema sindacale di fatto*" gestito in piena libertà e autonomia mediante gli accordi intercorsi tra le maggiori Confederazioni contrapposte dei datori e dei lavoratori. Si deve alla dottrina privatistica il sostegno a tale sistema: nel quale il sindacato è concepito anzitutto come "*formazione sociale*" (art. 2 Cost). Pur senza "personalità giuridica", esso possiede comunque la "soggettività giuridica" delle associazioni di fatto: quindi può stipulare liberamente contratti collettivi secondo il diritto comune dei contratti. E poiché questi contratti fioriscono e si moltiplicano, già nel 1960 Gino Giugni può teorizzare il sistema sindacale – nato dai patti privatistici tra associazioni confederali – quale "ordinamento intersindacale". Che, agendo in piena autonomia, produce regole giuridiche, procedurali e sostanziali, parallele alle regole di fonte statale.

Le pattuizioni sindacali finiscono così col muoversi su due piani: dell'autonomia collettiva, cioè del diritto sindacale, e del diritto statale. Non si discute ovviamente sulla loro natura di fonti dell'ordinamento sindacale. Mentre per l'ordinamento statale, muovendosi nel diritto dei contratti – avendo cioè efficacia soltanto tra le parti – vincolano i soli iscritti alle contrapposte associazioni stipulanti. Queste però, in quanto affiliate alle grandi Confederazioni protagoniste dell'autonomia collettiva, agiscono senza alcuna vera concorrenza da parte di organizzazioni minoritarie. Hanno infatti l'indiscussa maggioranza dei lavoratori sindacalizzati in (quasi) tutte le categorie

e nei diversi settori. Semmai la concorrenza sorge talvolta tra le stesse Confederazioni – data anche la forte influenza, all’epoca, dei partiti politici (di maggioranza o di opposizione), di cui esse sono fiancheggiatrici – ma limitatamente alle strategie politico-sindacali e non nella contrattazione collettiva, dove esse operano sempre *unitariamente*. Non si pone dunque il problema di valutarne la legittimazione a contrarre. È cioè scontata la loro “maggiore rappresentatività” (concetto che nasce appunto in quel contesto).

Man mano questo sistema si sviluppa senza alcun intervento del legislatore. Che, di fronte all’*unità contrattuale* dei sindacati confederali, sceglie l’atteggiamento c.d. “del *laissez faire*”. Con un’unica importante eccezione: la legge 20 maggio 1970 n. 300, lo *Statuto dei diritti dei lavoratori nei luoghi di lavoro*. Una legislazione, questa, di promozione e sostegno del *sistema sindacale aziendale* che ricalca le linee dell’ordinamento intersindacale autonomo, come inventato dalle grandi Confederazioni. Fino al punto di recepirne nella stessa legge la “maggiore rappresentatività”, acquisita nei primi due decenni successivi alla Costituzione.

Si deve anche allo Statuto dei lavoratori se l’autonomo sistema sindacale regge bene – sia pure con le alterne vicende legate ai cicli economici – anche sul piano dell’ordinamento generale, grosso modo per un altro paio di decenni. Non a caso in questo lungo periodo il problema dell’efficacia limitata dei *contratti collettivi c. d. “di diritto comune”* finisce coll’aver scarsa importanza. Nessuno mette in dubbio la rappresentatività dei sindacati confederali: soprattutto non la giurisprudenza. Per la quale anzi il contratto collettivo di diritto comune, stipulato unitariamente dai sindacati confederali, è da considerare la “legge della categoria” contrattuale. La giurisprudenza del resto, fin dai primi anni ’50 del ’900, già impone quel contratto anche ai non iscritti ai sindacati stipulanti e ai non sindacalizzati applicando direttamente – considerandola “preceettiva” – la norma costituzionale dell’art. 36, comma 1, sul diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata e sufficiente. Ragionamento accettato financo dal legislatore: che, con la legge 741 del 1959 (c. d. legge Vigorelli o legge *erga omnes*), rende obbligatori i contratti collettivi di diritto comune recependoli in altrettanti decreti legislativi. Per giunta con l’avallo della Corte costituzionale, che giudica legittimo tale intervento eccezionale, perché transitorio e irripetibile: quindi, per una volta, *non tanto* contrastante col 4° comma dell’art. 39 Cost. (sentenza n. 106 del 1962).

3. *Il radicale cambiamento di scenario*

È tra la fine del secolo scorso (ma forse anche dagli anni '80) e l'inizio del nuovo secolo che – mutando il lavoro e la relativa organizzazione – anche lo scenario sindacale subisce un mutamento radicale. Col cambiamento d'epoca che segna il passaggio dalla società industriale alla società post-industriale – effetto della rivoluzione tecnologica e della globalizzazione – si ha un'erosione dei pilastri del precedente sistema sindacale, a cominciare dalla messa in discussione della “maggiore rappresentatività” delle Confederazioni storiche e dei sindacati di categoria che vi aderiscono. I nuovi metodi dell'organizzazione produttiva, che sostituiscono al lavoro umano macchine tecnologicamente avanzate, riducono sensibilmente il lavoro nella grande impresa industriale del XX secolo, sulla quale s'era plasmato quel sistema, supportato dalla dottrina, dalla giurisprudenza e financo dal legislatore con lo Statuto dei lavoratori.

Il lavoro in quanto tale si riduce. Soprattutto si riduce il lavoro industriale e la classe operaia che ne era il nerbo. Mentre aumenta il lavoro nel settore dei servizi (pubblici e privati), che per sua natura è caratterizzato da frammentazione, flessibilità e discontinuità; in una parola: dalla precarietà del posto di lavoro. Tratti che ben presto si diffondono in tutti i settori produttivi e mettono a soqquadro l'intero mercato del lavoro.

Gli effetti a cascata non si fanno attendere. In particolare: l'instabilità del posto induce i lavoratori precari a non sindacalizzarsi. Si capisce perché: l'iscrizione del lavoratore al sindacato non è certo vista di buon occhio dal datore di lavoro e potrebbe compromettere il rinnovo del contratto a termine, ormai privo di vincoli. Si abbassa quindi la “sindacalizzazione confederale” e si riduce il potere negoziale delle maggiori Confederazioni. Si apre invece lo spazio per la nascita di sindacati autonomi, specie aziendali. E financo di sindacati “gialli” o “di comodo” (sebbene questi sotto mentite spoglie, giacché vietati dall'art. 17 dello Statuto dei lavoratori).

Se a ciò si aggiunge l'affermarsi – a partire grosso modo dai primi anni '90 del secolo scorso – del “neo-liberismo”, si può dire che il quadro si completa addirittura con la nascita di una *nuova filosofia del diritto del lavoro*. Per la quale la disoccupazione verrebbe ridotta, se non sconfitta, dalla liberalizzazione del mercato del lavoro e dalla sensibile diminuzione dei vincoli alla discrezionalità dell'impresa. Solo se liberata dai famosi lacci e laccioli a tutela (eccessiva) dei lavoratori, l'impresa potrà espandersi e aumentare gl'investi-

menti facendo crescere l'economia. Dal che trarrebbero automatico vantaggio gli stessi lavoratori. Più o meno su questa linea, e a prescindere dal suo colore politico, si pone il legislatore a partire dalla metà degli anni '90 del '900: consentire al datore di lavoro, secondo le esigenze della sua organizzazione, di assumere i lavoratori mediante molteplici "forme contrattuali". Inevitabilmente l'area dei diritti dei lavoratori si restringe quando si restituiscono alla libertà del datore di lavoro: la scelta del tipo di contratto; l'esercizio del potere organizzativo e di controllo – quanto a modi e tempi della prestazione (part-time obbligatorio; contratto a termine; somministrazione; partite Iva ecc.) – le cause della cessazione del rapporto a tempo indeterminato (con l'allentamento di alcuni vincoli al licenziamento). In compenso si ampliano le ipotesi d'intervento della Cassa Integrazione nella prospettiva della c. d. *flexicurity* di marca scandinava (flessibilità del lavoro accompagnata dalla sicurezza sociale). Sembra però rilevare ben poco che alla molta flessibilità corrisponda poca sicurezza.

4. *La prevalenza dell'aziendalizzazione delle regole del lavoro*

In sostanza la frammentazione e la precarietà del lavoro provocano la frammentazione sindacale. Con il moltiplicarsi dei sindacati autonomi dalla dubbia rappresentatività, si moltiplicano vertiginosamente i contratti collettivi dall'altrettanto dubbia natura e funzione (alcuni di essi vengono qualificati persino "contratti-pirata" in quanto giocano al ribasso). E soprattutto, nel privilegiare il contesto organizzativo-produttivo, sempre più prende corpo l'*aziendalizzazione delle relazioni sindacali e la contrattazione aziendale*. Che producono, se non la rottura, l'indebolimento dello storico asse tra sindacalismo confederale e sindacalismo aziendale, in passato considerato essenziale in quanto volto ad assicurare l'eguaglianza non solo tra i lavoratori ma pure tra gli imprenditori. La contrattazione nazionale infatti ha la funzione, tra l'altro, d'evitare per quanto possibile la concorrenza tra le imprese di un determinato settore attraverso la tendenziale uniformità del costo del lavoro (fermo restando ovviamente il miglior trattamento aziendale legato di solito alla maggiore produttività del lavoro).

Il legislatore, anziché intervenire per mettere ordine nel sistema sindacale complessivo con una legislazione chiara e snella sulla rappresentanza sindacale – come richiesto da tempo dalle Confederazioni tradizionalmente

rappresentative (ma ormai, come s'è detto, con minore potere negoziale) – adotta formule ambigue in materia di contrattazione. La “legittimazione a stipulare” contratti collettivi viene attribuita prima ai “sindacati maggiormente rappresentativi” e poi ai “sindacati comparativamente più rappresentativi”. Senza mai indicare però sicuri e attendibili criteri d'individuazione della *maggior rappresentatività* o della *comparazione della rappresentatività*. Un'individuazione che giocoforza finisce con l'essere attribuita alla valutazione del Giudice del lavoro. Con un'evidente contraddizione, visto che in diverse occasioni il legislatore, assecondando le richieste imprenditoriali, cerca di estromettere il più possibile proprio la discrezionalità del giudice dalla soluzione delle controversie di lavoro.

5. *La singolare configurazione dei soggetti della “contrattazione collettiva di prossimità”*

L'art. 8 del d.l. 138 del 2011 (convertito nella legge 148 del 2011) è figlio del quadro fin qui sinteticamente descritto. Nel quale paradossalmente convivono un po' del passato, molto dell'ambiguo presente e quasi nulla del prevedibile futuro. Naturalmente un quadro in confusa trasformazione non poteva che produrre una norma altrettanto confusa, inserita in un blocco normativo a dir poco inappropriato. L'art. 8 infatti trova posto in un decreto-legge prolioso e pletorico – non a caso definito *omnibus* nel linguaggio parlamentare – che mira a regolare ipotesi fattuali svariate e tra loro slegate. Basti pensare alla vaghezza del titolo della legge: “Misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”.

Tra stabilizzazione finanziaria, con riduzione della spesa pubblica (titolo I); liberalizzazioni e privatizzazioni per favorire lo sviluppo (titolo II); riduzione dei costi degli apparati istituzionali (titolo IV), salta fuori un titolo III destinato genericamente alle “misure a sostegno dell'occupazione”. Tra le quali la prevalente, se non unica (data l'importanza relativamente minore dei tirocini) è appunto quella contemplata nel suddetto art. 8, rubricato “*Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*”. Il cui tenore testuale mostra come il legislatore voglia “incentivarla” piuttosto che “sostenerla”.

Premesso che la “contrattazione collettiva di prossimità” è una figura estranea all'ordinamento sindacale italiano – peraltro introdotta quasi di soppiatto nel sistema delle fonti giuridiche – la più severa critica riguarda l'ine-

data lesione, operata dal legislatore, dell'autonomia collettiva, prerogativa esclusiva e gelosamente custodita dalle libere organizzazioni sindacali sulla base dell'art. 39, 1° comma, della Costituzione. Qui infatti non siamo in presenza di una legge che, da fonte gerarchicamente superiore, ha il potere di correggere eventualmente contenuti della contrattazione collettiva – caso raro, sempre evitato dal legislatore e sgradito ai sindacati e tuttavia non nuovo nell'esperienza italiana – bensì di una legge che crea *ex novo* un'apposita fonte sindacale *funzionalizzata* a una serie di obiettivi specifici che, a conti fatti, investono il diritto del lavoro nel suo complesso. Ciò appare ancora più grave guardando all'entità dei poteri attribuiti alla figura medesima.

Per capire il carattere stravagante della formulazione normativa, cominciamo col dire che vi si fanno rientrare (comma 1) i contratti sia “aziendali” sia “territoriali” “sottoscritti da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”. Questi contratti “possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”. Non solo non si prevede *qual è il “criterio maggioritario”*, ma si mettono insieme due ipotesi di contrattazione tra loro molto diverse: il “contratto aziendale” e il “contratto territoriale”. Mentre il contratto aziendale ha una sua tipicità – quanto, per esempio, all'efficacia *tendenzialmente* generale nella singola azienda – il contratto territoriale comprende più aziende di un determinato settore in un determinato territorio. Sancirne l'efficacia *erga omnes* è in contrasto col 4° comma dell'art. 39 Cost., che sarà pure ingombrante ma, finché non viene abrogato, non tollera elusioni di sorta. È chiaro che, quale fonte giuridica, il contratto territoriale si avvicina più al contratto nazionale che al contratto aziendale.

Inoltre, a parte l'ambiguità per cui i contratti di prossimità andrebbero stipulati da “associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale”, colpisce il prosieguo della formula “...ovvero dalle loro rappresentanze...operanti in azienda ai sensi della normativa di legge...”. La “normativa di legge” non può che essere l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori. Il quale però, reso monco dal referendum anti-confederale del 1995, consente la costituzione di rappresentanze aziendali anche a sindacati (aziendali) firmatari di contratti applicati nell'unità produttiva, che intuibil-

mente sono spesso sindacati “di comodo” – i c. d. *sindacati gialli* – scelti dal datore di lavoro quali interlocutori privilegiati, benché vietati, come si è detto, dallo Statuto dei lavoratori (art. 17 legge 300 del 1970).

Le perplessità aumentano riflettendo sul resto della formulazione, sempre riguardante i soggetti legittimati a contrarre, che possono essere le rappresentanze operanti in azienda anche ai sensi “...degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”. Vale a dire ai sensi di accordi interconfederali conclusi dalle Confederazioni Cgil-Cisl-Uil, che in sostanza vengono così “legificati”, quindi resi *erga omnes*. E incappano anch'essi nella rete del 4° comma dell'art. 39 Cost.

6. *I contratti di prossimità e il peggioramento delle condizioni di lavoro*

Si è detto poc'anzi della gravità di attribuire alla contrattazione di prossimità inediti poteri riguardanti – secondo il comma 2 – “la regolazione delle materie inerenti [al] l'organizzazione del lavoro e della produzione...”. In pratica riguardanti *tutte* le condizioni di lavoro: dagli impianti audiovisivi e dalle nuove tecnologie alle mansioni, classificazione e inquadramento del personale; dai contratti a termine a ogni disciplina dell'orario di lavoro; dalla solidarietà negli appalti alla somministrazione di lavoro; dalle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro a ogni tipo di rapporto, comprese le collaborazioni e le partite Iva ecc., e fino alle conseguenze del licenziamento. Ebbene per tutte queste materie il comma 2 bis dell'art. 8, dopo aver mantenuti fermi – ci mancherebbe altro! – il rispetto della Costituzione e i vincoli comunitari e internazionali sul lavoro, detta testualmente: “le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti nazionali di lavoro”.

Detto in poche e povere parole, i contratti di prossimità – stipulati da soggetti sindacali dalla dubbia rappresentatività se non addirittura scelti e foraggiati dai datori di lavoro – possono prevedere *condizioni peggiorative* per i lavoratori rispetto a quelle contemplate dalle leggi e dai contratti collettivi nazionali. E poco importa che il comma 3 dell'art. 8 preveda che i contratti aziendali vigenti (anteriori all'accordo interconfederale del 2011) “sono efficaci nei confronti di tutto il personale delle unità produttive...a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori”. Infatti

non sarà difficile per l'imprenditore convincere la maggioranza di lavoratori precari – preoccupati per definizione di restare disoccupati a seguito di eventuali rappresaglie datoriali – a votare a favore dell'approvazione dell'accordo.

7. Il percorso logico della Corte Costituzionale

Ora la Consulta era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'estensione di un contratto (di secondo livello) a lavoratori non appartenenti al sindacato stipulante e, come tali, non disposti ad accettare le "condizioni peggiorative" di un contratto cosiddetto "di prossimità", che peraltro avevano prontamente disdettato tramite il loro sindacato.

Il problema specifico nasce appunto dalla norma sulla quale il Giudice d'Appello di Napoli aveva chiesto l'intervento della Consulta, sospettandone l'illegittimità costituzionale: l'art. 8 "nella parte in cui estende l'efficacia dei contratti aziendali o di prossimità a tutti i lavoratori interessati, anche se non firmatari del contratto o appartenenti ad un sindacato non firmatario del contratto collettivo".

Ripeto che la Consulta ha deciso di non decidere ritenendo che le questioni di legittimità costituzionale, nella maniera in cui erano state poste dal giudice *a quo*, appunto dalla Corte d'Appello di Napoli, fossero inammissibili. In una parola: per incongruità del *petitum*. E certamente il Giudice delle leggi non poteva decidere su una questione non sollevata dal Giudice rimettente negli esatti termini. Costui non ha operato le necessarie distinzioni e ha chiesto alla Consulta di pronunciarsi genericamente sull'estensione *ultra partes* del "contratto di prossimità". Ha messo cioè in quest'unico calderone sia il contratto aziendale sia il contratto territoriale. In primo luogo la Consulta ricava, dal ragionamento dell'ordinanza di rimessione, che il *petitum* è limitato al solo contratto aziendale e non riguarda il contratto territoriale.

Ma poi è proprio a proposito degli accordi aziendali che la Consulta dà rilievo a una sottile distinzione: tra "contratto aziendale ordinario" e "contratto aziendale di prossimità". Distingue cioè le due fattispecie che hanno un diverso regime giuridico. Il primo, secondo la giurisprudenza, è solo tendenzialmente *erga omnes*: a condizione che abbia carattere "gestionale" e non "normativo", potendo quest'ultimo essere contestato dall'espresso dissenso dei lavoratori o di altri sindacati. Quindi non è di per sé sempre *erga omnes*. Mentre l'art. 8 in parola sancisce l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale di prossimità.

Secondo la Consulta “il Giudice rimettente avrebbe dovuto motivare, seppure in termini di mera plausibilità, in ordine alla dedotta circostanza che l'accordo aziendale, oggetto della sua cognizione, rientrasse proprio nella fattispecie del contratto aziendale di prossimità, al quale la disposizione censurata assegna un'efficacia generale nei confronti di tutti i lavoratori interessati, e non fosse invece un ordinario accordo aziendale”. E sottolinea inoltre, il carattere eccezionale dello stesso art. 8 richiamando la sentenza costituzionale n. 221 del 2012 (riguardante però la competenza dello Stato in materia e non della Regione).

8. *I motivi d'incostituzionalità dell'art. 8 e l'assenza d'una prospettiva di politica del diritto*

L'errore della Corte d'Appello di Napoli – ripeto: più o meno scusabile, vista l'ambiguità della formulazione letterale dell'art. 8 – ha in pratica impedito alla Corte Costituzionale di entrare nel merito della disposizione in parola. Il Giudice delle Leggi comunque, un po' come avvenne con la sentenza n. 106 del 1962 (richiamata pure nell'ordinanza del Giudice rimettente), non ha mancato di sottolineare l'eccezionalità dell'art. 8. Come dire che il legislatore può “peccare” una sola volta e non di più. Ma per inciso va detto che l'eccezionalità rilevata nella sentenza 106 del 1962 era più sicura perché la legge aveva l'efficacia temporale di un solo anno. L'art. 8 invece non solo non contiene alcun termine, ma secondo il legislatore può fare da battistrada e da chiaro segnale, sul piano della politica del diritto, per incentivare la trasformazione in atto.

A partire dall'art. 8 cioè il legislatore pare propendere per l'andamento aziendalistico dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali, a scapito del livello nazionale. Ciò è inquietante non perché tende a rompere col passato – cioè con la fiorente, e forse irripetibile, stagione del sindacalismo confederale – ma perché, per un verso, non contribuisce al riordino del diritto sindacale, anzi ne confonde le coordinate; e, per un altro verso, non offre una seria prospettiva di politica del diritto, cioè una visione del futuro assetto normativo del diritto del lavoro nel suo complesso.

A questo punto non è difficile riannodare i fili del discorso e riassumere schematicamente i motivi d'illegittimità costituzionale dell'art. 8.

1) Ledere la libertà e l'autonomia sindacale, sancite dal 1° comma dell'art.

39 della Costituzione, perché impone un'apposita figura di contrattazione collettiva – definita “di prossimità” – e la “funzionalizza” a obiettivi non individuati dalla stessa contrattazione, ma anch'essi imposti dalla legge.

2) Contrasta con l'art. 39, comma 4, quando stabilisce l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo territoriale. Questo per natura limita l'efficacia a datori e lavoratori di un determinato territorio, ma ha poco a che vedere col contratto aziendale.

3) Attribuisce alla contrattazione collettiva di prossimità il potere di derogare, anche *in pejus* per i lavoratori, alle norme di legge e di contratti collettivi nazionali, ponendosi così in contrasto col principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione. Anzitutto quanto all'eguaglianza tra i lavoratori della stessa categoria professionale, perché quelli vincolati dal contratto di prossimità sono costretti ad accettare condizioni peggiorative rispetto alla legge e al contratto nazionale. Ma pure quanto all'eguaglianza tra gli imprenditori di un determinato settore produttivo, perché quelli che sono riusciti a concludere un contratto di prossimità, avendo sensibilmente ridotto il costo del lavoro, sono agevolati nella concorrenza con gli altri imprenditori.

4) Nel rinviare, con estrema genericità, i criteri di rappresentatività dei sindacati contraenti alle normative vigenti – tra cui gli accordi interconfederali, compreso quello del 28 giugno 2011: che, legificati, diventano *erga omnes* e contrastano con l'art. 39, comma 4, Cost. – permette agli imprenditori che ne usufruiscono di crearsi una sorta di “*diritto domestico del lavoro*”. Sicché anche la conclusione con sindacati aziendali dall'ambigua rappresentatività – e in sostanza accondiscendenti – di “contratti di prossimità peggiorativi” imposti a tutti i lavoratori (specie precari) viola ancora una volta il principio di eguaglianza. Ripeto: anche qui sia nei confronti degli imprenditori del medesimo settore, che subiscono la concorrenza d'impresa con minori costi del lavoro; sia nei confronti dei lavoratori della stessa categoria e con le stesse mansioni. Viola inoltre il generale principio di tutela del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni”, sancito dall'art. 35 della Costituzione.

Conclusivamente – e al fine di ridurre il numero dei contratti e riordinare il sistema sindacale – si può aggiungere che dal 4° comma dell'art. 39 della Costituzione – non attuato, ma esistente e comunque rivelatore dello *spirito costituzionale* – va ricavato un importante principio generale, coerente col carattere di fonte giuridica del contratto collettivo fatto proprio dalla giurisprudenza. Il contratto collettivo di qualunque livello può assumere il ruolo di fonte a condizione che venga stipulato da una “rappresentanza uni-

taria” dei soggetti sindacali operanti nell’ambito designato dal contratto stesso. Gli stessi soggetti decidano liberamente i criteri più adatti a *garantire l’unitarietà della rappresentanza*, ma i Giudici disapplicino il contratto collettivo prodotto in giudizio ma non stipulato in modo unitario.

Keywords

Contratto collettivo di prossimità, illegittimità costituzionale, inammissibilità, motivi di incostituzionalità.

Proximity collective agreement, constitutional illegitimacy, inadmissibility, grounds for unconstitutionality.

Corte di Cassazione, S.U., sentenza 22 febbraio 2023, n. 5542 – Pres. Spirito - Manna, Rel. Di Paolantonio, C.D. (avv.to Gentili) v. Fondazione Teatro dell’Opera di Roma (avv.ti Marazza e De Feo)
Corte di Cassazione, S.U., sentenza 22 febbraio 2023, n. 5556 – Pres. Spirito - Manna, Rel. Di Paolantonio, B.L. (avv.ti Faranda e Crupi) v. Fondazione Teatro dell’Opera di Roma (avv.ti Marazza e De Feo)

Contratto a tempo determinato – fondazioni lirico-sinfoniche – privatizzazione – limiti – nullità – sanzioni – risarcimento.

È affetto da nullità ex art. 1418, comma 1, cod. civ. il rapporto di lavoro a tempo indeterminato instaurato dalla fondazione lirico sinfonica in violazione dei divieti di assunzione imposti dalla normativa vigente ratione temporis o in assenza delle prescritte procedure selettive pubbliche richieste per la scelta del contraente. Dalla nullità della clausola di durata apposta al contratto di lavoro a tempo determinato non scaturisce la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato nel caso in cui norme imperative settoriali, applicabili ratione temporis, sanciscano il divieto assoluto di assunzione a tempo indeterminato o subordinino l'assunzione a specifiche condizioni oggettive e soggettive, come il previo esperimento di procedure pubbliche concorsuali o selettive, fermo restando il diritto del lavoratore al risarcimento del danno.

★ ★ ★

Gaetano Natullo

I contratti a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche: dall'illegittimità al regime sanzionatorio

Sommario: **1.** La Cassazione colloca l'ultimo tassello nel puzzle dei contratti a termine nelle fondazioni lirico sinfoniche. **2.** Il tormentato percorso normativo. Dal pubblico al privato e (parziale) ritorno. **3.** L'evoluzione del diritto vivente sui limiti causali e la conferma delle sezioni unite. **4.** Il nodo gordiano. Nullità del termine e conversione del contratto. **5.** Un approdo solo temporaneo? L'incerto futuro del rimedio risarcitorio.

1. *La Cassazione colloca l'ultimo tassello nel puzzle dei contratti a termine nelle fondazioni lirico sinfoniche*

Con le pronunce in commento, giunge a (provvisoria) conclusione l'annosa vicenda dei contratti a termine nelle fondazioni lirico-settore, settore specifico le cui peculiarità, fino a qualche tempo fa conosciute solo ad una ristretta cerchia di addetti ai lavori, da qualche lustro sono diventate di dominio più diffuso.

Le particolarità del settore risultano di tutta evidenza ad una ricognizione dell'evoluzione normativa degli ultimi 30 anni e di quella, parallela, del diritto vivente, sia a livello nazionale che europeo. Ed invero, il percorso normativo e giurisprudenziale assai articolato che ha contraddistinto in generale la disciplina del contratto a termine in quel settore risulta ancora più tormentato, per le peculiarità determinate dalla natura, per così dire, parapubblica delle fondazioni liriche.

Con riferimento particolare al diritto vivente, i contenuti del dibattito più recente hanno riguardato prevalentemente i confini e, per così dire, l'*an* del legittimo ricorso al contratto a termine, in un percorso per certi versi più prossimo al parallelo dibattito nel settore privato; da ultimo, e venendo all'intervento delle Sezioni Unite che ci occupa in questa sede, quel dibattito si è invece concentrato sul regime sanzionatorio applicabile nei casi di accertata illegittimità dei contratti (*rectius*: del termine apposto ai contratti), ed ai profili della questione tipici dei rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche: la (im)possibilità di applicare la sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato, e le possibili (sanzioni) alternative. Quest'ultimo punto costituisce dunque oggetto del rinvio alle Sezioni Unite: *al*

fine di risolvere il contrasto di giurisprudenza sulla questione della convertibilità in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine con clausola di durata affetta da nullità nelle ipotesi in cui la legislazione speciale, statale o regionale, pur a fronte della natura privatistica del rapporto di lavoro, imponga un generalizzato divieto di assunzione a tempo indeterminato o subordini l'instaurazione del rapporto al previo superamento di procedure concorsuali o selettive.

2. Il tormentato percorso normativo. Dal pubblico al privato e (parziale) ritorno

Al fine di una migliore comprensione dell'intervento delle Sezioni Unite e del relativo percorso argomentativo, è opportuno, come del resto fa anche la Cassazione, ripercorrere sinteticamente le principali tappe dell'evoluzione normativa ed applicativa che lo ha preceduto¹.

Il settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche nel passato anche piuttosto recente è stato caratterizzato, quanto ai rapporti di lavoro a termine, da un ossimoro: quello del lavoro subordinato “stabilmente a termine”, con il consolidamento di un sistema di totale liberalizzazione dei rapporti a termine, al di fuori di qualsivoglia limite qualitativo e quantitativo.

Sistema le cui origini possono rinvenirsi nel carattere effettivamente e fisiologicamente temporaneo, in determinati casi, delle esigenze aziendali sottese alle prestazioni di lavoro, specie artistico; carattere fisiologico, però, patologicamente miscelato con esigenze strutturalmente permanenti, dunque con inevitabili sconfinamenti nell'abuso dell'istituto del contratto a tempo determinato, e conseguente contrasto/conflicto con le regole nazionali ed europee².

¹ Su cui, *amplius*, v. VITALETTI, *Lavoro e tempi dello spettacolo: uno studio sullo statuto giuridico dell'artista*, I Quaderni della Fondazione Brodolini, 2022; SANTONI, *I rapporti di lavoro nelle fondazioni lirico sinfoniche*, *Quad. DML*, 2021, n. 24; NATULLO, *La (in)stabile precarietà del lavoro a termine nelle Fondazioni lirico-sinfoniche dopo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in questa rivista, 2019, p. 319 ss.; CONTALDO, PELUSO, *L'evoluzione normativa in materia di fondazioni liriche, di istituzioni assimilate (concertistiche orchestrali e sinfoniche) anche alla luce delle recenti riforme legislative e degli interventi giurisprudenziali*, in *DA*, 2018, p. 1 ss.

² In particolare, come noto, la clausola 5 dell'Accordo recepito nella dir. 99/70 CE del 28 giugno 1970, che individua le tre alternative condizioni che devono essere previste, dalle normative nazionali, per evitare l'abuso dell'utilizzo dei contratti a termine “[...] Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, [...] dovranno introdurre [...] una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti

Contrariamente alle prassi sopra ricordate, da sempre l'assunzione a termine doveva comunque riguardare un lavoratore il cui apporto si inserisse, con vincolo di necessità diretta, nello specifico spettacolo, non essendo sufficiente la mera qualifica artistica del personale, ma necessaria l'indispensabilità dell'apporto medesimo rispetto al personale stabile dell'azienda³.

Negli anni 90 si è avuta la trasformazione degli enti lirici in Fondazioni di diritto privato⁴. Privatizzazione però, quanto al regime dei contratti a termine, solo gattopardesca, con conservazione di un regime "speciale", derogatorio a quello generale previsto nel settore privato⁵.

Il già precario equilibrio del settore è stato poi messo in crisi dalla successiva evoluzione normativa sui contratti a termine. Ai nostri fini risulta opportuno almeno ricordare:

a) l'Accordo quadro recepito nella dir. 99/70/CE, ed in particolare la nota clausola 5;

b) la conferma, nel d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 della disciplina derogatoria per i contratti a tempo determinato delle fondazioni lirico – sinfoniche⁶, con restrizione dell'apparato sanzionatorio alle sole ipotesi di violazioni legate alla mancanza di forma scritta ed alla mancanza delle "ra-

di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti"). Sulla disciplina europea, tra gli altri, v. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, 2017, *passim*; SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 75 ss.; ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012.

³ Cass. 24 gennaio 2006 n. 1291, in *www.iusexplorer.it*; Cass. 24 gennaio 2000 n. 774, in *www.iusexplorer.it*; Cass. 9 novembre 2005 n. 2107, in *www.iusexplorer.it*⁴ Dapprima il d. lgs. 29 giugno 1996, n. 367; di poi il d.l. 24 novembre 2000, n. 345 (recante disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche), convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 26 gennaio 2001, n. 6, art. 1.

⁵ Cass. 20 marzo 2014 n. 6457, in *www.iusexplorer.it*: "Successivamente alla trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato (a partire, dunque, dal 23 maggio 1998), e fino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 368 del 2001, ai contratti di lavoro a termine stipulati con le fondazioni lirico sinfoniche si applica la disciplina prevista dalla L. n. 230 del 1962, con l'unica esclusione costituita dall'art. 2 legge cit., relativa alla proroghe, alla prosecuzione ed ai rinnovi dei contratti a tempo determinato, come stabilito dal D.Lgs. n. 367 del 1996, art. 22".

⁶ Così l'art. 11, co. 4, d.lgs. 368/01, per cui alle Fondazioni non si applica la disciplina della proroga, della scadenza del termine, della successione dei contratti e delle relative conseguenze sanzionatorie in termini di maggiorazione retributiva e conversione del rapporto a tempo indeterminato. Ad esse non trova applicazione nemmeno il limite complessivo di durata di trenta-sei mesi e le altre disposizioni introdotte successivamente negli artt. 4 e 5 del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 da parte dell'art. 1, comma 40 della l. 24 dicembre 2007 n. 247 (cd. pacchetto *welfare*), compresi i diritti di precedenza nelle assunzioni.

gioni obiettive”, non rilevando quelle connesse alla successione dei contratti;

c) le riforme tra il 2012 ed il 2018⁷, con le quali, come noto, il legislatore è intervenuto in tempi e direzione diverse sulla disciplina generale del contratto a termine, introducendo la previsione per cui è il contratto di lavoro a tempo indeterminato “*la forma comune di rapporto di lavoro*” (attuale art. 1 d.lgs. 81/15), prima sancendo la a-causalità del contratto a termine⁸, nuovamente intervenendo sui vincoli, sia qualitativi (causali), sia quantitativi (durata massima di 24 mesi)⁹.

Parallelamente a tale evoluzione, nel settore in esame si è sviluppato un crescente contenzioso, che il legislatore ha tentato di arginare dapprima con il cd. Decreto Bondi¹⁰, successivamente con l’art. 40, comma 1-bis, d. l. 21 giugno 2013, n. 69 (oggetto della pronuncia della Corte costituzionale del 2015)¹¹, infine con il d.l. n. 59 del 28 giugno 2019¹².

⁷ L. 28 giugno 2012 n. 92; d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81; d.l. 12 luglio 2018 n. 87, conv. con l. 9 agosto 2018 n. 96; da ultimo d.l. 4 maggio 2023 n. 48).

⁸ AIMO, *op. cit.*, p. 118 ss.; ZOPPOLI L., *La disciplina post-vincolistica del lavoro a termine in Italia*, in SARACINI, ZOPPOLI L., *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 13 ss.; TIRABOSCHI, *Il lavoro a tempo determinato*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 155 ss.; SARACINI, *Contratto a termine*, cit., p. 99 ss.; VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 75 ss.; SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 153/2012, p. 1 ss.

⁹ In virtù delle deroghe ex art. 29, co. 3, d.lgs. 81/15. Sulla riforma del 2018 v. FIORILLO, PERULLI, «Decreto dignità» e Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Come cambia il «Jobs act»; Giappichelli, 2019; PASSALACQUA P., *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 380/2018; ZOPPOLI L., *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 377/2018.

¹⁰ D.l. 30 aprile 2010, n. 64 - Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali, ove si dispone “*alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi l’art. 3, quarto e quinto comma, della legge 22 luglio 1977, n. 426 e successive modifiche, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del D. lgs. 368/2001*”.

¹¹ “L’art. 3, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, si interpreta nel senso che alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti”.

¹² *Misure urgenti in materia di personale delle fondazioni lirico sinfoniche, di sostegno del settore*

Per quanto qui in particolare interessa, quest'ultima norma inserisce i commi *3bis* e *3ter* nell'art. 29 d.lgs. 81/15, ferme restando le deroghe previste al comma 3 dell'art. 29¹³. La *ratio* delle disposizioni è chiara: da un lato riformare la disciplina dei contratti a termine nel settore, introducendo limiti che consentano di superare le censure nel frattempo sollevate dalla giurisprudenza nazionale ed europea; dall'altro lato, e con riguardo al regime sanzionatorio, consacrare il principio della sostanziale equiparazione del settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche alle pubbliche amministrazioni, con conseguente estensione del divieto di "conversione" dei rapporti di lavoro a termine illeciti in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Sul primo versante, la norma introduce due limiti: "qualitativo" il primo¹⁴, "quantitativo/temporale" il secondo¹⁵.

Invero, il disposto legislativo appare tutt'altro che chiaro e scevro da perplessità interpretative¹⁶ su cui non è qui il caso di soffermarsi.

del cinema e audiovisivo e finanziamento delle attività del Ministero per i beni e le attività culturali e per lo svolgimento della manifestazione UEFA Euro 2020, convertito con l. 8 agosto 2019 n. 81. Per un commento, v. SANTONI, op. cit., p. 56 ss.; PINTO, Il reclutamento delle Fondazioni lirico-sinfoniche fra tradizione e (apparente) rinnovamento, in questa rivista, 2019, p. 499.

¹³ "Al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al d. lgs. 29 giugno 1996 n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, commi da 1 a 3, e 21".

¹⁴ L'assunzione (così come proroghe e rinnovi), è possibile e, deve ritenersi, legittima, se "giustificata" da "esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico ovvero dalla sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti".

La norma prosegue disponendo l'obbligo di esplicitare nel contratto, in forma scritta, la "condizione che, ai sensi del presente comma, consente l'assunzione a tempo determinato, la proroga o il rinnovo", al contempo prevedendo che "Detto incombente è assolto anche attraverso il riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche cui sia destinato l'impiego del lavoratore assunto con contratto di lavoro a tempo determinato".

¹⁵ "Le fondazioni lirico sinfoniche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310, possono stipulare, con atto scritto a pena di nullità, uno o più contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, per una durata che non può superare complessivamente, fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi, i quarantotto mesi, anche non continuativi, anche all'esito di successive proroghe o rinnovi".

¹⁶ Per una rassegna delle quali si rinvia agli autori cit. in nota 11. Cfr. anche NATULLO, op. cit.

3. *L'evoluzione del diritto vivente sui limiti causali e la conferma delle Sezioni unite*

A fronte della specialità del settore più volta ribadita, nonostante le deroghe legislative, la giurisprudenza (maggioritaria) sia di merito¹⁷ che di legittimità¹⁸, ha confermato il principio secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la *forma comune*¹⁹ dei rapporti di lavoro, e la conseguente necessità che venga soddisfatto l'onere di specificazione per iscritto delle ragioni giustificatrici del ricorso al contratto a termine nonché la reale sussistenza delle causali.

Quel consolidato orientamento ha trovato conferma anche nella giurisprudenza europea²⁰. Per quanto qui in particolare interessa la Corte Europea precisa che “*la nozione di «ragioni obiettive», [...] dev'essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato...;*” ancora, che “*non si può ammettere che contratti di lavoro a tempo determinato possano essere rinnovati per la realizzazione, in modo permanente e duraturo, di compiti nelle istituzioni culturali*

¹⁷ Trib. Napoli 2 dicembre 2012 n. 8424; Trib. Roma 17 febbraio 2012 n. 3105; sulla nullità del termine e la relativa conversione v. anche Trib. Milano 2 febbraio 2012 n. 564; Trib. Milano 15 dicembre 2011 n. 6189; Trib. Palermo 18 maggio 2007. Un orientamento minoritario ha invece adottato un approccio estensivo del divieto di stabilizzazione anche rispetto alle altre ipotesi di nullità del termine contemplate dalla disciplina generale. V. Trib. Roma 24 giugno 2011 n. 1190. App. Palermo 12 maggio 2011 n. 304.

¹⁸ Da ultimo le sentenze della Sezioni Unite in commento. Vedi ivi per altri riferimenti.

¹⁹ Con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in particolare l'art. 30 della Carta che sancisce il diritto alla giustificazione del licenziamento, e pertanto il diritto alla stabilità del lavoro traslabile al contratto a termine) il concetto della forma comune può essere considerato non più un “principio riflessivo” ma ad un principio *tout court*, nel senso del divieto di libero arbitrio per le scelte del datore, attraverso lo strumento della giustificazione (mediante indicazione della causale) del termine. V. SARACINI, *Contratto a termine*, cit., p. 75 ss.

²⁰ C. Giust. 26 febbraio 2015 C-238/14, *Commissione contro Granducato di Lussemburgo*; C. Giust. 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*. In merito v. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'ANTONA”. IT, 383/2019; NATULLO, *op. cit.*; RECCHIA, *La disciplina del contratto a termine nelle fondazioni lirico-sinfoniche al vaglio della Corte di Giustizia: l'avvio di una possibile inversione di rotta?*, in LPA, 2019, p. 272 ss.; MENGHINI, *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, in RGL, 2016, II, p. 164.

di cui trattasi che rientrano nella normale attività del settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche”.

Sulla scorta di tali arresti, le Sezioni Unite della Cassazione non hanno avuto pertanto alcuna esitazione a ribadire (in particolare nella sentenza n. 5542) che, nella vigenza della normativa *ratione temporis* applicabile (ossia al periodo 2006-2011), “*non sussistono ragioni per discostarsi dal richiamato orientamento che, per le fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 368 del 2001, ritiene non sufficiente, ai fini della specificazione della causale, la sola indicazione dello spettacolo o dell’opera alla cui realizzazione il contratto è finalizzato, di per sé inidonea, rispetto ad un’attività che si caratterizza per essere finalizzata alla produzione in ogni stagione di una serie di rappresentazioni, a rendere evidenti le ragioni oggettive poste a fondamento del ricorso alla tipologia contrattuale del rapporto a tempo determinato”.*

Peraltro, pare opportuno anche evidenziare il riferimento argomentativo della Corte alla recente citata riforma del 2019, là dove si ricorda che tale “*interpretazione del concetto di specificità della causale ...trova oggi riscontro nella riformulazione dell’art. 29 del d.lgs. n. 81 del 2015 ad opera del citato d.l. n. 59 del 2019, non applicabile alla fattispecie ratione temporis, secondo cui il ricorso al contratto a termine è consentito a fronte di esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche e l’onere di specifica indicazione della causale deve essere assolto attraverso l’indicazione espressa di detta condizione, indicazione alla quale si deve accompagnare «anche» il puntuale riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli”.*

Il riferimento è importante in quanto evidentemente vale come indicazione ermeneutica ai fini della futura applicazione della riforma del 2019.

4. Il nodo gordiano. Nullità del termine e conversione del contratto

Il cuore dell’intervento della Cassazione si rinviene nella parte relativa al regime sanzionatorio applicabile, che costituisce, come ricordato, la ragione della rimessione della questione alle Sezioni Unite.

Sul punto, infatti, l’orientamento prevalso sino ad oggi, pur nella permanente vigenza di limiti normativi alla conversione del contratto, comunque propende per quest’ultima soluzione, sulla scorta, come ricordano le Sezioni Unite, della “*distinzione fra il vizio genetico del rapporto, ravvisato in assenza di specificazione della causale e di insussistenza delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, e quello derivante dal mancato rispetto della*

disciplina dettata dagli artt. 4 e 5 del decreto, in tema di prosecuzione, proroga e rinnovi”.

Un doppio regime, dunque, per il quale il divieto di conversione è (*recitius*, era) da intendersi riferito ed applicabile solo alle ipotesi di violazione dei limiti diversi da quello previsto per la costituzione del primo contratto a termine.

Con riferimento poi alla giurisprudenza europea, come noto sul punto la Corte Europea si limita in buona sostanza a riprendere i suoi consolidati orientamenti che, per l'Italia, si sono formati con particolare riguardo alle vicende del precariato scolastico²¹. In estrema sintesi: a) “..l'accordo quadro non enuncia un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato...”; b) *Tuttavia, ...l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato...*”.

Ed anche di recente, pronunciandosi questa volta sulla idoneità del rimedio esclusivamente risarcitorio, quantificato per il settore pubblico nella misura tra 2,5, e 12 mensilità, la Corte ne ha confermato “la piena compatibilità con il diritto euro-unitario e con la relativa giurisprudenza della Corte di Lussemburgo”²².

Da tali orientamenti muovono le Sezioni Unite, per giungere ad un *re-irement*.

Il percorso argomentativo della Corte prende a riferimento due argomenti principali: il primo correlato alle specifiche previsioni normative riferite al settore delle fondazioni lirico-sinfoniche; il secondo relativo alla più ampia questione dell'incidenza delle caratteristiche del settore, derivanti dalla sua natura ibrida privata/pubblica.

Infatti, l'ordinanza di rimessione rileva che il precedente, e prevalente, orientamento, che consente (consentiva) la conversione, “*contrasta con i principi di diritto enunciati dalla Sezione Lavoro in fattispecie nelle quali, pur discutendosi di contratti a termine stipulati da enti diversi dalle fondazioni lirico sinfoniche, venivano comunque in rilievo disposizioni limitative o proibitive delle assunzioni a tempo indeterminato, imposte dal legislatore, statale o regionale, in relazione a rapporti che,*

²¹ Su cui v. RUSSO C., *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella scuola statale*, in SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 281 ss.

²² V. PASSALACQUA, *Sull'abuso del contratto a termine nella PA la Corte di giustizia conferma i limiti di interlocuzione con il legislatore italiano: da lì non si passa*, in *DRI*, 2019, p. 409.

seppure regolati in linea generale dal diritto privato in ragione della natura del datore di lavoro, sono riferibili a soggetti che impiegano nella gestione risorse pubbliche e, in ragione di ciò, sono soggetti al controllo dell'amministrazione pubblica di riferimento, oltre che a quello contabile della Corte dei Conti". Il riferimento specifico è al settore delle società a partecipazione pubblica.

Evidentemente, la Corte Suprema non poteva non partire dalla constatazione che "Dalla ricostruzione del complesso quadro normativo si può trarre una prima conclusione, che è poi quella dalla quale prende le mosse l'ordinanza interlocutoria: gli interventi legislativi succedutisi nel tempo hanno progressivamente accentuato il carattere di specialità della disciplina dettata per il personale delle fondazioni lirico-sinfoniche rispetto a quella dei rapporti di lavoro fra privati e di pari passo sono stati estesi agli enti lirici, pur se privatizzati, limiti analoghi a quelli imposti alle facoltà assunzionali delle pubbliche amministrazioni e delle società da queste ultime controllate". Si intuisce l'inevitabile approdo del percorso argomentativo: l'impossibilità di applicare il principio della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, anche nel periodo antecedente alla recente espressa previsione legislativa.

Obiettivo per raggiungere il quale, però, la Corte deve superare i limiti della disciplina vigente *ratione temporis*; limiti per i quali, ricorda il Giudice delle leggi, "l'impossibilità di convertire il rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato è stata affermata in relazione alle sole fattispecie per le quali il legislatore ha espressamente previsto la deroga all'applicazione della disciplina ordinaria, disciplina che la Sezione Lavoro, quanto alle conseguenze della nullità della clausola di durata, a partire da Cass. 21 maggio 2008 n. 12985 ha costantemente interpretato nel senso che, pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente l'insussistenza delle ragioni giustificative del termine, la nullità della clausola di durata resta circoscritta a quest'ultima e determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 alla luce della direttiva comunitaria 1999/70/CE e del sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato".

In buona sostanza, secondo il richiamato orientamento, il vizio "genetico" del contratto a termine, relativo al carattere necessariamente temporaneo/specifico del motivo, in assenza di una diversa espressa previsione legislativa, determina la nullità della clausola appositiva del termine, ma non la nullità di tutto il contratto di lavoro, che pertanto può sopravvivere, nella sua forma "comune" (a tempo indeterminato).

Il Giudice di legittimità, per superare quell'ostacolo ricorre alla categoria della nullità "virtuale" del contratto, discendente come noto, ai sensi art. 1418 co. 1 cod. civ., dalla contrarietà dello stesso a norme imperative poste a tutela di interessi pubblici fondamentali, pur se a quelle norme non è espressamente correlata alcuna sanzione²³.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha gioco facile nel rinvenire le norme (imperative), ed i sottesi interessi fondamentali pubblico-generalmente che ne fondano la imperatività, per un verso, nei divieti di assunzione e negli obblighi di rispetto di procedure selettive pubbliche previste nel settore delle fondazioni liriche; per altro verso, in una permanente natura pubblicistica di queste ultime derivante dalla "*persistente rilevanza di tipo pubblicistico che hanno indotto la dottrina a ritenere l'intervenuta privatizzazione più formale che sostanziale e che sono stati valorizzati dalla Corte costituzionale*"²⁴.

Peraltro, la Cassazione è evidentemente agevolata da altri due fattori, puntualmente richiamati a sostegno nella valorizzazione delle specificità "pubblicistiche" del settore e delle conseguenze che se ne devono trarre sulla questione sottoposta a scrutinio: in primo luogo il "modello" delle società partecipate, le cui problematiche sono per molti versi analoghe a quelle delle fondazioni lirico-sinfoniche ed i cui approdi normativi ed applicativi vanno nella stessa indicata direzione²⁵; in secondo luogo, i recenti richiamati analoghi esiti normativi cui il legislatore è giunto anche nel settore delle fondazioni, desumendone "*...che qualora, a fronte di diversi orientamenti espressi sulla natura della norma e sulle conseguenze della sua violazione, il legislatore intervenga e sancisca la nullità del contratto, quell'intervento, seppure successivo, deve orientare nella valutazione sul carattere imperativo o meno della disposizione che già in precedenza imponeva il medesimo requisito*".

²³ Sulla nullità virtuale cfr., tra gli altri, per tutti DI MAJO, *La nullità*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, VII, in BESSONE (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Giappichelli, 2002; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, RCTP, 1985, pp. 435-453; VILLELA, *Le nullità virtuali*, in FERRONI (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Giuffrè, 1998, pp. 611-677.

²⁴ Il riferimento è a C. Cost. 21 aprile 2011, n. 153.

²⁵ V. per tutti BOGHETICH, *Il contratto a tempo determinato*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 596 ss.

5. *Positività e criticità dell'approdo delle Sezioni Unite*

Il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite e le conclusioni cui giunge possono condividersi, se le si guarda nell'ottica dello sforzo compiuto per restituire una complessiva omogeneità e coerenza al sistema regolativo ed applicativo della disciplina dei contratti a termine nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche. Omogeneità e coerenza su diversi piani: sia su piano del regime sanzionatorio delle diverse patologie del contratto a termine (genetiche o meno)²⁶, sia sul piano diacronico, considerando cioè il percorso evolutivo della normativa, sia infine su quello del rapporto con altri settori "contigui": le società a partecipazione pubblica e le amministrazioni pubbliche.

Spostando però il discorso ad una valutazione più generale dell'assetto regolativo della disciplina dei contratti a termine sul versante sanzionatorio, quelle conclusioni non paiono altrettanto condivisibili. Quello che continua a non convincere appieno è proprio la persistente discrasia tra il settore privato e quello pubblico e, ancor più, privato ma a controllo pubblico.

Ciò, per due principali ordini di motivi: il primo relativo alle ragioni tecnico-giuridiche su cui si fonda la presunta impossibilità dell'effetto della conversione del contratto; il secondo inerente alla valutazione della reale efficacia della sanzione alternativa alla conversione, in termini di capacità dissuasiva da un utilizzo abusivo dei contratti a termine, e dunque di effettiva attuazione delle disposizioni europee in materia.

Per quanto concerne il primo punto, non è qui il caso di ricordare l'accidentato percorso, ed il relativo articolato dibattito in dottrina e giurisprudenza che, con al centro in primo luogo le vicende del personale precario della Scuola, ha portato all'attuale regime, imperniato sul divieto di conversione e sulla mera "sanzione" risarcitoria del danno c.d. euro-unitario, parametrato con riferimento alla misura di cui alla l. 4 novembre 2010 n. 138 (art. 32), sia pur con possibilità ottenere, provandolo, il risarcimento del maggior danno²⁷.

In questa sede non si possono non condividere le perplessità sull'effettiva insostenibilità giuridica del meccanismo della conversione del contratto nei settori in questione, ancor più in quelli "parapubblici", tra cui il settore delle fondazioni lirico-sinfoniche.

²⁶ Cfr. PASSALACQUA, *Sull'abuso del contratto*, cit.; SPEZIALE, voce *Lavoro a termine*, in *ED Annali*, IX, Giuffrè, 2016, p. 499 ss.

²⁷ Sul punto per tutti v. BOGHETICH, *op. cit.*, p. 590 ss.; PASSALACQUA, *Sull'abuso del contratto*, cit., p. 409; SARACINI, *Contratto a termine*, cit., p. 63 ss.

Come ricordato, ostacoli insormontabili sono considerati essenzialmente due: a) il principio del concorso pubblico, che rimanda all'art. 97 Cost.; b) i vincoli economico-finanziari pubblici, che rimandano all'art. 81 Cost.²⁸. Sul punto può essere utile menzionare una delle tante decisioni paradigmatiche della Cassazione, riferita al lavoro pubblico ma utilizzabile anche in questa sede²⁹: “*Nel pubblico impiego privatizzato, alla violazione di disposizioni imperative che riguardino l'assunzione, sia a seguito di pubblico concorso sia attingendo alle liste di collocamento, non può mai far seguito la costituzione di un rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato, atteso che la “ratio” dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, che prevede il divieto di trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato, non risiede esclusivamente nel rispetto delle regole del pubblico concorso, ma anche, più in generale, nel rispetto del principio cardine del buon andamento della P.A., che sarebbe pregiudicato qualora si addivenisse all'immissione in ruolo senza alcuna valutazione dei fabbisogni di personale e senza seguire le linee di programmazione nelle assunzioni, che sono indispensabili per garantire l'efficienza dell'amministrazione pubblica ed il rispetto delle esigenze di contenimento, controllo e razionalizzazione della spesa pubblica*”.

Orbene, quanto al primo punto, come noto una argomentazione importante in senso critico si rinviene nella circostanza che anche in sede di reclutamento a termine possono essere applicate regole ossequiose del principio costituzionale e delle disposizioni legislative, che trovano primo riferimento legislativo nell'art. 35 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165; con riferimento allo specifico settore delle fondazioni lirico-sinfoniche, l'attuale normativa prevede per il reclutamento il rispetto di regole meno rigide, non imponendo in senso stretto “concorsi” ma più elastiche “procedure selettive”³⁰. Vero è che la normativa del 2019 vincola al rispetto di quelle regole solo il reclutamento del personale a tempo indeterminato, non anche quello a termine; è vero anche, però, che il contratto collettivo nazionale per il personale da assumere a termine impone sostanzialmente le selezioni, con predisposizione di graduatorie annuali³¹.

Quanto al secondo vincolo, quello economico-finanziario, esso va considerato unitamente all'obbligo della formale dotazione organica triennale, che secondo le recenti prescrizioni normative deve essere validata dal Mini-

²⁸ Cfr. PINTO, *Il reclutamento*, cit.

²⁹ Cass., 30 dicembre 2021 n. 42004, in <https://www.iusexplorer.it>.

³⁰ Art. 22 co. 2, d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367, come mod. da d.l. 28 giugno 2019 n. 59.

³¹ Art. 14 Ccnl Fondazioni lirico sinfoniche, su cui cfr. PINTO, *Il reclutamento*, cit., p. 505.

stero, e della relativa programmazione, da attuare sempre nel rispetto delle compatibilità finanziarie³².

Orbene, anche in considerazione della circostanza che le fondazioni lirico-sinfoniche, pur se soggette ai predetti vincoli di derivazione pubblicistica, sono comunque enti di diritto privato, non pare del tutto infondato ed irragionevole, sul piano tecnico-giuridico, ipotizzare soluzioni, evidentemente *de iure condendo*, che rendano compatibile la trasformazione del rapporto (in tempo indeterminato) con lo specifico assetto normativo: ad es. prevedendo, nel caso di assunzione a termine illegittima, il diritto all'assunzione a tempo indeterminato, a condizione che ne sussistano i presupposti, a garanzia del rispetto dei ricordati principi "imperativi"; a condizione cioè che il lavoratore a termine sia stato assunto mediante procedure selettive (e dunque compatibilmente con i principi di cui all'art. 35 d.lgs. 165/01) e che il "posto" sia previsto (e dunque, al tempo, "scoperto") nella dotazione organica approvata ai sensi art. 22, co. 2, d.lgs. n. 367/96, come mod. da art. 2 d.l. n. 59/19.

Del resto, nel settore in esame, come anche più in generale in quello pubblico, le procedure di "stabilizzazione" dei precari non sono certo una novità!³³

In buona sostanza, dunque, perché escludere sempre e comunque la "conversione", anche là dove essa risulti contemperabile con i principi di cui alle "norme imperative" a tutela di imparzialità, buon andamento, controllo e razionalizzazione della spesa?!

6. *Un approdo solo temporaneo? L'incerto futuro del rimedio risarcitorio*

Le perplessità sopra evidenziate e le proposte avanzate trovano del resto giustificazione nelle evidenti criticità dei rimedi alternativi alla conversione. Come ricordato, sul punto le pronunce in esame hanno ricondotto il regime sanzionatorio nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche all'assetto generale che nel lavoro pubblico e para-pubblico, privilegia l'applicazione del risarcimento del danno euro-unitario. Ma tale approdo, giunto come noto ad esito di un ampio dibattito sul tema³⁴, non può essere di certo esaustivamente

³² V. art. 22, co. 2, d.lgs. 367/1996, come mod. da d.l. 59/2019.

³³ Per le fondazioni lirico-sinfoniche sono previste in maniera articolata proprio dalla riforma del 2019.

³⁴ Su cui tra gli altri cfr. ALAIMO, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità*

tranquillizzante, se si considera la difficoltà, per non dire sostanziale impossibilità, di provare ed ottenere un danno ulteriore, e di conseguenza un risarcimento superiore a quello ricompreso nel *range* 2,5-12 mensilità, con i conseguenti dubbi circa l'effettiva capacità dissuasiva dagli abusi e l'attuazione delle previsioni delle disposizioni europee sul punto (clausola 5 accordo quadro attuato con la dir. 99/70/CE).

Peraltro, con riferimento alle fondazioni lirico-sinfoniche, se è vero che la recente riforma ha “recepito” anche il riferimento alla responsabilità dei dirigenti, prevedendo che “*Le fondazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave*”³⁵, il che dovrebbe teoricamente rafforzare l'efficacia dissuasiva della sanzione risarcitoria, è pure vero che anche su tale efficacia le perplessità non mancano.

Come ricordato, la Corte europea sinora ha avallato, seppur con decisioni pilatesche, le soluzioni nostrane. Proprio in questi giorni però dall'Europa provengono notizie meno tranquillizzanti in ordine alle prospettive di stabilità dell'assetto di recente raggiunto, cui si è uniformata la Cassazione nelle sentenze qui commentate.

Infatti, ad esito di una procedura di infrazione avviata nel 2019, la Commissione Europea³⁶ ha concluso nel senso che “*La normativa italiana non previene né sanziona in misura sufficiente l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato per diverse categorie di lavoratori del settore pubblico in Italia – scrive Bruxelles – Tra questi, insegnanti e personale amministrativo, tecnico e ausiliario della scuola pubblica, operatori sanitari, lavoratori del settore dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica e del settore operistico, personale degli istituti pubblici di ricerca, lavoratori forestali e volontari dei vigili del fuoco nazionali. Alcuni di questi lavoratori hanno anche condizioni di lavoro meno favorevoli rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato, situazione che costituisce una discriminazione e contravviene al diritto dell'Unione*”.

La partita, dunque, potrebbe riaprirsi, e l'esito finale pare quanto mai incerto.

e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico, in Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona, CARUSO (a cura di), WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” *Collective Volumes* - 8/2019; BOGHETICH, *op. cit.*, p. 590 ss.; AIMO, *op. cit.*, p. 219 ss.; SARACINI, *Contratto a termine e sanzioni*, in SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss., SARACINI, *Contratto a termine*, cit.

³⁵ Attuale art. 29, co. 3 ter, d.lgs. 81/15, come modificato da d.l. 59/19.

³⁶ INFR(2014)4231.

Keywords

Contratti a termine, fondazioni lirico-sinfoniche, nullità, sanzioni, risarcimento.

Fixed-term contracts, lyrical and symphonic foundations, nullity, sanctions, compensation.

Antonio Viscomi

Annotazioni sparse per una condizionalità non rancorosa*

Sommario: **1.** Una difficile convivenza. **2.** Evoluzione funzionale. **3.** Valutazioni antagoniste. **4.** Valutazioni realistiche. **5.** Arricchimento funzionale. **6.** Corti. **7.** Condizionalità e solidarietà. **8.** Per una condizionalità presa sul serio.

1. *Una difficile convivenza*

“*Uneasy bedfellows*”: così, quasi vent’anni fa, Sol e Westerveld rappresentavano icasticamente la relazione tra politiche di attivazione e diritti di protezione sociale dei disoccupati, nell’ambito di un’ampia analisi comparata sulla diffusione dei modelli di *workfare* e sul radicamento delle forme di *client contractualism* nell’ambito dei servizi per l’impiego. “*After all*” – così scrivevano in sintesi i due autori – “*social security is hierarchical, creates rights and imposes obligation, whereas contracting suggest a horizontal relationship and freedom of action*”¹. Da qui, appunto, la loro difficile convivenza.

Mi pare però che la stessa icastica espressione possa essere oggi utilmente recuperata per rappresentare i dilemmi che si aggrovigliano intorno alla “questione condizionalità”, segnati, per un verso, da non usuale intensità ed

* Intervento presentato e discusso al seminario sul tema “Condizionalità e diritto al lavoro”, organizzato da CNEL, Labchain, federalismi.it, Osservatorio sui processi di governo, Roma, 2 marzo 2023. La bibliografia sul tema – nazionale e internazionale – è veramente estesa; consapevole di avere un debito scientifico con i tanti altri non citati, indico nelle note che seguono soltanto gli autori esplicitamente citati ai quali, tuttavia, credo siano da affiancare almeno: LEONE, RINALDI, TOMEO, *Misure di contrasto alla povertà e condizionalità*, Angeli, 2017; GARBUIO, *Politiche del lavoro e condizionalità*, Giappichelli, 2022; TASCHINI, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, 2019.

¹ SOL, WESTERFLED (eds), *Contractualism in Employment Services. A New Form of Welfare State Governance*, Kluwer, 2005, p. 397.

estensione tematica ed enfattizzati, per altro verso, dalla retorica emozionale che condiziona il discorso pubblico, soprattutto quando orientato alla ricerca del consenso immediato. Per queste ragioni, e soprattutto per non legittimare una *condizionalità rancorosa*, innestata su evidenti pregiudizi ideologici ed esternata da espressioni di senso comune ma di scarso buon senso, credo che la questione sia da trattare con particolare prudenza analitica e valutativa.

A ben vedere, infatti, le ragioni del diritto si intrecciano qui non solo con problemi di ordine culturale – riguardanti la visione di società, di vita comune e quindi di bene comune, che si assume come metro di misura delle forme del nostro stare insieme – ma anche con più immediate e corpose problematiche connesse all’organizzazione dei servizi ed alla loro effettività in un mercato del lavoro frastagliato e frantumato da profonde fragilità. In verità, è difficile non condividere l’opinione di chi ha ritenuto che nel disegno della condizionalità sembrano trasparire “due tradizionali fenomeni delle nostre politiche pubbliche: idearle senza confrontarsi adeguatamente con la realtà e definire regole così stringenti da risultare inapplicabili”².

2. *Evoluzione funzionale*

Eppure, l’esistenza di sistemi di trasferimento monetario o di erogazione di servizi subordinati – quand’anche per via pattizia – a condizioni, oggettive o soggettive, relative a situazioni o ad azioni del soggetto beneficiario non può certo considerarsi una novità. Franco Liso³, ad esempio, ragionando sulla sentenza costituzionale 268/2007 relativa alle regole regionali pugliesi sullo stato di disoccupazione, ricordò la risalente presenza nell’ordinamento di forme attenuate di condizionalità segnalandone però, al contempo, la progressiva transizione da “elemento strettamente connaturato alla logica del sistema assicurativo” – e qui chiamato a certificare la non volontarietà dello stato di disoccupazione e quindi di fatto a confermare l’evento stesso tutelato dalla prestazione assicurativa – a “strumento di politiche mirate a dare concretizzazione al diritto al lavoro contemplato nella Carta costituzionale”.

² GORI, BERTOLUZZA, MAZZUCA, *Reddito di cittadinanza: un infuocato dibattito su una condizionalità apparente*, in *eticaeconomia.it*, menabò 12 luglio 2022 n. 176.

³ LISO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di stato di disoccupazione*, in *DRI*, 2008, p. 336.

Da una iniziale funzione *certificativa* la condizionalità viene così ad assumere più ampie e significative valenze *proattive* concorrendo ad implementare in concreto l'impegno che l'art. 4 Cost., nel suo comma 1, affida alla Repubblica: quello, cioè, di rendere "effettivo" un diritto al lavoro che lo stesso articolo riferisce peraltro a "tutti i cittadini". Subordinare a condizione la nascita di un dato diritto o le relative modalità di esercizio appare funzionale a rendere effettivo (e si spera anche efficace) il processo di attivazione del soggetto fragile sul mercato del lavoro impegnandolo a valutare seriamente e responsabilmente la presa in carico da parte dei servizi per l'impiego. Se coazione c'è, essa appare finalizzata a realizzare procedure proattive di recupero alla vita attiva di chi il lavoro ha perso o non ha mai avuto.

A ben vedere, è proprio in questa progressiva estensione del perimetro applicativo che si annida il carattere *disruptive* della condizionalità, sia come principio conformativo dell'agire sociale, sia come regola prescrittiva di protezione sociale. In altri termini, l'estensione e la differenziazione funzionale della condizionalità si accompagnano – in una correlazione biunivoca – al cambio di paradigma dei modelli di protezione sociale segnato, nella sintesi efficace offerta da Wacquant⁴, dal processo di transizione dal "*protective welfare*" al "*corrective workfare*", il primo considerato categoricamente "*as a matter of right*", il secondo caratterizzato dal fatto che "*social assistance is made conditional upon submission to flexible employment and entails specific behavioural mandates*".

In questo scenario evolutivo, la configurazione "*right-based*" della protezione sociale⁵, radicata nel lavoro di T.H. Marshall sul *welfare state* come progressiva espansione dei diritti sociali dei cittadini, cede il passo ad un sistema di "*work-based welfare conditionality*": "*with rights – si afferma – comes responsibilities*" ed in primo luogo la responsabilità di assumere "*behavioral conditions*" utili a sostenere la partecipazione attiva al mercato del lavoro. Lo *status*, insomma, è definitivamente sostituito dal contratto e gli "*entitlements*" dai "*conditional rights*"⁶.

Questa frattura regolativa (à la Sassen) ha determinato approcci interpretativi e valutativi profondamente differenti tra loro ma tutti accomunati dall'evidente e stringente correlazione tra tecnologia (giuridica) e ideologia

⁴ WACQUANT, *Three steps to a historical anthropology of actually existing neoliberalism*, in SA, 2012, p. 72.

⁵ WATSON, *Does Welfare Conditionality Reduce Democratic Participation?*, in CPS, 2015, p. 646.

⁶ DWYER, *Punitive and ineffective: benefit sanctions within social security*, in JSSL, 2018, p. 1542.

(politica), molte volte ridotta, tuttavia, ad una radicale e strumentale subordinazione della prima alla seconda. Ovviamente, non intendo qui rivendicare una impossibile neutralità del giurista, quanto piuttosto segnalare la necessità per il giurista stesso (e direi, ancor prima e ancor di più, per il legislatore) di acquisire maggiore e migliore consapevolezza non solo in ordine alla complessità non lineare dei sistemi sociali in cui le norme sono chiamate ad operare, ma anche sul valore del lavoro come esperienza propria dell'essere umano, riconducibile, ma non riducibile, a scambio contrattuale di un mero valore patrimoniale.

Fenomeni recenti, conosciuti come *great resignation* e *quite quitting*, richiamano l'attenzione, anche del giurista, sulla necessità di ripensare il senso antropologico del lavoro, e quindi la funzione stessa delle sue regole, in un contesto (professionale, sociale e personale) segnato dalle grandi transizioni in cui tutti siamo immersi. Transizioni che non è possibile ricondurre e ridurre alla sola dimensione della trasformazione tecnologica in azienda e che proprio per questo carattere radicalmente sistemico invocano un necessario cambio di *mindset*, di paradigma conoscitivo, e quindi regolativo, idoneo ad assicurare anche nel nuovo contesto i valori costituzionali che impregnano il lavoro e il suo diritto.

Ciò premesso – consapevole che la riflessione sul punto si è sviluppata in altri contesti ordinamentali ben prima che da noi e dell'impossibilità di rappresentare nel breve tempo concesso un dibattito veramente esteso e profondo – mi pare ragionevole riassumere le diverse prospettive interpretative aggregandole in due grandi macroaree.

3. Valutazioni antagoniste

In una prima possono essere agevolmente ricondotti gli orientamenti “antagonisti” nei confronti della stessa ridefinizione delle politiche sociali. Di queste, infatti, si afferma che, “*instead of protecting society from market forces*”, appaiono ora utilizzate “*as a tool to actively commodify labor*”⁷. Nella prospettiva antagonista i modelli di condizionalità *work-based* sarebbero in realtà orientati ad imporre l'assunzione di una “*disciplinary agenda that emphasises self-mastery, wage work and uses state authority to cultivate market rela-*

⁷ WATSON, *Does Welfare Conditionality*, op. loc. cit.

tions”⁸. Da un punto di vista più strettamente giuridico, si ritiene, in buona sostanza, che “*when we combine the right to work and the right to social security, it follows that it is no longer acceptable to require a person to offer his physical capacities to some form of organized employment in direct return for public support*”⁹. Seguendo questo percorso argomentativo si è giunti ad affermare che “*workfare is a violent form of forced labour that also permits employers to breach health and safety laws with impunity, injuring and killing unpaid workers*”.

Nella stessa logica, dall’esistenza di un apparato sanzionatorio posto a presidio della effettività delle politiche di attivazione, alcuni deducono non solo l’esistenza di una preferenza politica “*for punishing claimants instead of meeting their needs*”¹⁰, ma anche una sostanziale “*criminalization of poverty*” che a sua volta “*highlights economically and legally institutionalized ideologies of neoliberalism, racism, sexism and the dehumanization of the poor*”¹¹.

Credo siano sufficienti questi stringati richiami per dare ragione della qualificazione come “antagonista” dell’orientamento che nelle condizionalità intravede una radicale contraddizione con il carattere proprio del welfare come tradizionalmente conosciuto, cioè innervato nella logica dei diritti derivanti dalla status, subordinandolo invece ad un approccio contrattualistico che valorizza lo scambio lavoristico come elemento di integrazione sociale, qualunque sia il relativo costo in termini di qualità del lavoro e dignità del lavoratore, e che sanziona duramente comportamenti devianti da tale standard. In questo senso si comprende perché le condizionalità sono considerate a stregua di strumenti di disciplinamento sociale in senso proprio, tali cioè, per usare le parole di Oestreich¹², da assicurare il “mutamento strutturale del profilo spirituale, morale e psicologico dell’uomo politico, militare ed economico” attraverso la coercizione statale.

⁸ SOSS, FORDING, SCHRAM, *Disciplining the poor: Neoliberal paternalism and the persistent power of race*, UCP, 2011.

⁹ VONK, *Hunger as a policy instrument? Some reflections on workfare and forced labour*, 2009, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1342417>.

¹⁰ KNEPPER, *Criminology and social policy*, Sage, 2007.

¹¹ GUSTAFSON, *The criminalization of poverty*, in *JCLC*, 2009, p. 643.

¹² SCHULZE, *Il concetto di “disciplinamento sociale nella prima età moderna” in Gerhard Oestreich*, in *Annali dell’Istituto Storico Italo-Germanico in Trento*, 1992, 371.

4. Valutazioni realistiche

Per altro verso, è però possibile individuare una lettura alternativa caratterizzata da un orientamento per così dire “realista”. Emblematico, da questo punto di vista, il titolo stesso della legge di riforma del sistema americano di protezione sociale introdotto nel 1996 sulla base di un’iniziativa avviata dal repubblicano Clay Shaw ma conclusa poi da Bill Clinton: “*Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*”, legge, questa, ufficialmente presentata dalle autorità governative come “*a comprehensive bipartisan welfare reform plan that will dramatically change the nation’s welfare system into one that requires work in exchange for time-limited assistance*”¹³.

In effetti la riforma intendeva realizzare, già nel titolo, una sintesi – anzi, testualmente, una riconciliazione – tra l’orientamento democratico a favore delle politiche di attivazione e l’attenzione repubblicana per la valorizzazione della responsabilità individuale. A ben vedere, in effetti, esaltazione della responsabilità dell’individuo (con conseguente compressione dell’intervento pubblico) e ristrutturazione dei servizi per l’inserimento attivo (superandone la tradizionale prospettiva doganale e burocratica) sono i poli concettuali, non antitetici ma nemmeno pienamente sovrapponibili, che storicamente giustificano – nel tempo e nello spazio – la creazione di sistemi di condizionalità *work-based*.

Nella prospettiva più risalente nel tempo, ad esempio, il lavoro – o meglio, l’obbligo di fare connesso al beneficio accordato – risultava enfatizzato come strumento per temprare il carattere o addirittura esaltato come minaccioso deterrente, come ben illustrato dai coniugi Webb¹⁴ a giudizio dei quali soltanto la “*direst necessity*” avrebbe spinto una persona ad accedere al servizio offerto dalle *workhouse* britanniche. Nelle prospettive più recenti sono più frequentemente, e a mio avviso anche correttamente, sottolineati il rischio sopportato dalla persona che non lavora di essere depauperato nella e sua capacità e potenzialità per la forzata inattività connessa alla disoccupazione nonché gli effetti negativi, già sul piano esistenziale, derivanti dalla prolungata assenza dal mondo del lavoro. Non mancano, tuttavia, e probabilmente risultano ampiamente diffuse nel sentire comune, prospettive più

¹³ Office of the Assistant Secretary for Planning and Evaluation (ASPE), <https://aspe.-hhs.gov/reports/personal-responsibility-work-opportunity-reconciliation-act-1996>.

¹⁴ WEBB S., WEBB B., *English poor law History. Part I. The old Poor Law*, London, F.Coss & Co., 1927, p. 243.

attente alla relazione di reciprocità tra prestazione sociale (erogata e finanziata con le risorse pubbliche) e impegno meritevole richiesto all'interessato (sul piano professionale o personale).

5. *Valutazioni realistiche*

In effetti, ferma restando la possibilità di azzardo morale e di comportamenti individuali illegali e quindi la necessità di introdurre adeguati strumenti di controllo al fine di evitare situazioni di abuso e di violazione della dignità di chi lavora, credo sia da riconoscere che il lavoro, come esperienza umana e sociale, presenti una eccedenza di senso tale da non poter essere facilmente surrogato da un trasferimento monetario più o meno consistente.

Il lavoro è senza dubbio alcuno lo strumento di acquisizione di un reddito utile per acquistare un pacchetto di beni di cittadinanza, ma è anche strumento per contribuire allo sviluppo, morale o materiale, della comune città e strumento di realizzazione delle proprie possibilità, dei propri talenti. Come ha scritto recentemente Marianna Filandri, “il lavoro (...) soddisfa non solo la necessità di reddito e sicurezza economica, ma concerne anche più complessi bisogni di tipo personale, sociale e simbolico che stanno alla base del benessere individuale”¹⁵.

In qualche misura è proprio questa stessa eccedenza di senso del lavoro come esperienza umana a consentire di attribuire alla regola di condizionalità funzioni differenziate, dal momento che il lavoro richiesto per beneficiare della prestazione di protezione sociale può risultare funzionale ad agevolare l'azione pubblica destinata a promuovere il reingresso nel mercato del lavoro oppure funzionale ad assicurare il mantenimento di una dimensione di vita attiva segnata da relazionalità sociale e rafforzamento della propria dimensione identitaria oppure ancora a fondare la disponibilità a restituire alla comunità di appartenenza un impegno sociale e solidale. Funzioni, tutte queste, non alternative tra di loro pur essendo – a ben vedere – riconducibili a differenti ambiti costituzionalmente significativi. In qualche misura potrebbe dirsi che la funzione della regola di condizionalità ha subito non solo una evoluzione sul piano diacronico, ma anche un arricchimento sul piano sin-

¹⁵ FILANDRI, *Lavorare non basta*, Laterza, 2022, p. 3.

cronico, essendo chiamata ad operare per realizzare fini differenti ma non alternativi in quanto tutti radicati nel tessuto costituzionale.

Forse vale la pena ricordare ancora una volta che “dietro le parole non stanno cose, ma sta l’intera catena e vicenda delle pratiche di vita e di sapere umane”¹⁶. Una catena, però, che nel caso del lavoro risulta spesso oscurata dalla relativa considerazione come mero oggetto di scambio contrattuale, laddove invece è proprio la Costituzione a restituirne la complessità come dimostra una lettura aperta dell’art. 4 nei suoi due commi.

6. Corti

Comunque sia, pare esservi ormai una sostanziale accettazione dei sistemi condizionali “*work-based*” e un eguale rifiuto a considerare il “*work in exchange for time-limited assistance*” come forzato od obbligato. Per la verità si tratta di una acquisizione risalente nel tempo. Basti pensare alla sentenza *Brogan vs. San Mateo County* emessa nel 1990 dalla Corte di Appello federale americana per il nono circuito che consacra due principi stabilmente poi reiterati nel tempo: il primo riconosce che “*State work programs are one valid way of encouraging the recipients of public assistance to return to gainful employment*”; il secondo afferma che la richiesta di svolgere attività lavorativa “*not constitute involuntary servitude or peonage*”, che invece si ha “*when an individual coerces another into his service by improper or wrongful conduct that is intended to cause, and does cause, the other person to believe that he or she has no alternative but to perform the labor*”.

Egualemente credo valga la pena ricordare fra le tante la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito nella causa *R (Reilly and Wilson) vs. Secretary of State for Work and Pensions*, del 2013, anche per il riepilogo in motivazione dei precedenti più significativi di varie giurisdizioni. Fra questi ne segnalo due in particolare.

Ne richiamo uno per il fatto di essere stato oggetto di giudizio dinanzi alla CEDU nel lontano 1976: si tratta del caso *X vs. Netherlands* relativo ad un lavoratore specializzato nell’industria delle costruzioni che aveva rifiutato un lavoro considerato non adatto alle qualificazioni possedute e “*socially demeaning*”. La Corte però ritenne che la libertà del lavoratore di rifiutare il

¹⁶ SINI, *Del viver bene*, Jaca Book, 2021, p. 47.

lavoro proposto impedisse di affermarne il carattere obbligatorio e fosse sufficiente per ricondurre la condizionalità a mero presupposto per beneficiare dell'indennità di disoccupazione.

Un secondo precedente va ricordato, se non altro per il fatto di essere fra i più citati in letteratura: si tratta del caso *Talmon vs. Netherlands* del 1997 in cui ricorrente era uno scienziato che lamentava la riduzione della indennità di disoccupazione per il suo rifiuto di accettare un lavoro ritenuto non idoneo.

Insomma, non suscita certo meraviglia alcuna che la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 215 del 2014) abbia riconosciuto la conformità a Costituzione delle “regole, con cui, nel rispetto degli altri precetti e principi costituzionali, viene condizionata l'insorgenza di dati diritti o di questi è disciplinato l'esercizio”.

7. *Condizionalità e solidarietà*

A ben vedere, la complessità delle vicende disciplinate richiede – come usuale – una significativa capacità di bilanciamento armonico tra valori, principi e regole, e impone di rinunciare fin da subito alla pretesa egemonica di approcci monistici. Il che significa, a ben vedere, che è radicalmente errato porre in alternativa trasferimenti monetari e pratiche di attivazione, e che anzi appare necessario valorizzare una integrazione reciproca e rafforzata delle due dimensioni.

In una prospettiva pertinente di bilanciamento, infatti, non è sufficiente assumere soltanto come parametro di riferimento costituzionale il solo l'art. 4, comma 1, là dove peraltro scelta soggettiva e possibilità oggettive sembrano già porsi in equilibrio dinamico come dinamico e instabile è il mercato stesso. E nemmeno soltanto vale l'art. 4, comma 2, deducendo da questo un dovere (reale, non soltanto “morale” alla stregua di quanto previsto dall'art. 163 della Costituzione di Weimar) a svolgere attività lavorativa quasi come restituzione alla collettiva di quanto ricevuto in termini di prestazione finanziaria o di servizio erogato.

Semmai è necessario a mio avviso rivalutare la portata significativa dell'art. 2 della Costituzione, là dove afferma che la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, che concorrono a fondare e a rafforzare quella rete di relazioni che costituisce

una comunità. Ed è a solidarietà che deve dunque essere improntato il comportamento di ciascuno dei consociati, anche di quelli le cui vite per varie ragioni sono segnate da fragilità. È il legame sociale innervato nel principio di solidarietà a giustificare una *condizionalità armonica, non rancorosa*, che aiuti le persone in situazione di fragilità a realizzare il “pieno sviluppo della persona umana” e questo non può darsi senza condizioni di contesto tali da garantire “l’effettiva partecipazione (...) all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Il pieno sviluppo della persona umana, nella concretezza della sua esperienza storica e non dell’astrattezza della sua raffigurazione ideale, è proprio ciò che si definisce bene comune e che fonda la vita di una comunità, termine, questo, spesso negletto dal diritto del lavoro ma che forse è necessario ora riprendere in seria considerazione.

Considerata in questa prospettiva, la questione non riguarda quindi la condizionalità in sé quanto semmai la sua concreta e variabile conformazione. Come è stato affermato in recenti ricerche sul campo è proprio su questo versante che si dimostrano i limiti di una condizionalità esistente solo sul piano teorico, che a sua volta ha determinato un acceso confronto di prospettive teoriche. Consapevole di ciò mi avvio alla conclusione segnando in modo stringato alcune soltanto tra le tante direttrici di azione e regolazione che dovrebbero essere prese in seria considerazione al fine di temperare il rischio che la condizionalità determini effetti avversi o peggio si trasformi in condizionalità rancorosa.

8. *Per una condizionalità presa sul serio*

Una *condizionalità presa sul serio* considera il *contesto più importante del testo*. Intendo sottolineare non solo e neppure tanto l’importanza delle concrete condizioni del mercato del lavoro (anzi, al plurale, dei mercati) che possono incidere sull’effettività delle prescrizioni normative, quanto piuttosto il fatto che il sistema delle condizionalità può funzionare soltanto se e quando l’assetto organizzativo ed amministrativo di supporto sia in grado di assicurarne una adeguata ed effettiva esecuzione. Nell’attuale situazione, considerando la situazione di sofferenza dei servizi per l’impiego ormai tanto nota da non dover essere qui trattata, questa è la condizione più difficile da realizzare. E tuttavia la funzionalità dei servizi – presupposto necessario ed essenziale, ma chiaramente non sufficiente – è tema che rinvia ad altre

questioni che qui posso soltanto segnalare soltanto: una relativa agli effetti delle differenziazioni regionali in materia, tali da pregiudicare l'omogeneità dei livelli essenziali di prestazioni sul territorio nazionale; l'altra e correlata riguardante la necessaria rivalutazione e incentivazione del ruolo dei soggetti privati nell'erogazione dei servizi, anche nei territori a maggiore densità di condizioni di fragilità. Se non si affrontano questi due profili, la discussione sulla congruità dell'offerta di lavoro congrua evidentemente rischia di risultare puramente astratta.

Una condizionalità presa sul serio considera *il disoccupato più importante della disoccupazione*. Se i sistemi di condizionalità *work-based* trovano ragione e senso nella prospettiva delle politiche di attivazione, allora ne segue che l'effettività delle stesse dipende in misura significativa dalla capacità delle strutture burocratiche di operare con una logica e con modalità di azione concretamente individualizzanti¹⁷. Il patto, da questo punto di vista, non può essere ridotto ad un mero adempimento burocratico¹⁸, ma esprime proprio l'esigenza di individualizzazione del servizio e rappresenta la base di dati effettiva per l'avvio di politiche di attivazione. Senza un percorso di attivazione individualizzato, la condizionalità si limita a svolgere una funzione di deterrente per evitare azzardi morali e comportamenti acquisiti, pure ben noti alle cronache.

Ancora, una condizionalità presa sul serio considera *le competenze più importanti della competenza*. Ciò vale in duplice senso.

Intendo dire che la presa in carico del soggetto fragile per via dell'introduzione di percorsi di attivazione e responsabilizzazione individualizzanti può ragionevolmente presentare una possibilità di successo se e solo se assunta da personale adeguatamente formato e competente e se e solo se orientata a formare competenze effettivamente richieste dalle imprese, evitando di verniciare con politiche attive fittizie azioni che invece possono essere ricondotte a mere politiche passive. Viceversa, a me pare che l'approccio usuale sia più preoccupato nell'identificare l'ufficio competente al "disbrigo della pratica" amministrativa anche prescindendo da una più attenta valutazione delle competenze specifiche del personale impegnato. Ond'è che il disoccupato ritrova come interlocutore un addetto *front-office* laddove invece

¹⁷ GARBUIO, *L'offerta congrua di lavoro nel prisma del principio di condizionalità: tra parametri oggettivi e necessarie implicazioni soggettive*, in *RDSS*, 2019, p. 575.

¹⁸ VISCOMI, *Servizi per l'impiego: i "patti di servizio"*, in questa rivista, 2007, p. 63.

avrebbe bisogno di figure di accompagnamento in grado di comprendere e intervenire nella concreta esperienza personale e professionale.

La necessaria valorizzazione dei patti individuali come strumento di orientamento e accompagnamento per il recupero professionale dell'interessato, e ancor più come strumento concreto ed effettivo di individualizzazione delle politiche sociali, anche grazie all'intervento di una struttura tecnica, presuppone la presenza di personale in possesso delle informazioni di contesto adeguate e idoneo a formulare un progetto di reinserimento sociale o lavorativo, capace cioè di svolgere la propria funzione non in modo doganale e certificatorio, ma in guisa tale da porsi come mentore del soggetto fragile. Al contempo, l'attivazione del disoccupato non può essere riguardata solo nella prospettiva dell'interesse individuale al lavoro, ma semmai in quella più ampia di sostegno e promozione dell'attività di impresa, soprattutto nella consapevolezza – oggi ampiamente diffusa – del bisogno di azioni di *up/re-skilling* orientate alla transizione digitale ed ecologica.

Una condizionalità non rancorosa opera nella consapevolezza che *premiare è meglio che punire*, premiare comportamenti virtuosi è più efficace che sanzionare comportamenti ritenuti errati, consentire di incrementare il reddito percepito cumulando in tutto o in parte retribuzione e prestazione sociale è più efficace che stabilirne la reciproca incompatibilità che in genere produce, come è ben noto, un incremento del lavoro non dichiarato. Con un effetto ulteriore: la costante delegittimazione delle regole e degli apparati derivante dalla previsione di conseguenze negative per il mancato rispetto delle diverse previsioni di condizionalità, quando queste non tengano conto né della capacità degli apparati di operare in contesti oltremodo difficili, né delle diverse situazioni di fragilità e disagio su cui si propongono di intervenire. Purtroppo, però, da qualche anno assistiamo nel nostro paese ad un rirgurgito punitivo che preferisce innalzare le pene edittali piuttosto che operare sulle cause da cui prendono abbrivio certi fenomeni.

Una condizionalità presa sul serio, e concludo, è insomma costruita tenendo conto che *l'organizzazione è più importante della regolazione*, perché solo una organizzazione efficiente può veramente rendere effettivo l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli di cui parla l'art. 3 della Cost. come presupposto per dare senso alla previsione immediatamente successiva nel testo costituzionale che impegna la stessa Repubblica a promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro di ciascun cittadino.

Per questo, abbiamo ancora bisogno di una condizionalità non rancorosa e proattiva che trovi ragione e senso nella rimozione (art. 3) e nella promozione (art. 4) di cui parla la Costituzione e che per questo ritrovi la propria ragion d'essere nell'accompagnare la persona fuori dalle condizioni di fragilità assicurando il pieno sviluppo della persona (art. 2). Insomma, di fronte ad una condizionalità rancorosa, che genera ed è generata da fragilità e disagio, a me pare che ci sia ancora bisogno di farsi carico di quelle fragilità riaffermando le ragioni di una condizionalità proattiva e costruendo modelli organizzativi idonei a realizzare in concreto l'impegno costituzionale a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

Keywords

Condizionalità, sistema di protezione sociale, principio di solidarietà.

Conditionality, social protection system, principle of solidarity.

notizie sugli autori

Angelo Abignente

Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Napoli Federico II

Annamaria Donini

Associato di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore

Michele Faioli

Associato di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore

Gaetano Natullo

Ordinario di Diritto del lavoro, Università del Sannio - Benevento

Mario Rusciano

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Jacopo Sanchez Codoni

Avvocato del Foro di Brescia

Raffaello Santagata de Castro

Associato di Diritto del lavoro, Università della Campania "L. Vanvitelli"

Antonio Viscomi

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Magna Græcia di Catanzaro

Matteo Vricella

Assegnista di ricerca, Università di Brescia e Avvocato del Foro di Brescia

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.dd.ll.mm.eu.

Finito di stampare nel mese di luglio 2023
dalla Grafica Elettronica (Na)

