

indice

editoriale

- 189 MARIELLA MAGNANI
Politiche del lavoro tra segni e bisogni

saggi

- 193 CARLO CESTER
Per una rilettura delle “Lezioni di diritto del lavoro” di Renato Scognamiglio
- 211 DOMENICO CARRIERI
Il lavoro nella digitalizzazione
- 237 GIOVANNI GUGLIELMO CRUDELI
La “class action” nelle controversie di lavoro alla prova della giurisprudenza
- 263 CLAUDIA MURENA
Da Alitalia a Ita: i diritti dei lavoratori “prendono il volo”
- 291 PIETRO LAMBERTUCCI
Libertà e rappresentanza sindacale degli appartenenti ai corpi militari: osservazioni sulla legge 46 del 2022

giurisprudenza

- 313 EDOARDO ALES
La Corte di giustizia torna sul lavoro autonomo: un’occasione persa
(Commento Corte di Giustizia UE 12 gennaio 2023 C-356/21)
- 331 MAURA RANIERI
La Corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi
(Commento Corte di Giustizia UE 12 gennaio 2023 C-356/21)

osservatorio

- 347 LUCIA D'ARCANGELO
Diritti d'informazione e dati personali nel lavoro automatizzato. Rilevi sistematici sulla normativa applicabile

lavoro e ... cinema

- 373 LORENZO ZOPPOLI
After Work. Sul valore del lavoro dopo il Lavoro

377 *Notizie sugli autori*

379 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 189 MARIELLA MAGNANI
Labour Policies Between Signs and Needs

essays

- 193 CARLO CESTER
For a Re-reading of “Lezioni di diritto del lavoro” by Renato Scognamiglio
- 211 DOMENICO CARRIERI
Work in Digitalisation
- 237 GIOVANNI GUGLIELMO CRUDELI
The Class Action in Labour Disputes to the Test of Jurisprudence
- 263 CLAUDIA MURENA
From Alitalia to Ita: Workers’ Rights ‘Take Flight’
- 291 PIETRO LAMBERTUCCI
Freedom and Union Representation of Military Corps Members: Observations on Act 46 of 2022

case law

- 313 MAURA RANIERI
The Court of Justice on Anti-Discrimination Law and the Self-Employed
- 331 EDOARDO ALES
The Court of Justice Returns to Self-employment: a Missed Opportunity

observatory

347 LUCIA D'ARCANGELO

Information Rights and Personal Data in Automated Work. Systematic Relief on Applicable Law

labour and ... cinema

373 LORENZO ZOPPOLI

After Work. On the Value of Work after Labour

377 *Authors' information*

379 *Abbreviations*

Mariella Magnani

Politiche del lavoro tra segni e bisogni

1. Nell'attesa, tra l'incuriosito e il preoccupato, di rispondere ai molti interrogativi su quali saranno le politiche del lavoro del neonato governo di centrodestra, l'attenzione si è subito concentrata sul recente decreto lavoro, nel momento in cui si scrive ancora in fase di conversione, dal contenuto più strutturato rispetto ad altri interventi legislativi che pure l'hanno preceduto.

A parte la previsione dell'esaurimento del reddito di cittadinanza e l'ampliamento della possibilità di ricorrere al lavoro occasionale, secondo quanto previsto dal programma di governo, deve essere ricordata come emblematica dell'attenzione prestata all'ampia fetta del lavoro autonomo la legge sull'equo compenso delle prestazioni professionali (l. 21 aprile 2023 n. 49), forse non casualmente entrata in vigore il 20 maggio 2023. Certo, si tratta di una legge di iniziativa parlamentare, prima firmataria on. Meloni; tuttavia, l'accelerazione nell'iter della sua approvazione è del tutto sintonica con l'attenzione prestata dal governo al mondo del lavoro autonomo e delle libere professioni.

Col d.l. 4 maggio 2023 n. 48, poi, l'attenzione si è essenzialmente spostata sul lavoro dipendente. Il decreto consiste di un insieme di norme su temi eterogenei, da molti criticato proprio per questo. Tra le misure previste, tre mi appaiono le più significative.

La prima concerne la riduzione (temporanea) del cd. cuneo fiscale dal 1° luglio al 31 dicembre 2023. Si tratta di un segnale importante ma, appunto, per ora solo un segnale, dato il carattere temporaneo della riduzione, attesa l'insufficienza dei fondi disponibili. Sebbene costituisca una misura largamente condivisa, sulla relativa efficacia pesa inevitabilmente il suo carattere non strutturale.

La seconda misura degna di rilievo concerne la normativa sui contratti

a termine. Essa lascia intatta l'impostazione precedente, consegnataci dal decreto dignità. Per i contratti superiori a dodici mesi e per proroghe oltre questo termine nonché per i rinnovi la cd. causale non viene meno, ma la sua individuazione viene, in prima battuta, demandata ai contratti collettivi di cui all'art. 51, del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 e, solo in mancanza di essi, alla contrattazione individuale.

È dunque smentita la comune ricostruzione mediatica per cui il contratto a termine sarebbe stato liberalizzato; e ciò perché permane non solo il limite massimo di durata, ma pure il requisito, di per sé non necessario alla luce della normativa comunitaria, della presenza di una causale per il suo prolungamento rispetto alla durata di dodici mesi.

L'intento è sicuramente semplificatore; tuttavia l'innovazione rischia di non raggiungere lo scopo perché, a fronte degli incerti esiti della contrattazione collettiva, il rinvio all'autonomia individuale è solo apparentemente liberalizzante. Il riferimento alle "esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti" rischia di dare la stura a quel pernicioso contenzioso giudiziale che già abbiamo conosciuto nei decenni passati, quando la validità del contratto a termine era assoggettata al cd. "causalone", cioè, appunto, alla sussistenza delle stesse cause oggi previste per la proroga (v. d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368).

Essa comunque – e qui torniamo ai segni – sembra esprimere la tendenza a dare valore al contratto individuale nella regolazione dei rapporti di lavoro e, più in generale, rispondere alle spinte all'individualizzazione dei rapporti emergenti non solo nel mondo del lavoro, ma anche in altri aspetti della società e della vita attuale.

Ovviamente non si può aprire qui il capitolo del ruolo dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro riandando alle origini del dibattito e al tentativo effettuato già nei primi anni '90, in ben altro contesto normativo, di valorizzarla contro la colonizzazione dell'individuo da parte degli apparati e delle strutture dello Stato sociale.

Basterà osservare che l'importanza della fonte individuale era stata teorizzata nel cd. Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001 e ha trovato diseguali riconoscimenti nella legislazione successiva, specie nella forma dell'autonomia individuale assistita al fine di garantire l'autenticità del consenso del lavoratore (si pensi alle cc.dd. clausole elastiche nel part-time o alla deroga all'art. 2103 cod. civ. là dove ricorrono gli interessi del prestatore tippizzati dalla legge).

Nel nostro caso, tuttavia, il rinvio all'accordo individuale, in mancanza delle disposizioni dei contratti collettivi, subisce la pesante ipoteca dell'atteggiamento, più o meno sorvegliato, che potranno assumere i giudici; ed in questo senso si è parlato di "segni" e di ottica "apparentemente liberalizzante".

La terza misura concerne la nuova regolamentazione del reddito minimo. Conosciamo tutti le ragioni pro e contro la previsione del reddito minimo. Ci basterà dire che la sua configurazione concreta dovrà fare i conti con la recente raccomandazione del Consiglio europeo del gennaio 2023 (2023/C41/01) diretta a sostenere e ad integrare le politiche degli Stati membri in questa materia.

Le indicazioni della raccomandazione, per quanto si tratti esclusivamente di *soft law*, sono alquanto significative e alcune di esse particolarmente rilevanti per la normativa italiana: si pensi, per fare solo un esempio, alle restrizioni nell'accesso ai benefici basate sulla durata della residenza e della cittadinanza.

2. La politica emergente da questi primi interventi è quella dei piccoli passi in un'ottica più semplificatrice, e talora emergenziale, che veramente riformatrice. Del resto, abbiamo già avuto una stagione di grandi riforme del diritto del lavoro in tempi ravvicinati. La mente corre ovviamente al cd. Jobs Act che, in un ambizioso programma di riforma della disciplina del rapporto di lavoro e del mercato del lavoro, ha toccato tutti gli snodi della materia, delineandone un nuovo impianto. Ne sono rimaste fuori, e non a caso trattandosi di materie grandemente controverse, solo le questioni della rappresentanza sindacale e dei rapporti collettivi.

Intendiamo: l'ottica della semplificazione, quando sia veramente tale, cioè in primo luogo attuata con soluzioni tecniche appropriate, non è per nulla trascurabile né tanto meno disprezzabile. Sono vent'anni che la semplificazione viene invocata soprattutto per fare fronte alle esigenze delle piccole e medie imprese: tant'è che ogni provvedimento normativo dovrebbe essere sottoposto al test delle PMI, come suggerito da una risoluzione del Parlamento europeo risalente al 2009.

Occorre tuttavia essere consapevoli che ciò non basta e che restano sullo sfondo questioni già presenti ma non toccate nelle precedenti stagioni e questioni recentemente emerse o in via di emersione con particolare evidenza: dalla misurazione della rappresentatività sindacale agli strumenti di contrasto

alla povertà lavorativa, che non possono esaurirsi nella giusta ma insufficiente riduzione del cd. cuneo fiscale.

L'urgenza, in particolare, della questione salariale, oggi ulteriormente aggravata dall'inflazione, è stata messa in luce da ultimo dal governatore della Banca d'Italia, che si è spinto a proporre, quale specifica soluzione, quella del salario minimo, che “*definito con il necessario equilibrio, può rispondere a non trascurabili esigenze di giustizia sociale*”. Sebbene le politiche di contrasto al lavoro povero non si riducano al salario minimo, non vi è dubbio che esso ne costituisca il nucleo centrale, come è stato evidenziato anche dalla Commissione istituita dal Ministro del lavoro nel 2021 allo scopo di proporre “*interventi e misure di contrasto alla povertà lavorativa*”. È evidente, ad esempio, che la corresponsione di *in-work benefits* (vale a dire trasferimenti monetari a chi lavora) ha un effetto sui redditi dei lavoratori solo in presenza di minimi salariali e di controlli sul loro rispetto, nonché su eventuali comportamenti opportunistici di imprese e lavoratori. Allo stesso modo, la creazione di incentivi per le imprese al pagamento di salari adeguati e di un meccanismo informativo efficace per lavoratrici e lavoratori sull'accesso a misure di sostegno al reddito e sulle proprie aspettative pensionistiche ha effetti apprezzabili sui redditi di lavoro in presenza di un sistema di minimi salariali semplice e leggibile (si tratta di una delle proposte del gruppo di lavoro di cui sopra).

Stupisce lo stallo ideologico e conservatore che affligge la discussione sul salario minimo legale e che accomuna le associazioni sindacali e quelle datoriali, oltre che il ceto accademico e parte di quello politico. Stupisce che le indicazioni della Direttiva europea sui salari minimi adeguati (dir. 2022/2041 UE del 19 ottobre 2022) non siano valutate con la dovuta attenzione, trincerandosi dietro il *refrain* (non documentato) dell'ampio tasso di copertura che avrebbe in Italia la contrattazione collettiva: rilevazioni di esperti e della Banca d'Italia mostrano che in molti settori deboli dell'economia la copertura dei contratti collettivi nazionali non raggiunge la soglia dell'80% e che, inoltre, è alto il tasso di evasione e di erosione di molti contratti, anche di quelli conclusi fra parti sociali rappresentative. Stupisce che nel discorso sui diritti e sui “nuovi” diritti necessari nella rivoluzione tecnologica e in particolare digitale si obliteri quello per così dire primigenio: il diritto ad un'adeguata retribuzione.

Tra l'altro, non è “solo” una faccenda di diritti, ma di leale competizione tra le imprese e in definitiva di efficienza del Paese.

Carlo Cester

**Per una rilettura delle “Lezioni di diritto del lavoro”
di Renato Scognamiglio***

Sommario: **1.** Un ricordo. **2.** Le *Lezioni*. Caratteristiche generali: l’acontrattualismo di Scognamiglio. **3.** La rilevanza giuridica del lavoro e l’oggetto del diritto del lavoro. **4.** La nozione di subordinazione. La specialità del diritto del lavoro. **5.** Contenuto e costruzione sistematica del diritto del lavoro. **6.** Le fonti del diritto del lavoro. **7.** Considerazioni sparse.

I. Un ricordo

L’invito – che mi è stato rivolto e del quale sono grato e onorato – a rileggere le “*Lezioni di diritto del lavoro*” di Renato Scognamiglio è stimolante e al tempo stesso impegnativo. Stimolante perché le *Lezioni*, come tutti i testi classici, hanno la capacità di rigenerarsi e misurarsi anche su scenari socio-economici e giuridici profondamente mutati, lungo linee sistematiche che segnano il diritto del lavoro nei suoi snodi ricorrenti. Impegnativo perché parlarne qui a Napoli, dove la scuola giuslavoristica di Scognamiglio ha piantato le sue radici, e per di più davanti a prestigiosi esponenti di tale scuola, qualche rischio lo comporta. Ma la recente tendenza dei Seminari di rilettura dei classici a far parlare studiosi non appartenenti alla scuola – in vista di una riflessione più “laica” possibile sulle opere dei grandi Maestri del diritto del lavoro – almeno in parte mi rassicura. Senza contare che una qualche “parentela” la posso pur far valere, visto che tanto Renato Scognamiglio quanto il mio Maestro, Giuseppe Suppiej (ma anche Luigi Carraro, con il quale ho mosso i primi passi) erano tutti allievi del Maestro comune, e cioè di Fran-

* Relazione (in sintesi) svolta a Napoli il 21 ottobre 2022, nell’ambito dei Seminari per la rilettura dei classici, a cura del gruppo “SU & giù – giuslavoristi di Siena e Urbino”.

cesco Santoro Passarelli, che a Padova insegnò, fra le due guerre, per quasi dieci anni.

Ed è proprio a Padova che ebbi la ventura di incontrare per la prima volta (e ovviamente solo “da lontano”) Renato Scognamiglio, agli inizi degli anni '70, ai margini di una delle riunioni della direzione della Rivista di diritto civile. Tra i membri della direzione, con Alberto Trabucchi (che era il Direttore) e Luigi Carraro, oltre che con autorevolissimi giuristi di allora (Oppo, Rescigno, Allorio, Minervini), c'era anche Scognamiglio. Quando, finita la riunione, si trattennero nel corridoio dell'Istituto di diritto privato, Scognamiglio fece un lungo discorso; dopo i saluti di rito, quando gli altri se ne erano andati, Trabucchi chiese a Carraro se aveva capito qualcosa di quello che Scognamiglio aveva detto, ma Carraro rispose che non aveva capito una sola parola. Ma Scognamiglio era così, e quando parlava, come bene ha scritto Mario Rusciano, le parole gli si accavallavano, “come se la velocità del pensiero gli impedisse di scandirne l'espressione verbale”. Capirne l'eloquio era forse una forma di iniziazione alla comprensione delle sue riflessioni.

2. *Le Lezioni. Caratteristiche generali: l'accontrattualismo di Scognamiglio*

Le *Lezioni di diritto del lavoro* costituiscono il frutto dell'insegnamento di diritto del lavoro che Renato Scognamiglio tenne a Catania dal 1955 (dove aveva vinto la cattedra di diritto civile), ma furono pubblicate a Bari, dove egli poi si trasferì, nel 1963, in edizione litografata, cioè nella forma tradizionale delle “dispense”¹. Ho trovato questa prima edizione nella biblioteca privata che la famiglia Suppiej ha donato al Dipartimento di diritto privato dell'Università di Padova; era con le pagine ancora da tagliare (in effetti Suppiej citò nei suoi scritti le edizioni successive), quasi trasformando quella che

¹ Cfr. GAETA, *Brevi note sulle Lezioni di diritto del lavoro di Renato Scognamiglio*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Jovene, 2022, p. 1140. Nello stesso volume ricordo, in generale, i significativi contributi (sull'opera di Scognamiglio) di RUSCIANO, *Rilettura di Renato Scognamiglio e fondamenti del diritto del lavoro (nel centenario della nascita)*, p. 1395 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Il fondamento contrattuale o accontrattuale del rapporto di lavoro*, p. 1081 ss.; SANTONI, *La subordinazione socio-economica del lavoratore nel pensiero di Renato Scognamiglio: attualità di una prospettiva*, p. 1427 ss.; FERRARO, *A proposito della natura non contrattuale del rapporto di lavoro*, p. 1103 ss.; DE MARINIS, *Il “paradigma” del diritto del lavoro nella lezione di Renato Scognamiglio*, p. 1091 ss.

per me doveva essere una rilettura in una operazione esplorativa, di analisi delle radici.

Anche se derivanti da un corso di insegnamento, cioè dalla scuola, si fa davvero fatica a etichettare le *Lezioni* come un manuale. Si tratta infatti di un libro decisamente ostico per lo studente e, a ben guardare, non facile neppure per gli addetti ai lavori. Un libro pieno di astrazioni e costruzioni sistematiche più che di individuazione di “regole”, orientato a ricostruire le travi portanti del diritto del lavoro più che a dar conto della variegata disciplina normativa; il tutto con un linguaggio particolarmente denso e impegnativo. Insomma, una vera Parte generale (*Allgemeiner Teil*, come risulta espressamente dal sottotitolo) di alto profilo, da usare come strumento di lettura dell’apparato normativo², nel delicato rapporto fra principi e norme – o come altri ebbe poi a dire, fra *iura* e *leges*) – che sta alla base di ogni ricostruzione giuridica. Per Scognamiglio c’è – nel 1963! – una sovrabbondanza di norme, che impedisce di cogliere con chiarezza quelle dalle quali si può partire per una ricostruzione sistematica della materia: affermazione, questa, che ben a maggior ragione sarebbe da tenere in conto a fronte del successivo panorama normativo caratterizzato da una evidente ipertrofia, e ciò tanto nella lunga stagione della progressiva implementazione delle tutele, quanto in quella, anch’essa ormai lunga, del loro ridimensionamento, senza parlare delle tendenze espansive al di fuori della classica area della subordinazione che, se non riguardano appunto il tipo negoziale, contribuiscono peraltro a complicare il quadro regolativo.

In questa prospettiva, allora, meglio si comprende come l’opera di Scognamiglio si faccia apprezzare prima di tutto sotto il profilo metodologico e sistematico, per un percorso di ricerca che pur partendo necessariamente dalle norme – se così non fosse sarebbe stato tradito il metodo giuridico al quale Scognamiglio è sempre stato fedele – si è proposto come obiettivo quello di costruire un sistema, magari sulla lunghezza d’onda di quel “lavoro globale” che può costituire il filo rosso per la comprensione delle varie stagioni del diritto del lavoro.

Come ben noto, le *Lezioni* si caratterizzano, sia dal punto di vista metodologico, sia da quello dei contenuti, per l’opzione acontrattualistica come strumento di comprensione del fenomeno lavoro e dello stesso rapporto di lavoro. Una opzione che, ad una prima, sommaria impressione, potrebbe su-

² Ancora GAETA, *Brevi note*, cit., p. 1142.

scitare sorpresa, considerati i precedenti studi di Scognamiglio civilista, e il valido contributo che egli era riuscito a fornire proprio alla teoria del negozio giuridico all'inizio degli anni '50. In realtà, non c'è alcuna contraddizione. Da un lato, infatti, in quegli studi egli aveva sottoposto a serrata critica la concezione rigorosamente volontaristica del negozio, allora ancora predominante, esaltando, in contrario, la sua prospettiva oggettiva e funzionale. Dall'altro lato, nella costruzione giuslavoristica di Scognamiglio non vi è il rifiuto del contratto – Scognamiglio non è certo *anticontrattualista* – ma la convinzione che il contratto di lavoro sia insufficiente a sopportare il “peso” del lavoro subordinato e, come meglio oltre si vedrà, della situazione di soggezione del lavoratore (una situazione, peraltro, ricorrente anche nelle altre ipotesi caratterizzate da asimmetrie di poteri più o meno marcate). Fermo restando che la volontà dei privati non è la fonte diretta degli effetti negoziali, che si producono soltanto quando la legge lo consente, il contratto di lavoro è per Scognamiglio una sorta di lente deformante³ perché non riesce a cogliere la suddetta soggezione in tutte le sue dimensioni e conseguenze.

La matrice civilistica della costruzione di Scognamiglio emerge in modo chiaro, per via della scelta di quel metodo “realistico” ai sensi del quale si realizza la sintesi fra un elemento formale e uno materiale; dove i fatti e i rapporti reali, più che rappresentare la semplice fattispecie concreta cui applicare una certa disciplina normativa, si integrano nella stessa nozione di norma giuridica e il reale è inteso come l'elemento materiale del diritto⁴. Nell'ambito del fenomeno del lavoro, allora, mentre l'autodeterminazione dei singoli serve solo a costituire il rapporto, il momento centrale sta, per Scognamiglio, nella prospettiva di carattere sociale che con il contratto viene ad aprirsi, giusto in funzione di quell'elemento materiale che la qualifica: quell'assoggettamento del lavoratore al datore di lavoro che è la chiave di volta di quel fenomeno, non tanto, si ripete, come fattispecie concreta, quanto come elemento strutturale della costruzione giuridica del lavoro, in quella sintesi fra elemento formale e materiale di cui dicevo; e, poi, come carattere fondante e giustificativo della specialità del diritto del lavoro, giusto sul piano della realtà giuridica, e nel pieno rispetto dell'opzione metodologica “realista”.

³ Come egli avrebbe poi specificato nell'*Intervista* rilasciata a Pietro Ichino, in *RIDL*, 1994, I, p. 3 ss.

⁴ Per una recente rivisitazione del pensiero civilistico di Scognamiglio, cfr. BARCELLONA, *La teoria generale di Renato Scognamiglio*, in questa rivista, 2022, p. 247 ss.

3. *La rilevanza giuridica del lavoro e l'oggetto del diritto del lavoro*

Scognamiglio da subito avverte l'ambiguità di una ricerca orientata ad una visione unitaria del fenomeno lavoro, come attività genericamente produttiva di ricchezza, e tale perciò da ricomprendere anche il lavoro autonomo. Ciò perché la visione unitaria si serve essenzialmente del diritto comune, cioè del contratto, inteso – come è ovvio – come strumento di autoregolazione di interessi in condizioni di libertà ed eguaglianza formali, laddove invece il tratto caratteristico (sopra evidenziato) fornito dalla realtà materiale, e cioè l'assoggettamento del prestatore di lavoro conduce all'affermazione della specialità. Emerge da subito la irriducibilità della tradizionale composizione di interessi di carattere economico con i valori della persona coinvolti nel contratto, secondo la indimenticata lezione di Francesco Santoro Passarelli. E se le forme e gli strumenti della conoscenza devono adattarsi ai fenomeni reali e non viceversa, la carica innovativa della tutela del lavoratore come persona e come contraente debole induce l'esigenza di una diversificazione fra le varie forme di lavoro.

Il primo (e corposo) capitolo delle *Lezioni* va al cuore della costruzione sistematica, delineando l'oggetto del diritto del lavoro – cioè il lavoro subordinato – in tutte le sue molteplici sfaccettature. Già la scelta di fondo ha un chiaro valore ricostruttivo, come appena accennato, in quanto idonea ad isolare la ragion d'essere di questo ramo del diritto, dato da esigenze protettive che alterano l'asettico equilibrio di interessi della classica relazione contrattuale di contenuto economico. Segue poi, a dimostrazione della bontà di quella scelta, la meticolosa ricostruzione delle caratteristiche del lavoro subordinato e dei criteri di distinzione rispetto al contratto di lavoro autonomo: un terreno sul quale già la dottrina si era in qualche modo misurata, ma che nell'analisi di Scognamiglio diventa cruciale, in vista di una nozione di subordinazione legata alla dimensione realistica del metodo giuridico. Ciò che porta alla critica serrata della gran parte di quei criteri.

Anzitutto con riguardo al criterio distintivo dato dalle caratteristiche dell'obbligazione di lavoro: di attività (o mezzi) per il lavoro subordinato, nel quale vi è una semplice messa a disposizione di energie, e di risultato per il lavoro autonomo. Ma la distinzione, se rileva ai fini della determinazione dell'inadempimento imputabile, non rileva invece, secondo Scognamiglio, ai fini dell'inquadramento; senza contare che un profilo di autodeterminazione, in funzione di una serie possibile di risultati, sembra

immanente in ogni attività umana e che peraltro anche nei contratti d'opera può essere dedotta una semplice attività. Anche il criterio del rischio sembra non utilizzabile o comunque non sufficiente, perché a volte il rischio può risultare escluso dal lavoro autonomo e coinvolgere invece il lavoratore subordinato, cui non sempre può essere garantita la conservazione della retribuzione.

Neppure affidabili, secondo Scognamiglio, sono i richiami ai poteri di specificazione e conformazione, oltre che (e qui forse il discorso si fa più difficile) al potere disciplinare: soprattutto i primi, infatti, sono presenti anche in altre relazioni contrattuali, come l'appalto, o certi contratti associativi. Stessa sorte per la soggezione al potere direttivo (criterio di identificazione notoriamente "forte"), e ciò prima di tutto perché in quel modo si tornerrebbe al contratto, che è invece relazione fra soggetti eguali, e perché una soggezione formale, cioè giuridicamente rilevante, non sarebbe ammissibile se non nell'ambito di organizzazioni comunitarie di tipo gerarchico. D'altra parte, la soggezione formale è giusto ciò che il legislatore vuole rimuovere o quanto meno ridurre, sì che non potrebbe mai essere considerata come un criterio di distinzione. E qui Scognamiglio si diffonde nella critica alle teorie istituzionistiche, che sono autoritarie, mentre il nostro ordinamento va letto in chiave democratica. Ciò anche nella versione più "morbida" della teoria dell'inserimento nell'azienda (che non tiene conto delle caratteristiche personali della prestazione di lavoro), o in quella, riveduta, della collaborazione nella comunità aziendale, evocativa di comunanze di scopo che al lavoro subordinato sono estranee.

Il passo successivo si caratterizza per un rapido inquadramento di carattere storico-critico dei fatti politici ed economici, oltre che dei criteri e valori sociali che contribuiscono a delineare l'attività lavorativa umana in una forma giuridica determinata. La conclusione di tale disamina è quella già prima prospettata: il perdurante conflitto fra, da un lato, i valori libertari ed egualitari dell'autonomia privata e del contratto e, dall'altro, la condizione di inferiorità sostanziale del lavoratore, che tradisce l'eguaglianza solo formale. Ancora una volta, il contratto si è rivelato, nel tempo, uno strumento utile per stabilire certe condizioni dello scambio (con il salario a costituire il prezzo del lavoro), ma del tutto insufficiente per garantire una effettiva tutela della persona del lavoratore, che necessita di un fronte di intervento assai più ampio, riconducibile anche alla sfera del sostegno collettivo oltre che della disciplina normativa di tutela della sicurezza e previdenziale, non invece

alla dimensione collaborativa e financo associativa della quale Scognamiglio fortemente diffida.

4. *La nozione di subordinazione. La specialità del diritto del lavoro*

La ricostruzione storico-critica di cui sopra costituisce la premessa per la definizione dell'oggetto del diritto del lavoro. Rigettata, come sopra visto, una nozione unitaria di lavoro, Scognamiglio si dedica all'elaborazione di una nozione unitaria di lavoro subordinato, caratterizzato, appunto, dalla subordinazione. Il rischio di un approccio vagamente tautologico viene peraltro evitato attraverso la considerazione del modo in cui la subordinazione – indubbiamente radicata nella realtà socio-economica – può essere descritta come fenomeno giuridico. E qui sta buona parte dell'originalità della costruzione di Scognamiglio.

Egli parte dalla considerazione che la vita sociale si realizza mediante relazioni per la soddisfazione degli interessi dei soggetti che costituiscono, se regolati dal diritto, rapporti giuridici. E dunque, in quanto corrispondente a detti interessi, la subordinazione in sé è un rapporto giuridico. Un rapporto giuridico che coinvolge interessi individuali, patrimoniali e personali, collettivi e generali, in cui si può ravvisare l'oggetto del ramo speciale dell'ordinamento giuridico denominato diritto del lavoro. Questo rapporto giuridico si costruisce nella realtà della vita sociale, che evidenzia la condizione di inferiorità e soggezione del prestatore di lavoro. Peraltro, ciò si verifica non tanto, o non solo, perché il lavoratore si trovi in situazione di inferiorità economica – di una inferiorità di classe – quanto perché egli non ha la disponibilità dei mezzi di produzione ma solo delle proprie energie lavorative e della stessa sua persona. E per poter fornire una prestazione utile egli subisce una esautorazione, o alienazione del lavoro: il lavoratore è dipendente, nel senso che egli, perché il lavoro possa realizzarsi, deve subire una siffatta alienazione e soggezione, dal momento che solo un altro soggetto (che ha la disponibilità dei mezzi di produzione) può rendere possibile la prestazione. Questa concezione – importante sottolinearlo – trascende la nozione di subordinazione in senso socio-economico, perché si fonda sulla ricostruzione ed evidenziazione di un rapporto giuridico: un rapporto primigenio caratterizzato dall'esautorazione.

È dunque rispetto a questa situazione, e a questo rapporto giuridico,

che l'ordinamento reagisce reintegrando la menomata libertà ed eguaglianza di chi è alienato dal lavoro. Ma è appunto il carattere giuridico del rapporto nel quale si esprime la subordinazione a segnare, a mio parere, la differenza fra la ricostruzione di Scognamiglio e la *vulgata* della subordinazione socio-economica, pur apparentemente non molto distante dalla prima. L'inferiorità socio economica, infatti, è solo il dato di fatto che dà origine al porsi, da parte del lavoratore, alle dipendenze del datore di lavoro; se si vuole, una sua causale, posto che è la situazione di costrizione socio economica che induce il lavoratore ad assumere una obbligazione con certe caratteristiche, di assoggettamento a poteri. Ma il rapporto giuridico di subordinazione è un rapporto nuovo, nel quale sono coinvolti interessi di varia natura (patrimoniali, personali, collettivi, generali), che danno corpo a varie situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, in capo alle parti del rapporto: situazioni che, come Scognamiglio avrebbe più tardi precisato, non rappresentano gli effetti di un rapporto che ne costituisce la causa, bensì elementi o segmenti che ne esprimono identità e unitarietà⁵.

In quel rapporto giuridico nuovo, anzi primigenio, peso centrale viene attribuito al profilo personale del rapporto e della prestazione di lavoro: una prospettiva certo non nuova, e tuttavia sottolineata come quella che in maggior misura dà conto della necessità di aprire lo sguardo anche oltre il contratto e le sue usuali categorie, considerate insufficienti a garantire la tutela della persona. Insomma, il lavoratore si trova a dipendere da altri con la sua persona, e tale debolezza, o addirittura menomazione, costituisce la *ratio* e la misura dell'intervento normativo – perciò speciale – inteso a salvaguardare e reintegrare i valori personali compromessi, in una evidente sfiducia degli strumenti di tutela contrattuale. La formulazione conclusiva viene riassunta con l'evidenziazione dell'assoggettamento del lavoratore con le sue energie e dunque con la sua stessa persona e, per contro, nella posizione di supremazia dell'altro soggetto, quale si risolve nella somma dei poteri coordinati al più proficuo sfruttamento delle energie poste a sua disposizione: posizioni, queste, considerate eccedenti quelle del comune debitore e creditore di una prestazione di fare⁶. Ne risulta comprovata l'insufficienza della prospettiva contrattuale e la necessità dell'intervento normativo di protezione: prospettiva

⁵ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2007, p. 409.

⁶ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, Cacucci, 1963, p. 128.

acontrattuale e specialità si combinano e giustificano fra loro. Lo schema viene poi misurato, in una visione unitaria, in relazione alla possibile diversa destinazione del lavoro subordinato: dall'inserimento nell'organizzazione d'impresa nelle varie caratteristiche dimensionali (con ciò che essa comporta in termini di possibile fonte regolative) alla sua utilizzazione al di fuori di essa.

Il successivo passaggio, nella ricostruzione del rapporto giuridico di subordinazione, riguarda il profilo dell'onerosità. Onerosità che nel rapporto di lavoro non dipende da un profilo soggettivo (nel senso della equivalenza soggettiva delle prestazioni, secondo i consueti criteri negoziali), ma da elementi esterni come sono le pattuizioni collettive, che lasciano al livello individuale solo i trattamenti più favorevoli. Secondo Scognamiglio, l'onerosità nel rapporto di lavoro è segnata da una profonda differenza rispetto al diritto comune, in ragione delle significative eccezioni al principio di sinallagmaticità, della rilevanza del principio costituzionale dell'art. 36, ma anche della rilevanza dei principi di giustizia sociale, e dalla più ampia concezione del cosiddetto salario previdenziale, con il quale si inglobano nella relazione privata le generali esigenze di copertura delle situazioni di bisogno in quanto tali riservate ad organi statali. E non sorprende che, in relazione al principio costituzionale della retribuzione sufficiente, il lavoro gratuito venga considerato inammissibile.

Individuata la nozione di lavoro subordinato secondo le coordinate sopra esposte, Scognamiglio, in chiusura del secondo capitolo, riprende la questione della distinzione fra lo stesso e gli altri rapporti nei quali pure è dedotta una prestazione di lavoro. Il criterio distintivo si rifà alla messa a disposizione di energie nel senso dell'assoggettamento a poteri di direzione e organizzazione, che è tipico del lavoro subordinato e che si contrappone alla prestazione in quanto tale, che è invece l'oggetto del contratto di lavoro autonomo, nel quale è il debitore di opera che si auto-organizza. Anche se, va detto, non si manca di sottolineare la sussistenza di una qualche incertezza nella linea di confine, che porta Scognamiglio ad affermare la necessità, nei casi dubbi, di dare la preferenza al lavoro subordinato. Ciò, peraltro, in relazione ad una valutazione di tipo storico che l'evolversi dei rapporti sociali non sempre ha confermato: il passaggio, ritenuto necessario, dal lavoro individuale o libero a quello collettivo e organizzato. Ma se per certi versi questa profezia non si è avverata, occorre dare atto a Scognamiglio di aver comunque intuito la tendenza di progressiva espansione della disciplina di tutela nata per il lavoro subordinato anche nella sfera del lavoro autonomo. Analo-

ghe considerazioni possono farsi per i rapporti di lavoro associativi, nei quali non vi è messa a disposizione e assoggettamento, ma messa in comune di mezzi ed eventualmente di attività per un fine comune; ciò che peraltro non esclude, in taluni casi, come quello del socio d'opera, il cumulo di rapporti (associato e subordinato), come la legislazione successiva avrebbe poi sancito.

5. *Contenuto e costruzione sistematica del diritto del lavoro*

Delineata la nozione tecnico-giuridica del rapporto di lavoro, il secondo capitolo dell'opera si occupa della costruzione unitaria della normativa: di una normativa, peraltro, che all'epoca era ben lontana dalla attuale ipertrofia. In realtà, Scognamiglio non dedica particolare attenzione alla normativa del codice sul rapporto, dalla quale aveva estratto in sintesi la sussistenza dell'assoggettamento al potere di direzione, trascurando altri profili pur non irrilevanti (come l'obbligo di fedeltà). Ma lo fa perché quel che gli interessa, se non ho capito male, è una sistemazione di carattere generale della disciplina del rapporto di lavoro (qualificato come "sintesi espressiva degli elementi di rilevanza giuridica del lavoro dipendente"⁷) secondo coordinate di massima. Ed infatti, ricompare in questo punto la considerazione, in una diversa prospettiva, del pubblico impiego, come sistema di norme per un verso autonomo e differenziato (in quanto appartenente, all'epoca, al diritto amministrativo e perciò non riducibile ad unità con il lavoro privato), per altro verso aperto ad una comunicazione, se non proprio ad una osmosi, di principi, onde realizzare misure protettive minime comuni.

Fa seguito una trattazione, concisa ma esauriente, del fenomeno sindacale. In essa vengono posti all'attenzione tutti gli snodi di quel fenomeno. Da un lato, l'individuazione di un ordinamento sindacale autonomo con finalità diverse da quelle dell'ordinamento statale: stranamente Giugni non è mai citato, ma la sua influenza traspare in modo evidente. Dall'altro lato, di quel fenomeno si fornisce una attenta ricostruzione storica, con le ragioni del suo nascere (dalla necessità di limitare la concorrenza fra lavoratori, all'esigenza solidaristica in sé, a quella regolativa) e delle sue forme (gli interessi di gruppo, le categorie). E proprio nella dialettica fra i vari interessi si realizza "un ininterrotto fluire e rifluire della materia del lavoro subordinato fra i

⁷ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 199.

due poli del fatto individuale e di quello collettivo”⁸. Di più, l’ordinamento sindacale viene assunto a stimolo e modello di azione, “ovunque sia questione di difendere le posizioni e gli interessi dei soggetti che assolvono ad una certa attività e funzione nei settori della produzione e dello scambio”⁹. E dunque, il diritto sindacale come realtà autonoma, che però trae dall’ordinamento statale la sua legittimazione e con lo stesso manifesta evidenti interferenze, soprattutto quanto al principio meno “positivista”, come potrebbe qualificarsi il principio di effettività. Ma Scognamiglio non dubita – nonostante l’autonomia – della gerarchia fra ordinamento statale e ordinamento sindacale, che dal primo trae rilevanza.

Si parla poco dell’art. 39 Cost. (che sarà invece oggetto di ampi e fecondi studi, da parte di Scognamiglio, negli anni successivi), con alcuni cenni alla questione della personalità giuridica delle associazioni sindacali, sulla quale Scognamiglio manifesta talune perplessità (considerandola eccessiva o divergente¹⁰). Ma nello sfondo i grossi temi ci sono tutti, con accentuazione dei profili fattuali, che giustificano la scelta di lasciare i sindacati come associazioni non riconosciute, al contempo riconoscendo loro di essere l’espressione più immediata e caratteristica dell’autonomia dei privati in tema di organizzazione degli interessi collettivi. Né manca il grande tema del possibile dissidio fra il principio di libertà sindacale e la necessità (o opportunità) di attribuire ai sindacati poteri di decisione nei confronti degli appartenenti alle categorie, anche in considerazione della decisa qualificazione del contratto collettivo come fonte in senso sostanziale.

L’ultima parte del secondo capitolo è intitolata alla legislazione sociale: un’espressione all’epoca frequentemente utilizzata per individuare quel complesso di norme, di connotazione (allora) sostanzialmente pubblicistica, poste a tutela del lavoratore quanto alla sua integrità e sicurezza, dove il carattere appunto sociale trascende il singolo rapporto; peraltro comprensivo, quel complesso, anche di norme a pieno titolo afferenti lo svolgimento della relazione contrattuale di lavoro e le obbligazioni da essa nascenti. Ma per quanto non manchino elementi comuni – come l’oggetto (protezione della personalità), il fine (giustizia), i mezzi (spesso a carico dello Stato) – Scognamiglio respinge l’idea di una considerazione autonoma e unitaria della legislazione sociale, op-

⁸ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni, di diritto del lavoro*, cit., p. 221.

⁹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 227.

¹⁰ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 236.

tando per una meno impegnativa coesistenza (e connessione) fra norme pubblicistiche e norme privatistiche. In chiusura, l'opera ha ad oggetto la previdenza sociale in senso proprio, nella quale, utilizzando lo strumento tecnico dell'assicurazione, viene garantita la tutela dei lavoratori per i rischi e i bisogni che al rapporto di lavoro sono connessi. Non vi è, a tale proposito, un confronto con la ricostruzione in chiave costituzionale delineata, poco tempo prima, da Mattia Persiani). Ma Scognamiglio non manca di cogliere i tratti caratteristici di una moderna visione della previdenza sociale: dalla necessità di copertura dei rischi e dei bisogni derivanti dalla incapacità di lavoro, al principio di automaticità delle prestazioni, alla tutela della posizione contributiva e via di seguito. Tutto ciò – egli conclude – rientra nel diritto del lavoro in senso lato e si collega ad un generale *status* di soggetto protetto del lavoratore¹¹.

6. *Le fonti del diritto del lavoro*

Il terzo e ultimo capitolo ha ad oggetto le fonti del diritto del lavoro, con una singolare inversione rispetto al più diffuso ordine espositivo della manualistica; ma forse la spiegazione sta nel ruolo ridotto che Scognamiglio assegna alla fonte legislativa ai fini della qualificazione del lavoro subordinato. Peraltro, l'approccio è, in sostanza, tradizionale. Si attribuisce risalto alle fonti anche oltre i rigorosi confini del diritto statale, e in particolare alla fonte collettiva anche aziendale, con la precisazione che è il diritto statale che recepisce quelle fonti e ne stabilisce la gerarchia. Scognamiglio, poi, dà rilievo alle fonti sovranazionali (ovviamente non ancora a quelle comunitarie), in linea con i principi costituzionali che garantiscono tutela al lavoro al di là delle barriere degli Stati, anche in relazione all'art. 35, comma 3, Cost. circa il lavoro all'estero e l'emigrazione.

Quanto alle fonti, Scognamiglio ne coglie, in tempi forse non ancora sospetti, elementi di disgregazione e frammentazione e si spende per una codificazione della materia lavoristica¹²: opzione, questa, indotta anche dalla critica all'inserimento della disciplina del rapporto di lavoro nel codice civile; critica a sua volta effetto del rigetto, per il rapporto di lavoro, dello strumento contrattuale e delle obbligazioni. Ma, come appena rilevato, traspare comun-

¹¹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 279.

¹² Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 316.

que una valutazione di inadeguatezza della fonte legislativa (tanto più se filtrata attraverso l'attività legislativa del potere esecutivo) a regolare il lavoro subordinato, anche se, a ben guardare, l'alternativa non sembra essere del tutto chiara, salvo il riferimento (non nuovo) alla tradizionale consuetudine, quello (più nuovo) agli usi convenzionali o aziendali e, in chiusura del volume, all'equità, ovviamente in mancanza di altre fonti.

7. *Considerazioni sparse*

Dopo aver dato conto, sia pure con una buona dose di approssimazione, dei contenuti delle *Lezioni* e del loro svolgimento, proverò ora a svolgere alcune considerazioni di carattere generale e, sia pure in parte ridotta, critiche. Come ho già anticipato, si tratta di un'opera di non facile lettura, per il suo alto tasso di astrattismo, con i concetti che si rincorrono e talora si ripresentano al lettore, anche se sempre sotto angolazioni e prospettive diverse. Ma, come detto, questo è il tributo che va pagato ad una *Parte generale* degna di tal nome.

La prima considerazione da fare, a mio avviso, è che le riflessioni delle *Lezioni* attengono all'area delle ideologie – direi però in senso tarelliano – circa la ricostruzione sistematica del rapporto di lavoro, del suo ruolo e del suo significato nell'ordinamento giuridico. Si comprende così come Scognamiglio, nel clima culturale giuslavoristico dell'epoca, non potesse sottrarsi al confronto, da un lato, con le teorie istituzionistiche e comunitarie (per le quali l'elemento fondante era l'inserimento del lavoratore nella comunità d'impresa, in una prospettiva per lo più associativa), e, dall'altro lato, con quelle contrattualistico-antagoniste, che nel vincolo contrattuale vedevano la garanzia di libertà per il lavoratore. Ed infatti, il conflitto sociale – innegabile nella storia antica e recente del lavoro – si cala nella forma giuridica e lì o si spegne in nome di una (anche fittizia) comunanza di interessi, o si ravviva e permea di sé il rapporto.

Ora, Scognamiglio parte, come sopra visto, da una lettura tutt'altro che accomodante della realtà sociale e dei rapporti di produzione. Le chiavi di volta, infatti, sono l'assoggettamento del lavoratore al potere datoriale, l'alienità del primo rispetto al governo del secondo e ai risultati del processo produttivo, l'esautorazione di fatto e, conseguentemente, di diritto del lavoratore: sembrano le parole d'ordine di un manifesto classista e ideologico di parte,

in senso particolarmente pregnante. Ma il nostro autore non si è fatto ingannare dal tranello ideologico¹³ e ha saputo trasformare quel meccanismo in un dato giuridicamente rilevante ed anzi qualificante. Ciò, come visto, attraverso la ricostruzione della subordinazione che, da modo di essere della prestazione di lavoro, diventa essa stessa un rapporto giuridico, per di più primario, cioè fondante, anche e soprattutto in relazione alla dimensione strettamente personale di quell'assoggettamento. Rapporto giuridico che ha poi senso solo ove declinato in funzione della tutela, nella quale si traduce la specialità del diritto del lavoro. Assoggettamento e debolezza socio-economica sembrano dunque mutare quasi natura, trasformandosi da elementi di fatto a dati giuridicamente rilevanti. Quali siano poi le precedenze fra la debolezza economica del lavoratore e la speciale tutela normativa, o fra il rapporto giuridico di subordinazione e detta tutela, non ha in definitiva grande importanza¹⁴. Quel che a mio parere conta nella ricostruzione di Scognamiglio, è, in linea con il metodo realistico, la relazione biunivoca tra un dato di realtà e la sua "trasfigurazione" giuridica, prima sotto il profilo della fattispecie e poi come disciplina; il tutto nella dimensione personale dell'attività di lavoro, che caratterizza l'assoggettamento e al tempo stesso che giustifica la tutela.

La ricostruzione è coerente e feconda di risultati, anche se prevalentemente sul piano sistematico. Peraltro, a mio modo di vedere, qualche elemento critico non va sottaciuto.

Anzitutto, emerge un certo quale ridimensionamento della posizione – di fatto e giuridica – contrapposta a quella del lavoratore: il datore di lavoro e la sua organizzazione. A Scognamiglio interessa di meno, perché la posizione di potere del datore di lavoro costituisce il punto di partenza per il riscatto della persona (del lavoratore): un riscatto che è in un certo senso ordinamentale. Eppure, il tema dell'organizzazione – che non si identifica con quello dell'istituzione – sembra direttamente legato alla conformazione del rapporto: sia in ragione del meccanismo di integrazione degli effetti del contratto in base alle esigenze appunto dell'organizzazione (art. 2104 c.c.), sia sotto il profilo assai delicato dei controlli sull'esercizio di una libertà pur

¹³ Così RUSCIANO, *"Specialità" del diritto del lavoro e "acontrattualità" del rapporto nel pensiero di Renato Scognamiglio*, in questa rivista, 2022, p. 272.

¹⁴ Secondo RUSCIANO, *"Specialità" del diritto*, cit., p. 270 s., è dalla specialità che derivano sia la acontrattualità del rapporto, sia la subordinazione socio-economica.

costituzionalmente garantita (art. 41 Cost.). Ma la scelta di fondo dell’opera – la sua “ideologia” in senso nobile – sta pur sempre nella esaltazione della specialità “protettiva” del diritto del lavoro, ritenuta idonea a tenere a bada i poteri datoriali, di fatto e giuridici. La presenza, all’epoca, del potere di liberamente recedere dal rapporto (art. 2118 c.c.) non era di ostacolo alle conclusioni prese, ma portava semplicemente a circoscriverne l’operatività alla vigenza del rapporto medesimo.

L’opzione acontrattuale – se radicale – rischia però di tradursi in una forma di rinuncia alle tecniche difensive che lo schema del contratto assicura. Ciò sia sul fronte degli obblighi a carico del prestatore di lavoro (dalla collaborazione alla fedeltà), che il contratto è in grado di delimitare¹⁵, sia sul fronte dei poteri del datore di lavoro, anch’essi circoscritti. Mi pare peraltro che la costruzione di Scognamiglio (lo accennavo già all’inizio) non possa essere intesa come anticontrattuale, posto che l’asserita insufficienza del contratto rileva più che altro ai fini della ricognizione della disciplina applicabile al rapporto di lavoro: disciplina quasi interamente riconducibile all’intervento normativo inderogabile, con riduzione degli effetti della volontà contrattuale al momento costitutivo del vincolo obbligatorio. Ma non dovrebbe incidere, quella costruzione, sui meccanismi “difensivi” sopra ricordati. Non è un caso, del resto, che anche fra gli allievi di Scognamiglio lo strumento contrattuale non sia stato inteso come un ferrovecchio da buttare, conservando, al contrario, una sua indiscutibile vitalità¹⁶. Si deve considerare infatti (ma non è certo un rimprovero a Scognamiglio, grande civilista) che il diritto comune dei contratti è pronto a prendersi le sue rivincite sotto molteplici profili: dalla qualificazione dei vizi (nullità), all’estensione analogica di talune norme, al principio di conversione, al risarcimento del danno ecc.

La rilettura di un’opera “classica” suscita, alla fine, la non evitabile domanda circa la sua attualità. E la risposta è quasi sempre positiva, non per piaggeria, ma perché quando quell’opera si colloca per intero sul piano sistematico, ha in sé un forte potere di resistenza all’usura del tempo. Così è, a mio parere, anche per le *Lezioni* di Renato Scognamiglio. Ed invero, se l’intervento eteronomo “speciale”, tutto mirato alla protezione del prestatore di lavoro subordinato, ha assolto ad una funzione in qualche modo fondante

¹⁵ Per tutti, MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.

¹⁶ Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Il fondamento contrattuale o acontrattuale del rapporto di lavoro*, in *LDE*, 2021, n. 2, p. 2 ss.

del diritto del lavoro negli anni dell'espansione economica, la costruzione qui in oggetto non solo non perde di attualità, ma addirittura la moltiplica in periodi di recessione come quelli che ormai da tempo stiamo vivendo. La brutalità delle varie crisi accentua infatti la necessità concreta, per il lavoratore subordinato, di consegnarsi al potere economico del datore di lavoro, e, correlativamente, accentua la funzione di tutela dell'ordinamento giuridico, almeno secondo un ragionevole principio di bilanciamento di interessi. E così, viene proprio da dire che il primigenio rapporto giuridico di subordinazione, cui garantire tutele, non è certo venuto meno¹⁷.

Semmai, è da dire che la subordinazione socio-economica si è allargata, coinvolgendo rapporti diversi da quello subordinato. Mentre ai tempi delle *Lezioni* il contratto di lavoro autonomo presentava una caratterizzazione ben precisa, salvo che non fosse stato utilizzato per simulare un rapporto di lavoro subordinato, in tempi più recenti si assiste ad un processo di erosione dell'autonomia, tendente ad introdurre nel suo ambito elementi di subordinazione. Lo stesso sventagliamento tipologico di cui da tempo si parla non fa che certificare l'allargamento della subordinazione socio-economica¹⁸, che – giusto nella direzione indicata allora da Scognamiglio – induce la necessità di allargare, correlativamente, l'area della tutela. Non sarà la “specialità” nel suo significato originario (anche perché non sempre può ravvisarsi quel penetrante assoggettamento sul quale egli si basava), ma è comunque il riconoscimento della necessità dell'intervento protettivo, nella difficoltà, da parte del contratto, a garantire situazioni di effettiva parità, e in presenza comunque di forme di assoggettamento e alienazione, per quanto più contenute.

¹⁷ Non mi sembra contraddittoria questa conclusione, la considerazione svolta da RUSCIANO, *Rilettura di Renato Scognamiglio*, cit., p. 1411, secondo il quale la acontrattualità del rapporto si basa sull'ampiezza protettiva delle norme inderogabili, là dove invece, la riduzione di queste è segno che viene disconosciuta la debolezza del lavoratore e allo stesso viene restituita una forza contrattuale a quel punto fittizia, appunto in una prospettiva contrattuale. Ora, le equazioni natura acontrattuale del rapporto=espansione della normativa inderogabile, e, d'altro lato, natura contrattuale=abbandono delle tutele, non sono a mio parere inoppugnabili, ma mi sembra innegabile che comunque i periodi di crisi non facciano venir meno, ed anzi accentuino, l'esigenza di tutela, ancorché le forme della stessa siano oggetto di adattamenti.

¹⁸ Si veda, per il periodo di vigenza, l'art. 69-bis, comma 1 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

Abstract

L'autore rilegge, sia pure in modo sintetico, le *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale* del 1963, di Renato Scognamiglio, cercando di coglierne il profilo sistematico, in relazione all'affermazione dell'origine non contrattuale del rapporto di lavoro nonché alla ricostruzione della subordinazione come rapporto giuridico basato sull'assoggettamento del lavoratore al potere del datore di lavoro e fatto oggetto, proprio per questo, di una ampia disciplina inderogabile di protezione con marcato carattere di specialità. Dopo aver posto l'attenzione su alcuni punti critici, egli verifica, poi, l'attualità di quella prospettiva in una fase nella quale la tutela inderogabile è in chiara regressione.

The author reinterprets concisely the *Lezioni di diritto del lavoro. Parte generale*, written by Renato Scognamiglio in 1963, trying to catch the systematic profile concerning the affirmation of the non-contractual origin of the employment relationship and the reconstruction of the subordination as a legal relationship based on the employee's subjection to the employer's power and made, for this reason, the object of a broad mandatory discipline of protection with a marked character of speciality. Once focused on problematic issues, he inspects that perspective's actuality in a phase where the mandatory protection is in apparent regression.

Keywords

Renato Scognamiglio, subordinazione, rapporto di lavoro, origine non contrattuale, disciplina inderogabile.

Renato Scognamiglio, subordination, employment relationship, non-contractual origin, mandatory rule.

Mimmo Carrieri

Il lavoro nella digitalizzazione*

Sommario: **1.** S'avanza una strana tecnologia. **2.** Eppure il lavoro sta cambiando. **3.** Nella digitalizzazione esiste un posto per il lavoro? **4.** I rischi della polarizzazione. **5.** Le difficoltà nel superamento dell'eterogeneità. **6.** Cosa accade quando il lavoro si fa gig. **7.** La regolazione degli algoritmi. **8.** Alcune implicazioni di prospettiva.

I. *S'avanza una strana tecnologia*

La diffusione della digitalizzazione nelle economie avanzate ha riprodotto interrogativi sugli scenari del lavoro che sembravano appartenere ad un lontano passato.

La minaccia per il destino dei lavoratori, per i numeri dell'occupazione, per la stessa esistenza di un lavoro dignitoso (*decent work*) non è mai stata – o percepita – come così incombente.

Ma le cose stanno davvero così e dobbiamo effettivamente essere preoccupati?

Questo ritorno indietro, paragonabile agli albori del taylor-fordismo, presenta in effetti sconcertanti effetti moltiplicativi sul mondo del lavoro, di sradicamento degli assetti precedenti e di radicale scompaginamento

* Considero questo studio come un modo per ricordare la figura di Giuseppe Santoro Passarelli, recentemente scomparso. Debbo a Pino, alla sua disponibilità a discutere e a progettare, lo stimolo a partecipare al Convegno dell'Accademia dei Lincei su questi temi del 24 febbraio 2023, probabilmente una delle sue ultime apparizioni pubbliche, da cui questo scritto è originato. I nostri rapporti sono diventati nel corso degli anni di amicizia e di scambio via via più intensi e fecondi, grazie alla sua costante curiosità scientifica, in particolare nel corso del periodo passato insieme alla Commissione di Garanzia dello sciopero nei servizi essenziali (che Santoro Passarelli presiedeva nel momento della sua scomparsa).

delle persone nei nuovi modelli organizzativi che stanno prendendo corpo.

Abbiamo attraversato altre rivoluzioni scientifiche, come quella telematica, che hanno cambiato le nostre abitudini e il nostro modo di lavorare, grazie anche al carburante di internet e della new economy.

Ma non abbiamo mai assistito, anche nei lunghi decenni del post-fordismo, dagli anni ottanta in poi, ad un riassetto di questa portata.

Quindi il primo aspetto su cui richiamare l'attenzione riguarda la pervasività di queste tecnologie in grado di ridisegnare e riconnettere interi settori produttivi.

Ci troviamo di fronte ad una sorta di iper-taylorismo amplificato da tecnologie che operano un effetto moltiplicativo. Parliamo, per semplificare, in primo luogo dell'intelligenza artificiale e delle sue applicazioni, che rendono le macchine in grado di svolgere funzioni sempre più ricche interfacciandosi con il lavoro umano, e sostituendolo in operazioni via via più complesse. La componente umana deve adattarsi e riclassificarsi per gestire questa invasività tecnologica. Ma questa ha come conseguenza quella di accentuare la dipendenza di una parte significativa delle attività lavorative delle persone.

L'utilizzo di algoritmi, più o meno sofisticati, da parte delle aziende oltre che delle grandi piattaforme tecnologiche determina un disciplinamento di ritmi, obiettivi, e criteri di misura delle prestazioni penetrante e non (facilmente) aggirabile. Un disciplinamento che si presenta come oggettivo ed impersonale, ma che in realtà è il prodotto di scelte – non mediate e non negoziate – decise dai livelli manageriali più elevati. Tutto questo produce il potenziamento di meccanismi di comando e di controllo che si sviluppano al di fuori di relazioni personali, gerarchiche e codificate come conseguenza in apparenza inevitabile dell'utilizzo di queste tecnologie.

Il processo non si è ancora interamente sviluppato e solo una parte dei lavoratori appare come direttamente o indirettamente digitalizzato. Ma esso tende a crescere a dismisura e soprattutto intacca e spinge verso il basso le regole d'ingaggio con cui il lavoro e i lavoratori vengono trattati.

Nel periodo fordista la centralità del lavoro (e le sue tutele) erano affidate ad un compromesso sociale, che ne legittimava – in modi differenti nei diversi paesi – il diritto di cittadinanza accompagnato da pacchetti di garanzie.

Nei decenni successivi questo compromesso è stato progressivamente eroso, senza essere cancellato¹.

La digitalizzazione opera invece in direzione di un suo oltrepassamento. Il lavoro diventa pienamente oggetto di etero-regolazione, e non dispone di una soggettività riconosciuta con cui partecipare alla definizione delle regole per la sua erogazione.

Quindi il warning espresso da Colin Crouch sul ‘se il lavoro si fa Gig’² non si riferisce solo e non tanto agli ambiti che sono già sottoposti alla digitalizzazione, e non si limita dunque al rischio che il lavoro si parcellizzi e si riduca a ‘lavoretti’ (Gig). Piuttosto allude alla possibile penetrazione in profondità dei modelli di lavoro e di considerazione del lavoro, indotti dalla digitalizzazione, in tutti i settori produttivi. Insomma l’economia digitale, e la sua diffusione, si impongono – tendono ad imporsi – come un indice che spinge verso il basso, le condizioni di lavoro e salariali, di larga parte dei lavoratori.

Nel contempo bisogna evitare generalizzazioni, ed infatti, come vedremo, in questo processo si incontrano ambivalenze e contropunte (oltre al fatto che una parte dei lavoratori ne può beneficiare). Ma esiste sicuramente un tracciato che muove verso queste direzioni problematiche.

Quindi le preoccupazioni relative agli impatti sui lavoratori appaiono fondate e sono legittime, e i giuristi del lavoro hanno il merito di aver per primi messo a fuoco il pericolo dell’evaporazione – o comunque dello spiazzamento – dell’apparato di tutele elaborato nel corso del Novecento, insieme all’esigenza di contenere l’invasività di queste tecnologie e degli algoritmi che ne costituiscono lo strumento operativo³.

2. Eppure il lavoro sta cambiando

Ma un itinerario di questo genere non può non dipanarsi da quello che succede ai lavoratori e da quello che essi domandano in questa fase: l’era non

¹ Specie nei capitalismi a più alta inclusione sociale: TRIGILIA (a cura di), *Capitalismi e democrazie*, il Mulino, 2020

² CROUCH, *Se il lavoro si fa Gig*, il Mulino, 2019.

³ Si vedano diversi saggi di SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell’occupazione*, Giappichelli, 2022; su questo nuovo orizzonte: ZOPPOLI L., *Tutele e diritti tra contratto e mercato*, Atti giornate AIDLASS-ASI, 2019.

solo del ‘rischio’, come era stato notato da tempo, ma anche dell’ ‘insicurezza’ crescente⁴.

Nello stesso periodo, in cui grazie alla Pandemia, abbiamo assistito al decollo delle piattaforme digitali e alla nostra maggiore dipendenza da esse, il mondo del lavoro si è misurato con cambiamenti non reversibili. Cambiamenti indotti dalla estensione del lavoro a distanza, dalla maggiore importanza assunta dal raggiungimento del risultato rispetto all’orario standard, da una aspettativa di maggiore coinvolgimento nel perseguimento degli obiettivi⁵. Vale la pena di ricordare che questi fenomeni hanno riguardato essenzialmente i lavoratori cognitivi, mentre una parte non piccola di lavoratori (dalla sanità, alla manifattura, alla grande distribuzione, alla logistica) ha continuato ad operare in presenza, spesso in connessione con le filiere digitali. Ma queste due parti della mela svolgevano funzioni interdipendenti, in cui le leve del collegamento si trovavano nelle mani dell’innovazione tecnologica e digitale. Non è casuale che la schiera degli apologeti del determinismo tecnologico sia cresciuta in questa fase, insieme alla tendenza ad affidare alle tecnologie la risposta esclusiva ai problemi umani.

Ma in questa sede non è utile affrontare questo aspetto, che pure si ripropone ad ogni passaggio scientifico e tecnologico. Il dato importante su cui richiamare l’attenzione è piuttosto un altro: un dato che contrasta visibilmente con la dinamica di irrigidimento della disciplina e del controllo enfatizzata dal digitale. In altri termini la scoperta collettiva dell’esigenza di innalzare l’asticella della qualità lavorativa, e di maggiore autonomia nel processo lavorativo. Un dato che può rimescolare in positivo le carte della transizione digitale.

In effetti questo periodo è stato rivelatore. Si è verificata una sorta di apprendimento basato sull’esperienza viva che fosse possibile lavorare meglio: con meno procedure, maggiore autoregolazione, una attenzione più forte verso la capacità di plasmare il risultato finale. Dove le aziende si sono affidate ad una regia discreta questo ha favorito un miglioramento degli esiti e anche della soddisfazione soggettiva. Dove, come nel settore pubblico, sono restati in piedi retaggi tradizionali è venuta meno l’attenzione verso quel cambiamento organizzativo che era il solo in grado di aiutare comportamenti più virtuosi.

⁴ CARRIERI, *Capitalismi fragili. Lavoro e insicurezza in una società divisa in due*, Quaderni della Fondazione Feltrinelli, 2022.

⁵ CARRIERI, DAMIANO, *Come cambia il lavoro nell’era del Covid*, Arcadia edizioni, 2021.

Insomma i lavoratori sono diventati, in via generale, ad esempio anche nella scuola, più esigenti e più coinvolti.

E nonostante la caduta drammatica del mercato del lavoro il recupero successivo non si è tradotto in una mera operazione di adattamento.

Quella che si è delineata, come ha detto Cipolletta⁶, è stata una ‘nuova normalità’, non un meccanico ritorno alla precedente normalità.

Non solo i lavoratori hanno cercato di capitalizzare il meglio dei sommovimenti precedenti: a partire dalla opportunità di lavorare con modalità organizzative ripensate e in modo efficace anche a distanza per una parte rilevante del loro tempo.

Ma essi non si sono neppure accontentati di un semplice rientro nei ranghi. Molti non hanno accettato di tornare alle occupazioni precedenti, perché ritenute troppo insoddisfacenti: sul piano della qualità del lavoro, della loro combinazione con la vita privata, dei loro orari troppo lunghi e dei loro salari troppo bassi. Hanno cercato di accostarsi ad altri impieghi, ma hanno anche dato le dimissioni pur in presenza di approdi incerti, mostrando una nuova rigidità culturale largamente impreveduta (il fenomeno definito della ‘great resignation’). Così abbiamo assistito alla sorpresa per i concorsi pubblici (finalmente rimessi in moto) andati largamente deserti. Colpa dei lavoratori (specie meridionali) che non si vogliono spostare e adattare, ci è stato detto. Trascurando il fatto che questi lavoratori (meridionali, ma non solo) non sono, giustamente, disposti a tutto: ma chiedono un mix di impieghi stimolanti e meglio pagati a lungo escluso ‘per necessità’, come se si trattasse di una richiesta irricevibile, invece che normale.

Insomma, come abbiamo detto, è salita, nel nostro paese (ma anche in altri) l’asticella delle rigidità culturali e materiali dei lavoratori: con cui gli attori delle relazioni industriali stanno imparando a fare i conti.

Una delle ragioni che ha aiutato questo innalzamento è stata, nel nostro paese, anche la presenza del Reddito di cittadinanza. Nonostante i suoi limiti e la evidente migliorabilità questo strumento ha avuto il merito di portare verso l’alto la soglia di salario minimo considerato accettabile per intraprendere un lavoro. Questo aspetto scandalizza molti in base alla logica che sarebbe stata favorita la ‘sedentarietà’ dei ‘fannulloni’ (argomento di cui sono pieni i giornali di destra, ma non solo): un argomento da smontare per il semplice fatto che di esso non esistono conferme empiriche signifi-

⁶ CIPOLLETTA, *La nuova normalità*, Laterza, 2022.

cative⁷. Piuttosto è vero che questo strumento ha reso maggiormente chiara la misurabilità di una retribuzione più dignitosa. E non appare dunque casuale l'accanimento dell'attuale governo verso questa misura. Un accanimento motivato formalmente dall'esigenza, moralisticamente spiegata, di spingere a lavorare quelli che non si mostrano disponibili (i 'fannulloni' di vario genere). Ma che si traduce di fatto principalmente nella riduzione dell'entità del sostegno economico ai più deboli. Con l'evidente scopo di facilitare il soddisfacimento della domanda di lavori brevi e sottopagati (in particolare nei servizi a bassa produttività), che proviene da pezzi significativi del blocco sociale che sostiene l'attuale maggioranza.

Insomma il quadro del mercato del lavoro si presenta come molto più vario e turbolento rispetto alle immagini rassicuranti, e un po' monocordi, che vengono dalle statistiche ufficiali e dalla stampa benpensante.

I numeri pubblici sul mercato del lavoro – che era abitualmente asfittico –, e tornato alla fine ai livelli pre-Covid con qualche ulteriore limatura in positivo, ci raccontano solo in parte cosa sta succedendo. Ce lo raccontano invece un universo lavorativo connotato da problemi non risolti: impieghi troppo brevi, tutele incerte, salari bassi (fino a configurare un gruppo nutrito di poveri con lavoro) e resi ancora più bassi dall'impennata dell'inflazione. L'indice di insicurezza che abbiamo messo a punto nelle nostre ricerche sul campo ci dice che a più di dieci anni dalla 'grande recessione' quelli che si considerano 'sicuri' nel nostro paese costituiscono una piccola minoranza, meno del 20%⁸: coloro i quali, cioè, dichiarano di avere salari adeguati e lavori stabili. Insomma ribadiamo che la dominante sociale è l'insicurezza, e in questo quadro la digitalizzazione corre il rischio di aggravare, aumentando le tensioni, una malattia già seria.

Per questa ragione incontriamo difficoltà a comprendere gli alti lai che si levano – e troviamo in tanti media – sul fatto che ci sarebbe la richiesta di tantissimi posti di lavoro, che risulta inevasa. Il ministro del lavoro in carica si è spinto fino a quantificare in un milione i posti di lavoro che sarebbero non coperti. Dunque l'immagine di una sorta di terra Bengodi, che non si realizza per colpa dei lavoratori, i quali non sarebbero abbastanza disponibili o abbastanza formati per incasellarsi in questa ampia messe di promesse oc-

⁷ RAITANO, *Falsi miti e veri problemi del Reddito di cittadinanza: come risponde il MIA?*, Dipartimento DISSE, 2023.

⁸ CARRIERI, DAMIANO, *op. cit.*

cupazionali. E la conseguenza di questo approccio consiste nella reiterazione del concetto e della pratica di occupabilità: sono i lavoratori a doversi adattare per mettersi in condizione di accettare queste opportunità. Eppure le indagini e l'esperienza materiale ci raccontano anche un'altra storia, quella di tanti lavoratori, spesso dopo lunghi percorsi scolastici, che non trovano occupazioni adeguate, specie quelle di maggiore qualità e qualificazione a cui aspirano. Naturalmente è vero che esiste, come si dice con termine tecnico, un *mismatch* tra domanda e offerta: ma il punto è se la soluzione si trovi solo sul versante dell'adattamento dei lavoratori, oppure anche su quella di allargare, quantitativamente e qualitativamente, il lato della domanda. Insomma promuovendo maggiori investimenti e la creazione mirata di impieghi per dare una scossa ad un sistema produttivo naturalmente gracile (e in certa misura arretrato). Senza contare il peso di un fenomeno molto ampio di bassi salari. Quelli ai confini della povertà che andrebbero contrastati per legge. Ma anche in generale “bisogna mettere mano al portafoglio e all'organizzazione aziendale. Se le imprese vogliono competere nel mondo devono competere anche sul fronte dei salari e della valorizzazione del capitale umano”⁹.

Non appare dunque strano, pur nella specificità dei singoli capitalismi nazionali, che molti paesi europei (basti citare Germania, Gran Bretagna e Francia) sono attraversati da conflitti, che non riguardano valori post-materiali, ma la riproposizione di ben altri problemi di natura salariale e distributiva.

Si tratta di un indicatore di disagio, che stenta a tradursi finora nella realtà italiana in conseguenti azioni sul campo: un po' a sorpresa – e andrebbe capito perché – pur in presenza di sindacati, come la Cgil di Landini, e in larga misura la Uil, di impronta 'conflittualista'. Ed anche in presenza di una sofferenza, sotto il profilo dei salari bassi e del lavoro povero, di proporzioni molto ampie se immerse nella comparazione internazionale.

Finora queste proteste sono state guardate con fastidio e analizzate con sufficienza. Colpa del fatto che sono largamente espressione della 'vecchia' *working class*, la classe operaia manifatturiera e i ceti medi declassati, i gruppi più colpiti – i cosiddetti perdenti – dagli effetti della globalizzazione. Ed anche del fatto che questi gruppi si sono largamente rivolti, per difendersi, alle nuove destre sovraniste, verso le quali esiste una giusta diffidenza.

⁹ GARNERO, *Serve una legge per mettere al bando le paghe a 5 euro l'ora*, “Corriere della Sera”, 18 maggio 2023.

Ma mettiamo che, nel rimescolio sociale in atto, l'irruzione di queste domande qualitative insoddisfatte che vengono dai lavoratori più giovani, spesso qualificati, ma con impieghi discontinui si cumuli con i problemi e le richieste della 'nuova' *working class*, in larga misura terziaria e digitalizzata, e ipo-tutelata? Secondo alcune descrizioni – che vanno verificate – è quello che comincia a prendere piede nelle mobilitazioni sociali francesi.

Ecco perché mettere a fuoco gli impatti sociali e sul lavoro della digitalizzazione presenta una portata più ampia. Che investe la regolazione futura dei capitalismi avanzati. E ci fa capire che la loro traiettoria interseca anche più in profondità la qualità sociale del nostro mondo e di quello che ci aspetta prossimamente.

3. *Nella digitalizzazione esiste un posto per il lavoro?*

La partita vera che si sta giocando riguarda dunque – se abbiamo ragione – il destino del lavoro, il suo posto nella società contemporanea.

Una partita che mostra la stessa profondità delle fratture che accompagnarono la nascita del fordismo. Non è casuale che qualcuno usi, in relazione alla digitalizzazione, le stesse metafore di quella fase. Relative al mondo ridotto a fabbrica, sarebbe a dire una diffusione sociale della fabbrica – nel nuovo universo delle tecnologie digitali – che prelude ad una regolazione a tuttotondo come era stata quella fordista (anche se corre il rischio per il lavoro di risultare rovesciata)¹⁰. In questa ottica il dominio della razionalità strumentale e calcolista, che si traduce in una nuova fase capitalista, assorbe e rielabora l'intera dinamica sociale.

Insomma ci troviamo di fronte a quel potente meccanismo che riorganizza insieme la produzione e la vita sociale. Un meccanismo la cui affermazione avviene a spese dell'autonomia dei lavoratori.

Quella partita del passato è stata sostanzialmente vinta, o meglio trasferita in territorio positivo, grazie al compromesso sociale, reso necessario dalla forza collettiva organizzata raccolta dai soggetti che rappresentavano il lavoro.

In seguito la partita nei lunghi decenni post-fordisti, a partire dagli anni

¹⁰ DE MICHELIS, *La società-fabbrica. Digitalizzazione delle masse e human engineering*, Luiss, 2023.

ottanta (andata oltre i confini del ‘secolo breve’) non è stata mai così esplicita come ora. Essi si sono andati caratterizzando per una progressiva erosione – senza rinnegamento esplicito – dell’edificio realizzato intorno al ‘rapporto salariale fordista’. Il trionfo della flessibilità, variamente declinata, ha sostituito le rigidità dell’epoca precedente ed è largamente penetrata nelle regole del mercato del lavoro e nella morfologia delle occupazioni.

Si è trattato di decenni nei quali tanti interrogativi hanno riguardato il futuro del lavoro, specie di quello salariato tradizionale¹¹ e la plausibile inevitabilità della sua frammentazione e individualizzazione, favorita dalla diffusione di impegni brevi e precari¹².

4. *I rischi della polarizzazione*

Ma se una parte della letteratura¹³ insiste sugli effetti sistemici ed apocalittici dell’incalzante digitalizzazione come stanno davvero le cose? Esse sono così lineari, oppure il quadro, pur dentro un *trend* minaccioso, resta più ibrido?

Nel corso degli ultimi tempi l’allarme per la possibile riduzione dei posti di lavoro, dovuta a dosi massicce di digitalizzazione, si è ridotto. Diversi studi propendono per un saldo positivo dentro il mercato del lavoro nel confronto numerico tra posti obsoleti, che vengono sostituiti e perduti, e posti a maggiore contenuto qualitativo, che vengono invece accresciuti in importanza e diffusione quantitativa. Questo filone più ottimistico, che deriva dalle proiezioni di studi anticipatori¹⁴ propone letture di dati ed esperienze ricavati generalmente da realtà avanzate (la California nel caso di Moretti). Quindi per risultare più solidi e convincenti dovrebbero misurarsi con gli effetti nell’ambito di realtà produttive, più eterogenee o deboli, come quella italiana.

Quindi lasciamo sullo sfondo questo aspetto in attesa di ulteriori verifiche e di ricerche empiriche a scala maggiore.

¹¹ Sino a parlare di ‘fine del lavoro’: RIFKIN, *La fine del lavoro*, Mondadori, 1995.

¹² BECK, *Il lavoro nell’epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Einaudi, 2000.

¹³ Ad esempio CASILLI, *Schiavi del clic. Perché lavoriamo tutti per il nuovo capitalismo*, Feltrinelli, 2020.

¹⁴ Come quelli di MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, 2017.

Abbiamo maggiori certezze invece su altri trend, tanto di natura quantitativa che qualitativa.

Infatti sotto il profilo delle dinamiche all'interno del mercato del lavoro le tendenze riguarderanno principalmente la creazione di nuove figure 'alte', capaci di governare la gestione e i problemi indotti dall'utilizzo delle tecnologie digitali. Figure quindi di elevato livello professionale, che possiamo considerare come i principali protagonisti e beneficiari di questo processo, tanto dal punto di vista della posizione lavorativa che dello status sociale (i 'vincenti' della digitalizzazione).

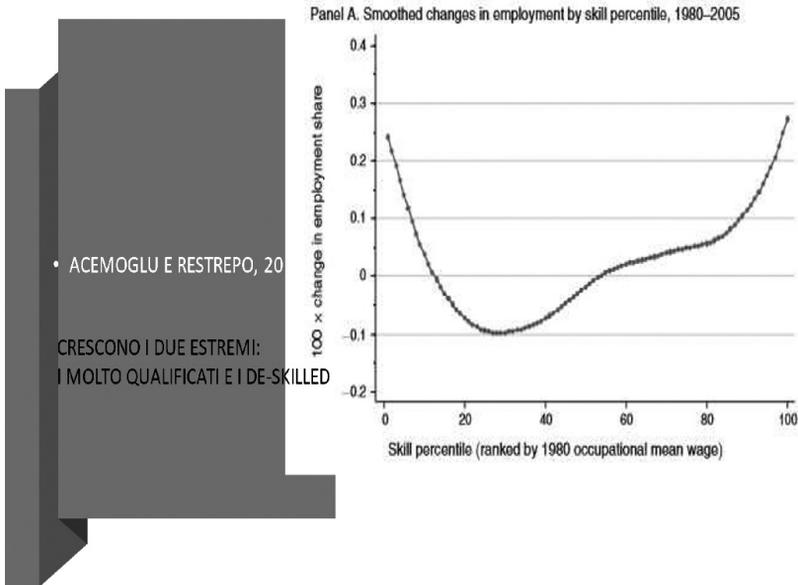
Nello stesso tempo non vediamo la sparizione delle occupazioni di livello esecutivo. In realtà, e diversamente da alcune immagini di comodo, la digitalizzazione non spinge verso l'alto il lavoro esecutivo e non assorbe, in quanto superfluo, quello meno qualificato. Anzi possiamo sostenere esattamente il contrario. La digitalizzazione per riprodursi ha bisogno di una quota ampia di lavoratori esecutivi di supporto: pensiamo a tutte le attività che si condensano nella filiera della logistica, oppure anche a quelle di una parte dei lavoratori, come i rider, che operano al servizio delle piattaforme tecnologiche. È vero che all'interno del settore industriale una parte dei lavori operai viene chiamato a svolgere funzioni più complesse e ad interfacciarsi con macchine intelligenti: e questo spiega la crescita in quell'ambito di una componente tecnica che non esegue mansioni generiche. Ma nello stesso tempo letture più critiche¹⁵ mostrano gli effetti ambivalenti del potenziamento del ruolo delle tecnologie: che determinano un più forte assorbimento ed assoggettamento dentro gli adempimenti che queste richiedono.

Quindi è vero che alcune professioni e lavori tendono a sparire, senza essere necessariamente sostituiti, ma questo fenomeno riguarda in particolare le professioni intermedie: insomma quel vecchio ceto medio, a rischio declassamento, che aiuta a spiegare le resistenze sociali verso l'innovazione tecnologica (ed anche l'innalzamento del voto populista). Questi segmenti di lavoratori possono essere quelli più sensibili e coinvolti verso attività di formazione orientate alla loro riqualificazione, o in alternativa da misure di sostegno al reddito, in grado di attutire la caduta sociale delle loro parabole personali e familiari.

Appare dunque più verosimile immaginare che lo scenario futuro del mercato del lavoro consista in una crescente polarizzazione tra occupazioni

¹⁵ GARIBALDO, RINALDINI (a cura di), *Lavoro operaio digitalizzato*, il Mulino, 2021.

molto qualificate (*high skilled*) e occupazioni poco qualificate (*low skilled*) (come si può vedere nella rappresentazione grafica qui presentata)



Si tratta di uno scenario che ci interroga intorno alla capacità di nuove politiche pubbliche di costruire modelli di convivenza più equilibrati e socialmente accettabili. La riduzione delle distanze dovrebbe essere affidata a servizi e welfare, ma anche a misure contrattuali che riconoscano, e risarciscano, il ruolo svolto dai lavori esecutivi offrendo loro il riconoscimento sociale (ed economico) di cui avrebbero bisogno. Serve dunque una politica che non mette queste due componenti in contrapposizione, allargando i rischi di spaccatura sociale già circolanti nei paesi avanzati, ma cerca di operare in direzione di un ripensato compromesso sociale.

Anche sul piano dei contenuti lavorativi le tecnologie digitali tendono a produrre effetti ambivalenti.

Per certi versi le tecnologie aiutano e migliorano la qualità del lavoro e la stessa condizione lavorativa. I lavoratori sono più coinvolti nel miglioramento continuo, fanno meno sforzi fisici e godono di una maggiore sicu-

rezza¹⁶. Nello stesso tempo si assiste ad un impegno lavorativo più pressato ed intensificato, ad un incremento della coercizione, ad una maggiore prescrittività sui tempi e i metodi delle operazioni, con conseguente rischio di stress.

In realtà a ben vedere i benefici riguardano alcune delle attività manifatturiere, mentre le potenziali criticità investono tanto le figure che stanno in alto (i manager della digitalizzazione), che quelle che stanno in basso: entrambe a rischio di una maggiore costrizione e di una ridotta capacità di governo dei processi.

5. *Le difficoltà nel superamento dell'eterogeneità*

Non assistiamo dunque all'evoluzione lineare, indotta da dosi tecnologiche più massicce, verso un mondo migliore per tutti e nello stesso tempo neppure all'emersione di una precisa domanda sociale di correzione o contrasto. Se si delinea un nuovo 'proletariato' della digitalizzazione – come alcune tesi lasciano intendere – questo stenta a percepirsi come tale e soprattutto ad agire come tale.

Le spiegazioni che possiamo fornire sono due tipi.

Il primo riguarda le domande che provengono da questo universo lavorativo, le quali sono eterogenee e non si traducono meccanicamente in una sintesi chiara.

Il secondo si riferisce invece ai soggetti, in primo luogo i sindacati, potenzialmente in grado di rappresentare questi interessi, ma che si trovano in difficoltà a svolgere pienamente questo ruolo mediante una offerta adeguata.

In relazione al primo aspetto dobbiamo considerare come non sia possibile raccogliere evidenze univoche. In altri termini non disponiamo di dati ed informazioni che ci raccontino di un peggioramento generalizzato e soggettivamente percepito della condizione lavorativa nel digitale. Né d'altronde possiamo ricorrere a dati che rassicurino pienamente sul versante opposto.

All'origine di questa difficoltà troviamo l'eterogeneità dei problemi e delle aspirazioni dei lavoratori 'digitalizzati': una eterogeneità che già esisteva prima, ma che la digitalizzazione aiuta a manifestarsi e consolidarsi.

A questo riguardo disponiamo di *survey* condotte dall'Inapp ed anche

¹⁶ Si veda NEIROTTI, *Digitalizzazione e lavoro*, Scuola di Relazioni industriali, 2022.

da Assodelivery, l'Associazione, che raccoglie le società impegnate in Italia nel *food delivery*. In entrambi i casi – in modo più ampio nel caso degli studi dell'Inapp¹⁷ – i lavoratori oggetto dell'indagine sono quelli che operano nell'ambito delle attività delle grandi piattaforme tecnologiche: una porzione significativa del lavoro digitalizzato, ma non esauriente, data la sua crescente pervasività.

Comunque questi dati, di fonti diverse, attestano come i lavoratori coinvolti sono in partenza non omogenei, in quanto alla base del loro rapporto lavorativo, si rintracciano motivazioni chiaramente differenziate.

Questa differenziazione si inserisce in un quadro, quello presentato dall'Inapp, più caratterizzato dal rilievo delle criticità, e invece nell'altro caso accompagna una lettura più positiva, connessa al maggiore individualismo delle scelte personali, presentato come valore inevitabilmente positivo dentro rapporti di lavoro 'flessibili' (come si conviene ad una società di mercato).

L'indagine Inapp fa riferimento all'intero universo di coloro che lavorano attraverso Internet, più di 2 milioni, di cui circa 600 mila offrono la loro prestazione tramite piattaforme digitali¹⁸. Nel caso di Assodelivery il *focus* è più circoscritto ed investe i circa 87 mila *riders*, attualmente impegnati nel *food delivery*.

Come abbiamo già osservato si tratta di numeri rilevanti, ma che in apparenza non toccano i gangli maggioritari del mercato del lavoro. Ricordiamo però che tali numeri sono molto cresciuti negli ultimi anni, in particolare sospinti dalla Pandemia, e che essi non includono una quantità decisamente maggiore di impieghi, anche manifatturieri, condizionati o regolati dal digitale. Ed inoltre che questo mondo in via di dilatazione sta producendo effetti di propagazione sugli altri mondi del lavoro.

Il primo dato su cui insistere è che solo circa metà dei lavoratori (il 48%¹⁹) indica la piattaforma come attività principale. La restante metà si divide, più o meno equamente, tra quanti dichiarano che la piattaforma è un'attività secondaria e quelli che invece la considerano come un'attività occasionale.

¹⁷ DELLA RATTA, *Le caratteristiche dell'occupazione italiana*, in INAPP, *Comprendere la complessità del lavoro*, Rapporto Plus, 2022.

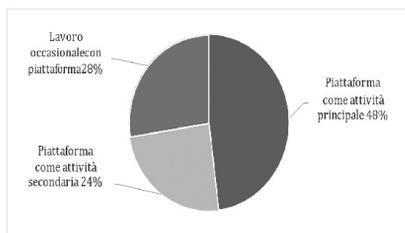
¹⁸ INAPP, *op. cit.*

¹⁹ V. i dati Inapp (2022), di cui sopra.

I lavoratori delle piattaforme

Tra 2020 e 2021 2,2 milioni di persone tra i 18 e i 74 anni hanno dichiarato di aver ricavato un reddito attraverso attività svolte su Internet. Di queste 570.521 offrono la loro prestazione lavorativa tramite le piattaforme digitali, 25,6% del totale di chi guadagna tramite internet, e l'1,3 della popolazione di 18-74 anni.

Diverso tipo di impegno: chi attività principale, chi solo occasionale e chi si considera disoccupato



FONTE: INAPP, DELLA RATTA 2022

Questa tripartizione iniziale ci consente di affermare che già in partenza le motivazioni e le aspettative dei lavoratori si presentano differenziate. Appare plausibile ritenere come solo i lavoratori che la considerano attività principale siano, o possano essere, più interessati a pacchetti adeguati di tutele, ivi incluse quelle salariali e l'equiparazione al trattamento da lavoratori subordinati. Ciò non toglie che invece possano essere rintracciati alcuni tratti unificanti tra questi profili diversi. Come, ma non solo, quello di un comune interesse a non essere assoggettati in modo passivo alle direttive – via algoritmi – che provengono dalle piattaforme.

Questa pluralità d'altronde appare confermata dalle ragioni per le quali i soggetti intervistati dichiarano di aver scelto questa specifica attività mediante piattaforme (sempre Inapp, 2022). Infatti il 12% dichiara di averlo fatto per integrare il proprio reddito: quindi possiamo immaginare che abbiano un altro lavoro 'centrale' (ma poco pagato) su cui concentrano la loro attenzione. Circa la metà dichiara invece di avere operato questa scelta perché non avevano alternative. Questo aspetto, che ci riconduce ai problemi sottovalutati del nostro mercato del lavoro, introduce ulteriori interrogativi: questi lavoratori come si considerano? Sono disponibili ad investire su questa attività ricavandone oltre che reddito anche tutele adeguate nel lungo periodo? Oppure essi la vivono come un'occupazione temporanea e dunque sono interessati a miglioramenti, ma non di natura strutturale? Infine un ulteriore scaglione, pari a circa un terzo degli intervistati dichiara di aver scelto

questa attività per godere dei margini di autonomia nell'esecuzione del lavoro che essa comporta.

Almeno in parte riscontriamo una sovrapposizione di queste informazioni con quelle raccolte – attraverso diverse *survey* – da Assodelivery. Queste ultime si segnalano per la sottovalutazione del carattere necessitato, e non di scelta discrezionale, che tale impiego riveste per una parte significativa dei lavoratori interessati. Tuttavia nell'ultima *survey*, condotta da Swg, 2022, emerge una frattura tra lavoratori più 'fragili' e lavoratori più 'solidi': questi ultimi più interessati a svolgere per periodi limitati queste attività e a collegarle in modo autonomo con obiettivi più contingenti. Questi obiettivi, che poi costituiscono anche il principale motivo di soddisfazione, sono legati essenzialmente al godimento della flessibilità soggettiva, alla possibilità di autodeterminare il proprio futuro e alla puntualità dei pagamenti. Secondo questi dati proprio per questa ragione tra i rider si trova una percentuale di insoddisfatti inferiore alla media nazionale. In realtà è vero che le inchieste sul campo ci forniscono il ritratto di un livello di soddisfazione elevato o molto elevato tra i lavoratori italiani: un livello di soddisfazione destinato generalmente a salire in presenza di condizioni di maggiore autonomia e flessibilità. Quindi almeno in parte possiamo ritenere che queste evidenze siano verosimili, anche se resta qualche dubbio relativo alla loro proiezione in misura così elevata in chiave nettamente positiva in relazione ad un vasto campione di intervistati. Tenuto anche conto che l'autonomia e la flessibilità su cui insistono i datori di lavoro deve fare anche i conti con altre criticità, a partire dai vincoli indotti da un'organizzazione del lavoro spesso costrittiva, che detta tempi e modi dell'esecuzione, o che ricava da questi premi e sanzioni per i prestatori d'opera.



Survey AssoDelivery (Sett2019)

89% uomini 17% multiapp; età media 30 anni

- Fare il rider vuol dire sentirsi liberi di gestire il proprio tempo e le proprie attività.

- Oltre un rider su tre è uno studente universitario

- Per il 60% degli intervistati quello del rider è un lavoro transitorio.

- Solo l'11% degli intervistati è insoddisfatto.

- La flessibilità è l'elemento più apprezzato di questo lavoro.

- Tempestività dei pagamenti e flessibilità gli elementi di maggior soddisfazione.

- Le piattaforme sono aperte e corrette (7% rispettano contratti e pagamenti; 81% no discriminazioni)

- Chiedono maggiore sicurezza (87% caschi; 91% assicurazioni infortuni)

Fonte: Assodelivery, 2022

Comunque sia, appare evidente che i lavoratori delle piattaforme non possono essere trattati come un blocco omogeneo caratterizzato da richieste e bisogni uniformi.

Per semplificare, ma si potrebbe ulteriormente articolare il quadro, possiamo ritenere che una parte dei lavoratori abbia caratteristiche e richieste più prossime a quelle dei lavoratori subordinati classici. Ed invece un'altra parte sia più portata a muoversi secondo le logiche tipiche dei lavoratori indipendenti. Si tratta però di una semplificazione perché si può considerare come più plausibile un quadro 'ibrido'. Immaginando che gli stessi individui abbiano una varietà di motivazioni e di aspettative, tra le quali alcune siano prevalenti, ma non rivestano un carattere esaustivo.

Queste considerazioni ci introducono anche alla seconda ragione che consiste nella difficile aggregazione e rappresentanza da parte delle organizzazioni sindacali classiche, cosa che non escluda forme di auto-organizzazione.

Il dato di fondo su cui riflettere è che l'eterogeneità di questi lavoratori non trova adeguate contropunte uniformanti. Essi sono fisicamente dispersi e frantumati, come emerge in particolare nelle attività basate sul web (*web placed platforms*) per loro natura puntiformi. E questo aspetto spaziale si aggiunge a quello della varietà delle ragioni e delle richieste che emergono dai lavoratori e che abbiamo sopra evidenziato.

Quindi l'aspetto di fondo che rende non lineare e non automatica l'organizzazione e la rappresentanza di questi lavoratori deriva da un fattore evidente: non è semplice per qualunque organizzazione, pure benintenzionata, svolgere questo compito, perché esso richiede reti di relazioni e di rappresentanza inedite, diverse da quelle fin qui sperimentate.

Ricordiamo che una parte della letteratura scientifica identifica il problema – in relazione al lavoro discontinuo e ai cosiddetti *outsiders* – nella scelta 'soggettiva' operata dai sindacati di rivolgersi prioritariamente al lavoro standard. E questo riguarderebbe in particolare i sindacalismi, come quello italiano, sufficientemente forti e considerevolmente radicati nel lavoro classico tradizionale.

È possibile che questa variabile pesi, e spieghi in certa misura le logiche d'azione dei sindacati. Lo possiamo dedurre dalla presenza diffusa – e a tratti efficace – di sindacati non confederali (come Usb) in segmenti della filiera della logistica. Un aspetto che ci ricorda come la legittimazione sindacale passi dalla capacità di incardinarsi materialmente dentro uno specifico ambito produttivo e tra i lavoratori che ne fanno parte: e dunque non sia sufficiente a questo scopo condurre una azione 'contrattuale' dall'alto. In ogni caso rispetto a queste esperienze, che sono state in parte testate sul campo (a differenza di quelle legate alle piattaforme), va notato come esse si riferiscano a lavoratori che operano con condizioni di lavoro simili, spesso stando insieme o in ambienti di lavoro condivisi: il loro *handicap* iniziale è la carenza di una cultura organizzativa preesistente e di rapporti di forza sfavorevoli. Dunque quelle dei lavoratori Gig del digitale restano generalmente modalità problematiche da afferrare dal punto di vista dell'azione di rappresentanza, anche se qualche prima esperienza si è affacciata negli anni scorsi sul terreno dei rider, ma non su quello degli operatori del web, ancora più dispersi e di difficile unificazione. E come sappiamo si sono sviluppate anche le prima esperienze di contrattazione in Amazon, dimostrando la vitalità del sindacalismo italiano quando sussista uno spazio d'azione definito.

Appare plausibile ragionare su come mettere l'accento sugli interessi comuni a questi lavoratori. Questi possono concentrarsi in particolare su alcune misure di *welfare* (continuità di lavoro, integrazione di reddito, benefici differiti), oltre che su un più generale zoccolo di diritti di cittadinanza, intorno al quale sarebbe possibile riconoscersi anche per platee differenziate come questa. E resta sullo sfondo – ma in realtà da mettere in primo piano – la questione di ribaltare l'assoggettamento indotto dagli algoritmi: che sper-

sonalizzano il lavoro e rovesciano gli assunti di autoregolazione spesso sbandierati propagandisticamente.

Insomma per uscire dalla situazione che vede questi lavoratori come (relativamente) passivi e sotto-tutelati esistono due strade, le quali nei momenti migliori, ove vi siano le condizioni, potrebbero cumularsi.

La prima opzione consiste in una felicità inventiva dei diretti interessati che si rivelino in grado di mettere in campo sperimentazioni di aggregazione e di mobilitazione: dunque di operare un salto di natura spontanea verso modelli pratici di coaglio e di mobilitazione collettiva.

La seconda è legata al fatto che i sindacati, a partire dalle Confederazioni maggiori, mettano in campo una politica di investimenti organizzativi ed economici mirati per intercettare e sostenere questi lavoratori. Un punto di attacco potrebbe consistere, dentro questa direzione, nell'impostazione di strumenti per la contrattazione d'anticipo degli algoritmi (su cui diremo qualcosa più avanti). Ma un'azione di rappresentanza dotata di possibilità di successo deve soprattutto incentrarsi sulle condizioni materiali di questi lavoratori e mostrarsi in grado di ribaltarle.

6. *Cosa accade quando il lavoro si fa gig*

Il nostro ragionamento insiste dunque su alcuni aspetti centrali.

Il primo è che la digitalizzazione, per quanto pervasiva, non plasma tutto il lavoro. Ma opera come un potente dilatatore che spinge nel rendere gig ogni attività lavorativa. Equiparandola a 'lavoretti' non solo e non tanto nella sua modalità di esecuzione ma soprattutto nel modo in cui il lavoro viene considerato e regolato.

Questo è il cuore del pericolo costituito dalla digitalizzazione, che per altri versi e per alcuni lavori contiene anche promesse di liberazione (ad esempio dalla fatica): cosa che ne accentua la suggestione e l'ambiguità.

In qualche modo assistiamo al prendere corpo di una clessidra rovesciata rispetto all'epoca fordista. La regolazione fordista ruotava intorno al lavoro (anche un lavoro di poca qualità), che era comunque dotato di un riconoscimento e (quantomeno) di poteri di veto. E la ragione era dovuta al fatto che esso assumeva in ogni caso una portata organizzata e collettiva. E per questa via si traslava dentro la regolazione politica

Nel caso della digitalizzazione questo approccio opera a rovescio. Il la-

voro (l'insieme delle attività produttive), per quanto più necessario di prima, e sovente espresse in contenuti di alta qualità, viene individualizzato e marginalizzato, se possibile spezzettato e sottopagato. Quindi esso non solo appare come una rotella di un ingranaggio eterodiretto, ma è condannato a non avere nessuna rilevanza pubblica e nessuna proiezione politica. È la sua importanza sociale che è evaporata ed è sostituita da un mero sostegno economico alla sopravvivenza.

Come abbiamo cercato di dire quello che cambia è il progetto di società. Nel primo caso un progetto di regolazione che tiene insieme tutti, dando cittadinanza anche ai più deboli, grazie anche al ruolo e all'incidenza crescente giocati da sinistra e sindacati. Quindi un'idea di rappresentanza generale dotata di un connotato decisamente inclusivo.

Nel secondo caso viene istituzionalizzata la spaccatura in due nella società, in cui la parte più debole – e meno tutelata – è strutturalmente predisposta a servire la riproduzione della prima (quella più forte e 'core') e non ha speranze di partecipare ad un miglioramento collettivo, se non il passaggio individuale nella metà meglio posizionata. Non esiste l'ambizione verso una regolazione e una rappresentanza generale, ma già in partenza si delinea uno scenario inevitabilmente asimmetrico: quello di una società della metà, o se preferite dei due-quarti, che non contiene nessun messaggio di rafforzamento dei diritti, anzi si fonda programmaticamente sulla loro esclusione. Una società selettiva che mette al centro il consumo e tutto ciò che concorre a favorirlo, dando alla produzione e ai suoi soggetti la funzione di mera variabile di accompagnamento.

Stiamo parlando per ora di linee di tendenza, le quali però in alcuni paesi e capitalismi, più 'deboli', sono meno lontane dal diventare fatto dominante di quanto si possa immaginare. Come sembra accadere in alcuni paesi nei quali, come quelli anglosassoni²⁰, in cui tale progetto assume maggiore consistenza pratica, grazie all'erosione costante dei diritti e delle tutele sindacali in nome dell'individualismo di mercato. Ma prende forma anche in altri paesi, come l'Italia, nei quali il modello di crescita, naturalmente asfittico, si regge su una forte componente di lavoro depauperato, e in cui la digitalizzazione funge da rafforzamento della tendenza verso il contenimento dei costi come linfa vitale di una parte quantitativamente consistente del sistema produttivo.

²⁰ CROUCH, *Se il lavoro si fa Gig*, il Mulino, 2019.

L'effetto di propagazione è chiaro. Nella realtà in cui il lavoro opera mediante piattaforma il ricorso a questa modalità funziona nel senso di una spinta a ridurre tutele e salari, che a sua volta produce un'onda più larga che muove nella stessa direzione, orientata a restringere gli spazi per un lavoro ancorato a parametri più equi. È quanto si evince dalle prime elaborazioni relative ad un settore, come quello del turismo e della ristorazione²¹, che già preesisteva operando spesso con logiche subottimali, e nel quale la penetrazione crescente delle piattaforme produce un'ulteriore pressione verso il basso (la riduzione dei costi) delle logiche adottate dai datori di lavoro: spesso piccoli e situati in ambiti a bassa produttività. Questa espansività del digitale la troviamo anche in altre indagini di impronta sociologica che arrivano fino al settore delle costruzioni²².

Nelle due parti della mela – quella 'forte' e quella 'debole' – troviamo le diverse facce del lavoro digitalizzato: quella avanzata e 'vincente' e quella esecutiva e 'perdente'. In questi due universi incontriamo naturalmente altri gruppi condizionati dalla digitalizzazione, ma almeno in parte sottratti al suo cono d'ombra. Il punto su cui interrogarsi è se via siano strategie di azione e di rappresentanza in grado di rimescolare le carte, con l'ambizione di spingere verso l'alto la cifra media del sistema delle imprese. La consapevolezza di questo problema – come passare alla via 'alta' alla competitività – è stata acquisita in corso d'opera dalle due parti sociali nella realtà italiana, che ne hanno fatto un punto di ispirazione dell'Accordo interconfederale definito nel marzo del 2018 (cosiddetto 'patto per la fabbrica'). Ma al di là dell'accettazione – importante – di questo piano di ragionamento e d'orizzonte resta irrisolto il nodo dei percorsi da adottare da parte dei soggetti che si candidano a questa operazione di ricucitura e di innalzamento della qualità lavorativa. Tradizionalmente questo compito sarebbe spettato alle forze politiche, affiancate dalle parti sociali. Ma in questa fase facciamo i conti con la presa d'atto della carenza di un progetto di questa portata nella sfera politica; senza sottovalutare input innovativi che possono derivare dal livello europeo. Questo aspetto però tende a ridurre anche i margini d'azione delle due parti sociali. Le quali delineano l'idea – tutta da precisare e da verificare nelle sue ricadute – di un compromesso sociale

²¹ INAPP, *Digital Platform Survey 2022: Indagine sull'economia delle piattaforme digitali nei settori del turismo, della ristorazione e dei trasporti in Italia*, 2023.

²² Si veda GOSETTI (a cura di), *Lavoratori, sindacato e digitalizzazione*, Franco Angeli, 2022.

all'altezza di queste sfide²³. Ma un compromesso dotato di questo respiro e di questa ambizione, per quanto debba necessariamente poggiare su basi sociali solide, appare problematico che possa funzionare senza una regia o una sponda politica.

7. *La regolazione degli algoritmi*

Anche quando ci avviciniamo al cuore dei problemi di regolazione della digitalizzazione ci troviamo a fare i conti con la ricaduta a larga scala degli effetti di queste innovazioni tecnologiche.

Entrambi questi nodi incrociano la sensibilità dei giuristi del lavoro che sono chiamati ad interrogarsi immediatamente intorno alle soluzioni più appropriate. Ma essi meriterebbero maggiori attenzioni nelle ricerche in profondità da sviluppare nell'ambito delle scienze sociali ed economiche, che si sono in genere accontentate fin qui di misurarsi con risvolti di dettaglio piuttosto che con il ridisegno delle bussole concettuali.

Il primo aspetto si rivolge alla qualificazione dei lavoratori che operano con le piattaforme e con le tecnologie digitali. Non è un problema nuovo: in questo caso come in altri la digitalizzazione opera dilatandone la portata. Infatti questa questione, sollevata per i rider ed oggetto di polemiche e di letture contrastanti, presenta una penetrazione più estesa, che proprio in quanto tale sollecita uno sforzo di riclassificazione di ampio raggio. Appare difficile utilizzare per i vari tipi di lavoratori digitalizzati le caselle abituali del lavoro subordinato ed autonomo, che sembrano stare strette tutte in relazione alla conformazione effettiva di questi lavoratori. Spesso rintracciamo figure ibride, che manifestano l'aspirazione a lavorare con margini sempre più ampi di autoregolazione, ma nello stesso tempo vorrebbero godere di tutele più prossime a quelle elaborate storicamente per i lavoratori dipendenti. Le figure miste o ibride potrebbero essere ulteriormente sviscerate configurando vari tipi combinazioni, Comunque va notato come anche la letteratura comparata²⁴ annota questa difficoltà di incasellamento, e parla di *not employees* che però non divengono automaticamente dei *self employed*:

²³ Si veda su questo TRIGILIA, *La sfida delle disuguaglianze. Contro il declino della sinistra*, il Mulino, 2022.

²⁴ Si veda ad esempio CROUCH, *op. cit.*

quindi un ibrido che non è né dipendente, né autonomo. In questo senso troviamo una ragionevole sponda per immaginare tutele di carattere generale di cui tutti possano usufruire in quanto cittadini: quindi una sorta di catalogo di diritti di cittadinanza su scala universale. E su questa base si può poi pensare di attribuire tutele più mirate grazie all'avvicinamento alle condizioni lavorative e alle richieste che vengono espresse direttamente dai lavoratori interessati: attività più direttamente connessa con l'esercizio della contrattazione collettiva e con il ruolo degli attori sociali. Insomma la direzione di marcia appare quella di un ripensamento dei modelli di qualificazione dei rapporti di lavoro non tarato solo su questi lavoratori ma dotato di lenti analitiche e di una portata applicativa più generale²⁵. E d'altra parte questo ci conduce anche a valorizzare il ruolo potenzialmente ancora più ampio che possono rivestire le parti sociali e gli strumenti contrattuali. Ne ricaviamo una conferma indiretta dall'accordo concluso nel 2021 da Asso-delivery e l'Ugl. Questo testo controverso, generalmente contestato dalle altre organizzazioni sindacali, utilizza meccanismi di regolazione che trattano i lavoratori come 'quasi' autonomi. Ma proprio in ciò consiste la contraddizione, ma anche l'avanzamento, che conviene sottolineare. Di fatto è la conferma che anche i lavoratori più esposti alle piattaforme, e che denotano una pluralità di preferenze, come abbiamo visto, hanno bisogno della contrattazione per proteggere i loro interessi e tarare in modo più mirato il loro inserimento in una cornice regolativa adeguata. Insomma se la contrattazione deve intervenire per lavoratori che i loro stessi rappresentanti, a torto o ragione, considerano 'quasi' autonomi deve ritenersi necessario il ricorso sistematico a questo strumento anche per tutte le altre figure implicate, quelle 'quasi' dipendenti, oltre che considerarlo definitivamente legittimato per i rider.

Come è noto la Commissione europea, intervenendo su questa materia, ha proposto di trattare in partenza come dipendenti i lavoratori delle piattaforme, salvo che queste ne dimostrino il carattere di autonomia. Questo commitment comunitario si risolve anche in una specie di incentivo a contrattare se si vuole avvicinare il quadro delle regole al profilo effettivo e alla domanda effettiva dei lavoratori interessati.

Il secondo aspetto, peraltro sfiorato nelle pagine precedenti, è quello

²⁵ Come, ad esempio, viene ipotizzato in PERULLI, SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, il Mulino, 2022.

dell'intervento (negoziale e/o partecipativo?) sugli algoritmi. Anche essi denunciano una valenza pervasiva che va oltre i casi lavorativi che abbiamo evocato prima. Essi vengono ormai comunemente adottati, con lo scopo di controllare e dettare l'organizzazione del lavoro, ben oltre l'ambito delle piattaforme che per prime vi hanno fatto ricorso²⁶. Il digitale porta a radicalizzare criticità già segnalate in passato e che impongono un ripensamento delle modalità di controllo: come l'espansione delle transazioni e delle scelte transazionali o il venir meno di limitazioni e confini spaziali.

Come fare dunque a condizionare questi meccanismi, gli algoritmi, in apparenza dotati di una superiore razionalità tecnica e organizzativa? Un interrogativo particolarmente drammatico nella realtà italiana nella quale non vi sono appigli legislativi già disponibili per operazioni di questa portata. La strada maestra sarebbe quella che i lavoratori – meglio attraverso le proprie rappresentanze – potessero partecipare alle decisioni che determinano e condizionano l'organizzazione del lavoro nelle sue diverse dimensioni. In questa direzione si è mossa l'Unione europea predisponendo una direttiva, che ha il merito di impostare la questione e di affermarne la rilevanza, seppure configurando, almeno per ora, generalmente delle opzioni 'deboli', centrate sui diritti di informazione e di consultazione. E nella stessa direzione muove l'Accordo quadro triangolare europeo del giugno 2020, stipulato tra le maggiori organizzazioni sociali operanti nell'Unione.

Queste iniziative, al di là della loro praticabilità o efficacia immediata, attestano la presenza di una sensibilità nuova e di possibili contropinte anche all'interno delle istituzioni europee. Ed anche la crescente attenzione, certamente importante, verso una partecipazione 'competente' che si avvalga di *expertise* tecniche adeguate e innalzi al riguardo le conoscenze dei lavoratori e dei loro rappresentanti, in modo che possano operare in modo più penetrante.

Resta il fatto che sembra plausibile come tali opportunità di partecipazione possano crescere solo se sostenute dal consolidamento preliminare di poteri negoziali e dal riconoscimento del ruolo del sindacato, spesso fin qui mancante, specie nelle attività di nuova generazione e delle piattaforme, le quali sono improntate al più alla logica delle relazioni dirette con il personale.

²⁶ TREU, *Patto per il lavoro, contrattazione collettiva e PNRR*, in WP "Massimo D'Antona", 2022.

Il potere verso cui concentrare le energie appare dunque piuttosto quello strettamente connesso al rafforzamento di prerogative contrattuali. È finalizzato ad assicurare alla contrattazione, e dunque al sindacato, la possibilità di prevenire i cambiamenti non accettabili e/o non favorevoli per i lavoratori, mediante il ricorso ad una sorta di ‘contrattazione d’anticipo’ costruita per facilitare diritti di codeterminazione – come previsti nelle relazioni industriali tedesche – intorno alla penetrante possibilità di bloccare orientamenti e scelte ritenute pregiudizievoli per i lavoratori. Come è noto questi poteri aiutano le parti a ricercare e trovare soluzioni comuni. Anche in questo caso servirebbe nella realtà italiana un potenziamento delle previsioni legislative, e a più a larga scala l’acquisizione che diritti di questa natura possano essere esercitati – con un adeguato supporto normativo – anche verso imprese sovranazionali e distanti, oltre che difficili da afferrare nella struttura proprietaria e nelle responsabilità manageriali.

In sostanza, per quanto disponiamo di riflessioni e di suggestioni, tali da rendere immaginabile un tracciato con il fine di neutralizzare la potenza degli algoritmi, dobbiamo considerare di trovarci ancora in uno stato preliminare rispetto alla possibilità di delineare con evidenza delle soluzioni persuasive ed efficaci.

8. *Alcune implicazioni di prospettiva*

Il digitale e l’economia delle piattaforme stanno operando come una forza di distruzione, di schumpeteriana memoria, in grado di innovare radicalmente ma monca sotto il profilo della regolazione sociale.

La componente distruttiva è quella che investe in modo dirompente l’universo lavorativo.

Appare evidente un passaggio ulteriore rispetto a quello descritto circa un quarto di secolo fa²⁷: un affresco che vedeva il tramonto del Lavoro minuscolo, a tempo indeterminato e a vita, sostituito dai lavori minuscoli discontinui con tragitti occupazionali segmentati, la crescita dell’instabilità, spesso ma non sempre, accompagnata da contenuti lavorativi più ricchi.

A questo ritratto variegato, non privo di venature preoccupate, si è andato sostituendo un quadro più frastagliato e certamente oggetto di maggiori

²⁷ ACCORNERO, *Era il secolo del Lavoro*, il Mulino, 2000.

timori: il mondo dei ‘lavorini’, se ci è consentito questo adattamento lessicale dalla gig economy. Un passaggio critico non solo in ragione della moltiplicazione dei rapporti di impiego brevi e brevissimi (cosa che pure assume una consistenza più inquietante). Ma soprattutto a causa di implicazioni che investono più in generale tutto il mondo del lavoro. In effetti vediamo come, grazie alla digitalizzazione, si affermi una svalorizzazione del lavoro, di tutto il lavoro, ridotto a ‘lavorino’ sotto il profilo della considerazione sociale e delle sue modalità di trattamento e di tutela. Un lavoro ancora più mercificato, ma considerato, generalmente, merce di poco prezzo e mero oggetto dell’esercizio di decisioni altrui: invertendo una lunga storia novecentesca di riduzione della mercificazione e di incremento della capacità soggettiva e decisionale.

In modo insidioso e profondo la digitalizzazione tende ad essere pervasiva e ad investire il lavoro e i lavoratori secondo un paradigma di portata generale, che li riduce ad un tassello secondario di un ingranaggio orientato fondamentalmente a massimizzare le occasioni di consumo.

Come sappiamo da tempo è ormai maturato il tramonto della sicurezza del lavoro. Ma quello che si sta delineando configura una frontiera ulteriore: quella dell’età dell’insicurezza, di cui le tecnologie digitali costituiscono un propellente.

Questo ci fa capire come un programma di regolazione all’altezza di questa fase non possa ricalcare le linee precedenti, i lineamenti messi in campo durante il fordismo (risarcimenti materiali e tutele), o nei modelli post-materialisti sostenuti da una parte degli scienziati sociali e politici (il riconoscimento di una maggiore soggettività nel lavoro).

Il digitale investe e travolge tutte queste dimensioni contestualmente, tanto da richiedere una risposta ‘olistica’ tale da abbracciarle nel loro insieme: operare in direzione di un salto nella sicurezza sociale (o se si vuole di riduzione dell’incertezza), continuità materiali e salariali, tutele appropriate fino alla misura individuale, rilancio della soggettività lavorativa come condizione per una partecipazione consapevole alle decisioni rilevanti.

Abstract

In questo articolo il focus non riguarda le tecnologie ma l'impatto sulla società e sul lavoro. La tesi che viene sostenuta è che il carattere pervasivo delle nuove tecnologie può condurre ad una ri-regolazione della società e dell'economia equivalente al fordismo. Solo che il rischio che sta prendendo forma è che la spinta del digitale si traduca il lavoro che diventano Gig e in un abbassamento generalizzato dei salari e delle tutele.

In this article the focus is not on technologies, but on impacts on society and work. The thesis supported is that the pervasive nature of new technologies can lead to a re-regulation of the economy and society equivalent to a Fordism. Except that the risk that the digital push translates into jobs becoming Gig and in a generalized process of lowering wages and protection.

Keywords

Digitalizzazione, intelligenza artificiale, società, salari, tutele.

Digitalization, artificial intelligence, society, wages, protection.

Giovanni Guglielmo Crudeli

La “*class action*” nelle controversie di lavoro alla prova della giurisprudenza

Sommario: 1. Premessa. 2. Le innovazioni legislative. 3. Omogeneità dei diritti, interessi individuali e interesse collettivo. 4. Titolarità per una *class action* sindacale. 5. Primi chiarimenti giurisprudenziali. 6. Prospettive per un’azione di classe sindacale.

I. *Premessa*

All’indomani della promulgazione della Legge 12 aprile 2019, n. 31, riformatrice della disciplina in materia di azione di classe, il tema dell’esperibilità dell’azione giudiziale di classe nell’ambito delle controversie di lavoro non ha goduto di immediata attenzione ma è divenuto oggetto di approfondimento dottrinario¹ solo progressivamente, anche in ragione delle vicende che si sono succedute nel tempo.

L’interesse è maturato ed ha trovato sviluppo sotto diverse spinte e prospettive, tra loro legate dai temi dell’effettività delle tutele e della piena attuazione, anche nelle sedi giudiziali, dei diritti.

Innanzitutto, l’interessamento ha trovato origine sotto la duplice prospettiva della durata e dell’incidenza delle spese relative ai procedimenti giu-

¹ In particolare, RAZZOLINI, *Class action: l’azione in giudizio del sindacato verso un cambio di paradigma*, in RIDL, n. 1, 2023 sul “difficile rapporto tra azione sindacale e tutela giurisdizionale” ricondotto all’ambizione della teoria dell’ordinamento intersindacale di risolvere le controversie attraverso la “giurisdizione privata intersindacale” in cui l’intervento giudiziario è “semplicemente inconcepibile”. Per approfondimenti si rinvia a: RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Unione tipografica torinese, 1984, p. 51; GIUGNI, *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960, p. 71.

diziari che, con sempre maggiore intensità, si rivelano fattori capaci di far desistere gli interessati dall'intraprendere un'azione giudiziaria a tutela dei propri interessi.

Infatti, in un contesto processuale caratterizzato da elevati costi di accesso alla giustizia – spesso divenuti insostenibili per una vasta platea di soggetti, se obbligati a sopportarne il peso singolarmente – e dall'eccessiva durata del decorso dei processi giudiziari – che sempre più spesso si concludono con provvedimenti tardivi rispetto alle esigenze delle parti – l'introduzione di un procedimento caratterizzato da un rito che consenta di ottenere la difesa dei propri diritti in tempi celeri e che permetta ai singoli di sostenere le spese di accesso alla giustizia solidarmente è stata valutata come una valida alternativa rispetto all'opzione di rinuncia al giudizio.

Inoltre, l'interesse per il nuovo strumento processuale è maturato anche con riferimento al ruolo ed alla funzione che alcuni soggetti potrebbero assumere attraverso l'esercizio di esso.

In questa prospettiva, l'attenzione si è rivolta principalmente alle organizzazioni sindacali ed alla configurabilità in capo ad esse della titolarità dell'azione di classe.

È stato da subito osservato², infatti, che qualora si ritenesse estensibile ai sindacati la predetta titolarità, si consentirebbe loro di rafforzare il proprio ruolo di rappresentanza dei lavoratori, al di fuori dei tradizionali canoni del conflitto industriale.

Con riferimento a tale profilo, sia sufficiente pensare al fatto che le organizzazioni sindacali potrebbero fare ricorso allo strumento giudiziario facendone un mezzo di proselitismo o comunque di rappresentanza giudiziale degli interessi³, al fine di affermarsi quali unici soggetti capaci di tutelare ef-

² Tra gli altri RAZZOLINI, *Azione di classe risarcitoria e azione collettiva inibitoria: novità anche per il diritto del lavoro?*, in ADL, 2019, p. 81 ss.; FALSONE, *Il sindacato e la risoluzione delle controversie: una, nessuna o centomila identità?*, in RAZZOLINI, VARVA, VITALETTI (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, in Giust. Civ.com, 2020, p. 25; RAIMONDI, *Interesse collettivo, diritti individuali omogenei e la nuova azione di classe*, in RAZZOLINI, VARVA, VITALETTI (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, in Giust. Civ.com, 2020, p. 57 ss.; RECCHIA, *La "bella giovinezza" dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in RAZZOLINI, VARVA, VITALETTI (a cura di), *Sindacato e processo (a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori)*, in Giust. Civ.com, 2020; VIGLIOTTI, *Procedimenti collettivi e controversie di lavoro*, MGL, n. 2, 2022, p. 415.

³ Sulla tutela giurisprudenziale collettiva, quale strumento sindacale alternativo ai tradizionali strumenti azionabili nell'ambito dell'ordinamento intersindacale, si veda anche LASSAN-

ficacemente i diritti dei singoli lavoratori⁴. Ciò, in verità, non si qualificerebbe come un vero e proprio elemento di novità nell’azione sindacale, essendo innegabile che il ricorso alla giustizia da parte del sindacato è divenuto, nel tempo, uno degli strumenti più utilizzati per manifestare e rafforzare la propria presenza nei luoghi di lavoro ovvero per ottenere l’adeguamento della legislazione al mutato contesto delle relazioni industriali⁵.

Peraltro, che il profilo dell’accessibilità all’azione di classe da parte delle organizzazioni sindacali rappresenti uno degli aspetti che ha maggiormente sollecitato l’attenzione per il nuovo strumento processuale trova conferma nel fatto che delle tredici azioni di classe ad oggi promosse secondo le nuove norme⁶, ben quattro attengono alla difesa di interessi e diritti dei lavoratori⁷.

Tuttavia, sebbene gli effetti pratici connessi all’eventuale ricomprensione dei sindacati tra i soggetti titolati ad agire mediante la *class action* appaiano sufficientemente chiari, da subito controversa e non del tutto risolta appare proprio la tematica della configurabilità, in capo al sindacato, della capacità

DARI, *L’azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *LD 2014*, p. 309 ss.; RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, FrancoAngeli, 2018; GAUDIO, *Algorithmic management, sindacato e tutela giurisdizionale*, in *DRI*, 2022, p. 30.

⁴ Sul ruolo del sindacato in questo spettro di azione, GHEZZI, *Processo al sindacato. Una svolta nelle relazioni industriali*, De Donato Editore, 1981.

⁵ È sufficiente, in questo senso, ricordare la nota vicenda FIAT che, all’esito del percorso giudiziale intrapreso dal sindacato, ha condotto al pronunciamento della Corte Costituzionale n. 231/2013 interpretativa dell’art. 19 stat. lav. Per un’analisi più dettagliata L. ZOPPOLI, *Impresa e relazioni industriali dopo la guerra dei tre anni: verso una nuova legge sindacale. Considerazioni a valle di Corte cost. 231/2013*, Convegno Aidlass “*Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*”, Roma, 16 settembre 2013, in *www.aidlass.it*.

⁶ Viene ricordato da MAZZEI, *Doppio binario per la class action*, *Ilsole24ore*, 19 aprile 2023 in ricognizione di quanto registrato sulla piattaforma telematica delle *class action* raggiungibile attraverso il Portale dei Servizi Telematici del Ministero della Giustizia, a cui è possibile accedere liberamente per consultare – ai fini di un eventuale adesione – i ricorsi pendenti.

⁷ Si ricordano al riguardo, i giudizi iscritti al: n. 4274/2021 nel registro del Tribunale di Roma, Sezione specializzata in materia di impresa e promossa da Filcams Cgil Roma Lazio, Uiltrasporti Lazio, Fisascat Cisl Roma capitale e Rieti contro ROMA CAPITALE; n. 33816/2021 nel registro del Tribunale di Milano, Tribunale delle Imprese e promossa da Nidl CGIL Palermo, Filcams CGIL Palermo, Filt CGIL Palermo contro Deliveroo Italy s.r.l.; n. 595/2022 nel registro del Tribunale di Milano, Tribunale delle Imprese e promossa dalla Associazione Nazionale Lotta alle Discriminazioni contro ITA – Italia Trasporto Aereo S.p.A.; n. 6290/2023 nel registro del Tribunale di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa e promossa da Filcams CGIL, Fisascat Cisl Federazione Nazionale contro Sicuritalia Servizi fiduciari soc. coop.

di agire giudizialmente per la tutela di diritti e interessi individuali di singoli lavoratori.

Prima di focalizzare l'attenzione sull'analisi della questione della legittimazione ad agire da parte del sindacato, si ritiene opportuno, preliminarmente, ripercorrere i tratti distintivi della disciplina processuale.

2. *Le innovazioni legislative*

Con la Legge 12 aprile 2019, n. 31, il legislatore ha introdotto nel codice di rito i nuovi artt. da 840-*bis* a 840-*sexiesdecies* cod. proc. civ., riformando ampiamente la disciplina delle azioni di classe nel nostro ordinamento.

Ad opera della riforma, la c.d. *class action* è stata estratta dalla sua originaria collocazione, funzionale alla limitata alla tutela delle posizioni dei consumatori ed articolata nelle disposizioni del codice del consumo, per destinarla, mediante la nuova collocazione, ad una portata applicativa generalizzata⁸.

L'ampliamento del raggio operativo è stato perseguito sulla base di due direttrici: l'una soggettiva e l'altra oggettiva. Per quanto attiene la prima, il legislatore ha mirato all'estensione soggettiva della titolarità d'azione, assegnandola oggi sia al singolo componente della "classe" e sia all'organizzazione (o associazione) che persegue, quale obiettivo statutario, la tutela dei diritti ed interessi dei singoli. Con riferimento alla seconda direttrice, il legislatore ha delineato una ridefinizione delle fattispecie protette; esse sono individuate adesso nella lesione dei diritti individuali omogenei e nel pregiudizio arrecato, da parte da un'impresa o un ente⁹ in conseguenza di un determinato comportamento lesivo, in danno di una pluralità di individui¹⁰.

In forza dell'intervento legislativo in esame, tracciando brevemente gli aspetti essenziali della nuova disciplina, risultano oggi esperibili due distinte

⁸ Con la riscrittura della relativa disciplina, sostiene RAIMONDI, *op. cit.*, p. 62 che l'azione di classe "da strumento di tutela dei soggetti deboli nelle relazioni di mercato è divenuta un rimedio di diritto comune".

⁹ La riforma cristallizza i canoni della legittimazione passiva, fissandone un canone *invariabile e ordinario*. Così, AULETTA, *Diritto Giudiziario Civile*, Zanichelli, 2021, p. 218.

¹⁰ Il comma 1 dell'art. 840 prevede la legittimazione ad esercitare in giudizio l'azione di classe in capo a qualsiasi "organizzazione o associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari comprendano la tutela" dei "diritti individuali omogenei".

tipologie di azioni di classe generali: un’azione di carattere risarcitoria ed una di carattere inibitoria.

La prima, regolata dagli artt. 840-*bis* e ss. c.p.c., consente a ciascun componente della classe o ad un’organizzazione (ovvero un’associazione) senza scopo di lucro, purché gli obiettivi statuari comprendano la tutela dei c.d. *diritti individuali omogenei* ad agire nei confronti dell’autore della condotta lesiva per l’accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni¹¹.

La seconda, regolata dall’art. 840-*sexiesdecies*, consente a “chiunque abbia interesse” di proporre un’azione inibitoria “collettiva” volta ad ottenere dal giudice “l’ordine di cessazione o il divieto di reiterazione” di atti o comportamenti, sia omissivi che commissivi, “posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti”. Con riferimento a quest’ultima, sebbene la norma qualifica espressamente l’azione come collettiva, essa in realtà si concretizza in un mezzo processuale ambivalente, accessibile tanto in via individuale quanto in via collettiva.

Invero, risultando espressamente esercitabile da “chiunque abbia interesse alla pronuncia” appare pacifico che essa possa essere azionata anche soltanto da un singolo appartenente ad una determinata classe¹² interessato a che venga ordinata la cessazione di comportamenti o atti “posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui”. In altri termini, la dimensione collettiva dell’azione inibitoria non è riferibile esclusivamente al soggetto promotore dell’azione ma anche agli stessi interessi lesi dalle condotte pregiudizievoli dedotte in giudizio.

Pertanto, elemento rilevante e comune di entrambe le fattispecie è non solo la legittimazione ad agire posta sia in capo ai soggetti singoli che in

¹¹ Per approfondimenti della disciplina processualistica, SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pacini Giuridica, 2019; BARSOTTI, DE DOMINICIS, PAILLI, VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Giappichelli, 2020; RUFFOLO (a cura di), *Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Giuffrè, 2022.

¹² Utilizzando diverse definizioni e indicazioni, concordano su ciò AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in SASSANI, *op. cit.*, p. 231, secondo il quale “in realtà l’azione, così come disciplinata dalla nuova disposizione codicistica, è anfibia, di duplice natura: da un lato è individuale [...] dall’altro è effettivamente collettiva” e DE SANTIS, *Processo di Classe per le controversie di lavoro?*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 4/2021, che distingue tra l’azione collettiva inibitoria attivabile solo dai soggetti esponenziali, qualificandola come azione collettiva in “in senso proprio”, e l’azione inibitoria individuale, esperibile anche dal singolo.

capo ai soggetti collettivi¹³ ma soprattutto il carattere pluri-offensivo della condotta di cui si chiede la cessazione ovvero dell'atto lesivo in relazione al quale si chiede il risarcimento. Infatti, sia nella prima che nella seconda azione, è condizione necessaria che si deduca in giudizio la commissione di un atto o comportamento idoneo a ledere gli interessi o diritti afferenti a più posizioni giuridiche.

Inoltre, ulteriore elemento comune ad entrambe le azioni è la circoscrizione dei soggetti collettivi legittimati a proporre l'azione "esclusivamente" a quelle "organizzazioni e associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia" (art. 840-bis, c. 2).

Ciò che distingue, invece, i due strumenti processuali è il *petitum* azionato: il diritto al ristoro dei danni subiti nel caso dell'azione risarcitoria, la cessazione della condotta lesiva nel caso dell'azione inibitoria.

La riforma, nell'ottica di offrire una disciplina quanto più completa e priva di rinvii a disposizioni previgenti, dispone anche una specifica normativa in materia di competenza. Ed infatti: con riferimento ai criteri relativi alla definizione della competenza per materia, è prevista una riserva esclusiva in favore del Tribunale delle imprese; con riferimento ai criteri selettivi della competenza per territorio, è prevista la riserva esclusiva in favore del Tribunale nel cui circondario ha la sede legale l'impresa o l'ente che ha attuato le condotte illecite¹⁴.

Se, dal punto di vista sistematico, la distinzione tra le azioni è nettamente definita, incerti risultano gli aspetti normativi relativi all'identificazione dei soggetti collettivi legittimati a proporre le azioni di classe nonché quelli relativi all'esatta individuazione dei diritti ed interessi azionabili. In particolare: dal punto di vista oggettivo, si evidenzia che il legislatore omette di definire gli elementi qualificanti l'omogeneità dei diritti tutelabili con l'azione risarcitoria; dal punto di vista soggettivo, le disposizioni regolamentari adottate con il D.M. del Ministero della Giustizia 17 febbraio 2022 n. 27 risultano essere fortemente selettive e limitative della effettiva procedibilità delle azioni

¹³ È stato affermato che la legittimazione attiva si presenta, quindi, come "aperta" e "concorrente", nel cui sistema l'iniziativa promossa dall'ente collettivo si qualificerebbe come "straordinaria". Si veda al riguardo, AULETTA, *op. cit.*, p. 218.

¹⁴ Obliterando, in questo modo, i criteri alternativi di competenza disciplinati, ai sensi dell'art. 413 c.p.c, per il rito lavoristico, oltre che la riserva in favore del Tribunale in funzione di giudice unico del lavoro. Si rinvia, per approfondire ulteriori aspetti di carattere processuale, a DE SANTIS, *op. cit.*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 4, 2021.

da parte di alcune organizzazioni pur astrattamente riconducibili ai soggetti identificati negli artt. 840-*bis* c.p.c. e 840-*sexiesdecies* c.p.c.

3. Omogeneità dei diritti, interessi individuali e interesse collettivo

In ordine all’identificazione dei diritti e degli interessi tutelabili, non sembra potersi ravvisare, dal punto di vista teorico, alcun impedimento alla deducibilità, con l’azione di classe, di diritti e interessi di natura lavoristica.

Tuttavia, alla luce della disciplina e delle differenze tra le due azioni, si rende necessario svolgere un approfondimento circa la titolarità dei diritti e degli interessi azionabili.

Ci si riferisce, nello specifico, alla problematica relativa al potenziale conflitto ovvero al necessario coordinamento che si impone tra il far valere in giudizio l’interesse collettivo proprio di cui è portatrice l’organizzazione sindacale e gli interessi ed i diritti di cui sono titolari esclusivi i lavoratori.

Questo aspetto assume minore o maggiore rilevanza a seconda che ci si riferisca all’azione risarcitoria oppure all’azione inibitoria.

Con particolare riferimento all’azione risarcitoria, va rilevato che i diritti per cui è possibile invocare la tutela giudiziale collettiva devono essere (per espressa previsione normativa) necessariamente “omogenei”¹⁵.

Tale specificazione costituisce un tratto estraneo e non definito dall’ordinamento nazionale, che trova un antecedente soltanto nell’art. 140*bis* del Codice del Consumo¹⁶ ed una corrispondenza nell’art. 81 del Codice di difesa dei consumatori brasiliano (Legge n. 8.078 dell’11 settembre 1990), ai sensi del quale sono definiti come “omogenei” quei diritti aventi “origine comune”.

Assumendo siffatta qualificazione come corretta, si potrebbe ritenere che i diritti omogenei siano quelli nascenti dalla medesima azione e riferibili ad una pluralità di soggetti.

¹⁵ Sull’omogeneità dei diritti, in generale, si rinvia a COSTANZA, *La omogeneità dei diritti individuali*, in RUFFOLO, *op. cit.*, p. 105 ss.; COREA, GUARNIERI, *Lineamenti processuali della nuova azione di classe*, in *Judicium*, 2021, p. 425-460.

¹⁶ Introdotta con L. 24.12.2007, n. 244 e modificata da L. 24.03.2012, n. 27 di conversione con modifiche del D.L. 24.01.2012, n. 1, che disciplinava la *class action* regolata dal codice del consumo e qualificava come “omogenei” i diritti tutelabili con l’azione di classe.

Proprio in questo solco interpretativo, la dottrina processual-civilista¹⁷ ha definito i diritti tutelabili con l'azione di classe come isomorfi, in ragione della comunanza della fattispecie costitutiva ovvero della questione giuridica sottesa all'azione.

In altri termini, andrebbero individuati come omogenei quei diritti connessi dalla medesima fonte di origine e, pertanto, ne conseguirebbe che possono essere tutelati attraverso l'azione di classe solo quei diritti che originano necessariamente da una condotta plurioffensiva¹⁸.

Si potrebbe sostenere, in definitiva, che sono diritti *omogenei* quei diritti azionati in virtù della medesima *causa petendi* ma che sfuggono dal concetto di identità¹⁹ per i caratteri di personalizzazione e declinazione, propri ad ogni singolo componente della classe.

In questo senso, questi diritti sfuggono dal concetto di identità in ragione del grado di incidenza che la condotta imprenditoriale può avere nella sfera giuridica del singolo, sia in termini qualitativi che quantitativi, che di fatto li rende parzialmente distinguibili e come tali azionabili anche in via individuale.

Per altro verso, i diritti omogenei differiscono tra loro in ordine alla temporalità in cui essi sono sorti ovvero sono divenuti esigibili oppure in ordine al *quantum* caratterizzante la pretesa avanzata dal singolo o, ancora, con riferimento al luogo in cui è avvenuta la violazione che ne ha determinato la lesione.

Ciò su cui non sembra, però, potersi ammettere differenza, ai fini del mantenimento dell'omogeneità, sono: la struttura della fattispecie del diritto, il nesso eziologico intercorrente con i fatti dedotti nonché gli stessi fatti da cui il risarcimento o il provvedimento ripristinatorio trova origine.

Da quanto precede è possibile desumere che maggiore risulta essere il

¹⁷ In proposito si veda CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1205 e ss.; CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 725; MARENGO, *Garanzie processuali a tutela dei consumatori*, Giappichelli, 2007, p. 61

¹⁸ Sulla natura dell'illecito e della responsabilità azionata, se aquiliana o contrattuale si veda AMADEI, *Nuova azione di classe*, cit., p. 1052.

¹⁹ Con riferimento alla identità dei diritti esercitati con l'azione di classe, la dottrina è divisa. Sul punto: POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *RDPC*, 2012, p. 38, sostiene sia necessaria una effettiva identità tra i diritti; CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis*, in *CG*, 2009, p. 1300 sostiene sia sufficiente l'aggregazione dei diritti in una classe omogenea.

grado di personalizzazione e più difficoltosa (o del tutto esclusa) sarà l’azionabilità attraverso l’azione di classe.

Secondo questa lettura, quindi, in ambito lavoristico i diritti omogenei sarebbero quelli “replicabili” in capo ad una moltitudine di lavoratori, in ragione di una specifica condotta, commissiva od omissiva, datoriale (si pensa, sotto questo profilo, alle c.d. “cause seriali” ovvero ai casi in cui da un medesimo fatto – come la violazione di determinate norme in materia di sicurezza sul lavoro – discendono identici effetti dannosi in capo ad una moltitudine di lavoratori).

Al riguardo, concentrando l’attenzione nella prospettiva di un’azione di classe risarcitoria giuslavorista, si ritiene allora rilevante porre l’attenzione sulla relazione che intercorre tra le posizioni giuridiche individuali, comuni ad una pluralità di soggetti, e la posizione giuridica del sindacato. Più in particolare, si ritiene necessario indagare sull’eventuale omogeneità dei diritti ed interessi individuali dei lavoratori e dei diritti ed interessi dell’organizzazione.

È noto che la posizione giuridica del sindacato è distinta dalla posizione giuridica dei lavoratori, anche complessivamente intesi.

Invero, essendo il sindacato un soggetto distinto dai lavoratori che lo compongono, esso sarà titolare di diritti propri e ad esso specificatamente riferibili²⁰.

I diritti propri del sindacato difficilmente saranno omogenei, ovvero avranno un’origine comune, ai diritti individuali dei singoli. Tantomeno, si ritiene configurabile una replicabilità dei diritti del sindacato nelle sfere giuridiche dei singoli e viceversa.

Infatti, sia sufficiente richiamare i diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto per osservare la discrepanza tra i diritti soggettivi di cui sono titolari i singoli lavoratori ed i diritti di cui è esclusivo titolare il sindacato.

Pertanto, è difficile immaginare un’azione risarcitoria promossa dall’organizzazione sindacale a tutela di diritti propri e dei singoli lavoratori, non potendosi individuare tra di essi il tratto comune dell’omogeneità.

A conclusioni parzialmente differenti, invece, sembra potersi giungere con riferimento all’azione disciplinata dall’art. 840 *sexdecies* c.p.c.

Sul punto, venendo all’azione inibitoria, esperibile a “tutela degli inte-

²⁰ Come sostiene PERSIANI, *Saggio sull’autonomia privata collettiva*, CEDAM, 1972, a cui si rinvia.

ressi pregiudicati” dalle condotte assunte da parte di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, l’oggetto protetto dalla normativa è più identificabile con i diritti omogenei bensì con le posizioni e gli interessi lesi dal comportamento di cui si chiede la cessazione.

Focalizzando, anche con riferimento a quest’ultima azione, il rapporto intercorrente tra gli interessi dei lavoratori e l’interesse del sindacato, la distinzione fra posizioni giuridiche verrebbe a ridimensionarsi notevolmente.

In questo prisma d’osservazione, è imprescindibile il richiamo all’interesse collettivo.

Esso, è noto, nella prospettiva sindacale, è qualificato come interesse giuridicamente diverso dalla mera sommatoria di diritti ed interessi individuali dei lavoratori, che, seppur assai simili ed interdipendenti nel loro contenuto non sono sovrapponibili²¹ e pertanto è un interesse qualitativamente differente dagli interessi dei singoli lavoratori²².

Caratteristica principale dell’interesse collettivo è quella di essere individuato autonomamente dal sindacato stesso, nell’ottica di semplificare il rapporto tra gli interessi individuali dei singoli lavoratori, sia omogenei che eterogenei, selezionando quali ed in quale misura porre al centro della propria azione²³, anche ricorrendo all’utilizzo di “vincoli capaci di far perdere loro rilevanza giuridica come posizioni individuali, per far loro assumere rilievo come elementi di un interesse più vasto”²⁴.

Per tale ragione, è stato affermato che “l’interesse collettivo, anziché nascere alla base per proiettarsi al vertice, percorre il tragitto inverso”²⁵.

Poiché frutto di un’azione sintetica, l’interesse collettivo è tradizional-

²¹ Notoriamente definito da F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Jovene, 1972, p. 25 con la felice formula “non somma di interessi individuali ma la loro combinazione, indivisibile, nel senso che viene soddisfatto, non già da più beni atti a soddisfare bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività”.

²² Sul rapporto fra individuale e collettivo, si veda fra gli altri A. ZOPPOLI, *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 131/2011.

²³ Si rinvia diffusamente a RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, UTET, 2003, p. 189 in cui si evidenzia che il contratto collettivo rappresenta l’esempio di come l’interesse collettivo assume una rilevanza giuridica autonoma e che esso non è realizzabile in assenza di una organizzazione.

²⁴ Così GHERA, *Interessi collettivi e processo del lavoro*, in RGL, 1973, I, p. 359.

²⁵ Testualmente RUSCIANO, *Rappresentatività sindacale e contrattazione a 50 anni dallo Statuto dei lavoratori (intervento alla tavola rotonda AIDLASS del 6 maggio 2021)*, in *LavoroDirittiEuropa*, 3/2021, p. 6.

mente posto su un piano superiore e destinato in quanto tale a prevalere sugli interessi dei singoli appartenenti al gruppo²⁶.

Da ciò discende che le posizioni giuridiche dei sindacati e quelle dei lavoratori non possono considerarsi, neppure sotto il punto di vista degli interessi, pienamente omogenee.

Tuttavia, ciò non determinerebbe un’incompatibilità, in radice, tra la tutela dell’interesse collettivo e la tutela degli interessi individuali dei lavoratori nell’ambito di una medesima azione.

Infatti, è notoriamente sostenuto²⁷ che il sindacato è l’organizzazione di un gruppo di lavoratori²⁸, portatore (e non titolare) dell’interesse collettivo, attraverso il quale “esprime gli interessi”²⁹ degli stessi.

Tali assunti conseguono al fatto che, seppure il diritto e l’ordinamento prendono in considerazione i fenomeni giuridici sia nella loro dimensione atomistica – come interessi individuali – sia nella loro forma complessa³⁰ (con cui, nella realtà, tali interessi si presentano), sul piano della tutela non possono che avere “riguardo agli unici interessi realmente esistenti e, cioè, agli interessi umani che, nella realtà delle cose, altro non sono – e non possono non essere – che interessi individuali”³¹.

Peraltro, da ciò non deriva una sostanziale identità ovvero un rapporto di biunivocità tra la soddisfazione dell’interesse collettivo e la soddisfazione degli interessi individuali dei singoli lavoratori, in quanto l’interesse collettivo è pur sempre qualcosa di diverso³² dagli interessi individuali e dalla promo-

²⁶ Sul concetto, F. SANTORO-PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *ED*, IV, 1959, p. 369, in riferimento agli interessi individuali evidenzia che “l’interesse collettivo è “qualitativamente distinto e, come tale, riferibile ai singoli soltanto uti universi”.

²⁷ Si fa riferimento a PERSIANI, *Diritto Sindacale*, CEDAM, 2005, p. 28, in cui si afferma “per comprendere la natura dell’interesse collettivo, sarebbe errato prendere le mosse dall’affermazione che l’organizzazione sindacale ne sia titolare. Quell’organizzazione, pur essendo, sempre ed esclusivamente sul piano del diritto, un soggetto giuridico distinto dagli uomini che la compongono, è, in quanto tale, titolare di interessi suoi propri ma non dell’interesse collettivo”.

²⁸ Sul punto, VIGORITI, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Giuffrè, 1973, p. 40, secondo cui il sindacato può considerarsi “un’organizzazione in grado di determinare, tra soggetti appartenenti ad una medesima collettività, vincoli capaci di far loro perdere rilevanza giuridica come posizioni individuali, per far loro assumere rilievo come elementi di un interesse più vasto”.

²⁹ Così testualmente, GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Cacucci editore, 2014, p. 69.

³⁰ Sul concetto PERSIANI, *op. cit.*, p. 29, le definisce “combinazioni e connessioni con le quali, nella realtà delle cose, tali interessi sovente si presentano”.

³¹ Così, PERSIANI, *op. cit.*, p. 29.

³² Al riguardo, si rinvia a quanto afferma GIUGNI, *op. cit.*, p. 63 e A. ZOPPOLI, *Fenomeno*

zione del primo potrebbero sì conseguire benefici in capo ad una vasta platea di lavoratori ma anche sacrifici dell'interesse individuale di alcuni.

Di conseguenza, ferme le differenze tra le diverse posizioni giuridiche, è possibile ritenere che nella ricerca di tutela dell'interesse collettivo sia astrattamente ed eventualmente possibile che trovino indiretta³³ tutela anche gli interessi individuali dei lavoratori.

4. *Titolarità per una class action sindacale*

Così ricostruite, alla luce delle specificità e della diversità, le relazioni tra i diritti e gli interessi di cui sono portatori i singoli lavoratori e i sindacati, è possibile ora domandarsi ed analizzare se ed in che misura i sindacati possono essere annoverati tra i soggetti legittimati ad esercitare le azioni di classe di cui agli artt. 840-*bis* e 840-*sexdecies* a tutela dei diritti ed interessi comuni ad una pluralità, anche ristretta, di lavoratori³⁴.

Nel dettaglio, ci si interroga in ordine la configurabilità in capo alle OO. SS. della titolarità di promuovere, autonomamente e senza necessità di specifico mandato da parte dei singoli lavoratori³⁵, giudizi volti a tutelare i “diritti individuali omogenei” dei lavoratori ovvero la titolarità dello stesso di poter esercitare, *iure proprio*, l'azione collettiva inibitoria.

La rilevanza del quesito è primaria. Ammettere la capacità di agire in proprio da parte dell'organizzazione sindacale attraverso la nuova azione collettiva, vorrebbe significare affermare, per la prima volta nel sistema post-corporativo, l'esistenza in capo al sindacato del diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti soggettivi e interessi individuali dei singoli lavoratori appartenenti alla categoria di riferimento.

sindacale e Costituzione, in ESPOSITO, GAETA, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *Diritto del lavoro e sindacale*, p. 137, secondo cui “l'interesse collettivo, espresso dall'organizzazione, è, dal punto di vista logico-empirico, “altro” rispetto ai singoli interessi”; *contra*, in senso diametralmente opposto, teso a negare la distinzione tra interesse individuale e interesse collettivo, ICHINO, *A cosa serve il sindacato?*, Mondadori, 2005.

³³ Secondo RAIMONDI, *op. cit.*, p. 65, “nella misura in cui la violazione dei diritti soggettivi dei singoli si traduca nella lesione dell'interesse collettivo protetto”.

³⁴ I quali potrebbero eventualmente aderire nelle forme previste dalla L. 31/2019.

³⁵ I quali potranno liberamente valutare se aderire o meno all'azione, con le modalità stabilite dall'art. 840-*quinquies* cod. proc. civ., secondo il meccanismo dell'*opt-in*. Per approfondimenti sul tema, si veda DE SANTIS, *L'adesione*, in DALFINO (a cura di), *Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31)*, in *FI*, 2019, V, c. 321 ss.

Infatti, riconoscere l’esperibilità dell’azione di classe collettiva, autonomamente ed indipendentemente, anche da parte dell’organizzazione sindacale colmerebbe, con un solido ed incontestabile fondamento legislativo³⁶, il vuoto normativo determinatosi dall’implicita³⁷ abrogazione dell’art. 2907 cod. civ.

Tuttavia, per quanto rilevante, la soluzione al quesito non appare di pronta soluzione. Invero, sia in ragione della formulazione e della specificità della normativa e sia in ragione delle disposizioni sopravvenute ad opera del regolamento ministeriale, diversi elementi hanno ostato, o per meglio dire impedito, l’esercizio dell’azione collettiva da parte delle organizzazioni sindacali.

Tali ostacoli, operanti con diversa intensità a seconda che ci si riferisca all’azione risarcitoria ovvero all’azione inibitoria, hanno riguardato essenzialmente i requisiti di carattere sostanziale dettati dalla normativa.

Tra essi, con riferimento all’azione risarcitoria, oltre alla menzionata qualità dei diritti azionati, si annovera l’ulteriore requisito della ricomprensione della tutela dei già menzionati diritti nelle previsioni statutarie.

Orbene, ritenendo che il requisito della previsione tra gli obiettivi statutari della difesa dei diritti e degli interessi individuali sia sufficientemente e diffusamente soddisfatto dal maggior numero delle organizzazioni sindacali³⁸

³⁶ Sebbene, in tempi recenti, diversi sono stati gli strumenti normativi esso non costituisce in fondo una novità per la tutela dei diritti (anche) del lavoro: diverse sono le norme che richiamano, ai fini della garanzia della adeguata rappresentatività degli interessi in gioco, l’iscrizione agli elenchi variamente denominati. Si pensi all’art. 5, d.lgs. n. 215/2003, che in materia di discriminazione per razza e origine etnica prevede la legittimazione attiva di enti e associazioni iscritte in un elenco approvato con decreto ministeriale; analoghe previsioni, sempre del diritto antidiscriminatorio, ma fuori dalle relazioni di lavoro, sono contenute anche all’art. 55-*septies* del d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità) in materia di discriminazioni di genere nell’accesso a beni e servizi, nonché all’art. 4, l. n. 67/2006, per la protezione del fattore disabilità. Ed ancora, in tema di tutela ambientale, l’iscrizione in un apposito registro previsto dall’art. 13, l. n. 349/1986 è funzionale all’ammissione delle associazioni rappresentative di interessi al processo amministrativo.

³⁷ Unanimemente, come ricorda RAZZOLINI, *op. cit.*, “dopo la soppressione del regime corporativo, l’art. 2907, co. 2 c.c. è stato immediatamente accantonato per il riferimento alla categoria professionale e alla rappresentanza legale che rappresentano concetti fondamentali dell’ideologia corporativa” sebbene l’autrice ritenga possibile un “recupero” dell’art. 2907, co. 2. c.c. Al riguardo, si rinvia RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un’analisi comparata*, Franco Angeli, 2018, p. 107 ss.

³⁸ Al riguardo, il TAR Lazio con sentenza n. 10653/2023 pubblicata in data 23 giugno

e richiamato quanto esposto in precedenza in ordine alla omogeneità dei diritti azionati, si condivide la tesi di chi sostiene³⁹ che il sindacato non sarebbe insormontabilmente limitato, in astratto, ad agire ai sensi dell'art. 840-*bis* c.p.c., in virtù di specifico mandato di rappresentanza processuale per la tutela di diritti individuali rilasciato appositamente da parte dei titolari dei diritti stessi, ma che al tempo stesso le sarebbe preclusa la legittimazione ad agire *iure proprio* per mezzo della medesima azione.

Venendo all'azione inibitoria, in ordine alla quale l'intensità degli ostacoli è considerevolmente minore, la legittimazione *iure proprio* del sindacato non sarebbe escludibile bensì le sarebbe invece riconosciuta, sia in ragione della disposizione normativa che riserva a "chiunque" il diritto di promuovere l'azione e sia quale postulato del rapporto sopra richiamato tra interesse collettivo e interessi individuali dei lavoratori.

I maggiori ostacoli al riconoscimento in capo delle organizzazioni sindacali della piena legittimità a promuovere azioni collettive di classe sembrano provenire, per altro profilo, dall'ulteriore requisito, comune ad entrambe le azioni, dell'obbligo di iscrizione, per le associazioni e organizzazioni interessate a procedere ai sensi degli artt. 840-*bis* c.p.c. e 840-*sexiesdecies* c.p.c., nell'elenco istituito presso il Ministero di Giustizia ai sensi dell'art. 196-*ter* disp. att. c.p.c.

Quest'ultima disposizione, prevede l'istituzione e la tenuta, presso il Ministero di Giustizia, di un apposito elenco in cui annoverare, su base volontaria, gli enti e le associazioni legittimate a promuovere le azioni di classe.

Ai sensi delle nuove disposizioni codicistiche, il Ministero viene investito dell'onere di fissare i requisiti per l'iscrizione, tenendo in vista "la verifica delle finalità programmatiche, dell'adeguatezza a rappresentare e tutelare i diritti omogenei azionati e della stabilità e continuità delle associazioni e delle organizzazioni stesse, nonché la verifica delle fonti di finanziamento utilizzate"⁴⁰.

La *ratio* della norma era evidentemente e meritoriamente diretta a isti-

2023, p. 8 ha condivisibilmente riconosciuto che "a difesa dei diritti individuali omogenei di una determinata categoria di soggetti risulta intrinsecamente connaturata con gli scopi associativi tipici del sindacato". In dissenso con RAIMONDI, *op. cit.*, secondo cui la norma richiederebbe che tra gli obiettivi statuari la tutela dovrebbe specificamente "giudiziale".

³⁹ Secondo RAIMONDI, *op. cit.*, p. 67, "le posizioni giuridiche dei singoli lavoratori devono nettamente rimanere distinte dalla nozione di "interesse collettivo".

⁴⁰ Così testualmente l'art. 196-*ter* disp. att. c.p.c.

tuire un sistema teso a verificare e selezionare, tra i diversi soggetti potenzialmente legittimati all'azione, solo quelli in possesso di un'effettiva capacità a rappresentare gli interessi e i diritti degli appartenenti alla classe.

Senonché, apparentemente travalicando i limiti della riserva di legge di cui all'art. 196-ter disp att. c.p.c., il Ministero ha introdotto ulteriori requisiti e obblighi in capo ai soggetti interessati all'iscrizione rispetto a quelli indicati dal legislatore, che non tutte le associazioni ed organizzazioni, ivi compreso il sindacato, sembrano poter soddisfare.

Il regolamento definitivamente adottato con il Decreto Ministeriale n. 27 del 17 febbraio 2022, sebbene semplificato rispetto alle iniziali bozze elaborate e vagliate dalle competenti commissioni parlamentari oltre che dall'Autorità garante della *privacy*⁴¹, ha previsto, agli artt. 1, 3 e 7, condizioni particolarmente restrittive, volte a determinare una selezione dei soggetti iscrivibili nell'elenco ministeriale non del tutto riconducibile alle linee guida definite normativamente.

Invero, a seguito delle disposizioni ministeriali emanate, di fatto, con il decreto, è stato stabilito che i soggetti legittimati attivi a proporre le azioni di classe sono soltanto quelle associazioni già iscritte nell'elenco unico degli enti del terzo settore, che prevedano “a livello statutario la trasparenza amministrativa e contabile, anche mediante la pubblicazione annuale del bilancio e la revisione del medesimo ad opera di soggetti terzi” e che si impegnano “...entro il 31 gennaio di ogni anno” a fornire “a) dichiarazioni con evidenziazione del numero degli iscritti alla data del 31 dicembre dell'anno precedenti, nonché di tutte le variazioni intervenute; b) copia del bilancio annuale delle entrate e delle uscite (o del rendiconto economico) dell'esercizio precedente, contenente l'indicazione delle quote versate dagli associati”.

Così dettagliatamente articolate le condizioni poste per l'iscrizione (e il mantenimento della medesima) presso l'elenco ministeriale, hanno determinato l'introduzione di limiti, legali⁴² e fattuali, insuperabili per le organiz-

⁴¹ L'Autorità ha emesso, in data 14 gennaio 2021, un “Parere sullo schema di decreto del Ministro della giustizia concernente l'istituzione dell'elenco pubblico delle organizzazioni e associazioni legittimate a proporre una ‘azione di classe’” con cui veniva evidenziato che “La disposizione” di cui all'art. 7 dello schema “nella parte in cui prevede la trasmissione, a fini di controllo, dell'elenco degli iscritti presenta profili di insuperabile criticità”.

⁴² Segnatamente, l'art. 4, co. 2, d.lgs. 117/2017 stabilisce che “Non sono enti del Terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rap-

zazioni sindacali, le quali difficilmente avrebbero soddisfatto i requisiti richiesti.

Ciò non tanto in considerazione delle ragioni correlate alla storica avversione e diffidenza dei sindacati ad ogni forma di controllo pubblico⁴³ quanto, piuttosto, in relazione all'incompatibilità stabilita *ex lege* tra organizzazioni del terzo settore e organizzazioni sindacali e quindi l'impossibilità per le organizzazioni sindacali di poter iscriversi al registro degli enti del terzo settore, *prius* logico per poter accedere all'elenco istituito con il D.M. Ministero Giustizia n. 27 del 17 febbraio 2022.

Fin dal momento immediatamente successivo all'entrata in vigore del D.M., è stata criticata la previsione volta ad impedire alle organizzazioni non iscritte nel registro degli enti del terzo settore la possibilità di iscrizione nell'elenco richiamato dagli art. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies*.

Anche prescindendo dalla specificità del caso afferente alle organizzazioni sindacali, diversi sono stati gli argomenti portati a sostegno della necessità un intervento normativo che ampliasse il novero dei soggetti legittimati ad agire in giudizio.

Già dalla prima lettura del provvedimento ministeriale, infatti, è stato possibile ravvisare diverse violazioni tali da introdurre limiti apparentemente e potenzialmente illegittimi, nonché capaci di determinare una ingiustificata restrizione della platea dei soggetti collettivi rispetto alla totalità di quelli idonei ad agire collettivamente nelle nuove forme dell'azione di classe.

I vizi maggiormente manifesti si sono palesati, in modo macroscopico, principalmente con riferimento a profili formali, quali la violazione e il contrasto sussistente tra la legge primaria e le disposizioni regolamentari adottate dal legislatore ministeriale ovvero al potenziale eccesso di potere con cui il decreto è stato emanato.

In ordine ad essi, si è osservato come il regolamento ministeriale, piuttosto che attuare i criteri indicati dall'art. 196-*ter* disp. att. c.p.c. abbia introdotto ulteriori requisiti e prerequisiti del tutto estranei alla disposizione codicistica.

presentanza di categorie economiche, le associazioni di datori di lavoro, nonché gli enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati dai suddetti enti”.

⁴³ Le previsioni contenute nel provvedimento ministeriale sembrano riverberare le preoccupazioni che hanno, inizialmente, determinato la non attuazione della disposizione costituzionale. Corrispondenza sulla fondatezza di tale preoccupazione sembra trovare solidità nel parere dell'Autorità per il Garante della *Privacy* del 14 gennaio 2021.

Infatti, nel prevedere che le associazioni senza scopo di lucro siano quelle coincidenti con le associazioni iscritte nel registro unico del terzo settore (art. 1, D.M. 27 del 17 febbraio 2022), il decreto ministeriale ha manifestato eccessi in ordine al potere normativo integrativo ricevuto, sostituendo alle scelte del legislatore primario – che individuava genericamente nelle associazioni ed organizzazioni senza scopo di lucro i soggetti titolari dell’azione collettiva – delle scelte contrastanti con esse – limitando, di fatto, la legittimità alle azioni solo alle associazioni del terzo settore.

In altre parole, il decreto ministeriale è stato ritenuto in contrasto con la normativa legislativa, avendone modificato illegittimamente il contenuto e la stessa *ratio*.

È rilevante, sul punto, osservare come neppure dai lavori preparatori⁴⁴ potesse evincersi la volontà del legislatore di limitare la titolarità del diritto d’azione alle sole associazioni del terzo settore; anzi, proprio dagli atti⁴⁵ propedeutici all’emanazione della legge n. 31/2019 si appalesava che la legittimazione all’azione avrebbe dovuto essere assegnata sia alle suddette associazioni del terzo settore che alle altre, riconosciute e non riconosciute, purché, nell’ottica di evitare un uso distorto dello strumento processuale, affidabili, rappresentative e non costituite strumentalmente *ad hoc*.

Oltre ai profili violativi appena menzionati, è sembrato potersi riscontrare anche un profilo di manifesta irragionevolezza del regolamento, emergente dal coordinato disposto degli artt. 196-*ter* disp. att., 840-*bis*, comma 2, e 840-*ter*, comma 4, lett. c), c.p.c. e relativo alla previsione di un filtro di carattere amministrativo per il riconoscimento della legittimazione ad agire applicabile alle sole associazioni.

Già nei primi commenti alla legge, infatti, tale previsione è risultata essere superflua e ridondante⁴⁶, atteso che la medesima normativa codicistica prevede comunque la necessità di superare un filtro, di carattere giudiziale e riferibile sia all’azione risarcitoria che inibitoria, volto a verificare l’idoneità del proponente a tutelare i diritti dei componenti della classe.

⁴⁴ Si veda la relazione di accompagnamento alla proposta di legge n. 791, in atti Camera.

⁴⁵ Nelle osservazioni formulate alla proposta di legge n. 791, l’On. BARTOLOZZI evidenzia che con la nuova azione consente di “agire ad organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro senza requisiti individuati dal legislatore in ordine alla loro stabilità e rappresentatività...” nonché “consente di creare scatole ad hoc al solo fine di alimentare il contenzioso”. In atti Camera.

⁴⁶ In dottrina è stato affermato, con riferimento a ciò, che “è evidentemente privo di senso un filtro a priori in sede amministrativa”. Al riguardo DONZELLI, *L’ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in SASSANI, *op. cit.*, p. 41.

In aggiunta ai predetti profili, poi, sotto una diversa lente di lettura, sono stati sollevati dubbi circa la legittimità costituzionale del decreto ministeriale della scelta normativa adottata dal Ministero.

In particolare, sono stati evidenziati numerosi profili di contrasto⁴⁷ con gli artt. 2, perché limitante dell'espressione della personalità e dei diritti del singolo nella sua dimensione collettiva, 18 e 39 Cost, perché limitante della libertà di associazione dei cittadini.

Tutte le ipotesi di violazione appena richiamate, hanno condotto a ritenere auspicabile una profonda modifica, se non una espressa abrogazione, nel senso di espungere dal decreto ministeriale del Ministero della Giustizia n. 27 del 17 febbraio 2022 le limitazioni non previste dalla norma primaria ovvero una modifica alla normativa, mediante l'introduzione dell'espressa previsione di attribuzione del diritto di azione di classe anche alle organizzazioni sindacali, purché dotati di riconosciuta rappresentatività e storica funzione di tutela degli interessi di una determinata classe di cittadini.

D'altra parte, è stato osservato che, in assenza di un intervento, si sarebbe dovuta considerare esclusa ogni possibilità per le organizzazioni sindacali di tutelare giudizialmente gli interessi e i diritti omogenei dei lavoratori, ad eccezione del caso, da considerarsi quale *extrema ratio*, che le organizzazioni sindacali interessate comunque a tutelare giudizialmente le posizioni personali dei singoli lavoratori costituissero ulteriori organizzazioni e/o associazioni dotate dei requisiti richiesti dal D.M. n. 27 del 17.2.2022 del Ministero della Giustizia mediante le quali promuovere azioni di classe.

Una soluzione, quest'ultima, che, peraltro, avrebbe consentito di implementare adeguatamente sia i requisiti sostanziali che quelli processuali richiesti dalla nuova disciplina dell'azione di classe ed in particolare quella inibitoria, senza alcuna confusione tra interesse collettivo e interessi individuali degli scritti.

Tuttavia, delle due ipotesi risolutive prospettate, l'introduzione di requisiti succedanei all'iscrizione nell'elenco ministeriale è sempre risultata essere preferibile in quanto rappresenterebbe, a normativa invariata, la soluzione maggiormente garantista delle prerogative sindacali e della libertà di organizzazione di cui all'art. 39 Cost.

⁴⁷ Con riferimento alle perplessità che la nuova disciplina solleva sul piano della legittimità costituzionale, anche in termini più generali, si veda DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in SASSANI (a cura di), *op. cit.*, p. 40 che esplicita evidenti critiche con specifico riguardo al combinato disposto degli artt. 2, 3, comma 2, e 24, comma 1, III, comma 1, Cost.

Tale modifica, infatti, eviterebbe che, in assenza dell'apposizione di limiti dimensionali e qualitativi del sindacato legittimato (come previsto ad esempio per l'azione ex art. 28 Stat. lav., riservata ai sindacati “nazionali”, e quelle previste dalla normativa antidiscriminatoria, che fa riferimento alle organizzazioni “maggiormente rappresentative a livello nazionale”) sia consentita la proponibilità delle controversie collettive anche ad organizzazioni poco o per nulla consistenti o addirittura a associazioni di comodo istituiti *ad hoc*, generando un meccanismo di concorrenza indiscriminata fra sindacati se non addirittura di delegittimazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative e finendo per inficiare le prospettive di impiego e di utilità che l'azione collettiva potrebbe infondere nell'ambito delle relazioni industriali.

5. Primi chiarimenti giurisprudenziali

La fondatezza delle considerazioni appena illustrate hanno trovato parziale conferma sia nelle prime pronunce⁴⁸ giurisprudenziali di merito, intervenute a risolvere controversie introdotte da parte di organizzazioni sindacali ai sensi dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c., e sia nella recente giurisprudenza amministrativa⁴⁹, pronunciatasi nei giudizi azionati da alcune organizzazioni sindacali per ottenere la declaratoria di annullamento del D. M. Ministero della Giustizia n. 27 del 22 febbraio 2022.

Tra le anzidette decisioni, menzione speciale meritano l'ordinanza pronunciata dal Tribunale di Milano in data 18 gennaio 2023⁵⁰ e la sentenza pubblicata dal TAR Lazio in data 23 giugno 2023⁵¹.

Con la prima, il Tribunale meneghino, trattando la tematica della deducibilità di questioni lavoristiche nell'ambito di un'azione di classe collettiva, ha affermato che “tra i diritti individuali tutelabili non pare possano

⁴⁸ Si veda ordinanza Tribunale di Roma, Sedicesima Sezione Civile Specializzata in materia di impresa resa, in data 21 settembre 2021, nel giudizio iscritto al n. R.G. 4274/2021 e ordinanza Tribunale di Milano, Tribunale delle Imprese - Sezione Quattordicesima resa, in data 18 gennaio 2023, nel giudizio iscritto al n. R.G. 33816/2021.

⁴⁹ Adita dalla Confederazione Generale Italia del Lavoro e da Unione Sindacale di Base.

⁵⁰ Ordinanza resa dalla Sezione Imprese, del Tribunale di Milano, in persona del Giud. Dott. Tarantola, nel giudizio iscritto al R.G. n. 33816/2021.

⁵¹ Si veda TAR per il Lazio, Sentenza n.10653/2023 pubblicata in data 23 giugno 2023 sui ricorsi iscritti al n. R.G.6661/2022 (ricorrente CGIL) e n. R.G. 7445/2022 (ricorrente USB).

ritenersi esclusi quelli connessi ai rapporti di lavoro – ove forniti del requisito dell’omogeneità – stante l’ampiezza della previsione legislativa”.

Con tale pronuncia, quindi, è stata esplicitamente ammessa la compatibilità tra il rito introdotto dalla Legge n. 31/2019 e la tutela o delle situazioni giuridiche riconducibili alla sfera soggettiva dei lavoratori; di contro, è dunque negata la sussistenza di una riserva esclusiva al rito lavoristico circa la trattazione di controversie relative ai rapporti di lavoro.

Da tale assunto sembra potersi trarre, anche alla luce delle ulteriori statuizioni contenute nella medesima decisione⁵², un principio di alternatività tra il rito lavoristico regolato dagli artt. 409 c.p.c. e ss. e l’azione collettiva, anche esperita in forma individuale, di cui agli artt. 840 bis c.p.c. e ss. Sembra potersi riconoscere unicamente un rapporto di residualità tra il rito lavoristico e l’azione collettiva per tutti quei casi in cui l’istruttoria da condurre nel corso del giudizio non presupponga lo svolgimento di un’attività articolata e complessa che mal si concilierebbe con l’istruttoria semplificata propria dell’azione di classe⁵³. Questa conclusione è avvalorata dallo stesso Tribunale, quando afferma – ritenendo “inevitabile” l’accertamento in via istruttoria della natura del rapporto dedotto nel ricorso – che l’accertamento richiesto trova “la propria sede naturale nell’ambito di un procedimento di cognizione ordinaria innanzi al giudice del lavoro”.

Tenendo in vista la portata del giudicato a cui si giunge, o si dovrebbe giungere, mediante l’azione collettiva nonché gli effetti che esso dispiegherebbe sia nei confronti del ricorrente specifico che degli altri appartenenti alla classe e titolari di diritti individuali omogenei (anche non partecipanti al giudizio), il tribunale sembra suggerire un criterio implicito di percorribilità dell’azione collettiva: essa sarebbe percorribile nei casi in cui il momento accertativo dovrebbe risolversi in un’attività ricognitiva di accertamenti già svolti ovvero nei casi in cui l’accertamento potrebbe essere condotto sulla base di presunzioni e fatti notori⁵⁴; essa non sarebbe percorribile, nei casi in cui l’ac-

⁵² Nel dettaglio, il Tribunale afferma che “non appare condivisibile l’obiezione mossa sul punto dalla resistente fondata sull’incompatibilità della struttura del processo del lavoro di cui all’art. 414 segg. cpc con l’azione inibitoria collettiva”.

⁵³ Nelle forme previste dagli artt. 737 c.p.c. e ss.

⁵⁴ Spiega il Tribunale, sul punto, che la “previsione istruttoria di cui al quinto comma dell’art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., relativa all’utilizzo ai fini della decisione di dati statistici e di presunzioni semplici” è difficilmente compatibile “con le esigenze istruttorie che sarebbero sottese all’accertamento dell’esistenza – contestata – dalla stessa posizione individuale soggettiva di diritto che si afferma lesa”.

certamento necessiterebbe un impegno ed un’attività ben più approfondita e individualizzata su ogni appartenente alla classe⁵⁵.

Tuttavia, fatta tale premessa, lo stesso tribunale – rilevando il difetto di legittimazione “in proprio” in capo all’ente esponenziale, perché non iscritto nell’elenco istituite con il D.M. Ministero della Giustizia n. 27 del 22 febbraio 2022 – ha ritenuto superfluo pronunciarsi, anche in termini astratti, sulle questioni relative alla possibilità di azionare il rito dell’inibitoria collettiva a tutela delle prerogative delle organizzazioni sindacali ovvero a tutela delle posizioni giuridiche dei singoli lavoratori.

In ordine a tale profilo, all’omesso pronunciamento non è corrisposto necessariamente un diniego esplicito. Tanto più che lo stesso collegio, con peculiare attenzione, ha adottato le necessarie specificazioni quando ha ritenuto di dettagliare con accortezza le proprie statuizioni.

Ci si riferisce alla declaratoria circa il difetto di legittimazione ad agire “in proprio”, a cui non corrisponde necessariamente il difetto di legittimazione per rappresentanza e all’esplicita esclusione in capo al singolo “lavoratore ricorrente”⁵⁶ della legittimazione “all’azione a difesa di prerogative sindacali proprie delle organizzazioni sindacali ricorrenti”.

Pertanto, argomentando a contrario, dalla pronuncia del collegio milanese non è risultato escludibile in radice la legittimazione ad agire in proprio delle organizzazioni sindacali, nella loro qualità di portatrici degli interessi collettivi, purché siano adempienti rispetto all’obbligo di iscrizione nell’apposito elenco.

Inoltre, proprio con riferimento all’azionabilità del rito inibitorio di classe per la tutela delle prerogative sindacali, il collegio fornisce ulteriori indicazioni di non poco conto. In particolare, il Tribunale ha evidenziato – similmente a quanto espresso in rapporto al rito di cognizione lavoristico – che l’azione inibitoria collettiva non è alternativa, in tema di repressione delle condotte antisindacali, al rito ex art. 28 Stat. Lav., specificando che le organizzazioni sindacali che intendano agire “in contrasto di condotte anti-

⁵⁵ Afferma il collegio che “deve pertanto ritenersi esclusa la possibilità di attività istruttoria complessa e concernente elementi di prova che non abbiano caratteristiche comuni, in quanto incompatibile – per espressa previsione legislativa – con la forma del procedimento”.

⁵⁶ In ordine all’intervento in giudizio del lavoratore *uti singuli* (a fianco delle sigle sindacali), il Tribunale di Milano, in termini generali, riconosce la legittimazione ad agire del ricorrente, in quanto lo stesso vanta, un diritto individuale “omogeneo” agli altri lavoratori e discendente dal rapporto lavorativo.

sindacali lesive della facoltà di azione e delle prerogative del sindacato” devono fare ricorso primariamente alla tutela tipica disciplinata dallo Statuto e solo in via residuale a quella prevista dall’art. 840-*sexiesdecies* c.p.c.

Tuttavia, come anticipato, il collegio decidente ha confermato le considerazioni innanzi svolte in ordine all’ammissibilità del ricorso, ribadendo l’imprescindibilità dell’iscrizione delle associazioni ricorrenti presso l’elenco istituito con DM del Ministero della Giustizia n. 27 del 17 febbraio 2022.

Con riferimento a questo presupposto, il Tribunale ha chiaramente adottato una linea interpretativa tesa ad assegnare un valore sostanziale e non solo procedurale al requisito dell’iscrizione, statuendo, conseguentemente, il difetto di legittimazione ad agire in proprio in capo ai sindacati ricorrenti.

In ciò, non ha trovato valorizzazione la tesi secondo cui l’obbligo di iscrizione nel pubblico elenco tenuto dal Ministero della Giustizia possa essere obliterato con riferimento alle organizzazioni sindacali⁵⁷.

A pronunciarsi più dettagliatamente in ordine alla legittimità della restrittività delle norme introdotte dal Ministero della Giustizia in attuazione dell’art. 196-*ter* c.p.c., e quindi, dell’esclusione di essi dal novero dei soggetti attivi, è stato successivamente il TAR Lazio che, confermando molte delle osservazioni sollevate dalla dottrina, ha annullato parzialmente il D.M. impugnato dalle organizzazioni sindacali procedenti.

Nell’occasione, infatti, il tribunale amministrativo ha riconosciuto che nell’esercizio della discrezionalità regolamentare, l’amministrazione ha operato in maniera palesemente illogica ed irragionevole in quanto la previsione della legittimazione dei soli enti del terzo settore all’esercizio dell’azione di classe costituisce un’irragionevole limitazione che non appare potersi fondare sul disposto degli artt. 840-*bis* c.p.c. e 196-*ter* disp. att. c.p.c. Sul punto, invero, il giudice amministrativo ha affermato che le disposizioni di legge sono chiare nell’approntare un rinnovato strumento di tutela giurisdizionale avente portata generale e limitabile attraverso l’iscrizione in un elenco pubblico perché ritenuto strumento utile a “evitare la creazione di scatole vuote senza requisiti di stabilità e rappresentatività, foriere di contenziosi giurisdizionali, avviati per finalità esclusivamente emulative”.

Il tribunale amministrativo ha evidenziato nettamente l’illegittimità della limitazione, atteso l’insanabile contrasto con la lettera e lo spirito della legge

⁵⁷ Di questo avviso RAZZOLINI, *Azione di classe e legittimazione ad agire del sindacato a prescindere dall’iscrizione nel pubblico elenco: prime considerazioni*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 4/2021.

di riforma da cui, sottolinea, non emerge alcuna *voluntas legis* che corredi la legittimazione all’azione di classe ai soli enti del terzo settore.

Al riguardo, quindi, è stato accertato come palesemente erroneo il presupposto logico dal quale prende le mosse l’azione regolamentare degli uffici ministeriali, secondo cui il sintagma normativo “organizzazioni e associazioni” sarebbe stato un “evidente riferimento” agli enti del terzo settore, e pertanto è stato disposto l’annullamento parziale del regolamento nelle parti in cui dispone l’esclusione delle organizzazioni non rientranti tra i predetti enti dai soggetti ammissibili nell’elenco ministeriale.

6. *Prospettive per un’azione di classe sindacale*

A definizione di quanto osservato, si potrebbe concludere che gli arresti giurisprudenziali recentemente intervenuti abbiano rimosso o, per lo meno, indicato la via per la rimozione degli ostacoli che impedivano al sindacato di poter utilizzare lo strumento dell’azione giudiziale di classe.

Infatti, con le pronunce sopra attenzionate del Tribunale milanese e del TAR laziale (tra l’altro intervenute in rapida successione), è indubbio che siano stati aperti spiragli di certezza e disposto tentativi di risoluzione di quelle problematiche⁵⁸ che erano già state sollevate⁵⁹ sin dal momento dell’entrata in vigore della Legge n. 31/20219, indicando le misure che consentano il superamento dei limiti che hanno ostacolato, a beneficio soltanto di una ristretta cerchia di soggetti, il ricorso all’azione di classe da parte delle organizzazioni sindacali e di quelle associazioni e organizzazioni che storicamente e notoriamente perseguono la tutela dei già menzionati interessi e diritti collettivi.

Invero, lungi dal rivelarsi utile a selezionare i soggetti meritevoli (per “genuinità” ovvero per storicità o capacità) del potere di tutelare giudizialmente gli interessi di una determinata classe, l’intervento normativo secondario si è risolto nell’effetto di escludere, illegittimamente ed in contrasto

⁵⁸ Sul punto, si vedano anche le domande poste da DE SANTIS, *op. cit.*, con specifico riferimento al rapporto fra i diversi riti processuali ed al rapporto fra le norme regolative dei criteri di competenza.

⁵⁹ Ci si riferisce a RAIMONDI, *op. cit.* ed anche RECCHIA, *Il sindacato va al processo: interessi collettivi dei lavoratori e azione di classe*, in *LavoroDirittiEuropa* n. 4/2021.

con il fine per cui il legislatore ha rinviato alla normazione ministeriale, alcuni soggetti potenzialmente idonei ad esseri destinatari di detto potere, determinando un irrazionale ed infondato – inteso come assenza di riferimenti normativi in tal senso – trattamento discriminatorio delle organizzazioni sindacali rispetto alle associazioni del terzo settore.

E ciò, anche alla luce del fatto che la definitiva esclusione delle organizzazioni sindacali dai soggetti legittimati a promuovere azioni di classe avrebbe potuto determinare una condizione fortemente limitativa dell'utilizzabilità e della diffusione dello strumento in esame, in forte contraddizione con la sempre più costante tendenza a riconoscere la legittimazione ad agire giudizialmente in capo a organizzazioni rappresentative dei lavoratori per la tutela dei diritti individuali.

Ci si riferisce, a strumenti⁶⁰ – per quanto circoscritti – introdotti nell'ordinamento nazionale (ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 216/2003 in materia di discriminazione⁶¹, dell'art. 4, Legge 1° marzo 2006 n. 67 in materia di parità di trattamento e di pari opportunità delle persone con disabilità⁶², dell'art. 38, D.lgs. 11 aprile 2006, n. 19 in materia di discriminazione di genere, degli artt. 4 del D.lgs. 9 luglio 2003 n. 216 e 44, c. 10 del D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 in materia di discriminazione per opinioni personali, handicap, età e posizioni sindacali) ovvero in via di introduzione nell'ordinamento sovranazionale⁶³.

⁶⁰ Ci si riferisce alle disposizioni che prevedono la legittimazione ad agire ai sindacati per tutelare i diritti individuali dei lavoratori. Per un'esposizione critica, si veda RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 5 e ss.

⁶¹ Per approfondimenti in merito ai procedimenti giudiziari di repressione della discriminazione di genere, cfr. AMATO, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, in BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario sistematico al d.lgs. 196/2000*, in NLCC, 2003, p. 757 ss.; CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, 529 ss.; LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, 2010, 269 ss.

⁶² Sebbene le associazioni e gli enti, in tali casi, debbano agire in qualità di mandatarî di singole persone, atteso che gli enti esponenziali sono legittimati ad agire “in forza di delega, rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità”.

⁶³ Un esempio di ciò è rinvenibile nella proposta di direttiva europea relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali che, all'art. 14 prescrive agli Stati membri di provvedere affinché i rappresentanti dei lavoratori mediante piattaforme digitali ovvero ad altri enti esponenziali portatori dell'interesse legittimo a difendere i diritti delle persone che svolgono attività tramite piattaforma possano instaurare procedimenti giudiziari per far valere i diritti e gli obblighi derivanti dalla direttiva medesima. Cfr. art. 14 della “Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSI-

Peraltro, l’annullamento parziale del D.M. Ministero della Giustizia n. 27 del 17 febbraio 2022 operato dal TAR Lazio⁶⁴, a ben vedere, non pare sufficiente ad estendere alle organizzazioni estranee all’elenco degli enti del terzo settore la legittimazione attiva a proporre l’azione di classe.

La decisione del tribunale amministrativo, infatti, dovrà essere necessariamente ottemperata dall’Autorità, con l’adozione di un nuovo decreto che non necessariamente dovrà essere identico, nelle parti non investite dalla pronuncia, al precedente parzialmente annullato. Tale circostanza potrebbe rappresentare, valorizzando le indicazioni e le valutazioni contenute nella parte motiva della decisione assunta dai giudizi amministrativi laziali nonché al fine di evitare “abusi” dell’azione ex art. 840-*bis* e 840-*sexiesdecies*, l’occasione per il legislatore di secondo livello di intervenire a modifica del decreto previsto dall’art. 196-*ter* c.p.c. in senso più aderente alla *ratio* della norma e dunque provvedere, nel rimuovere i limiti censurati dalla pronuncia giudiziale, ad introdurre criteri e requisiti più adeguati a legittimare soggetti effettivamente rappresentativi ed ampiamente riconosciuti come organizzazioni attive nella tutela degli interessi e diritti collettivi.

GLIO relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali” COM/2021/762 final ai sensi del quale “gli Stati membri provvedono affinché i rappresentanti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali e i soggetti giuridici che hanno, conformemente al diritto o alle prassi nazionali, un legittimo interesse a difendere i diritti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali possano avviare procedimenti giudiziari o amministrativi per far valere i diritti o gli obblighi derivanti dalla presente direttiva. Essi possono agire per conto o a sostegno di una o più persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali in caso di violazione dei diritti o degli obblighi derivanti dalla presente direttiva, conformemente al diritto e alle prassi nazionali”.

⁶⁴ Al riguardo si segnala l’impugnativa del D.M. Ministero della Giustizia n. 27 del 17 febbraio 2022, proposto con ricorso depositato avanti il TAR LAZIO dalla CGIL ed iscritto al n.13498/2022 R.G., di cui si attende esito.

Abstract

Il contributo affronta il tema dei procedimenti collettivi in ambito lavoristico a seguito dell'entrata in vigore della disciplina disposta con legge n. 31/2019 e della conseguente estensione del campo di applicazione delle c.d. class actions, la cui azionabilità era limitata al contenzioso consumeristico, alla generalità delle controversie. L'analisi, muovendo dall'osservazione dei elementi costitutivi dell'azione e delle recenti pronunce giurisprudenziali, indaga sulla compatibilità tra la normativa regolativa del rito collettivo e la difesa processuale dei diritti e interessi lavoristici. In particolare, viene posta attenzione agli stringenti requisiti soggettivi richiesti dalla disciplina e all'opportunità di un intervento modificativo da parte del legislatore, come sembrerebbe essere stato sollecitato dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

The essay examines the issue of collective proceedings in the labor law context following the entry into force the Law No. 31/2019 and the extension of the application the class actions, whose actionability was limited to consumer litigation, to the generality of disputes. The analysis, moving from the observation of the constituent elements of the action and the recent jurisprudential pronouncements, investigates the compatibility between the regulatory legislation of the class action and the procedural defense of labor rights and interests. In particular, attention is focused on the stringent subjective requirements of the regulations and the opportunity for a modifying intervention by the legislature, as would seem to have been urged by the Regional Administrative Court of Lazio.

Keywords

Procedimenti collettivi, azione di classe, interessi omogenei, sindacato, interesse collettivo.

Collective proceedings, class action, homogeneous interests, trade union, collective interest.

Claudia Murena

Da Alitalia a Ita: i diritti dei lavoratori “prendono il volo”

Sommario: **1.** Il passaggio da Alitalia ad Ita fra le prescrizioni di Bruxelles e un *grand guignol* legislativo. **2.** La sofferta regolamentazione delle vicende traslative riguardanti le grandi imprese in crisi. **3.** Alcuni profili critici della vicenda: *a)* in tema di “discontinuità”. **4.** *Segue. b)* in tema di disciplina applicabile. **5.** *Segue. c)* in tema di prezzo della cessione.

1. *Il passaggio da Alitalia ad Ita fra le prescrizioni di Bruxelles e un grand guignol legislativo*

Il presente contributo intende analizzare la complessa vicenda riguardante il passaggio di testimone tra l'ex compagnia di bandiera Alitalia SAI-Cityliner e la *newco* Ita Airways da un'angolazione ben precisa, relativa alla cessione del Lotto *Aviation*, al centro di una corposa vicenda giudiziaria tuttora in corso. Volendo qui riepilogare i passaggi salienti, è noto che dal 2017 tanto Alitalia quanto la compagnia CityLiner, interamente controllata dalla prima, sono state ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria¹ ai sensi della c.d. Legge Marzano² e dichiarate insolventi dal Tribunale di Civitavecchia³. Dopo un articolato dialogo con il Governo italiano, il 10 Settembre 2021 la Commissione europea ha dato il via libera definitivo all'operatività di Ita⁴, la nuova compagnia aerea interamente partecipata dal

¹ V. i decreti dell'allora Ministero dello Sviluppo Economico (“MISE”, oggi “MIMIT”) del 2 e del 12 maggio 2017.

² D.l. 23 dicembre 2003 n. 347, conv. con modifiche dalla l. 18 febbraio 2004 n. 39.

³ Con sentenze n. 17 dell'11 maggio 2017 e n. 18 del 26 maggio 2017.

⁴ Decisione della Commissione europea del 10 settembre 2021 sull'aiuto di Stato in favore di Alitalia SA.48171 (2018/C) (ex 2018/NN, ex 2017/FC) cui l'Italia ha dato esecuzione, consultabile tra l'altro in *ec.europa.eu*.

Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), costituita con d.i. del 9 ottobre 2020 ai sensi dell'art. 79 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 e successive modifiche. L'Europa, come è noto, ha imposto ad Ita di costituirsi come vettore aereo “snello”, a differenza del suo predecessore, regolamentando il passaggio degli *asset* tra le due compagnie con regole ben precise che determinassero una netta *discontinuità* tra le stesse, affinché la *newco* fosse svincolata dal gravoso debito pendente su Alitalia legato ad alcuni prestiti ritenuti aiuti di Stato non conformi alla normativa europea⁵.

Il *diktat* di Bruxelles e l'emanazione di una specifica normativa in piena pandemia hanno imposto ai commissari straordinari di Alitalia di modificare il programma di risanamento dell'ex compagnia di bandiera predisposto nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria.

Ed infatti, mentre il primo Programma di cessione autorizzato dal MISE⁶ era stato formulato nella sua interezza ai sensi dell'art. 27, co. 2, lett. a, del d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270, l'evoluzione degli accadimenti fattuali ne ha comportato la “disarticolazione” in programmi di cessione distinti:

- a. la cessione di complessi di beni e contratti costituenti il c.d. perimetro *aviation* ai sensi dell'art. 27, co. 2, lett. *b-bis*, d.lgs. n. 270/1999;
- b. la cessione dei complessi aziendali costituenti i rami *handling* e *maintenance* ai sensi dell'art. 27, co. 2, lett. *a*, del medesimo decreto. Infine,
- c. il piano di liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, per effetto di quanto convenuto dal Governo italiano con la Commissione europea e di quanto non rientrante nell'alveo del perimetro del piano proposto da Italia Trasporto Aereo S.p.A.

⁵ Alitalia è stata infatti condannata a rimborsare allo Stato italiano tanto gli importi di due prestiti ricevuti nel 2017 (per un ammontare pari a 900 milioni di euro), quanto il prestito ponte da 400 milioni di euro ricevuto nel 2019. Riferimenti dettagliati al quadro normativo e giurisprudenziale in materia possono rinvenirsi, tra l'altro, in <https://www.astrid-online.it/mercato/aiuti-dis/index.html>. Su tale complessa tematica cfr., *ex multis*, ROSSI DAL POZZO, *Codice degli aiuti di Stato*, Giappichelli, 2019, suddiviso in due sezioni che contengono, rispettivamente, la disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea e in Italia; TEBANO, *Sostegno all'occupazione e aiuti di stato “compatibili”*, Cedam, 2012. Con specifico riferimento al settore aereo, cfr. DE LUCA, *Gli aiuti di Stato nel trasporto aereo. Inquadramento sistematico e rassegna dei provvedimenti comunitari*, Luiss Edizioni, 2000; DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Giuffrè, 2010; GASPARI, *Aiuti di stato e ordinamento italo-comunitario del trasporto aereo alla luce dei recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali: verso un sistema giuridico più vincolante?*, in *CMer*, 2015, p. 127 ss.

⁶ Configurato come “unitario ai sensi dell'art. 3, co. 3-bis, d.l. n. 347/2003” (cfr. il documento “*Modifica al Programma di cessione*” di Alitalia ed Alitalia Cityliner in amministrazione straordinaria, consultabile sul sito della procedura: www.amministrazionestraordinariaalitaliasai.com, p. 4).

Accade infatti che nelle more della decisione della Commissione Europea, l'art. 6 del d.l. n. 99 del 30 giugno 2021 preveda, fra l'altro, ai commi 3 e 4 – disponendo sul trasferimento dei complessi aziendali individuati nel piano industriale di Ita – che il commissario straordinario possa procedere anche mediante “cessione a trattativa privata *di singoli rami d'azienda*, perimetrati in coerenza con il piano di cui al comma 3” (co. 4, mio il corsivo). Ancora, viene prevista la possibilità di adottare, *per ciascun ramo d'azienda oggetto di cessione*, distinti programmi tra quelli previsti dall'art. 27 d.lgs. n. 270/1999 (che è quanto poi accaduto). Meno di un mese dopo, la l. 23 luglio 2021 n. 106⁷, di conversione del d.l. n. 73 del 25 maggio 2021 (c.d. *Sostegni bis*) abroga, con l'art. 3, il decreto n. 99, ed inserisce nel testo del decreto un articolo 11-*quater*, il quale, fra l'altro, con il comma 4 autorizza la Procedura a cedere, sempre mediante trattativa privata, “*singoli beni, rami d'azienda o parte di essi, perimetrati in coerenza con la decisione della Commissione Europea*” (mio il corsivo), con la possibilità, dunque, almeno in teoria, di escludere le garanzie di cui all'articolo 2112 cod. civ. L'impostazione viene confermata *in toto* dal d.l. n. 121 del 10 settembre 2021 (c.d. *Decreto Infrastrutture*), il quale lascia praticamente immutato il testo del comma 4 dell'art. 11-*quater*, come anche la sua legge di conversione, n. 156 del 9 novembre 2021.

2. *La sofferta regolamentazione delle vicende traslative riguardanti le grandi imprese in crisi*

La disciplina del trasferimento di imprese in stato di insolvenza rappresenta l'“espressione della storica tendenza del legislatore ad introdurre, in questi casi, un regime parallelo a quello generale”⁸, che trova la propria ragion d'essere nella molteplicità di interessi che ruotano attorno a tale fattispecie: da quelli legati alla soddisfazione dei creditori a quelli concernenti la tutela occupazionale, che contribuiscono a determinare in maniera rilevante il “peso” della ripercussione economica generata dalla crisi. Non si intende, in questa sede, ripercorrere nel dettaglio il complesso dialogo fra l'ordinamento

⁷ Emanata subito dopo la *comfort letter* del 15 luglio con cui la Commissione europea comunicava alle Istituzioni italiane di aver valutato positivamente il Piano Industriale di ITA, come modificato a seguito delle interlocuzioni avvenute.

⁸ ZAMPINI, *Il trasferimento d'azienda nelle procedure concorsuali con finalità conservativa*, in *MGL*, 2021, p. 210.

interno e quello europeo⁹, ma tracciare i punti salienti delle ipotesi di deroga alle tutele di cui all'art. 2112, con particolare riferimento al principio di continuità dei rapporti di lavoro da cedente a cessionario ed alla tutela delle condizioni di lavoro dei dipendenti ceduti, per comprendere, in ultima analisi quale sia la disciplina applicabile alla vicenda di cui ci si occupa.

Circa un decennio prima della Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, in Italia la legge 29 dicembre 1990, n. 428 – con specifico riguardo all'art. 47, co. 5 – entrava nel mirino delle Istituzioni europee per il fatto di consentire, a cedente e cessionario – in trasferimenti di aziende o di rami di azienda nell'ambito di procedure concorsuali con continuazione dell'attività produttiva, ed anche in ipotesi di non meglio identificate “crisi aziendali” ai sensi dell'art. 2, co. 5, lett. c, l. 12 agosto 1977 n. 675 – di *bypassare*, con un accordo sindacale concernente “il mantenimento anche parziale dell'occupazione”, raggiunto nell'ambito delle consultazioni di cui allo stesso art. 47, la regola di continuità dei rapporti di lavoro. Al riguardo, la Corte di Giustizia¹⁰

⁹ I contributi dottrinali sul tema sono numerosissimi. *Ex plurimis*, CAIAFA, *COSIO, Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi o insolvente*, Cedam, 2005; CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *RIDL*, 1995, I, p. 41 ss.; CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2016; COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*, in *LDE*, n. 3/2020; AUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *ADL*, 2018, I, p. 237 ss.; LECCESE, *Giudici italiani e Corte di Giustizia: un dialogo a più velocità?*, in *DLRI*, 1999, p. 65 ss.; MARAZZA, GAROFALO, *Insolvenza del datore di lavoro e tutela del lavoratore*, Giappichelli, 2015; ORLANDINI, *Il trasferimento di azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *DLRI*, 2004, p. 593 ss.; PERRINO, *Le deroghe delle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda di imprenditore in crisi o insolvente tra i reiterati inadempimenti del legislatore nazionale*, in *FI*, 2010, IV, c. 268 ss.; PIZZOFRERATO, *La disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda in crisi nel nuovo scenario interpretativo*, in *LG*, 2001, p. 362 ss.; PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in *RIDL*, 2018, I, p. 447 ss.; RIVA, *Il trasferimento dell'impresa in crisi e i rapporti di lavoro*, in *LDE*, n. 1/2023; ROMEI, *Il trasferimento dell'azienda in crisi dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *MGL*, 1995, p. 489 ss.; TOSI, *Circolazione dell'impresa in crisi e interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 47, comma 4-bis, l. n. 428/1990*, in *LDE*, n. 2/2018; TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi di impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *RIDL*, 2014, I, p. 199 ss.; VALLAURI, *Lavoratori e trasferimento di ramo d'impresa in crisi*, in AIMO, IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutele dei lavoratori*, Utet, 2014, p. 342 ss.

¹⁰ V. in particolare le sentenze D'Urso (25 luglio 1991, C-362/89) e Spano (7 dicembre 1995, C-462/93). Sul piano interno Cass. 21 marzo 2001 n. 4073 (in *LG*, 2002, p. 251, con nota di PIZZOFRERATO, *La disciplina lavoristica del trasferimento di azienda in crisi*, cit.; in *DL*, 2001, II, p. 362, con nota di PASSALACQUA, *La Corte di Cassazione chiude il cerchio sul caso Spano in materia di trasferimento dell'azienda in crisi*) ribadendo l'inefficacia diretta della disposizione comunitaria nei rapporti fra privati, ridimensionava la portata della sentenza Spano.

chiariva che dall’impianto protettivo (all’epoca, della Direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977) non potevano comunque espungersi fattispecie nelle quali “il proseguimento dell’attività dell’impresa [fosse] stato deciso e finché quest’ultima decisione riman[esse] in vigore”¹¹. Nel 2001, la Direttiva n. 23¹², operando un distinguo fra procedure egualmente svolte sotto il controllo di un’autorità pubblica, consente agli Stati membri di prevedere la disapplicazione *tout court*, ovvero senza intermediazione sindacale, degli artt. 3 e 4 della stessa¹³ nell’ambito di vicende traslative che riguardino procedure fallimentari o procedure di insolvenza analoghe (art. 5, n. 1), finalizzate cioè alla liquidazione dei beni del cedente; prevede invece la possibilità che cedente, cessionario e organizzazioni sindacali si accordino per definire “modifiche delle condizioni di lavoro intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell’impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti” (art. 5, n. 2, lett. b) se il fenomeno circolatorio interessi “imprese assoggettate sia a una procedura priva *ab initio* del carattere liquidatorio (tale da rendere chiaro, fin dalla sua fase genetica, la conservazione e il risanamento del complesso aziendale), sia a un procedimento rispetto al quale, a prescindere dalla finalità originaria, non è a priori astrattamente individuabile l’esito liquidativo o conservativo”¹⁴. Nel 2009 la Corte di Giustizia¹⁵, a seguito di una procedura di infrazione aperta dalla Commissione Europea, condannava l’Italia ritenendo “pacifico che l’art. 47, comma 5, della legge n. 428/90 priva[sse] puramente e semplicemente i lavoratori, in caso di trasferimento di un’impresa di cui fosse accertato lo stato di crisi, delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 e non si limita[sse],

¹¹ Sentenza D’Urso, punto 34.

¹² Che ha abrogato la Direttiva 77/187/CEE, e nella quale è confluita senza sostanziali modifiche la Direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998, di modifica della precedente.

¹³ Concernenti il vincolo del cessionario rispetto ai diritti ed obblighi che risultano da un contratto o rapporto di lavoro esistente tra il lavoratore e il cedente alla data del trasferimento e il principio di continuità occupazionale.

¹⁴ ZAMPINI, *op. cit.*, p. 214.

¹⁵ Cfr. C. Giust. 11 giugno 2009, C-561/07, *Commissione c. Gov. Italia*, in, tra le altre, RIDL, 2010, II, p. 212, con nota di CESTER, *Due recenti pronunce della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento di azienda. Sulla nozione di ramo d’azienda ai fini dell’applicazione della direttiva e sull’inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*; in DRI, 2009, p. 843, con nota di NUZZO, *Sul trasferimento di aziende in crisi: cronaca di una condanna annunciata*. La Corte richiama la precedente sentenza Spano, cit. Salva diversa indicazione, le sentenze della Corte di Giustizia citate nel prosieguo sono consultabili in www.curia.europa.eu.

di conseguenza, ad una modifica delle condizioni di lavoro quale è autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23" (punti 44 e 45)¹⁶. Giungeva, così, con l'art. 19-*quater*, co. 1, lett. a, del d.l. 25 settembre 2009 n. 135, conv. dalla l. 20 novembre 2009 n. 166, il comma 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428/1990, che disponeva l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., in presenza di un accordo "circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione", in caso di crisi aziendale (ai sensi dell'articolo 2, co. 5, lett. c, l. n. 675/1977) e di amministrazione straordinaria in caso di prosecuzione o mancata cessazione dell'attività. La formulazione della norma ha suscitato, come è noto, non pochi dubbi interpretativi; in particolare, relativamente alla portata del menzionato accordo rispetto alla garanzia di continuità, o meno, dei rapporti di lavoro col cessionario, è da evidenziarsi come anche in tempi recenti la Suprema Corte abbia ribadito che "l'unica lettura coerente dell'art. 47" che "si coordina con le indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia" è quella per cui nel comma 5 – in caso di trasferimento di imprese o parti di imprese il cui cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta *in vista* della liquidazione dei beni del cedente stesso – "il principio generale è (per i lavoratori trasferiti alle dipendenze del cessionario) l'esclusione delle tutele di cui all'art. 2112 cod. civ., salvo che l'accordo preveda condizioni di miglior favore"; diversamente, "il comma 4-*bis* dell'art. 47 ammette solo modifiche, eventualmente anche *in peius*, all'assetto economico-normativo in precedenza acquisito dai singoli lavoratori, ma non autorizza una lettura che consenta anche la deroga al passaggio automatico dei lavoratori all'impresa cessionaria"¹⁷.

Con il *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza* (c.c.i.i.)¹⁸ – in vigore,

¹⁶ I giudici, dunque, stigmatizzavano la disciplina italiana laddove consentiva di derogare al principio di continuità, nel caso di cessione di azienda o di un suo ramo, anche in ipotesi di crisi aziendali prive dei requisiti propri della liquidazione.

¹⁷ Cass. 27 giugno 2022 n. 20531 (ord.), punto 16 dei *Considerando* (la pronuncia ha ad oggetto proprio l'ex compagnia di bandiera, quando era Alitalia-CAI). Il principio in questione è stato ribadito in numerosi arresti, a partire da Cass. 1 giugno 2020 n. 10414 e n. 10415, in, fra le altre, *LDE*, n. 3/2020, con nota di COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi nell'ordinamento complesso*. In tempi recenti, cfr. altresì Cass. 14 aprile 2023 n. 10087 (ord.), in *De Jure*. Tutte le sentenze, o le ordinanze, citate nel prosieguo, salva diversa indicazione, sono consultabili in tale banca dati. Laddove non indicata la fonte si tratta di provvedimenti, a quanto consta, inediti al momento in cui si scrive.

¹⁸ In argomento, fra gli altri, ALVINO, *Continuità aziendale, trasferimento d'azienda e tutela dell'occupazione nel nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *RIDL*, 2019, I, p. 445 ss.;

per la parte che qui ci interessa, in seguito ad una serie di rimandi legislativi, solo a far data dal 15 luglio 2022, e dunque non applicabile alla vicenda in oggetto – la nuova formulazione del comma 4-*bis* “permett[e] solo una modifica delle condizioni di lavoro, cosiccome previsto dall’accordo collettivo¹⁹ ... [mentre] non vi è più spazio per derogare al principio di continuità dei rapporti di lavoro, e ugualmente non vi sono possibilità di deroghe al principio di responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i crediti dei lavoratori esistenti all’atto del trasferimento ... perfettamente in linea con la disciplina eurocomunitaria”²⁰. Laddove invece le vicende traslative si collocano nell’ambito di *procedure liquidatorie*²¹ (co. 5), la regola generale è l’applicazione del principio della continuità del rapporto di lavoro *salvo che* i contratti collettivi di cui all’articolo 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, consentano di derogare all’art. 2112 cod. civ., co. 1, 3 e 4 (e, dunque, *in primis*, al principio di continuità): appare interessante notare come, a differenza della formulazione del nuovo co. 4-*bis*, nel comma 5 vi sia un riferimento espresso ai soli contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; l’indicazione del legislatore “sembra così avere una valenza più politica che strettamente giuridica, quasi un autorevole consiglio dato alle parti sociali di scommettere sulle oo.ss. più rappresentative in quanto meglio adatte a gestire il consenso nell’ambito di riconversioni produttive spesso socialmente dolorose”²². Vi è poi una terza

BELLOMO, *Osservazioni in tema di trasferimento di azienda in crisi nel nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *MGL*, 2022, p. 785 ss.; NOVELLA, *Art. 47, l. n. 428/1990*, in DEL PUNTA, SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Ipsoa, 2020, p. 1349 ss.; PRETEROTI, *Il trasferimento d’azienda nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: prove di assestamento euro-unitario*, in *MGL*, 2020, p. 659 ss.; RIVA, *Il trasferimento dell’impresa in crisi*, cit., p. 6 ss.; TULLINI, *Tutela dei lavoratori e garanzia dell’occupazione nella liquidazione giudiziale dell’impresa*, in *RGL*, 2019, I, p. 589 ss.

¹⁹ La norma precisa che l’accordo in questione può concludersi “anche attraverso i contratti collettivi di cui all’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81” (mio il corsivo), senza alcuna “esclusività”, quindi.

²⁰ RIVA, *Il trasferimento dell’impresa in crisi*, cit., p. 8.

²¹ Apertura della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo liquidatorio, ovvero emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, nel caso in cui la continuazione dell’attività non sia stata disposta o sia cessata.

²² ZAMPINI, *op. cit.*, p. 227. In tempi recenti la Suprema Corte ha chiarito che il Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, nel disporre la “sostituzione dei commi 4-*bis* e 5 ... ha ... più esplicitamente inteso recepire – meglio conformando il futuro dettato normativo – l’unica lettura del comma 4-*bis* che questa Corte ritiene già percorribile in via ermeneutica anche per il passato, quale unica ‘interpretazione conforme’ al diritto dell’Unione”: Cass. n. 20531/2022.

ipotesi (co. 5-ter), riguardante esclusivamente le imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria “nel caso in cui la continuazione dell’attività non sia stata disposta o sia cessata”: in tal caso, l’art. 2112 *non si applica* ai lavoratori il cui rapporto di lavoro prosegue con il cessionario solo laddove “nel corso della consultazione ... sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell’occupazione”, a meno che “dall’accordo risultino condizioni di miglior favore”. La disciplina consente dunque di disapplicare l’art. 2112 cod. civ. nell’ambito di una procedura finalizzata alla liquidazione del patrimonio dell’impresa insolvente – in linea con il disposto comunitario – ma solo in presenza del menzionato accordo.

3. Alcuni profili critici della vicenda: a) in tema di “discontinuità”

L’avvicendamento tra l’ex compagnia di bandiera e la *newco* Ita Airways si è svolto, lo si è anticipato, nel segno della *discontinuità* imposta dalla Commissione Europea, il cui perseguimento ha comportato, come conseguenze principali, per quel che qui ci riguarda:

a. l’assunzione di personale *ex novo*, da parte di Ita (coincidente, quantomeno nella prima fase, in buona parte con la forza lavoro dell’ex compagnia di bandiera²³) con criteri che hanno indotto, alla fine di dicembre 2021, una prima serie di ricorsi nei confronti della *newco* per discriminazioni a danno di circa 412 donne “in età critica”, tra i 35 ed i 50 anni, o con familiari *ex lege* 104 a carico²⁴;

b. la cassa integrazione a zero ore per migliaia di dipendenti rimasti in Alitalia, tra i rami aviazione e servizi a terra, prolungata di volta in volta, pur

²³ Come si desume dal contratto di cessione, restato a lungo tempo secretato (v. *infra*), richiamato ad es. da Trib. Roma 26 luglio 2023 n. 6205, in www.bollettinoadapt.it; 13 settembre 2023 n. 7767, in www.avionews.it.

²⁴ Al riguardo, il Trib. di Roma ha condannato la compagnia per discriminazione nei confronti di due lavoratrici in gravidanza (decreto del 23 marzo 2022, RG 35684/2021). Diverse sentenze di merito hanno peraltro escluso una responsabilità di Ita, in tal senso, evidenziando come la compagnia fosse comunque esonerata *ex lege* dal reclutamento del proprio personale tramite procedure di evidenza pubblica in virtù della normativa emergenziale: cfr. Trib. Roma 23 ottobre 2022 n. 8429, su cui v. BELLOMO, ROCCHI, *L’inapplicabilità dell’art. 2112 c.c. alla cessione del compendio aviation di Alitalia ad Ita Airways*, in *RIDL*, 2023, I, p. 49 ss.; 1 febbraio 2023 nn. 9987, 9995, 9996, 9997, 10741, consultabili nella banca dati *One Legale*; 30 marzo 2023 n. 1114; 11 maggio 2023 n. 4781; n. 7767/2023.

tra disagi ed incertezze²⁵, in attesa di eventuali e progressivi “assorbimenti” da parte della *newco*.

Il profilo sul quale si intende soffermarsi riguarda, come si è anticipato, il contenzioso promosso da oltre 3.000 lavoratori appartenenti al personale navigante (piloti ed assistenti di volo) dell'ex compagnia di bandiera per contestare il mancato passaggio ad Ita ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. Parte ricorrente ha fondato la propria ricostruzione giuridica sull'applicabilità della disciplina di cui all'articolo 47, co. 4-bis, l. n. 428/1990, come modificato dal d.l. n. 135/2009. La prima sentenza di merito sul caso²⁶, e numerose altre successive²⁷, hanno escluso l'applicabilità dell'art. 2112 alla vicenda traslativa in esame ritenendo, in sintesi, non sussistente il *mantenimento della precedente identità* (dell'articolazione funzionalmente autonoma: il perimetro *Aviation*) con conseguente impossibilità di ricondurre la fattispecie ad un trasferimento di ramo di azienda, ritenendone più corretto l'inquadramento in un trasferimento di singoli cespiti²⁸.

I giudici richiamano innanzitutto la Decisione della Commissione Europea del 10 Settembre 2021²⁹, come anche un intervento dell'Agenzia delle Entrate³⁰ che, valorizzando la sancita discontinuità tra le attività dei due vettori, ritiene che “l'operazione di acquisizione di cespiti conclusa tra Alitalia S.A.I. S.p.A. e ITA S.p.A. debba andare soggetta ad i.v.a., non essendo possibile qualificarla quale cessione di ramo di azienda”.

²⁵ V. ad es. FONTANAROSA, *Alitalia, i dipendenti non prendono parte della cassa integrazione. Polemiche sui commissari: “Un loro errore”. Si muove il governo*, in www.repubblica.it (articolo del 4 dicembre 2022). Si ricorda che con il Decreto Lavoro (d.l. 4 maggio 2023 n. 48) è saltata la proroga di altri sei mesi (fino al 30 giugno 2024) della cigs, prevista invece nella bozza. Nel testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale la proroga è sostituita da un articolo sul “Completamento dell'attività liquidatoria Alitalia” (art. 31).

²⁶ Trib. Roma n. 8429/2022.

²⁷ Tra le quali v., del Tribunale di Milano: 9 gennaio 2023 n. 2694; 3 aprile 2023 n. 298; 24 maggio 2023 n. 1867, in *One Legale*; 5 giugno 2023 n. 1253; del Tribunale di Roma: n. 9987/2023; n. 9995/2023; n. 9996/2023; n. 9997/2023; n. 10741/2023; 18 febbraio 2023 n. 11006; 30 marzo 2023 n. 1114; 11 maggio 2023 n. 4781; 31 maggio 2023 n. 5688; 27 giugno 2023 n. 6746, in *One Legale*; 12 luglio 2023 n. 7299.

²⁸ Cfr. l'art. 11-*quater* d.l. n. 73/2021, posto alla base delle modifiche al programma di cessione dei commissari straordinari, che consente, lo si ricorda, il trasferimento di “singoli beni”, nonché l'art. 27, co. 2, lett. *b-bis*, d.lgs. n. 270/1999, che contempla la fattispecie della “cessione di complessi di beni e contratti”.

²⁹ In relazione alla normativa emergenziale (in particolare, l'art. 11-*quater* d.l. n. 73/2021).

³⁰ Risposta ad interpello n. 956-2983/2021.

Giova al riguardo proporre le prime brevi considerazioni, partendo dal fatto che la discontinuità sancita, e riconosciuta, dalla Commissione europea ai fini dell'operatività di Ita, è, come è noto, di stampo prettamente *economico-fiscale* – finalizzata ad esentare la *newco* dal debito gravante sull'ex Alitalia per violazione delle norme in materia di aiuti di Stato – e dunque in alcun modo sovrapponibile ad una presunta discontinuità *giuridica* nell'ambito della vicenda traslativa in oggetto. Ancora, e per inciso, in relazione alla “vincolatività” della Decisione europea, più volte richiamata dai giudici³¹, appare opportuno ribadire come tale requisito vada rapportato all'ambito circoscritto della stessa, con la conseguenza che “Il contenuto vincolante è quello che ha ad oggetto l'accertamento dell'illegittimità degli aiuti di stato nel caso Alitalia alla luce della disciplina unionale sulla concorrenza, non certo l'eventuale sussistenza del trasferimento del ramo di azienda che non è mai stato oggetto della valutazione della Commissione né avrebbe potuto esserlo”³².

Tanto premesso, per poter effettivamente stabilire se tra le due compagnie vi sia una discontinuità “giuridica”, ai fini che qui interessano, occorre valutare attentamente se la pluralità di beni e rapporti giuridici trasferiti da Alitalia ad Ita possa inquadarsi nel *trasferimento di un ramo di azienda*.

Sul punto, occorre partire dal dato fattuale: Ita ha acquistato dalla Procedura il Lotto *Aviation*³³ – per la cifra simbolica di 1 euro³⁴ – consistente in:

³¹ Ai sensi dell'art. 288, par. 4, TFUE, ed in linea con precedenti giurisprudenziali sovranazionali (come C. Giust. 4 marzo 2020, C-587/18, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*) ed interni (in particolare, C. Cost. 5 luglio 2018 n. 142 e Cass. 22 giugno 2022 n. 20173). Ancora, si richiama la Comunicazione della Commissione n. 2021/C 305/01, pubblicata sulla GU dell'Unione Europea del 30 luglio 2021, in cui si ribadisce che “I giudici nazionali devono astenersi dall'adottare decisioni in contrasto con una decisione della Commissione”.

³² Trib. Roma n. 6205/2023. Dunque, la diversità dell'oggetto e dei destinatari della Decisione della Commissione Europea in questione rispetto all'oggetto ed alle parti dei giudizi incardinati presso i Giudici nostrani ne esclude la vincolatività rispetto ai giudizi *de quibus*, anche alla luce dell'art. 288, par. 4, TFUE, poiché, se è vero che “La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi [e] se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi”, “Tra i destinatari di quella decisione non sono di certo compresi gli odierni ricorrenti ed anche per questo il carattere vincolante di quella decisione deve essere escluso” (*ivi*).

³³ Il Piano industriale di Ita ha previsto che le attività di *ground handling* e di manutenzione venissero aggiudicate attraverso gare ad evidenza pubblica.

³⁴ Sul punto si ritornerà in seguito.

(a) alcuni contratti di *leasing* relativi ad aeromobili; (b) gli *slots* ed i diritti di traffico nei limiti imposti dalla Commissione europea; (c) i marchi (ad esclusione del marchio Alitalia, oggetto di autonoma cessione); i nomi di dominio, i diritti d'autore, le testate, i titoli e le rubriche, il *know-how*, i *software*, le banche dati ed i sistemi informativi; (d) i rapporti contrattuali con terzi fornitori di beni o servizi e compagnie aeree di navigazione e taluni ulteriori elementi funzionali alle attività *aviation*³⁵. Parallelamente, gran parte del personale dell'ex compagnia di bandiera, come si è anticipato, è transitata alla *newco*³⁶. Orbene, la pronuncia capofila del Tribunale di Roma e le sentenze successive³⁷ ritengono che il complesso di beni e servizi acquisiti da ITA “non [possa] in alcun modo configurare un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, poiché [esso], da solo, non era idoneo a consentire ad ITA di operare, avendo quest'ultima potuto farlo solo in presenza di sue integrazioni significative e di suoi apporti decisivi”³⁸. La *newco*, partita con un assetto inconfutabilmente ridotto, rispetto ad Alitalia, avrebbe dunque acquisito da quest'ultima “solo taluni dei beni e servizi necessari a realizzare la propria strategia commerciale, inserendoli nel contesto di una nuova organizzazione aziendale ed integrandoli con ulteriori beni e servizi, di proprietà o in appalto”, con la conseguenza che “non era tenuta – e non si vede come avrebbe potuto – ad acquisirne l'intera forza lavoro”³⁹.

Al riguardo, nella sentenza *Ferreira da Silva*⁴⁰ – concernente una vicenda traslativa avente ad oggetto una compagnia aerea in liquidazione la cui attività veniva proseguita dalla principale azionista con il passaggio solo di alcuni (e pochi) beni, tra cui “piccole apparecchiature”, 4 aerei e “alcuni ex dipendenti” – la Corte di Giustizia, insistendo sul menzionato *mantenimento del-*

³⁵ V. il documento *Modifica al Programma di cessione*, cit., p. 29, par. 3.1.1.

³⁶ Esclusivamente per ciò che concerne il perimetro *Aviation*, il Piano operativo ha previsto una partenza con un numero di dipendenti pari a 2.750-2.950, con l'obiettivo di arrivare nel 2025 a 5.550-5.700 persone. La questione del personale è estranea al contratto di cessione (che sarà richiamato *infra*); tuttavia, appare non confutata (come evidenziato anche da Trib. Milano 1 giugno 2023 n. 1227) la circostanza che “al momento della conclusione del contratto, Ita dà avvio all'operatività con 1.201 persone, nel successivo anno 2022 raggiunge un numero di assunti non superiore ai 2.500 addetti, avvicinandosi in questo modo alla previsione contenuta nel contratto: provengono tutti da Alitalia ad eccezione di un'esigua minoranza costituita soprattutto dai dirigenti”: Trib. Roma n. 6205/2023.

³⁷ Cfr. note 26 e 27.

³⁸ Così Trib. Roma n. 5688/2023, che ben sintetizza la questione.

³⁹ Trib. Roma n. 8429/2022.

⁴⁰ C. Giust. 9 settembre 2015, C-160/14.

l'identità quale “criterio decisivo per stabilire se sussista un trasferimento nel senso [della Direttiva 2001/23]” ha evidenziato, richiamando anche precedenti della stessa Corte, come la sussistenza di tale requisito “si desume in particolare dal *proseguimento effettivo della gestione o dalla sua ripresa*” (punto 25, mio il corsivo); più nel dettaglio, i giudici lussemburghesi hanno ritenuto “inconferente il fatto che l’entità da cui [erano] stati riassunti il materiale e una parte dell’organico [fosse] stata integrata, senza conservare la sua struttura organizzativa autonoma, nella struttura della [cessionaria], in quanto [era] stato mantenuto un collegamento tra, da un lato, tale materiale e personale trasferiti a quest’ultima e, dall’altro, la prosecuzione delle attività prima svolte dalla società liquidata” (punto 32). *L’identità* (dell’entità economica oggetto del trasferimento) è definita, ai sensi della Direttiva del 2001, secondo un criterio teleologico: “insieme di mezzi organizzati *al fine di svolgere un’attività economica, sia essa essenziale o accessoria*” (art. 1, n. 1, lett. b), “ponendo così l’accento non solo sull’elemento organizzativo dell’entità trasferita, ma anche su quello del proseguimento della sua attività economica”⁴¹; il “permanere” di tale identità è ciò che consente al cessionario di avvalersi del nesso funzionale tra i vari fattori trasferiti, nel senso di “utilizzare questi ultimi, *anche se essi sono integrati, dopo il trasferimento, in una nuova diversa struttura organizzativa al fine di continuare un’attività economica identica o analoga*”⁴² (mio il corsivo).

Si può certamente discutere, caso per caso, sul “peso” dei singoli elementi trasferiti al fine di determinare il mantenimento dell’identità: ad esempio, è stata esclusa la cessione di ramo di azienda – e, dunque, il trasferimento dei rapporti di lavoro – in una vicenda traslativa nella quale i lavoratori passavano da cedente a cessionario senza i programmi informatici che utilizzavano in precedenza⁴³. La valutazione, rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, deve riguardare, come chiarito dalla Corte di Giustizia, il *complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l’operazione*, tenendo presente l’attività di impresa, *in primis*, ed i vari beni, materiali e non, trasferiti al cessionario: elementi che rappresentano “soltanto aspetti parziali di una valuta-

⁴¹ C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/07, *Klarenberg*, punto 45.

⁴² *Ex multis*, in tempi recenti, richiamando la giurisprudenza europea, Cass. 14 luglio 2023 n. 20407; 24 maggio 2023 n. 14381; 10 dicembre 2021 n. 39414; 19 novembre 2021 n. 35666; 3 novembre 2021 n. 31453; 25 ottobre 2021 n. 29917; 14 settembre 2021 n. 24687; 16 giugno 2021 n. 17193.

⁴³ Cfr. Cass. 5 luglio 2021 n. 18948.

zione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere valutati isolatamente”⁴⁴, poiché “l’importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri varia necessariamente in funzione dell’attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell’impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi”⁴⁵. Nel caso di specie appare difficile, a parere di chi scrive, non individuare nel passaggio da Alitalia ad Ita un *mantenimento dell’identità* in capo alla seconda, fornita di ogni supporto materiale (basti pensare ai 52 aerei presi in *leasing*⁴⁶, ovvero circa la metà della flotta Alitalia operativa al momento del passaggio, ed al personale dell’ex compagnia di bandiera acquisito dalla *newco*) ed immateriale per il proseguimento dell’attività; restano infatti estranei al perimetro della cessione: il marchio Alitalia, nonché le attività e i rapporti giuridici relativi al programma *Millemiglia Loyalty*; le certificazioni e le licenze di volo, acquisite da Ita *ex novo* in adempimento di obblighi di legge⁴⁷; i beni e contratti afferenti al ramo *Handling, Maintenance, Loyalty* e amministrazione di Alitalia; le convenzioni ed i servizi relativi ai cc.dd. PSO (*Public Service Obligations*); i dati relativi alla clientela Alitalia; i biglietti prepagati, nonché “qualunque contratto e passività relativi ai lavoratori dipendenti di Alitalia, più in generale tutte le passività per titolo e causa antecedenti la data iniziale di efficacia del contratto anche se relativi a beni o contratti relativi al perimetro *aviation*”⁴⁸. Tanto premesso, si ritiene di poter dunque configurare ciò che è stato venduto alla stregua di un ramo d’azienda, un “blocco” funzionalmente autonomo in un momento preesistente alla vendita (dato, questo, non contestato) che continua a vivere, pur con modifiche ed integrazioni, nella *newco* Ita Airways, operativa dal 15 ottobre 2021⁴⁹. Del resto, appare di grande interesse

⁴⁴ Tra le tante, C. Giust. 9 settembre 2015, cit.; 18 marzo 1986, C-24/85, *Spijkers*; 19 maggio 2002, C-29/91, *Redmond Stichting*; 11 marzo 1997, C-13/95, *Süzen*; 20 novembre 2003, C-340/01, *Abler e a.*

⁴⁵ Cfr. C. Giust. 11 marzo 1997, cit.; 10 dicembre 1998, C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Hernández Vidal e a.*; 10 dicembre 1998, C-173/96 e C-247/96, *Hidalgo e a.* In merito alla necessità di un giudizio globale sul complesso delle circostanze che caratterizzano l’operazione, v., fra le altre, C. Giust. 20 luglio 2017, C-416/16, *Piscarreta Ricardo*; 26 novembre 2015, C-509/14, *Administrador de Infraestructuras Ferroviarias*; 27 febbraio 2020, C-298/18, *Grafe*; nell’ordinamento interno, parimenti sull’importanza di una valutazione complessiva dell’operazione v., tra le altre, Cass. 21 agosto 2020 n. 17567; 7 dicembre 2017 n. 29422; 7 aprile 2010 n. 8262.

⁴⁶ Cfr. p. 21 del documento *Modifica al programma di cessione*, cit.

⁴⁷ Cfr. art. 777, co. 3, cod. nav., richiamato da Trib. Milano n. 1227/2023.

⁴⁸ *Modifica al programma di cessione*, cit., p. 29.

⁴⁹ Concordano sull’esistenza di un trasferimento di ramo d’azienda, pur con conseguenze

notare come nel documento commissariale di cui si è detto, siglato il 13 ottobre 2021, al di là della trasposizione letterale del disposto normativo di cui all'art. 11-*quater*, nella sua ultima versione, si faccia esclusivo riferimento alla cessione, anche a trattativa privata, “di *singoli rami d'azienda*, perimetrati e valutati tramite perizia di stima disposta da un soggetto terzo individuato dai Commissari stessi previa autorizzazione di legge, il tutto in coerenza con il piano industriale valutato dalla Commissione europea”⁵⁰. Ed infatti, per quanto abbia suscitato estremo scalpore la formula “singoli beni”, è la stessa disposizione a prevedere la cessione anche di “rami d'azienda o parte di essi”. Pretendere di adattare il disposto normativo ad una fattispecie che ha tutte le caratteristiche del trasferimento di ramo di azienda altro non significherebbe che aggirare il disposto garantista di cui all'art. 2112 cod. civ., svilendo, e contraddicendo, decenni di dibattito tra l'ordinamento interno e quello europeo, con nuove prospettive di intervento del giudice comunitario.

4. Segue. *b) in tema di disciplina applicabile*

Tanto premesso in materia di inquadramento della fattispecie, occorre adesso proporre qualche considerazione sulla disciplina normativa applicabile al caso di specie. La complessità della questione deriva dalla natura peculiare, “multiforme”, dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: procedura introdotta nel nostro ordinamento, come è noto, dalla c.d. Legge Prodi (d.l. 30 gennaio 1979 n. 26, conv. dalla l. 3 aprile 1979 n. 95) a fianco alle procedure concorsuali tradizionali, per evitare il fallimento di imprese di rilevante interesse pubblico. Sebbene il quadro normativo sia mutato più volte, anche per adattare l'amministrazione straordinaria a casi estremamente rilevanti, sul piano nazionale⁵¹, la caratteristica della procedura, quale emerge dalla principale legge di riferimento, ovvero il d.lgs. 8 luglio 1999, n.

diverse (v. *infra*) Trib. Milano n. 1227/2023; Trib. Roma n. 6205/2023, che, per prima, ha stabilito la reintegrazione di 77 lavoratori di Alitalia; ancora, Trib. Roma 8 settembre 2023 (udienza); n. 7767/2023.

⁵⁰ P. 18 del documento; a p. 67 si parla poi espressamente del “ramo ‘Aviation’ oggetto di cessione ad Italia Trasporto Aereo S.p.A.”.

⁵¹ Si pensi al c.d. d. Decreto Marzano, emesso per il caso Parmalat (d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, conv. in l. 18 febbraio 2004 n. 39, successivamente modificato); o al d.l. 28 agosto 2008 n. 133, emanato per l'Alitalia, conv. in l. 27 ottobre 2008 n. 166.

270, resta immutata: la conservazione del patrimonio produttivo mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali (art. 1). Tuttavia (ed è questo il punto nevralgico) le modalità operative sono molto diverse fra loro, potendo i Commissari straordinari optare, ai sensi dell'art. 27, co. 2, dello stesso decreto, per un “programma di ristrutturazione” (lett. *b*); per un “programma di cessione dei complessi aziendali” (lett. *a*); o, ancora, per un “programma di cessione dei complessi di beni e contratti” (lett. *b-bis*), previsto per le sole imprese che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali⁵²: quest'ultima è la via percorsa dai Commissari straordinari di Alitalia per il ramo *Aviation* in seguito alle prescrizioni della Commissione europea ed all'intervento del menzionato art. 11-*quater* del d.l. n. 73/2021⁵³; e proprio tale opzione normativa consentirebbe, a parere di alcuni, la disapplicazione dell'art. 2112 cod. civ. e, dunque, delle relative garanzie: *in primis*, la continuità occupazionale. Procedendo con ordine, tale eventuale disapplicazione, nel caso di specie, non sembra potersi ricondurre al comma 5-*ter* dell'art. 47 l. n. 428/1990, poiché la norma, come si è anticipato, riguarda le procedure di amministrazione straordinaria “nel caso in cui la continuazione dell'attività *non sia stata disposta o sia cessata*”, e richiede come requisito concorrente il raggiungimento, durante le consultazioni di cui ai commi precedenti, di un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione: al riguardo, come già evidenziato, l'ex compagnia di bandiera, in amministrazione straordinaria dal 2017, ha proseguito l'attività di volo sino al 14 ottobre 2021, data di perfezionamento del “contratto di cessione del complesso di beni e contratti” restato per lungo tempo segreto, e “a quella data nessun accordo era stato raggiunto tra le parti sociali”⁵⁴. Lo sguardo va dunque rivolto altrove: più precisamente, all'art. 56, co. 3-*bis*, del d. lgs. n. 270/1999, invocato dalla *newco*, che, in modo “*tranchant*”, dispone che le operazioni di cessione “effettuate in attuazione dell'articolo 27, comma 2, lettere a) e b-*bis*), *in vista della liquidazione dei beni del cedente*, non costituiscono comunque trasferimento di azienda, di ramo o di parti dell'azienda agli effetti previsti dall'articolo 2112 del codice civile” (mio il corsivo). L'applicabilità

⁵² Ognuno dei tre programmi prevede la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa entro determinati limiti temporali: un anno per le fattispecie di cui alle lettere *a* e *b-bis*; due anni per quella di cui alla lettera *b*.

⁵³ Come già anticipato, in una prima fase l'organo commissariale aveva applicato invece la lettera *a*.

⁵⁴ Trib. Roma n. 6205/2023.

di tale ultima norma alla fattispecie in oggetto è sostenuta, invero, da quasi tutte le sentenze che si sono occupate del caso, sino ad ora⁵⁵, facendo leva sulla natura “da sempre liquidatoria” della procedura adottata dai Commissari straordinari (nel passaggio dalle modalità di cui alla lettera *a* del comma 2 dell’art. 27 a quelle di cui alla lettera *b-bis*, in seguito alla modifica del programma commissariale), in perfetto accordo, si evidenzia, con l’art. 5 della Direttiva 2001/23/CE. La conseguente disapplicazione dell’art. 2112 ha portato giudici che pur hanno riconosciuto la sussistenza di un trasferimento di ramo di azienda a conclusioni opposte fra loro: la sentenza del Tribunale di Milano n. 1227/2023, ad esempio, ha respinto *in toto* la pretesa dei ricorrenti rispetto al passaggio ad Ita, mentre il Tribunale di Roma, con sentenza n. 7767/2023, pur negando la sussistenza di una continuità occupazionale, ai sensi dell’art. 2112 cod. civ., ha dichiarato, in parziale accoglimento dei ricorsi, il diritto di 174 ex dipendenti di Alitalia ad essere assunti a tempo indeterminato dalla *newco*, “anche in deroga alle procedure di reclutamento del personale vigenti in azienda, con decorrenza giuridica ed economica dalla data di sottoscrizione dei singoli contratti individuali di lavoro, conservando il medesimo inquadramento economico-normativo posseduto *ex ante*”.

Può dirsi, in ottemperanza al disposto di cui all’art. 56, co. 3-*bis*, e come sostenuto da parte resistente, che la procedura di cui alla lettera *b-bis* del comma 2 dell’art. 27 sia da considerarsi *ab origine* caratterizzata da un *fine prettamente liquidatorio*?

Il punto nevralgico della questione ruota attorno alla “caratterizzazione” dell’amministrazione straordinaria, in un giudizio di prevalenza, a parere di chi scrive, tra la *funzione conservativa* della procedura ed il *carattere liquidatorio* delle modalità operative nelle ipotesi sopracitate.

V’è chi evidenzia, in dottrina, che le fattispecie di cui alle lettere *a* e *b-bis*, essendo rivolte alla dismissione del patrimonio aziendale, porrebbero in secondo piano il rilievo dell’eventuale prosecuzione temporanea dell’attività

⁵⁵ Fra le altre, Trib. Milano n. 2694/2022; n. 1867/2023; n. 1227/2023; n. 1253/2023; n. 1354/2023 del 26.6.2023; Trib. Roma n. 6746/2023; n. 7299/2023; n. 7767/2023; Trib. Busto Arsizio 3 Agosto 2023 (udienza, RG n. 368/2022 e RG n. 374/2022); 4 agosto 2023 (udienza, RG n. 366/2022; RG n. 383/2022; RG n. 384/2022; RG n. 388/2022; RG n. 392/2022); 8 agosto 2023 n. 267, n. 268, n. 269, n. 270. Di particolare interesse appare Trib. Milano n. 1227/2023: qui il Giudice, diversamente dalle sentenze precedenti, riconosce la sussistenza del trasferimento di ramo di azienda, ma nega, in conclusione, l’applicabilità delle garanzie di cui all’art. 2112 c.c. proprio in virtù del disposto di cui all’art. 56. *Contra* Trib. Roma n. 6205/2023.

dell'impresa insolvente, come è accaduto nel caso di specie⁵⁶. La procedura in esame, si chiarisce, “ha ... natura liquidatoria quando la soddisfazione dei creditori è perseguita mediante la valorizzazione economica della cessione di beni e/o complessi aziendali, nell'ambito di programmi che prevedono l'esercizio transitorio dell'impresa anche in funzione dell'incremento del prezzo della futura cessione. Ove la procedura abbia una finalità liquidatoria l'obiettivo non è mai quello di riportare in equilibrio l'impresa insolvente ma solo di salvaguardare la prosecuzione, da parte di altri, delle attività imprenditoriali”⁵⁷. Tale impostazione troverebbe conforto in alcune recenti pronunce della Suprema Corte, nelle quali si precisa che la temporanea continuazione dell'attività aziendale non contraddice la funzione liquidatoria della procedura⁵⁸.

Chi scrive, volgendo lo sguardo sia al dato normativo che alla fattispecie in esame – senza pretesa alcuna di fornire una risposta esaustiva ad una questione tanto complessa – propende per la preminenza del rilievo da attribuirsi alla *funzione conservativa* dell'amministrazione straordinaria, partendo da alcune considerazioni che si espongono brevemente:

1) Come si è avuto modo di anticipare, l'art. 47 l. n. 428/1990 (ancor più chiaramente nella formulazione successiva all'intervento del c.c.i.i.) distingue chiaramente, ai fini dell'applicabilità del co. 4-*bis* o del co. 5, tra procedure liquidatorie e amministrazione straordinaria “in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività” (co. 4-*bis*, lett. *d*). La procedura in questione, dunque, non viene inquadrata dalla legge tra quelle di stampo liquidatorio, contrapponendosi, anzi, ad esse⁵⁹; basti pensare che l'art. 1 del d.lgs.

⁵⁶ V. per tutti MARAZZA, *I diversi regimi derogatori dell'art. 2112 c.c. nella procedura di amministrazione straordinaria liquidatoria*, in *GCom*, n. 4/2023. *Approfondimento* del 13 aprile 2023.

⁵⁷ *Ivi*.

⁵⁸ Cfr. Cass. 11 aprile 2023 n. 9621 (ord.), specificamente rivolta all'amministrazione straordinaria, nonché Cass. 14 settembre 2021 n. 24691. Occorre però precisare che la seconda pronuncia è specificamente incentrata sull'ipotesi di cedente soggetto a concordato liquidatorio, in un giudizio di “equivalenza” rispetto alla procedura fallimentare “in quanto entrambe ontologicamente ed esclusivamente preordinate alla liquidazione della società ed operanti sotto un controllo pubblico (attraverso la figura del liquidatore giudiziale nel concordato liquidatorio o del curatore fallimentare)”. V. in proposito le annotazioni critiche di BENVENUTO, *Derogabilità dell'art. 2112 c.c. nella cessione d'azienda in crisi*, in *Ifallimentarista.it*, n. 23/2021.

⁵⁹ Ricorda Cass. n. 24691/2021 che “La continuazione dell'attività esula dalla finalità stessa del fallimento, volto tipicamente alla liquidazione del patrimonio dell'impresa e al soddisfacimento della massa, in vista del prioritario interesse dei creditori”.

n. 270/1999 – ben prima dell’inserimento della lettera *b-bis* nel co. 2 dell’art. 27, quando l’alternativa dei programmi di recupero era solo tra la ristrutturazione e la cessione (addirittura) dell’intero complesso aziendale – dichiara sin da subito la *finalità conservativa* della procedura, mentre l’art. 27, al comma 1, precisa che le imprese dichiarate insolventi sono ammesse all’amministrazione straordinaria *solo* “qualora presentino concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali”, in una direzione, dunque, ben diversa rispetto alle procedure di stampo prettamente liquidatorio.

2) Laddove manchino le concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico, l’amministrazione straordinaria *può convertirsi in fallimento*: in corso di procedura, quando risulti che la stessa non possa essere utilmente proseguita (art. 69); come anche al termine della procedura stessa, qualora, decorsi i termini di legge, il programma di cessione dei complessi aziendali non sia stato portato a compimento; ancora, ciò può accadere laddove, in caso di ristrutturazione, l’imprenditore non abbia recuperato la capacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (art. 70).

3) Il programma prescelto dai commissari straordinari non è immutabile, potendo gli stessi sempre chiedere al Ministero l’autorizzazione ad “adotta[re] l’indirizzo alternativo fra quelli previsti nell’articolo 27, comma 2” (art. 60 d.lgs. n. 270/1999), come del resto è accaduto nella vicenda in esame. Vi è dunque la possibilità di passare dalla “modalità liquidatoria” (lett. *a* e *b-bis*) a quella “conservativa” (lett. *b*), e viceversa. Venendo alla vicenda in oggetto:

4) Il programma commissariale, come modificato, distingue nettamente sin da subito, in ossequio all’art. 56 d.lgs. n. 270/1999, tra la cessione riguardante il perimetro *aviation* (ai sensi, lo si ripete, dell’art. 27, co. 2, lett. *b-bis*, dello stesso decreto), la cessione riguardante i perimetri *handling* e *maintenance* (ai sensi dell’art. 27, co. 2, lett. *a*), nonché il *piano di liquidazione dei beni non funzionali all’esercizio dell’impresa*, come ulteriore tassello del programma, distinto dai precedenti e, per quanto qui concerne, non sovrapponibile all’operazione involgente il *Lotto Aviation*, la cui vicenda traslativa non ha riguardato certamente “beni non funzionali” all’esercizio dell’impresa⁶⁰.

⁶⁰ Il Tribunale di Roma, nella sentenza n. 6205/2023, ha ritenuto che la formulazione del comma 3-*bis* dell’art. 56 potrebbe essere ridimensionata proprio laddove letta in sinergia con il primo comma del medesimo articolo, al fine di addivenire ad “un’interpretazione che valga a

5) Il co. 8 del più volte menzionato art. 11-*quater* d.l. n. 73/2021 dispone che “*A far data dal decreto di revoca dell’attività d’impresa dell’Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.a. e dell’Alitalia Cityliner S.p.a. in amministrazione straordinaria, che potrà intervenire a seguito dell’intervenuta cessione di tutti i compendi aziendali di cui al programma autorizzato, l’amministrazione straordinaria prosegue con finalità liquidatoria*”⁶¹ (miei i corsivi). Dunque, tale finalità è ricondotta ad un momento ben preciso, che decorre *solo dal momento conclusivo della cessione*. Del resto, conferma di ciò si ritrova nell’art. 73, co. 1, d.lgs. n. 270/1999, che chiarisce come *unicamente a far data dal decreto ivi previsto* la procedura sia “considerata, ad ogni effetto, come procedura concorsuale liquidatoria”⁶², collocandosi dunque la cessione in una fase ancora “conservativa”.

In conclusione, seppure si voglia ammettere che l’amministrazione straordinaria, nel caso di specie, abbia avuto finalità unicamente liquidatorie del patrimonio, “è però altrettanto chiaro che l’attività imprenditoriale non è mai cessata sino al giorno della conclusione del contratto di cessione e che i successivi programmi approvati nell’esecuzione della procedura hanno in ogni modo preservato questa condizione”⁶³. Parimenti il fatto che l’attività di volo di Alitalia sia proseguita per diversi anni, dall’ammissione all’amministrazione straordinaria, *con l’unico scopo di evitare il progressivo deterioramento del valore dell’impresa in vista della sua liquidazione* – come sostenuto dalla *newco* – resterebbe “un’ipotesi”, poiché non “esistono allegazioni puntuali e convincenti su questo argomento ... l’unico dato reale di cui si dispone è che

conservare un senso alla norma e riconduca ad unità il sistema senza confliggere con i principi affermati dal diritto europeo”, poiché “è vero che l’art. 56 pone una accanto all’altre, senza selezionarne in ogni caso la rilevanza, due ipotesi che il diritto unionale invece distingue nettamente, quella dell’amministrazione controllata finalizzata alle prosecuzione delle attività e quella invece orientata alle dismissioni, ma proprio perché assume come finalità prioritaria la prima eventualità, quindi la prosecuzione dell’attività per cui debbono essere anche formulate *‘le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell’esercizio di impresa’*, tratta di converso l’ipotesi delle dismissioni come meramente residuale, limitandola solo al ‘piano per la eventuale liquidazione dei beni non funzionali all’esercizio dell’impresa’”. In tale ottica, laddove le attività dismesse non possano considerarsi “non funzionali” a tale esercizio, verrebbe meno il presupposto atto a consentire la disapplicazione dell’art. 2112.

⁶¹ Atitech e Swissport hanno acquisito i rami manutenzione e *handling* di Alitalia tra aprile e ottobre 2022.

⁶² SALVATI, *Variazioni IVA in diminuzione e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *RTDT*, 17 ottobre 2022, p. 3.

⁶³ Trib. Roma n. 6205/2023.

una procedura di amministrazione straordinaria protrattasi per quattro anni e mezzo ha determinato la cessione di beni e contratti a fronte del corrispettivo di un euro”⁶⁴.

Su un altro fronte, si è già evidenziato, in relazione al quinto comma dell’art. 47, come “Il carattere derogatorio della disposizione impon[ga] di adottare criteri di stretta interpretazione [in ottemperanza all’art. 5, par. 1, della Direttiva 2001/23] *ad evitare che qualsiasi procedura in cui sia prevista anche la dismissione di beni o di contratti, ma non la cessazione delle attività, possa situarsi in deroga all’art. 2112 c.c.*, riproponendo in questo modo esattamente la ragioni di censura che hanno condotto poi alla sentenza di condanna dell’Italia”⁶⁵.

Al riguardo, la Corte di Giustizia – premettendo che si tratta di fattispecie estremamente diverse – ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni sui trasferimenti di impresa che avvengono nell’ambito di procedure di c.d. *pre-pack*: una prassi di origine giurisprudenziale in uso nei Paesi Bassi che “mira a raggiungere, prima della procedura fallimentare, una liquidazione dell’impresa in attività, finalizzata alla cessione e alla prosecuzione dell’attività imprenditoriale o di parte di essa, in grado di soddisfare al meglio i creditori, oltre a mantenere l’occupazione nei limiti del possibile. Al *pre-pack* può poi seguire la procedura concorsuale finalizzata a perfezionare l’accordo raggiunto”⁶⁶. Orbene, anche se trattasi di procedure che si svolgono “in seno” ad un fallimento, per sua natura liquidatorio, i giudici lussemburghesi hanno chiarito che “la condizione secondo cui il cedente deve essere oggetto di una procedura di fallimento o d’insolvenza analoga ... non può estendersi ... ad un’operazione preparatoria del fallimento ma che non conduce a quest’ultimo”⁶⁷. Se, infatti, “l’articolo 5, paragrafo 1, della

⁶⁴ *Ivi*.

⁶⁵ Così Trib. Roma n. 6205/2023. Il *discrimen* tra la prosecuzione e la cessazione dell’attività, ai sensi della disciplina applicabile, “è suscettibile di qualche contemperamento, a condizione però che, in questa direzione, non si finisca per neutralizzare proprio i criteri che sono stati espressi dalla CGUE nella sua sentenza 11 giugno 2009...”: *ivi*.

⁶⁶ GRASSI, *Trasferimento di impresa nell’ambito di una procedura pre-pack finalizzata alla prosecuzione parziale dell’attività aziendale: è possibile derogare ai diritti dei lavoratori per salvaguardare i creditori?*, in *Labor*, 13 Agosto 2022. V. altresì GALLEANO, *La sentenza della Corte di giustizia FNV del 21.04.22 (C-237/20): trasferimento di impresa e procedura di pre-pack nel diritto olandese*, in *europeanrights.eu*, 10 luglio 2022.

⁶⁷ C. Giust. 22 giugno 2017, C-126/16, *Smallsteps BV* (in *RIDL*, 2018, II, p. 148, con nota di Vallauri), punto 45.

direttiva 2001/23 prescrive che la procedura fallimentare o l’analoga procedura d’insolvenza sia aperta al fine di liquidare i beni del cedente ... *resta inteso che una procedura che miri al proseguimento dell’attività dell’impresa interessata non soddisfa tale condizione*”⁶⁸ (mio il corsivo). È pur vero che i due obiettivi possono sovrapporsi, precisa la Corte, pur tuttavia “l’obiettivo principale di una procedura mirante al proseguimento dell’attività dell’impresa rimane comunque la salvaguardia dell’impresa interessata”⁶⁹. Dunque, per converso, laddove si verta nell’ambito di procedure che abbiano come principale obiettivo la salvaguardia dell’operatività dell’impresa, o almeno di alcune sue parti, non può invocarsi l’art. 5, co. 1, Dir. 2001/23, con la di-sapplicazione *in toto* delle tutele previste dagli artt. 3 e 4. È doveroso peraltro segnalare che in tempi molto recenti la stessa Corte ha operato un netto *re-irement*, sul tema⁷⁰, non esente da critiche⁷¹, battendo sulla caratteristica, comune tanto al *pre-pack* quanto alla procedura fallimentare, della finalità liquidatoria, a prescindere dalla temporanea prosecuzione dell’attività dell’impresa insolvente: con la conseguenza di poter derogare al mantenimento dei diritti dei lavoratori ai sensi dell’art. 5, par. 1, precisando tuttavia come a tal fine la procedura in questione debba essere disciplinata da disposizioni legislative o regolamentari, non essendo sufficiente che si tratti di una mera prassi giurisprudenziale. Orbene, nonostante, lo si ripete, la natura profondamente diversa delle fattispecie prese in considerazione dalla Corte rispetto all’amministrazione straordinaria, che “non nasce” con finalità liquidatorie, volendo ragionare sullo spunto fornito dai giudici di Lussemburgo, non deve dimenticarsi che l’art. 5 della Direttiva, al par. 1, presuppone, per la deroga, che il cedente sia oggetto di “una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni” del medesimo, e che tale procedura si svolga “sotto il controllo di un’autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un’autorità pubblica competente)”⁷². Ed infatti, nell’ultima sentenza di cui si è detto, del 2022, i Giudici europei hanno avallato l’applicazione dell’art.

⁶⁸ *Ivi*, punto 47. In tal senso anche le già menzionate sentenze D’Urso (1991) e Spano (1995), richiamate peraltro dalla stessa Corte.

⁶⁹ C. Giust. 22 giugno 2017, punto 48.

⁷⁰ C. Giust. 28 aprile 2022, C-237/20. Per commenti si rimanda ai contributi citati alla nota 66.

⁷¹ Cfr. GALLEANO, *op. cit.*

⁷² Presupposti avvalorati anche da C. Giust. 22 giugno 2017.

5, par. 1, della Direttiva, anche in virtù del fatto che nel *pre-pack* “le operazioni di vendita sono predisposte da un curatore, denominato ‘curatore designato’, sottoposto al controllo di un giudice delegato, denominato ‘giudice delegato designato’” – equiparabili, a detta dei giudici, agli organi del fallimento – nominati dal tribunale competente, che “controllerebbe, in caso di successiva procedura di insolvenza, se tali soggetti abbiano seguito tutte le istruzioni loro fornite e, in caso negativo, nominerebbe altri soggetti come curatori e giudice delegato al momento della pronuncia del fallimento” (punto 60).

Alla luce di quanto sin qui detto, occorre ritornare brevemente alla natura dell'amministrazione straordinaria, *amministrativo-giudiziaria*: una procedura nell'ambito della quale ai commissari straordinari spetta la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente sotto il controllo del MISE, il quale, secondo quanto previsto dall'articolo 42 d.lgs. n. 270/1999, deve autorizzare, sentito il comitato di sorveglianza, gli atti di maggior rilievo, tra cui “gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende” (lett. a)⁷³. Ed infatti il programma commissariale di recupero, ai sensi dell'art. 27 d.lgs. n. 270/1999, la cui esecuzione è autorizzata dallo stesso Ministero (art. 57, co. 1), deve essere redatto “sotto la vigilanza” del medesimo “ed in conformità degli indirizzi di politica industriali dal medesimo adottati, in modo da salvaguardare l'unità operativa dei complessi aziendali, tenuto conto degli interessi dei creditori” (art. 55, co. 1). Per quanto, lo si è detto, l'organo giudiziario intervenga in momenti decisivi (basti pensare alla sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza ed agli atti ad essa connessi, art. 3 ss., come anche ai provvedimenti collegati alla cessazione della procedura: art. 69 ss.), la Corte di Giustizia, nella menzionata sentenza dell'11 giugno 2009, ha significativamente affermato che “l'applicazione dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23⁷⁴ è subordinata alla possibilità di controllo giudiziario della procedura in questione. La Repubblica italiana ha precisato in

⁷³ Il Ministero nomina, inoltre, un comitato di sorveglianza composto da tre o cinque membri, che svolge una funzione consultiva ed è chiamato a pronunciarsi con pareri sugli atti del commissario, nei casi previsti dalla legge e ogni qual volta il Ministero lo ritenga opportuno (artt. 45-46).

⁷⁴ Ai sensi del quale, lo si ricorda, “Uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lettera b), a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario”.

proposito che le parti hanno il diritto di adire l'autorità giudiziaria competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista. Tale diritto, tuttavia, non può essere considerato alla stregua del controllo giudiziario previsto dall'articolo citato, dal momento che quest'ultimo presuppone un *controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente*” (mio il corsivo). Del resto, i giudici lussemburghesi hanno evidenziato come l'art. 5, par. 1, “rende[ndo] inapplicabile il regime di tutela dei lavoratori in determinati casi di trasferimento d'impresa, e ... discosta[ndosi] dall'obbiettivo principale alla base della direttiva 2001/23, deve necessariamente essere oggetto di una interpretazione restrittiva”⁷⁵.

La vicenda in esame consente di rilevare quanti siano i punti dubbi, a partire dalla “nebulosa formulazione dell'art. 47 l. n. 428/1990 nonché, ieri come oggi, dal carente coordinamento tra la disciplina della crisi d'impresa e quella dei rapporti di lavoro”⁷⁶, se si guarda, ad esempio, ancora, al di là di quanto sin qui detto, agli ulteriori intrecci che emergono con l'art. 5, co. 2-ter, del Decreto Marzano – introdotto dal Decreto Alitalia, nel 2008 – che, per imprese soggette ad amministrazione straordinaria qualificate in base ad una serie di fattori, tra cui lo svolgimento di un servizio pubblico essenziale, consente a cedente e cessionario, nell'ambito delle consultazioni di cui all'articolo 63, co. 4, d.lgs. n. 270/1999 – ovvero esaurite le stesse infruttuosamente – di convenire (“possono concordare”) sulla deroga all'art. 2112 cod. civ., in particolare per ciò che concerne il principio di continuità lavorativa, senza necessità di una intermediazione sindacale. Nell'inevitabile scoramento che può assalire l'interprete, in assenza, ad oggi, di un'opera di riordino e chiarificazione quantomai opportuna da parte del legislatore, due stelle polari possono guidarne l'opera: 1) l'interpretazione necessariamente restrittiva dell'art. 5, par. 1, della Direttiva 2001/23, di cui si è detto, e 2) l'obbligo, per il giudice interno, di decidere conformemente al diritto dell'Unione europea ed all'interpretazione che ne dà la Corte di Giustizia⁷⁷

⁷⁵ C. Giust. 22 giugno 2017, cit., punto 41.V. anche anche C. Giust. 4 giugno 2002, C-164/00, *Beckmann*, punto 29.

⁷⁶ BELLOMO, ROCCHI, *op. cit.*

⁷⁷ Cfr. sentenza *Dominguez* (CGUE 24 gennaio 2012, C-282/10); nell'ordinamento interno, *ex multis*, per restare al tema che qui ci riguarda, Cass. 9 maggio 2023 n. 12320 (ord.); 10 novembre 2021 n. 33154; nn. 10414 e 10415/2020.

quale pilastro fondamentale della costruzione dell'ordinamento comunitario che si fonda, fra l'altro, sul principio di leale cooperazione sancito nell'art. 4, par. 3, Tratt. UE.

5. Segue. c) in tema di prezzo della cessione

Un'ultima annotazione riguarda il prezzo pattuito per la cessione, il cui importo potrebbe essere oggetto di ulteriori approfondimenti nelle opportune sedi. Nella più volte menzionata Decisione della Commissione Europea del 10 settembre 2021 era prevista la cessione dei beni aziendali, mediante una procedura negoziata, per un prezzo comunque “*non inferiore al valore di mercato stabilito da una perizia indipendente*” (p. 11, mio il corsivo). Per quanto, come si è anticipato, il contratto di cessione perfezionato tra le parti il 14 ottobre 2021 sia stato per lungo tempo secretato⁷⁸ – come anche gli altri atti e documenti riguardanti, in particolare, il reclutamento del personale – il prezzo della cessione era comunque noto⁷⁹. Il valore simbolico di 1 euro è stato giustificato “in considerazione, da un lato, del valore (*fair market value*) del compendio ... stimato in 88,8 mln dall'*advisor* incaricato dalla Società di effettuarne la valutazione, e tenuto conto, dall'altro, dei maggiori costi da sostenere da parte di ITA (calcolati complessivamente in circa 137 mln e da dedursi, pertanto, dal suddetto valore) per i lavori di manutenzione degli aeromobili necessari per rendere la flotta perfettamente operativa e funzionante al momento dell'inizio delle attività di volo (*ready to fly*), nonché per gli oneri conseguenti alla novazione dei contratti di leasing che risultavano essere stati stipulati a condizioni fuori mercato”⁸⁰. Non appartengono certo a chi scrive le competenze per esprimere un giudizio sull'operazione effettuata, ma si intende qui proporre solo tre spunti di riflessione: 1) perizie come quella di cui alla vicenda in oggetto prendono in considerazione, al fine di de-

⁷⁸ V., per un riepilogo dei passaggi salienti, Trib. Roma n. 6205/2023. Si ricorda che Cons. St. 25 gennaio 2023 n. 860, estromettendo il MEF dal giudizio, ha imposto ad Ita di esibire la documentazione richiesta.

⁷⁹ V. già la *Modifica al programma di cessione*, cit., p. 29, che lo definisce un “corrispettivo fisso e immodificabile”.

⁸⁰ Come si legge in C. Conti 18 aprile 2023 n. 48, Determinazione relativa al *Risultato sul controllo eseguito sulla gestione finanziaria di Italia Trasporto Aereo S.p.A. 2021*, p. 8.

terminare il valore di mercato degli *asset* ceduti, gli attivi ed i passivi della società. Alla domanda su come mai Ita avesse pagato 90 milioni di euro per ottenere il marchio Alitalia (non usato) e 1 euro per il compendio *aviation*, il Prof. Fiori, nominato dalla Procedura per predisporre una perizia valutativa dell’offerta pervenuta all’epoca, precisava che “un conto è valutare un asset separato come il brand, e un altro è un ramo che di fatto è un’azienda con dipendenti, beni, crediti e debiti e del quale un tecnico deve anche stimare i flussi di cassa che è in grado di generare in futuro”⁸¹. Sul punto, giova solo ricordare che, per espressa pattuizione, in relazione al perimetro *Aviation*, i debiti dell’ex compagnia di bandiera non transitano ad Ita⁸² (in linea con l’art. 63, co. 5, d.lgs. n. 270/1999); 2) poco dopo la cessione sono partite le trattative per una parziale privatizzazione, nuovamente, della *newco*, la quale dovrebbe vendere a Lufthansa il 41% della compagnia per 325 milioni di euro, con l’opzione di acquisire le azioni rimanenti in un secondo momento⁸³. Potrebbero dunque profilarsi valutazioni in altre sedi sia per “la eventuale violazione del divieto di aiuti di Stato dei quali si sarebbe avvantaggiata Ita comprando ad 1 euro da Alitalia la compagnia aerea e rivendendola a Lufthansa per centinaia di milioni subito dopo”, sia in relazione alla circostanza che la cifra pattuita possa aver danneggiato i creditori di Alitalia – i lavoratori *in primis* – “che vedono ridursi drasticamente le possibilità di soddisfare i loro cre-

⁸¹ Cfr. BERBERI, *Ita Airways spese 1 euro per Alitalia: ma aerei e slot valevano anche meno*, in www.corriere.it (articolo del 18 aprile 2022).

⁸² Cfr. par. 2, in relazione alla nota 48.

⁸³ POGLIOTTI, *Lufthansa comprerà il 41% di Ita per 325 milioni. A regime 94 aerei e 5.500 dipendenti*, in www.ilsole24ore.com (articolo del 25 maggio 2023). Le trattative con la compagnia tedesca sono, al momento in cui si scrive, in una fase di stallo. È interessante segnalare come da una nota redatta da consulenti legali di ITA, del 14 giugno 2023, emerga che la trattativa potrebbe essere condizionata (anche) da un “cambio di giurisprudenza nell’interpretazione delle norme applicabili in merito al contenzioso lavoristico attivato da alcuni dipendenti Alitalia afferenti al ramo *aviation* per vedersi riconosciuto il passaggio automatico del rapporto di lavoro in capo ad ITA, ai sensi e per gli effetti dell’art. 2112 c.c.”: cfr. Trib. Roma n. 6205/2023. Al riguardo, in una nota di fine settembre scorso il Governo ha annunciato che, proprio in virtù del contrasto giurisprudenziale scaturito dalla vicenda in questione, “si è ritenuto necessario approvare una norma interpretativa che, in coerenza con le decisioni della Commissione europea, esclude che nel passaggio da Alitalia a Ita vi sia continuità fra le due aziende”: un punto, questo, che alimenterà certamente il dibattito, già consistente, che ruota attorno al caso Aitalia-Ita.

diti”⁸⁴. Volendo arrivare a conclusioni assolutamente drastiche – e, lo si premette, irrealistiche, nel concreto – giova da ultimo ricordare che gli artt. 62 e 63 del d.lgs. n. 270/1999, che dettano regole in materia di alienazione dei beni dell’impresa insolvente, anche con riguardo alla determinazione del valore dei beni, sono stati ritenuti dalla giurisprudenza alla stregua di norme imperative, poste a tutela di interessi generali – dei creditori della procedura, dei lavoratori, ma anche relativi alla conservazione del patrimonio produttivo – che, in quanto tali, rappresentano un limite inderogabile al potere discrezionale sia del commissario straordinario che dell’autorità ministeriale⁸⁵. Fermo restando che “il prezzo della cessione di azienda o di ramo di azienda è frutto della libera contrattazione delle parti”⁸⁶, e premesso che il corrispettivo per la cessione dell’azienda, o di un suo ramo, è solitamente dato dal suo valore patrimoniale, cioè dalla somma delle attività e passività, è pur vero che ai sensi dell’art. 65 del medesimo decreto i creditori che si sentano lesi da un’operazione di cessione non conforme alla normativa possono agire in giudizio anche al fine di sentir dichiarare “la erroneità ed incongruità delle valutazioni compiute sul complesso aziendale e sui beni in questione”⁸⁷: infatti, nelle operazioni concorsuali con finalità liquidatorie “rilevano due fondamentali interessi dei creditori...: 1) l’interesse a che dalla vendita dei beni del debitore insolvente venga ricavato un prezzo quanto più possibile vicino a quello di mercato; 2) l’interesse a che l’attivo ricavato venga ripartito nel rispetto del principio della *par condicio creditorum* ... Detti interessi vengono in considerazione anche nella amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che è anch’essa una procedura concorsuale...”. Tanto premesso, la conseguenza, in caso di determinazioni in contrasto con suddette norme imperative, sarebbe la nullità dell’attività negoziale conclusiva della procedura di vendita, ai sensi dell’art. 1418 cod. civ., poiché “La violazione delle disposizioni in parola ... non consente di realizzare l’assetto degli interessi in gioco voluto dal legislatore, e la lesione di detti superiori interessi, frustrando le finalità della procedura di amministrazione straordinaria, non può non ritenersi sanzionata, traducendosi come

⁸⁴ FRANCHI, *Svelato il contratto Alitalia-Ita*, cit. Il virgolettato riprende le parole dell’Avv. Panici, uno dei difensori dei dipendenti Alitalia.

⁸⁵ V. per tutti Cass. Sez. Un. 27 maggio 2009 n. 12247.

⁸⁶ Cass. 16 aprile 2008 n. 9950.

⁸⁷ Cass. Sez. Un. n. 12247/2009. Il caso sottoposto alla Corte riguardava proprio la cessione di un complesso aziendale nell’ambito di una procedura di amministrazione straordinaria.

detto nella violazione di norme imperative, se non con la sanzione di nullità (trattasi di una ipotesi di nullità virtuale)”⁸⁸.

⁸⁸ *Ivi*. In argomento v. anche SGRÒ, *Amministrazione straordinaria: nulle le cessioni in spregio agli artt. 62 e 63 del D.Lgs. 270/1999*, in www.altalex.com (articolo del 6 maggio 2022).

Abstract

L'A. esamina la vicenda riguardante il passaggio di testimone tra l'ex compagnia di bandiera Alitalia e la *newco* Ita Airways con specifico riferimento ai profili connessi all'applicazione, o meno, dell'art. 2112 del Codice civile nella cessione del Lotto *Aviation*. Partendo dalle prescrizioni della Commissione europea in tema di necessaria discontinuità tra le due società ed analizzando la regolamentazione interna concernente il trasferimento di aziende in crisi, l'A. evidenzia, anche in rapporto all'ordinamento comunitario, numerosi profili critici della vicenda legati ad un complicato, e non sempre coerente, intreccio normativo, che pone numerose incertezze per la tutela dei diritti dei lavoratori in fattispecie tanto complesse.

The Author examines the handover between the former flag carrier Alitalia and the newco Ita Airways with specific reference to the profiles related to the application, or not, of Article 2112 of the Civil Code in the transfer of the Aviation Lot. Starting from the prescriptions of the European Commission on the necessary discontinuity between the two companies and analyzing the domestic regulation concerning the transfer of undertakings in a situation of economic crisis, the A. highlights, also in relation to the EU legal system, numerous critical profiles related to a complicated, and not always coherent, regulatory interweaving, which poses numerous uncertainties for the protection of workers' rights in such complex events.

Keywords

Alitalia-ITA, discontinuità, trasferimento di aziende in crisi, disapplicazione dell'art. 2112 cod. civ., prezzo della cessione.

Alitalia-ITA, discontinuity, transfer of undertakings in a situation of economic crisis, disapplication of article 2112 of civil code, price of transfer.

Pietro Lambertucci
Libertà e rappresentanza sindacale
degli appartenenti ai corpi militari:
osservazioni sulla legge 46 del 2022

Sommario: **1.** Piano dell'indagine. **2.** La libertà sindacale "esclusiva" e il pluralismo sindacale. **3.** Il "riconoscimento" delle associazioni sindacali e l'art. 39 della Costituzione. **4.** La giurisdizione. **5.** Dalla rappresentanza collettiva "interna" del COCER all'"alterità" del sindacato dei militari. **6.** Le articolazioni periferiche del sindacato dei militari. **7.** I diritti sindacali. **8.** La rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva. **9.** Le "materie" della contrattazione collettiva tra tutela dell'ordinamento militare e disciplina del rapporto di lavoro. **10.** Il procedimento di contrattazione collettiva tra novellazione del d.lgs. n. 195 del 1995 e normativa generale sul pubblico impiego contrattualizzato. **11.** Rilievi conclusivi.

1. Piano dell'indagine

Dopo quattro anni dalla sentenza della Corte costituzionale, la quale ha attribuito anche agli appartenenti ai corpi militari il diritto di costituire associazioni sindacali¹, è entrata in vigore la legge 28 aprile 2022, n. 46, che regola la libertà sindacale e la rappresentanza sindacale per il personale delle Forze armate e delle Forze di polizia ad ordinamento militare.

La legge, frutto di un lungo e complesso *iter* parlamentare, contrasse-

¹ V. C. Cost. 13 giugno 2018 n. 120, in *ADL*, 2019, II, p. 109, con nota di PACCHIANA, PARAVICINI, *Il difficile cammino delle tutele sindacali per i militari*; in *DRI*, 2018, II, p. 1185, con nota di FALSONE, *La libertà sindacale indossa le stellette ma il legislatore deve ancora prendere le misure*; in *RIDL*, 2018, II, p. 998, con nota di LAMBERTUCCI, *La Corte Costituzionale e il sindacato delle forze armate e della polizia ad ordinamento militare tra incertezze interpretative e rinvio alla legge*; in questa rivista, 2018, n. 3, p. 621, con nota di FERRARA, *Libertà sindacale ed ordinamento militare: l'incostituzionalità del divieto di associazionismo sindacale*; cfr. anche TURAZZA, *La sent. n. 120 del 2018: un approdo intermedio nel riconoscimento della libertà sindacale dei militari*, in *SI*, 2019, n. 3, p. 297.

gnato anche da audizioni con le parti sociali, rappresentanti delle Forze armate ed esperti², risponde ad una logica compromissoria, nel tentativo di realizzare un bilanciamento tra interessi diversi e non sempre facilmente compatibili (il riconoscimento della libertà e dell'attività sindacale e la necessità di assicurare la funzionalità del servizio inserito nell'ordinamento militare); in ogni caso – e analogamente a quanto previsto dall'art. 84 della legge 1° aprile 1981, n. 121 per gli appartenenti alla Polizia di Stato – si esclude la possibilità di esercitare lo sciopero o azioni sostitutive (art. 4, comma 1, lett. b, l. n. 46 del 2022).

Si verificherà, nel corso dell'indagine, i risultati del predetto bilanciamento, ma, in ogni caso, il dettato normativo presenta contemporaneamente luci ed ombre, senza dimenticare che, come vedremo successivamente³, la “centralità” assicurata, nel disegno legislativo, alla contrattazione collettiva è comunque condizionata all'intervento di successivi decreti legislativi per il “coordinamento normativo” con la disciplina vigente (art. 16 della legge n. 46 del 2022).

Pertanto, se può apprezzarsi il riconoscimento della libertà sindacale e dell'esercizio dell'attività sindacale, con i suoi significativi corollari, devono essere segnalate preliminarmente alcune criticità, in alcuni casi superabili in sede applicativa.

2. *La libertà sindacale “esclusiva” e il pluralismo sindacale*

L'art. 1, comma 3, della legge n. 46 del 2022 stabilisce che i militari e gli appartenenti alle Forze di polizia ad ordinamento militare possono costituire associazioni sindacali (ed aderirvi), ma esclusivamente all'interno di associazioni sindacali di militari e, nel contempo, alla stregua dell'art. 4, comma 1, lett. i, queste ultime non possono federarsi, affiliarsi o avere relazioni di carattere organizzativo o convenzionale, con associazioni sindacali “diverse” da quelle regolate dalla stessa legge.

La soluzione accolta risponde ad un primo “paletto” posto dalla stessa

² Per un attento commento, anche con riferimento ai lavori parlamentari, v. IMBERTI, ZELLI, *Prime osservazioni sulla L. 28 aprile 2022, n. 46: “Norme sull'esercizio della libertà sindacale delle Forze Armate e delle Forze di polizia ad ordinamento militare”*, in *LDE*, 2023, n. 2, p. 2 ss.

³ V. *infra* par. 10.

Corte costituzionale⁴, in ordine al riconoscimento della libertà sindacale: le “specificità” dell’ordinamento militare giustificano, secondo i giudici della Consulta, l’esclusione di forme associative “ritenute non rispondenti alle esigenze di compattezza ed unità degli organismi che tale ordinamento compongono”.

Si tratta di costituire un sindacato *esclusivo* per una categoria di lavoratori, *separato* dalle altre associazioni sindacali esistenti negli altri comparti pubblici, sulla falsariga di quanto previsto dalla legge n. 121 del 1981 per le Forze di polizia ad ordinamento civile (Polizia di Stato). Tale soluzione, già allora, aveva sollevato, tra gli interpreti, non pochi dubbi di compatibilità con l’art. 39, primo comma, della Costituzione⁵.

In realtà, se si vuole, innanzitutto, garantire la “neutralità” del sindacato dei militari rispetto agli orientamenti politici – come si evince direttamente dalle limitazioni introdotte dagli artt. 2, comma 2, lett. b. e 4, lett. g, della legge – occorre rilevare che è ormai definitivamente tramontato il tempo nel quale il sindacato era una “cinghia di trasmissione” del partito politico.

In ogni caso il tempo ormai trascorso dalla legge del 1981⁶ non ha impedito, nei fatti, il “coordinamento” tra i sindacati di polizia e le altre confederazioni sindacali esterne del comparto pubblico⁷, come si evince anche dai provvedimenti della Presidenza del Consiglio dei Ministri che individuano la delegazione sindacale legittimata a partecipare alle trattative per il rinnovo del contratto collettivo⁸. D’altronde i comparti pubblici, al netto

⁴ C. Cost. n. 120/2018.

⁵ Per rilievi critici sul punto v. per tutti RUSCIANO, *Il sindacato di polizia*, in *Contr.*, 1980, p. 19 ss.; FOIS, *Appunti sul problema del “sindacato di polizia”*, in *Sindacati e sistema politico*, Giuffrè, 1978, p. 3 ss., p. 163 ss. e p. 172; cfr. da ultimo F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro. 1, Il diritto sindacale*, Utet, 2018, p. 109 ss.; cfr. anche BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2023, p. 109.

⁶ Cfr. sul punto NICOLOSI, *Libertà sindacale separata e polizia di stato*, in *LG*, 2012, p. 1051 ss.

⁷ V. sul punto le considerazioni di MENGHINI, *Le articolazioni del “diritto sindacale separato”*: *polizie, carabinieri, forze armate*, in *RGL*, 1992, p. 377 ss. e p. 390; cfr. anche TREU, *Carabinieri, polizia e sindacato*, in *CG*, 1992, p. 353 ss.; F. CARINCI, *Una legittima solidarietà*, in *Nuova Polizia*, 1981, p. 9; da ultimo FALSONE, *Organizzazione sindacale e conflitto collettivo nella Polizia di Stato: a metà cammino verso la libertà*, in *AA.VV., Libertà politiche e sindacali nella polizia di Stato tra limiti normativi, etica e responsabilità*, Franco Angeli, 2016, p. 59 ss. e p. 80, rileva che l’affiliazione del sindacato di polizia alle confederazioni sindacali esterne (nella specie Silp-Cgil e Ugl-Polizia di Stato) non costituisce motivo di imbarazzo.

⁸ V. per tutti il decreto 13 luglio 2006 che riconosce il “collegamento” tra i sindacati della polizia con le confederazioni sindacali di Cgil e Ugl.

delle diverse specificità, non sono, ai fini della politica contrattuale, fatta propria dalle organizzazioni sindacali storicamente presenti, delle “monadi” non comunicanti.

Pertanto, ferma rimanendo la scelta legislativa di costituire un sindacato “separato” per il comparto della sicurezza⁹, vuoi in ragione delle peculiarità connesse al medesimo, tuttavia un “coordinamento” con le organizzazioni sindacali degli altri comparti potrebbe giovare sul piano della politica rivendicativa perseguita con riferimento all’assetto complessivo del lavoro pubblico.

3. *Il “riconoscimento” delle associazioni sindacali e l’art. 39 della Costituzione*

La legge del 2022 imbastisce un articolato procedimento di “riconoscimento” delle associazioni sindacali, che implica il deposito degli statuti presso i Ministeri competenti, la successiva verifica della conformità di questi ultimi alle previsioni della legge con successiva iscrizione del sindacato in un albo, ai fini dell’esercizio dell’attività sindacale e del successivo procedimento di contrattazione (art. 3). Peraltro le stesse associazioni sindacali – che, a questo punto, acquisiscono un personalità giuridica di diritto privato – sono soggette al periodico controllo ministeriale (triennale) in merito alla permanenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge (democraticità dell’organizzazione sindacale, elettività delle cariche, neutralità ed estraneità alle competizioni politiche e ai partiti e movimenti politici, trasparenza del sistema di finanziamento e assenza di scopo di lucro) (art. 2, comma 2).

Si tratta di un procedimento amministrativo che costituisce un *unicum* nel panorama delle nostre relazioni sindacali, non previsto, peraltro, per le associazioni sindacali della Polizia di Stato, il quale, comunque, deve allinearsi con l’art. 39 della Costituzione, in quanto ne costituisce un’applicazione “setoriale”.

Se la norma costituzionale consente, ai fini della registrazione sindacale, un controllo di legittimità sulla “democraticità” dell’ordinamento interno

⁹ Tale soluzione, peraltro, era stata caldeggiata già da PERA, *Una grave decisione sul diritto di associazione sindacale del personale della Pubblica Sicurezza*, in *Bollettino della Scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale dell’Università degli studi di Trieste*, 1966, p. 30 ss.

del sindacato (*rectius*, sussistenza nello statuto sindacale di adeguate garanzie procedurali per i dissenzienti), ora la legge del 2022 impone un puntuale rispetto della trasparenza dei sistemi di finanziamento (art. 7) e dei principi in materia di elettività, turnazione e conferimento delle cariche direttive sindacali (art. 8).

Oltre questo tipo di controllo – che può comportare, in caso di esito negativo, la cancellazione dall'albo e la decadenza dall'esercizio di ogni prerogativa sindacale (art. 3, comma 5) – non è possibile andare, in quanto le espressioni sibilline contenute nella stessa legge “in ordine all'assenza di finalità contrarie ai doveri derivanti dal giuramento prestato dai militari” e al rispetto “degli altri requisiti previsti dalla presente legge” (art. 2, comma 2, rispettivamente lett. c ed e), non possono consentire un penetrante controllo di merito, con una dilatazione della discrezionalità amministrativa, sicuramente incompatibile con il programma costituzionale.

Peraltro, la preoccupazione, che ha animato il legislatore, volta a predisporre un rigido controllo sul sindacato è andata al di là del dovuto, con previsioni esorbitanti che minano l'autonomia dei soggetti collettivi (si pensi, ad esempio, alla necessaria conformità degli statuti sindacali alle regole sancite dall'art. 8, comma 4, in materia di durata e turnazione delle cariche sindacali).

Infatti, a ben guardare, la salvaguardia dei principi che governano l'ordinamento militare trovano altri profili di tutela, come verificheremo nel corso dell'indagine, nell'assetto della legge, per cui appare inutilmente invasivo un intervento sugli statuti sindacali di tal segno, che viene a pregiudicare l'autonomia del sindacato, senza un concreto e reale pregiudizio ai valori custoditi dall'ordinamento militare.

4. *La giurisdizione*

Il banco di prova di ogni disciplina legale è costituito dalla giurisdizione, al fine di garantirne l'“effettività” e, sul punto, il complesso dibattito parlamentare, che ha accompagnato il provvedimento, ha condotto il legislatore a confermare la competenza del giudice amministrativo anche per le controversie nelle quali “la condotta antisindacale incide sulle prerogative dell'associazione professionale a carattere sindacale tra militari” (art. 17, comma 1).

L'opzione legislativa, in primo luogo, si pone in controtendenza con quanto stabilito dall'art. 63, comma 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che introduce la regola generale della devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario di tutte le controversie promosse dalle organizzazioni sindacali *ex art. 28 St. lav.* a prescindere dalla “contrattualizzazione” o meno del rapporto di impiego. Ciò si evince – come ricordano i giudici di legittimità¹⁰ – dalla mancata riproduzione, nel comma 3, di una clausola di esclusione che, per le controversie sul rapporto di lavoro dei dipendenti regolati dal diritto pubblico, esclude la competenza del giudice ordinario (art. 63, comma 1, d.lgs. cit.) e riconferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 63, comma 4, d.lgs. cit.).

Peraltro, di rincalzo all'orientamento legislativo, in giurisprudenza è pacificamente riconosciuta la “cognizione incondizionata” del giudice ordinario senza eccezioni, anche con riferimento all'ipotesi in cui l'Amministrazione pubblica incida non solo sulle prerogative sindacali dell'associazione sindacale ricorrente *ex art. 28 St. lav.*, ma anche sulle situazioni individuali dei dipendenti pubblici, il cui rapporto di lavoro non sia stato contrattualizzato.

In secondo luogo, come è stato correttamente rilevato dagli interpreti, l'ampliamento delle giurisdizione amministrativa esclusiva può trovare giustificazione laddove le materie siano caratterizzate da “quell'intreccio inestricabile ... di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e diritti soggettivi”¹¹, ma non certo dinanzi ai diritti e prerogative, posti in capo alle associazioni sindacali, dalla legge del 2022.

In via esemplificativa, per la violazione delle procedure di consultazione e di contrattazione, nonché in presenza di comportamenti antisindacali volti ad ostacolare l'esercizio dei diritti sindacali le associazioni sindacali avrebbero potuto ricorrere all'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, salva rimanendo la possibilità, per il singolo dipendente, di far valere la propria situazione soggettiva davanti al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001¹². Questo è il caso di condotta antisindacale “plurioffensiva”, come quando si incide sui diritti dei rappresentati sindacali ai permessi o distacchi (art. 9 della legge n. 46 del 2022), ovvero si violano le

¹⁰ V., in giurisprudenza, Cass. Sez. Un. ord. 24 settembre 2010 n. 20161.

¹¹ V., in tal senso, MERCALDO, *La giurisdizione sulle condotte antisindacali nell'ambito dell'ordinamento militare. Una questione ancora irrisolta*, in *RIDL*, 2021, II, p. 560 ss.

¹² Cfr. C. Cost. ord. 24 aprile 2003 n. 143, in *LPA*, 2003, p. 521, con nota di LUNARDON.

“garanzie” (anche in materia di trasferimento) per i militari investiti di cariche sindacali (art. 14, l. cit.).

In conclusione, la dubbia scelta legislativa, che consegna al giudice amministrativo *tutte* le controversie attinenti all’ordinamento militare¹³, viene non solo a scardinare un principio generale, consolidato dal d.lgs. n. 165 del 2001, ma anche oggettivamente a sminuire la significativa svolta – della quale diremo subito – rappresentata dal riconoscimento del “contropotere sindacale” all’interno dei corpi militari.

5. *Dalla rappresentanza collettiva “interna” del COCER all’“alterità” del sindacato dei militari*

Un significativo passo avanti è rappresentato dal riconoscimento della libertà di associazione sindacale; d’altronde il conflitto industriale si colloca, come riassuntivamente ricordato da autorevole dottrina, sul piano del “conflitto con l’autorità che viene esercitata nell’organizzazione del lavoro, qualunque sia il fine produttivo della stessa e indipendentemente dal titolo di proprietà pubblica e privata”¹⁴.

A tale stregua si smantellano gli organi della rappresentanza militare, che costituiscono una rappresentanza esclusivamente “interna” (inserita, pertanto, nel corpo dell’Amministrazione militare)¹⁵ e si transita verso l’“alterità” del sindacato, che favorisce un pluralismo competitivo tra diverse associazioni sindacali (nei corpi militari si sono costituiti infatti diversi sindacati).

Il principio della libertà sindacale si articola, nel dettato normativo, nell’attività di proselitismo nei luoghi di lavoro (*rectius*, la riscossione dei contributi sindacali) e nell’esercizio dell’attività sindacale, con l’attribuzione di un grappolo di diritti sindacali, sulla scia di quanto previsto dallo Statuto dei lavoratori ed infine, con il riconoscimento del ruolo “negoziale” del sindacato dei militari, al pari del sindacato della Polizia di Stato.

¹³ Cfr. sul punto anche MERCALDO, *La giurisdizione*, cit., p. 566.

¹⁴ V. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2006, p. 12, il quale ricorda che il conflitto si manifesta anche nelle strutture burocratiche dello Stato e degli altri enti pubblici.

¹⁵ Come sottolinea DI ROLLO, *Rappresentanze delle forze armate e delle forze di polizia ad ordinamento militare*, in *LPA*, 2000, II, p. 350 ss., i consigli di rappresentanza del personale militare costituiscono “organi” delle amministrazioni cui appartengono; per la rappresentanza militare, in termini esclusivamente descrittivi, v., per tutti, GRECO, *Rappresentanza militare*, in *DDP*, XII, Utet, 1997, p. 449 ss.; LANDI, *Rappresentanza militare*, in *ED.*, XXXVIII, Giuffrè, 1987, p. 540 ss.

Sotto quest'ultimo versante significativo appare il passaggio dall'attuale "concertazione" alla negoziazione; tuttavia, le materie di "competenza" delle associazioni sindacali vengono indicate con taglio eccessivamente analitico, che, come vedremo successivamente¹⁶, avrebbe consigliato di adottare, pur nella salvaguardia delle peculiarità dell'ordinamento militare, una declinazione a carattere generale relativa alla disciplina del rapporto di impiego del personale.

6. *Le articolazioni periferiche del sindacato dei militari*

L'art. 6 della legge prevede la possibilità, per le associazioni sindacali, di costituire articolazioni periferiche, in ambiti regionali o territoriali, le cui competenze sono definite dagli statuti.

Innanzitutto è necessario rimarcare la distanza tra le articolazioni periferiche militari, che, comunque, devono essere espressione delle associazioni sindacali rappresentative (art. 6, comma 3), dalle forme di rappresentanza sindacale nei singoli luoghi di lavoro esistenti negli altro comparti del lavoro pubblico, laddove, in questi ultimi, le rappresentanze sindacali unitarie, costituite, su base elettiva ai sensi dell'art. 42, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, esercitano anche un potere negoziale (con la stipula del contratto collettivo integrativo).

Nel nostro caso – nel quale, peraltro, la contrattazione si svolge solo a livello di comparto – si esclude espressamente il "potere negoziale" delle articolazioni territoriali (art. 6, comma 3, l. n. 46 del 2022), ma, nondimeno, le stesse possono esercitare un significativo ruolo in ordine all'interlocuzione con l'Amministrazione militare, nei singoli luoghi di lavoro, ai fini di controllare il rispetto della contrattazione collettiva nazionale (art. 6, comma 2, lett. c.), ma, soprattutto, con riguardo all'applicazione della normativa in materia di sicurezza (art. 3, d.lgs. 9 aprile 1981, n. 81) (art. 6, comma 2, lett. b).

Si tratta dell'esercizio delle prerogative che spettano, nel d.lgs. 81 del 2008, alla rappresentanza collettiva per la sicurezza, in ordine alla promozione delle misure di prevenzione, al controllo sull'effettività dei sistemi di sicurezza e al possibile ricorso all'autorità giudiziaria.

In conclusione, le articolazioni periferiche possono effettuare un signi-

¹⁶ V. *infra* par. 9.

ficativo “monitoraggio” nei luoghi di lavoro, con la creazione anche di un canale di informazione e consultazione dei propri iscritti, al fine di rilevare criticità nell’applicazione della contrattazione collettiva e di poter sollevare “tematiche di competenza sindacale aventi esclusiva rilevanza locale” (art. 6, comma 3).

Uno snodo, non previsto espressamente dalla legge, ma connotato alla circostanza che le articolazioni periferiche operano all’interno dei luoghi di lavoro, potrebbe riguardare, viceversa, anche l’attribuzione di alcuni diritti sindacali, quali, ad esempio, il diritto di convocare le assemblee (art. 10). In tale traiettoria, anche attraverso un’interpretazione ampia della competenza in materia di informazione degli iscritti, (art. 6, comma 2, lett. a), si potrebbe attribuire, anche alle medesime, un diritto di affissione, che, come vedremo, non è espressamente disciplinato dalla legge¹⁷.

7. I diritti sindacali

Strettamente collegata al riconoscimento della libertà sindacale è l’attività di proselitismo nei luoghi di lavoro, che si estrinseca anche attraverso la riscossione dei contributi sindacali, mezzo esclusivo di finanziamento delle associazioni sindacali, come stabilito dall’art. 7, comma 1, della legge.

Se la riscossione dei contributi sindacali appare il necessario presupposto, affinché il sindacato possa esercitare la propria libertà ed attività sindacale, quale “garanzia” esplicitata nel precetto costituzionale (art. 39, comma, 1, Cost.), allora correttamente il diritto alla riscossione, secondo le modalità già determinate nei decreti ministeriali attuativi (art. 7, comma 4)¹⁸, spetta a tutte le associazioni sindacali (riconosciute), a prescindere dall’accertamento del loro grado di rappresentatività.

Una significativa novità, in tal senso, si può cogliere anche nella regolamentazione del diritto di assemblea (art. 10), che presenta elementi di convergenza, ma anche di peculiarità, rispetto alla disposizione contenuta nell’art. 20 dello Statuto dei lavoratori.

Anche se con formula non cristallina l’art. 10 della legge non prefigura

¹⁷ V. *infra* par. 7.

¹⁸ V., ad esempio, il decreto del Ministro della difesa del 26 luglio 2022 che utilizza il meccanismo della delega, rilasciata, dai dipendenti iscritti al sindacato, all’Amministrazione per operare la trattenuta sulla retribuzione mensile.

un mero diritto di riunione – che può attuarsi, in conformità alla previsione statutaria, anche durante il servizio nel limite di dieci ore annue individuali (retribuite) – ma disciplina un diritto “a titolarità collettiva”, in quanto si intrattiene “su materie di competenza delle associazioni professionali a carattere sindacale tra militari” e previa comunicazione – con un termine minimo di cinque giorni di anticipo – da parte del sindacato richiedente (art. 10, comma 2).

Il profilo di peculiarità, rispetto alla disciplina statutaria (applicata anche all'interno dell'impiego pubblico contrattualizzato), risiede nella circostanza che, mentre quest'ultima pone la titolarità del diritto in capo alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alle rappresentanze sindacali unitarie, qui si prescinde dal filtro selettivo della rappresentatività, in quanto il diritto spetta a *tutte* le associazioni sindacali (riconosciute).

Per quanto attiene all'esercizio del diritto di assemblea, la scelta dei locali (idonei), posti a disposizione dell'Amministrazione, deve essere concordata con il sindacato (art. 10, comma 1) e, comunque, si richiede anche di concordare, con i comandanti, le modalità di tempo e di luogo “al fine di renderle compatibili con le esigenze di servizio” (art. 10, comma 3).

La disposizione non è volta a vanificare l'esercizio del diritto – come può indirettamente evincersi anche dall'art. 10, comma 5, che prescrive ai comandanti di favorirne l'esercizio – ma solo a garantire un contemperamento con le esigenze di servizio; d'altronde, anche negli altri comparti pubblici, deve essere garantita, durante lo svolgimento dell'assemblea, la continuità delle prestazioni indispensabili¹⁹.

In altri termini la valutazione della “compatibilità” con le esigenze di servizio richiederà, in caso di contenzioso davanti al giudice amministrativo (art. 10, comma 4), una disamina particolarmente attenta, volta ad evitare che tale clausola possa costituire un grimaldello anche per procrastinare l'esercizio del diritto.

Per quanto riguarda lo svolgimento dell'attività sindacale, qui direttamente imputata alle associazioni sindacali rappresentative, la legge riconosce il diritto al locale per lo svolgimento delle proprie attività, secondo le successive disposizioni dettate dal regolamento di attuazione (art. 9, comma 2).

¹⁹ V. l'art. 4, comma 6, del ccnq del 4 dicembre 2017 sulle modalità di utilizzo di distacchi, aspettative e permessi, nonché delle altre prerogative sindacali, stipulato dall'Aran e della Confederazioni sindacali per i comparti del pubblico impiego contrattualizzato.

Inoltre, è prevista l'attribuzione di distacchi e permessi retribuiti, nonché permessi ed aspettative sindacali non retribuiti, assegnati sulla base dell'effettiva rappresentatività sindacale (art. 9, comma 3), con criterio proporzionale e secondo modalità determinate poi da una successiva decretazione ministeriale, sentite anche le associazioni sindacali (art. 16, comma 4).

Un utile parametro di riferimento è costituito dalla disciplina attualmente vigente nel pubblico impiego privatizzato²⁰ e la futura contrattazione collettiva stabilirà l'ammontare dei distacchi, dei permessi e delle aspettative da concedere ai rappresentanti delle associazioni rappresentative (art. 9, comma 4, lett. a e b); viceversa la stessa legge detta delle regole generali in materia di distacchi, aspettative e permessi (art. 9, commi 6-14).

Particolare rilevanza riveste la disciplina dei permessi sindacali per i dirigenti sindacali, alla cui stregua si introduce un regime di autorizzazione, che potrà essere concessa dal comandante, laddove “non ostino prioritarie ed improcrastinabili esigenze di servizio e sempre che venga garantita la funzionalità del servizio” (art. 9, comma 10).

Scontando che la disciplina esistente nell'impiego privato (art. 23, St. lav.) sulla scorta del prevalente orientamento giurisprudenziale, configura il permesso sindacale come un diritto pieno ed incondizionato, non subordinato – anche tramite la contrattazione collettiva – alle esigenze tecniche e produttive dell'impresa, negli altri comparti pubblici viene stabilito che nell'utilizzo dei permessi deve comunque essere garantita la funzionalità dell'attività lavorativa della struttura o unità operativa di appartenenza del dipendente²¹.

Sulla scorta della definizione dell'ammontare dei permessi, effettuata in sede di contrattazione collettiva e della ripartizione tra sindacati, fissata dalla decretazione ministeriale, l'autonoma gestione, da parte dei medesimi, dei permessi deve comunque garantire la funzionalità del servizio, come sostanzialmente richiesto anche negli altri comparti pubblici. Tuttavia, ora la legge introduce un ulteriore profilo ostativo (*rectius*, prioritarie e improcrastinabili esigenze di servizio), che appare, per un verso, sovrabbondante, ma, per altro verso, sicuramente insidioso, in quanto rimette sostanzialmente nelle mani del comandante la fruizione del permesso sindacale.

Nella legge del 2022 manca una disciplina del diritto di affissione (art.

²⁰ V. ccnq del 4 dicembre 2017, citato alla nota precedente.

²¹ V. art. 10, comma 7, del ccnq del 4 dicembre 2017, cit.

25, St. lav.), recepita anche negli altri comparti pubblici (art. 5 del ccnq del 4 dicembre 2017), quale strutturale canale di comunicazione tra associazione sindacale e lavoratori, sulla scorta di appositi spazi (eventualmente, se disponibili, anche informatici), messi a disposizione dal datore di lavoro. Infatti, ci si limita a promuovere il più blando diritto del delegato sindacale di inviare “comunicazioni scritte” nelle materie di competenza delle associazioni sindacali (art. 14, lett. e), salvo che il diritto di affissione non possa rientrare, come proposto²², anche nella competenza delle articolazioni periferiche (delle associazioni sindacali rappresentative), ai sensi dell’art. 6, comma 2, lett. a), della stessa legge.

La tutela del militare che ricopra cariche elettive nelle associazioni sindacali rappresentative, nell’ipotesi di trasferimento, è disegnato sulla scorta di quanto previsto dall’art. 22, St. lav. La norma statutaria, per il trasferimento geografico, richiede il previo nulla osta dell’associazione sindacale di appartenenza²³ ed ora, di rincalzo, l’art. 14, lett. b della legge una “previa intesa” con l’associazione sindacale di appartenenza, che esclude la possibilità di trasferimento laddove, analogamente, quest’ultima manifesti una volontà contraria. Sono stabilite eccezioni specifiche dettate dalle esigenze proprie dell’ordinamento militare, alle quali viene impropriamente assimilato il caso dell’“incompatibilità ambientale”, che potrebbe, viceversa, condurre a provvedimenti discriminatori nei confronti del delegato sindacale.

8. *La rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva*

L’art. 13, comma 1, della legge richiede una soglia di rappresentatività, ai fini non solo dell’esercizio dei diritti sindacali, ma anche per la legittimazione negoziale, sulla falsariga di quanto, all’art. 43 del d.lgs. n. 165 del 2001, è stabilito per le associazioni sindacali degli altri comparti pubblici. In questo caso, tuttavia, non essendo previste rappresentanze sindacali di base, con consultazione elettorale, analogamente a quanto avviene per i sindacati della Polizia di Stato, la “soglia” di rappresentatività (*rectius*, rappresentanza) viene misurata solo con riferimento al dato associativo.

²² V. *retro* par. 6.

²³ V., anche per il pubblico impiego contrattualizzato, l’art. 20, comma 4, del ccnq del 4 dicembre 2017, cit.

A tale stregua si sancisce che la rappresentatività si acquisisce laddove le associazioni sindacali raggiungano un numero di iscritti pari al 4 per cento della forza effettiva della Forza armata o della Forza di polizia ad ordinamento militare. Nell'ipotesi in cui l'associazione sindacale rappresenti due o più corpi militari, la stessa dovrà avere una rappresentatività non inferiore al 3 per cento della forza effettiva in ragione del singolo corpo militare, con la possibilità, laddove non raggiunga la predetta soglia in ciascun corpo militare, di essere considerata rappresentativa in quei corpi militari nei quali raggiunga la quota minima del 4 per cento (art. 13, comma 2).

Il legislatore, in ragione della novità introdotta e della possibilità che non tutte le associazioni sindacali siano in grado di raggiungere le predette soglie, introduce un regime transitorio, che riduce le quote percentuali di iscritti (di due punti o di un punto), rispettivamente per i primi tre anni o quattro anni dall'entrata in vigore della legge (art. 13, comma 5), per poter comunque avviare il procedimento di contrattazione collettiva.

L'accertamento della rappresentatività viene effettuato con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione (art. 13, comma 6), prima dell'avvio del procedimento di contrattazione, come ora previsto dal d.lgs. 25 novembre 2022, n. 206, per il coordinamento della nuova disciplina con il procedimento disciplinato dal d.lgs. 12 maggio 1995, n. 195 (art. 16, comma 1, della legge n. 46 del 2022)²⁴, con l'individuazione della delegazione sindacale "rappresentativa" legittimata a trattare (art. 2, lett. b, del d.lgs. n. 195 del 1995, come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a, n. 2, del d.lgs. n. 206 del 2022).

Va sottolineato che, nel procedimento di contrattazione, che ora viene disciplinato unitariamente per tutto il comparto sicurezza (Polizia di Stato e corpi militari), per l'accertamento della rappresentatività dei sindacati della Polizia di Stato si richiede il raggiungimento della soglia prevista dall'art. 43, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, per gli altri comparti pubblici, cioè il 5 per cento, tenendo conto del solo dato associativo (art. 2, lett. a, del d.lgs. n. 195 del 1995).

²⁴ Per il quale v. *infra* par. 10.

9. *Le “materie” della contrattazione collettiva tra tutela dell’ordinamento militare e disciplina del rapporto di lavoro*

L’art. 5 della legge delinea le competenze delle associazioni sindacali dei militari, le quali tutelano gli interessi dei rappresentati²⁵ nell’ambito di materie che, con un taglio analitico, integrano le indicazioni già contenute nel d.lgs. n. 195 del 1995 (artt. 4 e 5), il quale, peraltro, circoscrive ancora l’ambito della negoziazione (art. 11, comma 4, della legge), con le integrazioni contenute nella lettera *f-bis* (relativamente all’ammontare massimo di distacchi, permessi e aspettative per motivi sindacali), inserita nel d.lgs. n. 195 del 1995 dal d.lgs. n. 206 del 2022.

Individuato il “perimetro contrattuale”, l’art. 5, comma 2, dalla lettera b alla lettera g, aggiunge altre materie di competenza delle associazioni sindacali, per le quali, a questo punto, non si comprende se potranno essere oggetto solo di osservazioni o eventuali proposte di modifica ai Ministeri competenti (art. 5, comma 4), ovvero anche di procedure di informazione e di consultazione del sindacato (art. 12).

Una possibile lettura del testo potrebbe raggiungere il seguente risultato: nelle materie oggetto di contrattazione, nonché in quelle ulteriori indicate dalla legge, la “competenza” delle associazioni sindacali può declinarsi sicuramente nella possibilità di inoltrare osservazioni e proposte di modifica della disciplina legislativa e regolamentare esistente, ma anche nella possibilità – per quelle non oggetto di contrattazione – di fruire di diritti di informazione e consultazione, secondo procedure poi definite dal regolamento dell’art. 16, comma 3, della legge (art. 12).

Scorrendo, poi, l’elenco delle materie balza agli occhi la frettosità con la quale è stato confezionato: ad esempio “l’assistenza fiscale e la consulenza previdenziale” (lett. b) molto spesso sono appannaggio del sindacato senza ulteriori filtri, in quanto quest’ultimo è anche un erogatore di servizi per i propri associati (come riconosce anche l’art. 7, comma 1); le “provvidenze per gli infortuni” (lett. d), la promozione delle “pari opportunità” (lett. e),

²⁵ Peraltro, la norma richiede alle associazioni sindacali di garantire che i militari rappresentati assolvano ai compiti propri dei corpi militari e che l’adesione al sindacato non interferisca con il regolare svolgimento dei servizi istituzionali. In realtà la “garanzia” sull’assolvimento dei compiti propri dei corpi militari spetta all’Amministrazione militare (in qualità di datore di lavoro) e il contenimento tra libertà sindacale e servizi istituzionali è regolato, viceversa, dalla legge in esame.

nonché l'incentivazione del "benessere del personale" (lett. g) possono trovare uno spazio nella stessa contrattazione collettiva.

Sono presenti anche inutili duplicazioni: ad esempio nell'art. 5 tra le materie elencate sono ricomprese le prerogative sindacali di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2008 (art. 5, comma 2, lett. f), che costituiscono, viceversa, oggetto di esercizio, alla luce dello statuto del sindacato, da parte delle articolazioni periferiche di quest'ultimo (art. 6, comma 2, lett. b)²⁶.

Non mancano, inoltre, le incertezze interpretative, se è vero che il d.lgs. n. 206 del 2022 demanda, per le materie oggetto di contrattazione, ad un successivo regolamento (*ex* art. 16, comma 3, della legge), la definizione delle procedure di informazione e consultazione sindacale (artt. 4, comma 2, e art. 5, comma 2, d.lgs. n. 195 del 1995, sostituiti dall'art. 1, comma 1, rispettivamente, lett. b., n. 2 e lett. c., n. 2, d. lgs. n. 206 del 2022).

Sul punto occorre fare chiarezza, ricostruendo il percorso legislativo. Gli articoli 4, comma 2 e 5, del d.lgs. n. 195 del 1995 (rispettivamente per le Forze di polizia ad ordinamento militare e per le Forze armate) stabilivano che, per le materie oggetto di informazione e per le forme di partecipazione, si applicavano le disposizioni contenute nell'art. 19 della legge n. 382 del 1978, sul presupposto, tenuto ben presente nel 1995, di distinguerle dalle materie oggetto allora di concertazione (artt. 4, comma 1, e 5, comma 1, d.lgs. n. 195 del 1995). Pertanto la legge del 1978, ancorché non abrogata, disegnava il perimetro degli obblighi di informazione e di consultazione, dell'allora organo centrale della rappresentanza militare anche da parte delle Commissioni parlamentari competenti, con riguardo alla formulazione di istanze, pareri, proposte anche su materie legislative o regolamentari attinenti alla disciplina del rapporto di lavoro.

Ora l'ambito degli organi informativi è disciplinato dall'art. 12 della legge n. 46 del 2022, che impone alle amministrazioni militari l'obbligo di comunicare, alle associazioni sindacali rappresentative, il contenuto delle circolari e direttive da emanare con riferimento alle materie indicate nell'ampio elenco contenuto nell'art. 5. In quest'area, pertanto, si collocano gli obblighi di informazione e di consultazione del sindacato e la legge ne demanda correttamente le modalità attuative ad un successivo regolamento (art. 16, comma 3); la "riscrittura" di tale ambito comporta evidentemente anche l'abrogazione della richiamata disciplina previgente contenuta nel d.lgs. 195 del 1995, come puntualmente è accaduto con l'intervento del d.lgs. n. 206 del 2022.

²⁶ V. *retro* par. 6.

Tuttavia il d.lgs. n. 206 del 2022 inserisce un elemento di possibile confusione, in quanto richiama l'intervento del regolamento di cui all'art. 16, comma 3, non per l'attuazione dell'art. 12 della legge con riferimento agli obblighi informativi, bensì in relazione alle materie oggetto del percorso negoziale di cui si discuterà successivamente. Sorge allora il dubbio se tale opzione, che si presenta come un'operazione di mero "coordinamento normativo", non sia diretta – in contrasto, comunque, con quanto prescrive l'art. 12 della legge n. 46 del 2022 – a procrastinare l'avvio del procedimento negoziale, che quest'ultima intende avviare direttamente nei limiti disegnati dall'art. 11, comma 4.

Il legislatore riconferma l'impostazione fatta propria dal d.lgs. n. 195 del 1995, che fornisce un'elencazione "casistica" delle materie (allora oggetto di concertazione ed ora di contrattazione), laddove il nuovo scenario contrattuale avrebbe consigliato l'adozione di una formula ampia, volta a contrattare, nel tavolo negoziale, tutti gli aspetti – economici e normativi – afferenti alla disciplina del rapporto di lavoro.

Ma c'è di più: proprio l'emersione di altri interessi, nella dinamica fisiologica della contrattazione collettiva, può porre sul tappeto di quest'ultima ulteriori profili di disciplina del rapporto di lavoro, rispetto ai quali ogni "cristallizzazione", per singoli istituti, potrebbe risultare superata (nonché fonte di contenzioso).

Tale conclusione non presenta rischi con riferimento alle *specificità* insite nell'ordinamento militare, che si riflette, comunque, anche sul rapporto di servizio dei militari; infatti l'art. 5, comma 3, della legge esclude dalla "competenza" del sindacato le materie afferenti all'ordinamento militare, all'addestramento, alle operazioni, al settore logistico – operativo, al rapporto gerarchico – funzionale nonché all'impiego del personale in servizio²⁷.

In realtà la riserva di competenza della legge appare ancora più ampia in ragione di quanto stabilisce l'art. 2, comma 4, della legge 6 marzo 1992, n. 216, richiamato dall'art. 6 del d.lgs. n. 195 del 1995, non modificato dal d.lgs. n. 206 del 2022 e non abrogato dalla legge del 2022.

In particolare, nell'art. 2, comma 4, l. n. 216 del 1992 si fa esplicitamente riferimento – per la riserva di legge – all'organizzazione del lavoro, degli uffici e delle strutture, allo stato giuridico del rapporto di pubblico impiego,

²⁷ Come puntualizza il d.lgs. n. 206 del 2022, nelle materie non oggetto di contrattazione resta ferma l'autonomia decisionale delle amministrazioni.

alla mobilità ed impiego del personale, alle sanzioni disciplinari, alla determinazione delle dotazioni organiche, ai modi di conferimento della titolarità degli uffici e dei comandi, all'esercizio della libertà e dei diritti fondamentali del personale, al trattamento accessorio per i servizi prestati all'estero.

A ben guardare, molti profili inseriti dalla legge del 1992 rientrano ora nell'ampia locuzione contenuta nell'art. 5, comma 3, della legge del 2022, con riferimento al rapporto gerarchico-funzionale, nonché all'impiego del personale in servizio.

Tuttavia, se vogliamo trovare un reale spazio ad obblighi di informazione e di consultazione del sindacato si può proporre, *de iure condendo*, un utile "confronto" tra Amministrazioni militari e sindacato (nelle forme di un obbligo di informazione ed, eventualmente, di consultazione) in merito alla determinazione delle piante organiche, nonché ai modi di conferimento della titolarità degli uffici e dei comandi, con la finalità di conciliare le esigenze di "trasparenza" nella gestione amministrativa con le ragioni dell'efficienza e le caratteristiche gerarchiche dell'ordinamento militare. Su tale tracciato potrebbe inserirsi la previa acquisizione di un parere, obbligatorio ma non vincolante, sulle modifiche dello stato giuridico e del rapporto di impiego del personale, nonché in merito all'introduzione di nuove tecnologie con effetti sulla riorganizzazione degli uffici ed impatto sui rapporti di lavoro.

10. *Il procedimento di contrattazione collettiva tra novellazione del d.lgs. n. 195 del 1995 e normativa generale sul pubblico impiego contrattualizzato*

L'art. 16, comma 1, della legge demanda a un successivo provvedimento normativo la necessità di provvedere ad un coordinamento normativo, per il necessario passaggio dal procedimento di concertazione, regolato dal d.lgs. n. 195 del 1995, al nuovo procedimento di contrattazione.

Nel contempo, tra i criteri direttivi disegnati dalla legge, si prevede, per il comparto sicurezza, da un lato, un'articolazione della contrattazione, in una prima area riguardante gli aspetti comuni a tutti i corpi militari e in una seconda area (declinata tecnicamente come di secondo livello) per disciplinare gli aspetti più caratteristici delle singole Forze armate e Forze di polizia, anche con riferimento alla distribuzione della retribuzione accessoria e di produttività (art. 16, comma 1, lett. d) e, dall'altro, l'istituzione

di un'area negoziale specifica per il personale dirigenziale (art. 16, comma 1, lett. e).

È ora intervenuto il d.lgs. n. 206 del 2022, il quale non ha provveduto a “riscrivere” il d.lgs. n. 195 del 1995, ma a innestare le necessarie modifiche nel corpo di quest'ultimo, rendendo, in tal modo, anche complessa la “lettura” della trama legislativa vigente.

In ogni caso il legislatore ha confermato l'impianto complessivo del d.lgs. n. 195 del 1995, limitandosi: 1) a ridefinire le delegazioni sindacali trattanti (Ministri, Amministrazione militare, associazioni sindacali) alla luce della legittimazione negoziale conferita ai sensi dell'art. 11 della legge del 2022; 2) a sostituire al procedimento di “concertazione” il nuovo procedimento di “contrattazione”; 3) a delineare la mappatura della trattazione e ad istituire l'area negoziale dirigenziale.

Viceversa, il d.lgs. n. 195 del 1995 mostra l'usura del tempo per quanto riguarda le diverse fasi del procedimento negoziale, sulle quali è indispensabile avviare un confronto con il procedimento previsto dal d.lgs. n. 165 del 2001 per gli altri comparti del pubblico impiego.

A fronte della definizione dell'ipotesi di accordo sindacale sopravvive la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 195 del 1995, che consente alle organizzazioni sindacali (sia della Polizia di Stato nonché dei corpi militari) dissenzienti di poter inoltrare alle delegazioni sindacali di parte pubblica le loro osservazioni; nella fase finale del procedimento. Il Consiglio dei Ministri, verificate le compatibilità finanziarie ed esaminate le predette osservazioni, approva le ipotesi di accordo sindacale (art. 7, comma 11, d.lgs. cit.).

Innanzitutto le coordinate su cui si muove il procedimento di trattazione nel pubblico impiego contrattualizzato adotta, per la sottoscrizione del contratto collettivo, un criterio maggioritario (art. 43, comma, 3, d.lgs. n. 165 del 2001), mentre la previsione, contenuta nel d.lgs. del 1995, di ulteriori osservazioni (da parte delle organizzazioni dissenzienti) viene ad obliterare la genuina dinamica negoziale e il reale (e maggioritario) consenso che potrebbe essersi coagulato, tra le diverse associazioni sindacali, sull'ipotesi di accordo.

Inoltre, per quanto attiene al profilo nevralgico del rapporto tra procedimento negoziale e atto normativo di recepimento, il d.lgs. del 1995 si pone sulla scia di quanto stabiliva la legge quadro in materia di pubblico impiego (legge 29 marzo 1983, n. 93), la quale, analogamente, recepisce in d.P.R. l'accordo sindacale, ma con una cifra stilistica più chiara, in ordine al rapporto

tra dinamica negoziale ed autorizzazione, da parte del Consiglio dei Ministri, alla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo (art. 6, comma 8, l. n. 93 del 1983).

Infatti, a fronte di un complesso *iter* negoziale – al quale partecipava ovviamente la delegazione sindacale di parte pubblica – l'approvazione del Consiglio dei Ministri poteva avvenire solo a seguito di una verifica delle necessarie compatibilità di bilancio, ma non certo con intervento diretto sull'assetto negoziale²⁸.

Viceversa, la procedura disegnata dal d.lgs. n. 195 del 1995, che demanda alla compagine governativa il vaglio delle osservazioni dei sindacati dissenzienti (maggioritari o minoritari?) può costituire sicuramente una formidabile opportunità, in mano al Governo, di poter condizionare, in via indiretta, la stessa trattativa negoziale, se non addirittura un'irresistibile tentazione, per quest'ultimo, di intervenire sugli assetti negoziali raggiunti.

Pertanto, una volta “chiusa” l'ipotesi di accordo sindacale e verificato, dal Ministro per la pubblica amministrazione, il consenso dei sindacati maggioritari (il 51 per cento con riferimento al dato associativo) sulla scia di quanto stabilito dall'art. 43, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001, si tratta solo di controllare le compatibilità finanziarie e allora emerge chiaramente il “ruolo” dell'atto normativo di recepimento: un passaggio necessario in presenza di personale ancora in regime di diritto pubblico.

Prima dell'atto finale di recepimento, si tratta, pertanto, di effettuare un'ultima verifica delle compatibilità finanziarie e, in presenza di una determinazione negativa, riaprire la trattativa sindacale, sulla scia non solo di quanto stabiliva il previgente art. 6, comma 8, l. n. 93 del 1983, ma della più chiara previsione contenuta ora dall'art 47, comma 7, d.lgs. n. 165 del 2001, per il pubblico impiego contrattualizzato.

Anzi, per quanto attiene alla verifica delle “compatibilità finanziarie”, il d.lgs. n. 195 del 1995 si rimette laconicamente al Consiglio dei Ministri, che istituzionalmente è un organo politico, per cui sarebbe più saggia decisione coinvolgere, come per gli altri comparti del pubblico impiego, un organo tecnico, come la Corte dei Conti e rimettersi al suo giudizio di certificazione (art. 47, commi 5-7, d.lgs. n. 165 del 2001).

²⁸ Sul punto v. l'equilibrato commento di L. ZOPPOLI, sub *art. 6*, in *Commentario alla legge quadro*, in *LNLCC*, 1984, II, p. 633 ss., il quale sottolineava come “il Consiglio dei Ministri non può direttamente modificare le intese, ma solo negare l'autorizzazione ed invitare le delegazioni a formulare una nuova ipotesi di accordo e a rivedere la prima, indicando ovviamente l'oggetto e i motivi della richiesta di riesame” (p. 646).

In conclusione la novella del 2022 ha inciso sul d.lgs. n. 195 del 1995 in maniera epidermica, lasciando irrisolti molti nodi sostanziali del procedimento di contrattazione che, viceversa, potrebbero essere definiti con un'attenta trasposizione della normativa presente nell'art. 47, d.lgs. n. 165 del 2001²⁹.

II. *Rilievi conclusivi*

Cercando di riannodare i fili conclusivi del discorso, la legge del 2022, che presenta insieme aspetti positivi e criticità, si caratterizza per essere un intervento tipicamente “settoriale”, avulso non solo dalla disciplina sindacale esistente nel pubblico impiego contrattualizzato, ma anche dalla più stringata regolamentazione, apprestata nel 1981, per la Polizia di Stato.

Non avrebbe nociuto, pertanto, adottare una prospettiva sistematica, che, senza appiattire le differenze tra Polizia di Stato e corpi militari e, all'interno di questi ultimi, tra singole Forze armate e polizia ad ordinamento militare (da valorizzare in sede di contrattazione collettiva), avrebbe consentito di delineare una “cornice comune” in materia di libertà ed attività sindacale nel comparto sicurezza, con un occhio rivolto anche agli altri comparti del pubblico impiego.

Preso atto dell'opzione legislativa, a nostro avviso esistono comunque margini significativi per un avvicinamento alla disciplina generale del d.lgs. n. 165 del 2001, che, come è stato sottolineato da un compianto Maestro, realizza il “nocciolo duro” dell'art. 39 della Costituzione e costituisce “il passaggio verso una nuova stagione della legislazione sindacale postcostituzionale”³⁰.

²⁹ Per una sintesi del procedimento di contrattazione esistente nell'impiego pubblico contrattualizzato v., per tutti, FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, 2018, p. 67 ss.

³⁰ V. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere. Scritti sul diritto sindacale*, Giuffrè, 2000, II, p. 399 ss. e p. 430.

Abstract

Il saggio esamina i profili più rilevanti della legge 28 aprile 2022, n. 46, sull'esercizio della libertà ed attività sindacale del personale appartenente ai corpi militari, mettendone in luce, innanzitutto, le criticità (la libertà associativa "esclusiva", il riconoscimento del sindacato nei confronti con l'art. 39 della Costituzione, la giurisdizione), ma anche gli aspetti innovativi (il passaggio dalla rappresentanza collettiva "interna" dei COCER all'introduzione della dialettica sindacale, lo svolgimento dell'attività sindacale con l'attribuzione di diritti sindacali, la legittimazione negoziale). Sotto quest'ultimo profilo si auspica, nel rispetto delle specificità connesse all'ordinamento militare, una più incisiva rivisitazione delle dinamiche negoziali e un maggior coordinamento con il procedimento di contrattazione stabilito dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, per gli altri comparti del pubblico impiego "contrattualizzato".

First observations on the law n. 46 of 2022 on trade union freedom and trade union representation of personnel belonging to military bodies

The essay examines the most relevant profiles of the law of 28 April 2022, n. 46, on the exercise of trade union freedom and activity of personnel belonging to military corps, highlighting, first of all, the critical issues (the "exclusive" freedom of association, the recognition of the union in comparison with Article 39 of the Constitution, the jurisdiction), but also the innovative aspects (the passage from the "internal" collective representation of the COCER to the introduction of the union dialectic, the carrying out of the union activity with the attribution of union rights, the negotiating legitimacy). From this last point of view, in compliance with the specificities connected to the military system, we hope for a more incisive review of the negotiating dynamics and greater coordination with the bargaining procedure established by Legislative Decree 30 March 2001, n. 165, for the other sectors of the "contracted" public employment.

Keywords

Personale appartenente ai corpi militari, libertà sindacale, attività sindacale, contrattazione collettiva.

Personnel belonging to military bodies, trade union freedom, trade union activity, collective bargaining.

Corte di giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, 12 gennaio 2023, C-356/21 – Pres. Prechal, Rel. Sahún – J.K c. TP S.A.

Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Direttiva 2000/78/CE – Condizioni di accesso al lavoro autonomo – Condizioni di occupazione e lavoro – Divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale – Lavoratore autonomo con contratto d'opera – Risoluzione e mancato rinnovo di un contratto – Libertà di scegliere un contraente.

L'articolo 3, paragrafo 1, lettere a) e c) della direttiva 2000/78/CE osta ad una normativa nazionale che, in virtù della libera scelta della controparte contrattuale, ha la conseguenza di escludere dalla tutela contro le discriminazioni, offerta dalla direttiva, il rifiuto, fondato sull'orientamento sessuale di una persona, di stipulare o rinnovare con quest'ultima un contratto avente ad oggetto la realizzazione, da parte di detta persona, di alcune prestazioni nell'ambito dell'esercizio di un'attività autonoma.

★ ★ ★

Edoardo Ales

La Corte di giustizia torna sul lavoro autonomo: un'occasione persa

Sommario: **1.** Il caso J. K. **2.** L'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva: la nozione di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo". **3.** Ancora sull'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva: la nozione di cessazione involontaria dell'attività quale elemento delle condizioni di occupazione e di lavoro. **4.** L'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva: il suo fondamento giuridico. **5.** Ancora sull'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva: la nozione di attività professionale. **6.** Dal falso autonomo all'eterorrganizzato. **7.** La speranza nel dispositivo.

1. *Il caso J. K.*

Tra il 2010 e il 2017, J. K. (di seguito, il ricorrente), nell'ambito della sua attività economica indipendente, aveva stipulato una serie di contratti d'opera consecutivi di breve durata con la TP (di seguito la committente), società televisiva polacca ad esclusiva partecipazione pubblica¹. Sulla base di quei contratti, il ricorrente aveva svolto turni settimanali nel corso dei quali aveva realizzato montaggi audiovisivi, trailer e servizi di costume e società per le trasmissioni autopromozionali della committente. Il responsabile della redazione editoriale e della promozione del canale, nonché supervisore diretto (*sic* nella descrizione dei fatti di causa) del ricorrente, assegnava i turni a quest'ultimo e a un'altra giornalista che svolgeva le sue stesse attività, di modo che ognuno di loro effettuasse due turni di una settimana al mese.

A partire dall'agosto 2017, veniva pianificata una riorganizzazione delle strutture interne della committente, nell'ambito della quale i compiti del ricorrente avrebbero dovuto essere trasferiti a una nuova unità. In occasione di una verifica svoltasi verso la fine di ottobre, l'operato del ricorrente veniva valutato positivamente in vista di quella riorganizzazione. Di conseguenza,

¹ Il che ha portato i primi commentatori a derivare un'efficacia verticale diretta della normativa in questione: BRONZINI, *Il diritto antidiscriminatorio si applica anche al lavoro autonomo*, <https://www.italianequalitynetwork.it/la-sentenza-della-corte-di-giustizia-sulla-discriminazione-dei-lavoratori-autonomi/>; BORELLI, *La sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, <https://www.italianequalitynetwork.it/strongil-diritto-antidiscriminatorio-si-applica-anche-al-lavoro-autonomo-strong?action=genpdf&id=2197>.

il 20 novembre 2017, il ricorrente e la committente stipulavano un nuovo contratto d'opera della durata di un mese. Il 29 novembre, il ricorrente riceveva il suo orario di lavoro per il mese di dicembre, il quale prevedeva due turni di una settimana, con inizio, rispettivamente, il 7 e il 21 dicembre.

Il 4 dicembre, il ricorrente e il suo *partner* pubblicavano sul loro canale YouTube un video musicale natalizio finalizzato a promuovere la tolleranza verso le coppie di persone dello stesso sesso.

Il 6 dicembre il ricorrente riceveva un messaggio di posta elettronica dal responsabile che lo informava della cancellazione del turno settimanale che avrebbe dovuto iniziare il 7 dicembre. Il 20 dicembre, il responsabile comunicava al ricorrente la cancellazione anche del turno che avrebbe dovuto iniziare il 21 dicembre. Pertanto, nel corso del mese di dicembre, il ricorrente non svolgeva alcuna attività. Successivamente, tra lui e la committente non veniva stipulato alcun nuovo contratto d'opera.

Ai fatti così sommariamente descritti, il ricorrente ha reagito convenendo in giudizio la committente al fine di ottenere il risarcimento del danno patrimoniale e del danno morale derivante dalla violazione del principio di parità di trattamento a causa di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale per quanto riguarda le condizioni di accesso e di esercizio di un'attività economica svolta nell'ambito di un contratto di diritto privato. Nel corso del giudizio, la corte polacca competente ha ritenuto di dover domandare alla Corte di giustizia UE (di seguito la Corte) “se l'articolo 3, paragrafo 1, lettere a) e c), della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale la quale, in virtù della libera scelta della parte contraente, abbia l'effetto di escludere dalla tutela contro le discriminazioni (...) il rifiuto, fondato sull'orientamento sessuale di una persona, di concludere o di rinnovare con quest'ultima un contratto avente ad oggetto la realizzazione, da parte di detta persona, di talune prestazioni nell'ambito dell'esercizio di un'attività autonoma”.

Come noto, l'art. 3 della direttiva 2000/78 (di seguito, la Direttiva) individua l'ambito d'applicazione soggettivo di quest'ultima in “tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico”. Quello oggettivo è riferito, invece, per ciò che qui rileva, alle “condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione” (lett. a)) nonché “all'occupazione e alle

condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e alla retribuzione” (lett. c)).

2. *IL’ambito oggettivo di applicazione della Direttiva: la nozione di “condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo”*

Proprio con riferimento all’ambito oggettivo d’applicazione, la Corte, nella sentenza J. K.² (di seguito, la Sentenza) svolge delle osservazioni interessanti nella prospettiva della tutela del lavoro autonomo: in primo luogo, relativamente alla nozione di “condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo”, ricordando, anzitutto, che la Direttiva non rinvia al diritto degli Stati membri per definirla, risultando, quindi, necessaria una sua interpretazione autonoma e uniforme. Ciò in considerazione, nel caso specifico, delle esigenze inerenti l’applicazione del principio di parità (punto 34 della Sentenza ma già *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*³, punto 31, confermata da *HK/Danmark e HK/Privat*⁴, punto 25), così come sancito dall’art. 21 CDFUE e concretizzato dalla Direttiva nel settore del lavoro (*Egenberger*⁵, punto 47; *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, punto 38).

In concreto, secondo la Corte, i termini “condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo”, devono essere interpretati conformemente al loro senso abituale nel linguaggio corrente, tenendo conto del contesto nel quale vengono utilizzati e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte (punto 35 della sentenza).

Il riferimento al “senso abituale nel linguaggio corrente” non può non destare, in sé, qualche perplessità. In effetti, siamo in presenza del recupero tralascio di un criterio interpretativo elaborato dalla Corte in circostanze ben diverse rispetto a quelle in oggetto e, soprattutto, con riferimento a termini o nozioni dal significato difficilmente riducibile ad un concetto unitario e universalmente valido. Si pensi, ad esempio, alla nozione di “circostanze

² C. Giust., 12 gennaio 2023, C-356/21, J. K., EU:C:2023:9.

³ C. Giust., 23 aprile 2020, C-507/18, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, EU:C:2020:289.

⁴ C. Giust., 2 giugno 2022, C-587/20, *HK/Danmark e HK/Privat*, EU:C:2022:419.

⁵ C. Giust., 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*, EU:C:2018:257.

eccezionali”, all’interno della quale la Corte si è interrogata se far rientrare o meno un problema tecnico ad un aeromobile che comporti la cancellazione del volo (*Wallentin-Hermann*⁶, punti 15-17); ovvero dell’espressione “sotto l’autorità”, quale condizione che autorizza il fornitore di servizi a trasmettere dati sul traffico al cessionario dei propri crediti ai fini del loro recupero (*Probst*⁷, punti 19-22); o, a maggior ragione, a concetti aperti quali “conflitto armato interno” (*Diakité*⁸, punto 27), “parodia” (*Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds*⁹, punto 19) e “in occasione del resoconto di un avvenimento attuale” (*Spiegel Online*¹⁰, punti 64-65), nessuno dei quali trova definizione nelle direttive che li evocano.

Fortunatamente, in molte delle circostanze richiamate, la Corte stessa ha ritenuto di precisare che il “senso abituale nel linguaggio corrente” deve essere colto tenendo conto del contesto nel quale i termini in questione vengono utilizzati e degli obiettivi perseguiti dalla normativa che vi ricorre. Queste precisazioni si possono rinvenire anche nella Sentenza (punto 36), sulla scorta della giurisprudenza che essa indirettamente richiama (*Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, punto 32, attraverso il rinvio, impreciso, a *HK/Danmark*, punto 26), secondo la quale la locuzione “condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro” si riferisce, nel linguaggio corrente, a circostanze o a fatti la cui esistenza deve imperativamente essere dimostrata affinché una persona possa ottenere un’occupazione o un lavoro determinato”.

All’esito di questo ragionamento, la Corte, partendo dal presupposto che l’espressione “condizioni d’accesso” riguarda tutte le attività professionali, a prescindere dalla loro natura e dalle loro caratteristiche (punto 36 della Sentenza ma già *HK/Danmark*, punto 27), afferma che essa si riferisce, nel linguaggio corrente, appunto, anche alle condizioni che devono realizzarsi affinché una persona possa esercitare un’attività autonoma (punto 49 della Sentenza ma già *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, punto 33). Dalla considerazione che la conclusione di un contratto d’opera costituisce una circostanza la cui esistenza può avere carattere imperativo affinché una per-

⁶ C. Giust., 22 dicembre 2008, C-549/07, *Wallentin-Hermann*, EU:C:2008:771.

⁷ C. Giust., 22 novembre 2012, C-119/12, *Probst*, EU:C:2012:748.

⁸ C. Giust., 30 gennaio 2014, C-285/12, *Diakité*, EU:C:2014:39.

⁹ C. Giust., 3 settembre 2014, C-201/13, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds*, EU:C:2014:2132.

¹⁰ C. Giust., 29 luglio 2019, C-516/17, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625.

sona possa esercitare effettivamente la sua attività professionale, la Corte deriva che la nozione di “condizioni di accesso” alle attività autonome può includere detta circostanza (punto 50 della Sentenza). Di conseguenza, il rifiuto di concludere un contratto d’opera con un potenziale contraente per motivi connessi al suo orientamento sessuale rientra nell’ambito oggettivo di applicazione dell’articolo 3 par. 1, lett. a), della Direttiva (punto 51 della Sentenza).

3. *Ancora sull’ambito oggettivo di applicazione della Direttiva: la nozione di cessazione involontaria dell’attività quale elemento delle condizioni di occupazione e di lavoro*

Nella medesima prospettiva, si pone la questione se la decisione di un committente di non onorare e di non rinnovare un contratto d’opera, ponendo fine ad un rapporto professionale per motivi connessi all’orientamento sessuale del prestatore, rientri nella nozione di “[condizioni di] occupazione e (...) di lavoro”, ai sensi dell’art. 3, par. 1, lett. c), della Direttiva (punto 59 della Sentenza). Nonostante la Corte ribadisca che la nozione di “licenziamento” riguarda, in linea generale, la cessazione di un contratto di lavoro subordinato (punto 61 della Sentenza ma già *Gusa*¹¹, punto 32), essa afferma che detta nozione figura all’art. 3, par. 1, lett. c), della Direttiva quale esempio della nozione di “[condizioni di] occupazione e (...) di lavoro” e riguarda, quindi, alla luce di quanto appena esposto, la cessazione unilaterale di qualsiasi attività menzionata all’art. 3, par. 1, lett. a), della Direttiva (punto 62 della Sentenza).

Infatti, richiamando quanto già affermato in precedenza (*Gusa*, punto 43), la Corte sottolinea che, analogamente a un lavoratore subordinato, il quale può involontariamente perdere il suo lavoro a seguito di un licenziamento, un lavoratore autonomo può vedersi costretto a cessare la propria attività a causa delle decisioni del committente e “trovarsi, per ciò, in una situazione di vulnerabilità paragonabile a quella di un lavoratore subordinato licenziato” (punto 63 della Sentenza).

In particolare, la Corte aveva elaborato questa posizione di indifferenza alla distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato con riferimento

¹¹ C. Giust., 20 dicembre 2017, *Gusa*, C-442/16, EU:C:2017:1004.

alla dir. 2004/38¹² (di seguito la Direttiva Cittadinanza), nel momento in cui aveva affermato che l'espressione "disoccupazione involontaria" può rinviare, "in funzione del contesto nella quale è utilizzata, sia ad una situazione d'inattività dovuta alla perdita involontaria di impiego subordinato, in particolare, un licenziamento, sia, più in generale, a uno stato di cessazione di un'attività professionale, subordinata o autonoma, dovuto alla mancanza di lavoro per ragioni indipendenti dalla volontà della persona interessata, come può essere una situazione di recessione economica" (*Gusa*, punto 31).

D'altro canto, come ricordato dalla Corte, la Direttiva Cittadinanza si prefigge lo scopo di definire le modalità d'esercizio del diritto di libera circolazione e soggiorno nel territorio degli Stati membri da parte dei cittadini dell'Unione (*Gusa*, punto 35). In particolare, la detta direttiva distingue la situazione dei cittadini economicamente attivi da quella dei cittadini inattivi e degli studenti, non prevedendo, invece, una distinzione, all'interno della prima categoria, tra i cittadini che, nello Stato membro ospitante, sono lavoratori subordinati e coloro che sono lavoratori autonomi (*Gusa*, punto 36). Di conseguenza, le disposizioni della Direttiva Cittadinanza si applicherebbero ad entrambe le categorie (*Gusa*, punti 37 e 38).

A sostegno di una simile interpretazione, la Corte richiama i considerando 3 e 4 dai quali si evince che, al fine di rafforzare il diritto fondamentale e individuale di tutti i cittadini europei di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri e facilitare l'esercizio di tale diritto, la Direttiva Cittadinanza, in quanto atto legislativo unico di codifica, persegue lo scopo di superare l'approccio settoriale e frammentario che caratterizzava, in precedenza, gli strumenti del diritto dell'Unione, i quali guardavano separatamente ai lavoratori subordinati e autonomi (*Gusa*, punto 36).

Nel far ciò, la Corte richiama due pronunce nelle quali, però, non vi è alcun riferimento alla separazione tra autonomia e subordinazione (*Ziolkowski e Sweja*¹³, punto 37; *Saint Prix*¹⁴, punto 25) che emerge, dunque, per la prima volta in *Gusa*.

¹² Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

¹³ C. Giust., 21 dicembre 2011, C-424/10 e C-425/10, *Ziolkowski e Sweja*, EU:C:2011:866.

¹⁴ C. Giust., 19 giugno 2014, C-507/12, *Saint Prix*, EU:C:2014:2007.

D'altronde, sottolinea la Corte, interpretare la Direttiva Cittadinanza come riguardante le sole persone che abbiano esercitato un'attività lavorativa subordinata, escludendo coloro che abbiano esercitato un'attività lavorativa autonoma, risulterebbe in contrasto con le sue stesse finalità (*Gusa*, punto 41). A tacere del fatto che una simile interpretazione creerebbe una disparità di trattamento ingiustificata tra le due categorie di persone rispetto all'obiettivo di garantire, attraverso il mantenimento dello *status* di 'lavoratore', il diritto di soggiorno delle persone che abbiano cessato di esercitare un'attività professionale a causa della mancanza di lavoro dovuta a circostanze indipendenti dalla loro volontà (*Gusa*, punto 41).

Nella sentenza in esame, questa posizione viene ripresa con una buona dose di automatismo e con scarsa consapevolezza delle conseguenze delle quali parrebbe essere foriera in termini di definizione dell'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva e non solo (v. *infra*, par. 5).

Tornando alla questione che qui ci occupa, dai fatti di causa emerge che il committente ha cancellato unilateralmente i turni settimanali del prestatore e nessun nuovo contratto d'opera è stato concluso tra loro in seguito alla pubblicazione, da parte del prestatore, di un video avente come scopo la promozione della tolleranza verso le coppie di persone dello stesso sesso (punto 64 della Sentenza).

Il fatto che il prestatore non abbia potuto svolgere alcuno dei turni settimanali previsti dal contratto d'opera che aveva concluso con il committente può essere, quindi, ritenuto configurare un caso di cessazione involontaria dell'attività di un lavoratore autonomo assimilabile al licenziamento di un lavoratore subordinato (punto 65 della Sentenza), e, dunque, giustificare l'applicazione piena del diritto antidiscriminatorio.

4. *L'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva: il suo fondamento giuridico*

Tanto chiarito circa la portata oggettiva delle nozioni di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo" e di "cessazione involontaria dell'attività", la Corte è chiamata a cimentarsi con gli interrogativi, strettamente correlati, relativi all'ambito di applicazione soggettivo della Direttiva. Rispetto a quest'ultimo, sorprende che, dopo aver sposato, con apparente convinzione, l'approccio dell'indifferenza al tipo, in

considerazione della comune condizione di vulnerabilità nella quale si trovano sia il lavoratore dipendente che quello autonomo, in caso di interruzione del rapporto, la Corte fonda il proprio ragionamento sulla specificità ontologica della debolezza del lavoro subordinato, la quale, con tutta evidenza, nega l'indifferenza del tipo rispetto al bisogno di tutela.

Il punto di partenza del ragionamento, anche questa volta non originale (*Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, punto 35 e non 40, come erroneamente indicato nella sentenza; ripresa da *HK/Danmark*, punto 34), è costituito dalla base giuridica di adozione della Direttiva, rappresentata dall'articolo 13 TCE, ora art. 19, par. 1, TFUE. Quest'ultimo, come noto, conferisce all'Unione la competenza a adottare le misure necessarie per combattere, tra le altre, le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale. Di conseguenza, come sottolineato dalla Corte, la Direttiva si prefigge lo scopo di dettare una regolamentazione generale per la lotta alle discriminazioni per ciò che concerne "l'occupazione e le condizioni di lavoro", al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento, offrendo ad ogni persona una tutela efficace contro le discriminazioni (punto 41 della Sentenza ma già *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, punto 36 e non 33, come erroneamente indicato nella Sentenza).

Da questa ineccepibile considerazione, la Corte deriva il corollario relativo alla non appartenenza della Direttiva al novero degli atti di diritto derivato dell'Unione fondati sull'art. 153, par. 2, TFUE. E ciò, tuttavia, non per mero dato tecnico ovvero per essere stata la Direttiva adottata sulla base giuridica dell'art. 19, par. 1, TFUE, ma sul presupposto che gli atti fondati sull'art. 153, par. 2, TFUE riguardino esclusivamente la tutela dei lavoratori quale parte più debole di un rapporto di lavoro ovvero i lavoratori subordinati.

Tutto ciò con buona pace dell'affermazione, peraltro ribadita (punto 63 della Sentenza ma già, come visto, *Gusa*, punto 43), secondo la quale, "analogamente a un lavoratore subordinato che può involontariamente perdere il suo lavoro dipendente a seguito, in particolare, di un licenziamento, una persona che ha esercitato un'attività autonoma può trovarsi costretta a cessare tale attività a causa della sua controparte contrattuale e trovarsi, per tale motivo, in una *situazione di vulnerabilità paragonabile a quella di un lavoratore subordinato licenziato*"¹⁵.

L'inutilità della perniciosa divagazione che sembra postulare l'inappli-

¹⁵ Enfasi sempre aggiunte.

cabilità delle direttive adottate sulla base giuridica dell'art. 153, par. 2, TFUE al lavoro autonomo, risulta evidente, dal momento che la Corte si affretta, poi, a sottolineare come la Direttiva sia “volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito” (punto 43 della Sentenza ma già *HK/Danmark*, punto 34).

Ciononostante, la Corte prosegue nel solco appena tracciato, anche per smontare l'argomento secondo cui l'art. 3, par. 1, lett. c), della Direttiva, non fa espresso riferimento al “lavoro autonomo”, ma si riferisce unicamente alle condizioni “di occupazione” e di “lavoro” (punto 53). Lo fa, infatti, ribadendo che la Direttiva “non concerne solo la tutela dei lavoratori quale parte più debole di un rapporto di lavoro, ma è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all'accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito” (punto 54 della Sentenza ma già *HK/Danmark*, punto 34).

Ma nel momento in cui afferma che “la tutela offerta dalla Direttiva non può dipendere dalla qualificazione formale di un rapporto di lavoro nel diritto nazionale o dalla scelta operata all'atto dell'assunzione dell'interessato tra l'uno o l'altro tipo di contratto” (punto 55 della Sentenza), la Corte richiama un proprio precedente (*Danosa*¹⁶, punto 69) chiaramente centrato sulla riconduzione di un rapporto di lavoro alla subordinazione.

Anche in *Danosa*, peraltro, la ricostruzione della Corte è alquanto confusa: infatti, essa afferma, allo stesso tempo, che “la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro [rilevante ai fini dell'applicazione della dir. 92/85¹⁷] è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali percepisca una retribuzione” (*Danosa*, punto 39); che “la natura giuridica *sui generis* del rapporto di lavoro riguardo al diritto nazionale non può avere alcuna conseguenza sulla qualità di lavoratore ai sensi del diritto dell'Unione”; ma anche che detta qualità può dirsi posseduta solo nel

¹⁶ C. Giust., 11 novembre 2010, C-232/09, *Danosa*, EU:C:2010:674.

¹⁷ Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE).

momento in cui una persona soddisfa i requisiti appena menzionati (*Danosa*, punto 40), ovvero quelli della condizione di eterodirezione continuativa mediante retribuzione.

Sulla base di un simile ragionamento circolare, la Corte può concludere che “un componente di un consiglio di amministrazione di una società di capitali che fornisca prestazioni a quest’ultima e ne faccia parte integrante, deve essere considerato come dotato della qualità di lavoratore ai fini della direttiva 92/85 se svolge la sua attività, per un certo periodo di tempo, sotto la direzione o il controllo di un altro organo di detta società e se, come contropartita per detta attività, riceve una retribuzione” (*Danosa*, punto 56).

La medesima circolarità di ragionamento porta la Corte ad escludere la qualificazione come “contratto individuale di lavoro”, ai sensi delle disposizioni del titolo II, sezione 5 (articoli da 18 a 21), della Convenzione di Lugano II¹⁸, di rapporti nei quali una persona sia responsabile dinanzi agli azionisti i quali abbiano il potere di assumerla e licenziarla, non configurando, di per sé, “i meccanismi legali di controllo da parte degli azionisti (...) – similmente alle direttive generali che un dirigente societario riceve dagli azionisti della società dallo stesso diretta quanto all’orientamento degli affari di tale società – l’esistenza di un vincolo di subordinazione, ragion per cui la sola circostanza che gli azionisti abbiano il potere di revocare un dirigente societario non può essere sufficiente per ravvisare l’esistenza di un vincolo del genere” (*Bosworth e Hurley*¹⁹, punti 32 e 33).

Di conseguenza, secondo la Corte, “un contratto che vincola una società a una persona fisica che esercita le funzioni di dirigente di quest’ultima non crea un vincolo di subordinazione tra le stesse e non può pertanto essere qualificato come ‘contratto individuale di lavoro’ (...) qualora, anche se l’azionista o gli azionisti di tale società hanno il potere di porre fine a tale contratto, detta persona sia in grado di stabilire o stabilisca effettivamente i termini del suddetto contratto e disponga di un potere di controllo autonomo sulla gestione corrente degli affari di detta società nonché sull’esercizio delle proprie funzioni” (*Bosworth e Hurley*, punto 35).

Altrettanto conseguentemente, la persona in questione potrà essere con-

¹⁸ Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (30 ottobre 2007) in GUUE, 10 giugno 2009, L 147/5.

¹⁹ C. Giust., 11 aprile 2019, C-603/17, *Bosworth e Hurley*, EU:C:2019:310.

venuta dalla società in uno stato diverso da quello del proprio domicilio, non usufruendo, così, dei benefici previsti dalla Convenzione di Lugano II.

Incurante delle implicazioni dell'utilizzo irragionevolmente selettivo e tralaticio dei propri precedenti, chiusa la 'parentesi *Danosa*', la Corte riprende la via dell'indifferenza del tipo, sottolineando che, applicandosi la Direttiva "a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene 'alle condizioni di accesso (...) al lavoro (...) autonomo', l'obiettivo perseguito non potrebbe essere raggiunto qualora la tutela offerta dalla Direttiva stessa non consentisse il rispetto del principio di parità di trattamento dopo l'accesso al lavoro autonomo e, dunque, segnatamente, per quanto concerne le condizioni di esercizio e di cessazione di tale lavoro". Pertanto, messa da parte la situazione di vulnerabilità alla quale sembrava dover essere condizionata l'applicazione della tutela, quest'ultima si estende "al rapporto professionale autonomo nella sua integralità" (punto 56 della Sentenza).

D'altro canto, sottolinea la Corte, è proprio l'interpretazione teleologica dell'art. 3 par. 1, lett. c) della Direttiva a rendere la nozione di condizioni di occupazione e di lavoro applicabile "a qualsiasi forma di lavoro dipendente e autonomo, a prescindere dalla forma giuridica in cui esso viene svolto" (punto 58 della Sentenza).

In questa prospettiva, richiamando i considerando 9 e 11 della Direttiva, la Corte aveva già sottolineato che "l'occupazione e il lavoro sono elementi chiave per garantire a tutti pari opportunità e contribuiscono notevolmente alla piena partecipazione dei cittadini alla vita economica, culturale e sociale e alla realizzazione personale" e che "la discriminazione può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del TFUE, e in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone" (*Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, punto 37; punto 42 della Sentenza).

5. *Ancora sull'ambito soggettivo di applicazione della Direttiva: la nozione di attività professionale*

Dall'enfasi posta sui concetti di occupazione e lavoro deriva per la Corte una condivisibile necessità di intendere i termini "lavoro autonomo" e "la-

voro dipendente” in senso ampio (punto 36 della Sentenza ma già *HK/Danmark*, punto 27). Come successo in precedenza, però, partendo da una constatazione ineccepibile, la Corte si impegna in un'ulteriore digressione inutile, in base alla quale, recuperato il senso abituale di “occupazione” e “lavoro”, essa ribadisce che il legislatore dell'Unione non ha inteso limitare l'ambito di applicazione della Direttiva ai posti occupati da un “*lavorator[e]*” ai sensi dell'articolo 45 TFUE (punto 37 e 38 della Sentenza ma già *HK/Danmark*, punto 28 e 29).

Ciò in quanto la nozione di “condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo” (...) non può essere interpretata restrittivamente (punto 39 della Sentenza). Nell'affermare questo concetto la Corte ripete un'affermazione già formulata in *HK/Danmark* (punto 30), a fondamento della quale, a sua volta, era stata richiamata *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI* (punti 38 e 39). Tuttavia, in quest'ultima, la Corte aveva fatto riferimento alla nozione di “condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro” senza richiamare la distinzione tra subordinazione e autonomia.

L'esplicito richiamo a detta distinzione da parte della sentenza potrebbe rappresentare, dunque, un passo avanti notevole, il quale, sommato alla già evidenziata affermazione dell'estensione della tutela antidiscriminatoria “al rapporto professionale autonomo nella sua integralità” (punto 56 della Sentenza), potrebbe lasciar intendere l'adozione di un approccio realmente onnicomprensivo. E, invece, la Corte si affretta a specificare che, “se è vero che la Direttiva è destinata a coprire un ampio ventaglio di attività professionali, ivi comprese quelle svolte da lavoratori autonomi al fine di assicurare il loro sostentamento, occorre tuttavia distinguere le attività rientranti nell'ambito di applicazione di tale direttiva da quelle consistenti in una mera fornitura di beni o di servizi a uno o a più destinatari, che non rientrano in tale ambito di applicazione” (punto 44 della Sentenza).

Secondo la Corte, infatti, “affinché determinate attività professionali rientrino nell'ambito di applicazione della Direttiva, occorre (...) che (...) siano reali ed esercitate nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato da una certa stabilità” (punto 45 della Sentenza). Più in particolare, si deve trattare di “un'attività professionale reale ed effettiva, esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario, che gli consente di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento” (punto 47 della Sentenza).

Al di là dello sgomento provocato dall'apprendere che coloro i quali svolgono attività consistenti in una mera fornitura di beni o di servizi a uno

o più destinatari non possono essere qualificati, in assoluto, come lavoratori autonomi o, pur potendolo, non rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva, la quale, quindi, contrariamente a quanto pure affermato dalla Corte, non estende la tutela antidiscriminatoria "al rapporto professionale autonomo nella sua integralità" (punto 56 della Sentenza), ci si deve interrogare sulla nozione di "attività professionale reale ed effettiva". Un concetto, questo, che sfugge, anche nell'idea di linguaggio corrente propugnata dalla Corte, la quale, peraltro, non si perita di spiegarlo, omettendo qualsiasi riferimento a propri precedenti.

Eppure, senza uno sforzo di ricerca particolare, il precedente è presto trovato. In *HK/Danmark*, infatti, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità della Direttiva all'elezione alla carica di segretario generale di una federazione sindacale danese (l'*HK/Privat*), certamente non autonoma, affermando che essa "costituisce un'attività professionale reale ed effettiva, in particolare in quanto si tratta di un'attività a tempo pieno che comporta il pagamento di una retribuzione mensile" (punto 35). Il riferimento alla nozione di "attività professionale reale ed effettiva", in termini generali e decontestualizzati, come operato nella sentenza, risulta pressoché privo di senso e di portata euristica.

Così come sembra perdere di credibilità l'affermazione secondo la quale la risposta alla questione se le condizioni di accesso ad una attività professionale rientrino nell'ambito di applicazione della Direttiva non dipende dalla qualificazione di tale attività come "dipendente" o "autonoma" (*HK/Danmark*, punto 35), dovendo, detto ambito, essere inteso in senso ampio (punto 36 della Sentenza) ovvero riferito a "le condizioni di accesso a tutte le attività professionali, a prescindere dalla loro natura e dalle loro caratteristiche" (punto 48 della Sentenza). Ciò a meno che non si escluda "la fornitura di beni o di servizi a uno o più destinatari" dal novero delle attività professionali, le quali, secondo quanto appena visto sopra, a detta della Corte, non rientrano nella sua definizione di lavoro autonomo.

Nulla di nuovo, peraltro. Ma, almeno, qui, la Corte avrebbe potuto richiamare, per tutte, *FNV Kunsten Informatie en Media*²⁰, nella quale, con ben altro approfondimento argomentativo, era giunta alla comunque non condivisibile conclusione che tutti coloro i quali "non si trovino in un rapporto di subordinazione (...) per la durata del rapporto contrattuale, disponendo

²⁰ C. Giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media*, EU:C:2014:2411.

in tal modo di maggiore autonomia e flessibilità rispetto ai lavoratori che svolgono la medesima attività, per quanto riguarda la determinazione dell'orario di lavoro, del luogo e delle modalità di esecuzione dei compiti assegnati (...)” debbano essere qualificati “imprese” ai sensi del Diritto dell'Unione e, dunque, esclusi dal concetto di lavoratore (solo subordinato, anche autonomo?) ai sensi del medesimo.

6. *Dal falso autonomo all'eterorganizzato*

Nel momento in cui la Corte si cimenta nell'applicazione del suo ragionamento ai fatti di causa, si trova di fronte ad una vicenda nella quale il prestatore ha personalmente realizzato, sulla base di contratti d'opera consecutivi di breve durata, stipulati nell'ambito della sua attività economica indipendente, servizi vari in favore del committente. Peraltro, nell'esercizio di detta attività, il prestatore dipendeva dall'assegnazione dei turni settimanali effettuata dal responsabile della produzione nonché suo supervisore diretto. Il prestatore, infine, di recente, aveva ricevuto una valutazione positiva nell'ambito di una riorganizzazione delle strutture interne del committente (punto 46 della Sentenza). Non certo la classica definizione di attività genuinamente autonoma. Piuttosto quella di collaborazione eterorganizzata in regime di monocommittenza.

D'altro canto, come già evidenziato in precedenza, secondo la Corte, “affinché determinate attività professionali rientrino nell'ambito di applicazione della Direttiva, occorre (...) che (...) siano reali ed esercitate nell'ambito di un rapporto giuridico caratterizzato da una certa stabilità” (punto 45 della Sentenza). Ovvero, si deve trattare di “un'attività professionale (...) effettiva esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario, che (...) consente di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento” (punto 47 della Sentenza).

Se, dunque, la Corte sembra abbandonare, almeno nella dimensione individuale tipica del diritto antidiscriminatorio, l'approccio che vede esteso l'ambito di applicazione del Diritto Sociale dell'Unione al solo “falso autonomo” (*FNV Kunsten Informatie en Media*, punto 42), per elaborare un concetto di lavoratore autonomo ‘genuino’, ai sensi dello stesso, il concetto in questione appare fortemente limitato, nonché pericolosamente prossimo a quello dell'eterorganizzazione, non ricomprendendo al proprio interno larga

parte delle attività genuinamente autonome, le quali restano tuttora escluse da qualsiasi protezione sociale, dovendo essere ricondotte alla nozione eurounitaria di impresa.

Davvero un'occasione persa da parte della Corte, la quale continua a non considerare l'esistenza di un lavoro autonomo non sovrapponibile all'esercizio dell'attività d'impresa così come definita e regolata dal diritto della concorrenza.

7. *La speranza nel dispositivo*

Non resta, quindi, che sperare che l'occasione persa non si trasformi in un illustre precedente sul quale fondare una nozione estremamente stretta di lavoro autonomo genuino, di fatto limitata alla collaborazione eterorganizzata, e, dunque, evidentemente autocontraddittoria.

A nutrire questa speranza potrebbe concorrere l'assenza, nel dispositivo della sentenza, di tracce del ragionamento condotto nel corpo della stessa. Nel dispositivo, infatti, la Corte si limita a concludere che la Direttiva deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale la quale, in virtù della libera scelta della controparte contrattuale, abbia l'effetto di escludere dalla tutela contro le discriminazioni il rifiuto, fondato sull'orientamento sessuale del soggetto di cui trattasi, di concludere o rinnovare un contratto con quest'ultimo avente ad oggetto la realizzazione di talune prestazioni da parte dello stesso nell'ambito di un'attività autonoma.

Nulla è detto, nel dispositivo della sentenza, a proposito delle caratteristiche di una simile attività, come, di contro, in quello di *FNV Kunsten Informatie en Media*, nel quale, come ricordato, il solo lavoratore autonomo rilevante per il diritto collettivo del lavoro è quello che svolge per un datore di lavoro, in forza di un contratto d'opera, la stessa attività dei di lui lavoratori subordinati, ossia prestatori che si trovano in una situazione paragonabile e, dunque, siano "falsi autonomi".

In conclusione, la sentenza costituisce un'occasione persa dalla Corte per fare chiarezza, come richiesto dal giudice remittente, sul concetto comune di lavoratore o attività autonoma ai fini dell'applicazione del Diritto dell'Unione.

Key words

Discriminazione, orientamento sessuale, lavoro autonomo, recesso, vulnerabilità, eterorganizzazione, impresa.

Discrimination, sexual orientation, autonomous work, termination/dismissal, vulnerability, heterogenization, undertaking.

Maura Ranieri

La Corte di giustizia su diritto antidiscriminatorio e lavoratori autonomi

Sommario: 1. Il caso. 2. L'estensione della tutela antidiscriminatoria tra confini "interni"... 3. ...e confini "esterni". 4. Uno sguardo oltre la decisione.

1. *Il caso*

Con la pronuncia in commento la Corte di giustizia¹ scioglie un nodo interpretativo inerente all'estensione del campo di applicazione del diritto antidiscriminatorio e, al contempo, aggiunge un prezioso tassello all'assemblaggio di questo sottosistema normativo, avvalorando il fisiologico dinamismo che contrassegna le categorie della discriminazione².

L'occasione è fornita da una questione pregiudiziale sollevata da un giudice polacco nell'ambito di una controversia insorta tra una società che gestisce un canale televisivo pubblico nazionale e un suo operatore.

Quest'ultimo stipula con l'emittente televisiva diversi contratti d'opera consecutivi di breve durata, in un arco temporale ricompreso tra il 2010 e il 2017, realizzando montaggi audiovisivi, trailer e servizi di costume e società.

¹ Tra i primi commenti alla sentenza si segnalano: BRONZINI, *Sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, in www.movimentoeuropeo.it, 16 gennaio 2023; COUNTOURIS, DE STEFANO, FREEDLAND *Il diritto antidiscriminatorio e il concetto di lavoro personale*, in www.rivistailmulino.it, 6 febbraio 2023; BORELLI, *Il diritto antidiscriminatorio si applica anche al lavoro autonomo*, in www.italianequalitynetwork.it, 11 febbraio 2023; COSIO, *La tutela contro le discriminazioni nell'ambito di un'attività autonoma: verso un cambio di paradigma*, in *LG*, 2023, p. 257 ss.

² BARBERA, BORELLI, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* - 451/2022, p. 7.

Nel corso del 2017 la società televisiva procede ad una riorganizzazione interna, coinvolgendo il lavoratore con cui conclude a novembre un nuovo contratto d'opera della durata di trenta giorni da svolgere in due turni settimanali durante il mese successivo.

A inizio dicembre il lavoratore pubblica sul suo canale YouTube un video musicale natalizio volto a sensibilizzare l'opinione pubblica sulla condizione delle coppie di persone dello stesso sesso. A stretto giro, la società comunica all'operatore la cancellazione dei turni settimanali programmati e, di fatto, interrompe ogni collaborazione, poiché nessun nuovo contratto d'opera è stipulato in seguito.

A fronte di ciò, l'operatore cita in giudizio l'emittente televisiva chiedendo un risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, asserendo di essere vittima di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale con riguardo alle condizioni di accesso e di esercizio di una attività economica realizzata nell'ambito di un contratto di diritto privato.

Il Tribunale di Varsavia non entra nel merito della controversia, ritenendo di dover sottoporre al vaglio della Corte di giustizia un dubbio interpretativo preliminare concernente, in sostanza, l'applicabilità o meno del diritto antidiscriminatorio europeo ai lavoratori autonomi.

Un dubbio, per vero, corroborato dalla circostanza che la Polonia era uno degli Stati membri propenso ad escludere tali lavoratori dal campo di applicazione della normativa antidiscriminatoria³ e destinato, poi, ad ispessirsi a fronte di una legislazione interna in materia di parità di trattamento – sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione si allunga più di qualche ombra – che non comprende l'orientamento sessuale tra i fattori protetti da eventuale discrezionalità nella scelta della controparte contrattuale.

Il giudice del rinvio, allora, sottopone alla Corte una questione pregiudiziale in ordine alla interpretazione dell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE per ciò che concerne “le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo [...]” (art. 3, paragrafo 1, lett. a), nonché, l'occupazione e le condizioni di lavoro “comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione” (art. 3, paragrafo 1, lett. c).

La questione, non formulata a ben vedere in maniera impeccabile⁴, verte

³ Sul punto cfr. COUNTOURIS, DE STEFANO, FREEDLAND, *op. cit.*

⁴ Vi è, ad esempio, nella questione pregiudiziale sollevata dal giudice interno un inane riferimento all'art. 17 della direttiva in materia di sanzioni su cui la Corte si limita ad osservare

essenzialmente sui confini applicativi del diritto antidiscriminatorio: per un verso, come accennato, sulla possibilità o meno di estendere la tutela ai lavoratori autonomi e, per altro verso ma in maniera del tutto speculare, sulla deroga al principio del divieto di discriminazioni *ex art. 2, paragrafo 5, dir. 2000/78/CE*.

Su questi due aspetti si focalizzerà l'attenzione nelle pagine successive, al contempo però, saranno affrontate tematiche più ampie, posto che proprio per quel gioco di specchi che accompagna, forse più che in altri contesti regolativi, l'applicazione della tutela antidiscriminatoria, la risoluzione di specifiche questioni interpretative ne fa emergere altre, spesso di carattere ben più generale e sistemico.

Ancora una volta, dunque, il diritto antidiscriminatorio offre l'opportunità per interrogarsi e riflettere sull'intreccio tra assetti regolativi e modelli di società, nella consapevolezza che seppur non tutto *può e deve* essere lasciato alla tutela antidiscriminatoria, come si avrà modo di ribadire, è dall'insieme delle categorie, delle tecniche e degli strumenti di questa normativa che passa l'affermazione dell'uguaglianza quale condizione "costitutiva della dignità delle persone"⁵.

2. *L'estensione della tutela antidiscriminatoria tra confini "interni"...*

Con riferimento alla definizione del campo di applicazione della direttiva europea, la Corte, come premesso, si sofferma sul significato dell'art. 3, paragrafo 1, lettere a) e c).

Sulla prima disposizione i giudici muovono dalla comprensione della formula "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo" in continuità con la giurisprudenza progressa⁶. Punto di par-

che, ove si decidesse in ordine all'applicabilità alla controversia principale della normativa antidiscriminatoria, troverebbero del pari attuazione le sanzioni previste dal diritto nazionale in conformità dell'art. 17 (spec. punto 30).

⁵ FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Editori Laterza, 2018, p. 9 che pone in evidenza un nesso di razionalità strumentale biunivoco tra uguaglianza e dignità, così che, come l'uguaglianza "implica la pari dignità delle persone", la dignità presuppone "l'uguale valore garantito alle loro differenze e si realizza tramite la riduzione delle loro disuguaglianze" (p. 10).

⁶ Su questo punto, difatti, la Corte ripercorre quanto affermato in occasione della decisione con cui ha stabilito che il limite di età previsto dallo statuto di un'organizzazione di la-

tenza del ragionamento svolto è la necessità di fornire una lettura autonoma, uniforme ed estesa della suddetta formula (§§ 34-36), tanto in ragione di una sua esegesi letterale, (§§ 36-38), quanto in forza di una interpretazione teleologica e sistematica (§§ 39-43).

La disposizione in esame, difatti, richiama contestualmente ed espressamente il lavoro “dipendente” e il lavoro “autonomo”; inoltre, questa estensione applicativa è desumibile dagli obiettivi fissati dall’atto normativo europeo e, più in generale, dallo stesso fondamento giuridico della direttiva, vale a dire l’art. 19, paragrafo 1, del TFUE tutti volti ad assicurare significativa protezione contro le discriminazioni fondate (anche) sull’orientamento sessuale, respingendo pertanto ogni interpretazione oltremodo restrittiva.

Del resto, come rimarcato dai giudici europei, la direttiva in questione non è finalizzata a proteggere il lavoratore solo in quanto parte debole del rapporto di lavoro, bensì “è volta a eliminare, per ragioni di interesse sociale e pubblico, tutti gli ostacoli fondati su motivi discriminatori all’accesso ai mezzi di sostentamento e alla capacità di contribuire alla società attraverso il lavoro, a prescindere dalla forma giuridica in virtù della quale esso è fornito” (spec. § 43).

Ed è riprendendo quest’ultimo passaggio che la Corte articola la sua argomentazione in ordine al significato della seconda disposizione oggetto di interesse, dopo aver accertato che, a differenza della lettera a), paragrafo 1, art. 3, la lettera c) non contiene un riferimento esplicito al lavoro autonomo (§ 53).

Ciò nonostante, sempre in forza di un’interpretazione teleologica della disposizione, i giudici ratificano una lettura ampia del campo di applicazione della direttiva europea, esteso a qualunque lavoro “a prescindere dalla forma giuridica in cui esso viene svolto” (§ 58).

Nelle locuzioni “occupazione” e “condizioni di lavoro”, quindi, rientrano anche l’ipotesi della cessazione di un’attività autonoma e/o quella del mancato rinnovo di un contratto d’opera, a nulla valendo l’ulteriore obiezione sollevata dal governo polacco circa l’inconciliabilità tra la fattispecie del licenziamento e la condizione di lavoratore autonomo. Ebbene, se pur quest’ultimo, tecnicamente, non può essere licenziato, può però – nei fatti

voratori per l’eleggibilità alla carica di segretario generale rientra nel campo di applicazione della direttiva 2000/78/CE (cfr. C. Giust. 2 giugno 2022 causa C-587/20, *HK/Danmark e HK/Privat*, spec. §§ 21 ss.).

similmente ad un dipendente – essere costretto a cessare la propria attività per decisione della controparte e trovarsi “in una situazione di vulnerabilità paragonabile a quella di un lavoratore subordinato licenziato” (§ 63). Vale a dire che, in linea di principio e nel rispetto delle verifiche rimesse al giudice del rinvio, non vi sono appigli teorici che possano precludere l’assimilazione tra la cessazione involontaria dell’attività di un lavoratore autonomo e il licenziamento di un lavoratore subordinato (§ 65).

In sostanza l’applicazione della direttiva 2000/78/CE non è circoscritta alla nozione di lavoratore *ex art. 45 TFUE* per come messa a fuoco nel corso del tempo dalla Corte di giustizia⁷, ma comprende lavoratori subordinati e autonomi, senza distinzione tra accesso al lavoro, svolgimento del rapporto e cessazione del medesimo.

L’approdo dei giudici europei è assolutamente condivisibile; peraltro in Italia la giurisprudenza si era già determinata in tal senso in occasione di talune controversie inerenti (anche) alla applicabilità o meno della tutela antidiscriminatoria ai *riders*⁸.

E, al di là della specificità della qualificazione giuridica di queste figure di prestatori – e della peculiarità della regolazione normativa italiana –, vi è da rammentare che anche la dottrina aveva avuto modo di avallare l’interpretazione estensiva della normativa europea su un duplice versante.

⁷ Come noto l’individuazione di una nozione eurounitaria di lavoratore subordinato è al centro di un’interessante discussione e di un’incessante lavoro della Corte di giustizia che, pur se con diverse sfumature e nel corso del tempo variabili equilibri, ne individua i tratti distintivi nell’eterodirezione e nella economicità della prestazione. Per una recente ricostruzione del dibattito, in specie giurisprudenziale, cfr. VINCIERI, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, in *MGL*, 2020, p. 195 ss. Di recente, il confronto sulla subordinazione nel diritto europeo è arricchito a seguito della proposta della c.d. “direttiva piattaforma” su cui si rinvia alla nota 17 di questo scritto.

⁸ Il riferimento è, in particolare, all’ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020 e, a seguire, all’ordinanza del Tribunale di Palermo del 12 aprile 2021. Il primo provvedimento è stato diffusamente commentato, si vedano in particolare: BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor*, 19 gennaio 2021; BARBERA, *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in *LLI*, 2021, p. I.1 ss.; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall’algoritmo Frank*, in *LLI*, 2021, p. I.18 ss.; LAMANNIS, *“Frank” è un falso cieco: l’algoritmo discrimina i “riders”*, in *LG*, 2021, p. 532 ss.; LASSANDARI, *Fenomenologia di Frank (Bongiorno): un algoritmo con cattive abitudini*, in *RGL*, 2021, II, p. 228 ss.; PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, p. I ss.; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, 2021, p. I.48 ss.

Su un piano specifico, difatti, si è osservato che risulterebbe oltremodo irragionevole accordare una protezione a fronte dell'utilizzo di un criterio discriminatorio nell'accesso al lavoro e, all'opposto, non riconoscere nessuna tutela ove quello stesso criterio venisse impiegato, ad esempio, nella gestione del rapporto o per recedere dal contratto di lavoro⁹. Su un piano generale si era, tra l'altro, valorizzata la previsione *ex art. 19 TFUE* contraddistinta da una formulazione scevra da qualsiasi elemento volto a delimitare l'ambito di applicazione del principio di uguaglianza e dei divieti discriminatori nei riguardi, in specie, di alcune categorie di lavoratori. Non vi sarebbe cioè nella summenzionata disposizione alcuna preclusione applicativa nei confronti dei lavoratori autonomi¹⁰.

Tuttavia, se l'argomentazione della Corte risulta convincente sul piano dell'interpretazione letterale e di quella teleologica appare, di contro, più carente sul versante dell'interpretazione sistematica. Il richiamo esplicito all'art. 19 TFUE, invero, non è sufficiente a coprire una mancanza vistosa ovvero l'assenza di ogni riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, a quell'art. 21 che, come noto, declina il divieto di discriminazione relativamente ad una pletora, non tassativa, di fattori. Un'assenza destinata a non passare inosservata, visto che l'art. 21 contiene “un obbligo negativo incondizionato e generalizzato”, determinando “un ampliamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria”¹¹.

La Corte, quindi, avrebbe potuto agevolmente rafforzare la decisione valorizzando questo dato normativo attraverso cui è assicurata una base giuridica primaria al principio di uguaglianza e una qualificazione nei termini di diritti fondamentali ai divieti discriminatori¹². Peraltro, la scelta di non impiegare la Carta appare distonica rispetto alla prassi argomentativa più recente della stessa giurisprudenza europea e alle indicazioni delle istituzioni del-

⁹ Sul punto cfr. BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 168.

¹⁰ V. BORELLI, RANIERI, *op. cit.*, p. I, 30.

¹¹ CURCIO, GUARISO, *Art. 21. Non discriminazione*, in BISOGNI, BRONZINI, PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti editore, 2009, p. 257.

¹² FAVILLI, *Sub art. 21. I. Quadro generale*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. 415.

l'Unione, confluite in una Comunicazione della Commissione volta a rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti¹³.

Come premesso, poi, questa pronuncia, malgrado le segnalate carenze sul piano sistematico e anzi forse proprio a partire da quelle, offre l'occasione per riflettere su questioni di più ampio respiro.

Con maggior precisione, destano interesse quei passaggi argomentativi in cui i giudici si soffermano sulla distinzione tra le attività rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE e quelle riconducibili ad una mera fornitura di beni e servizi che, viceversa, ne restano escluse, giungendo alla conclusione che l'attività del ricorrente sia ascrivibile alla prima tipologia, trattandosi di "attività professionale reale ed effettiva, esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno stesso destinatario, che gli consente di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento" (§ 47).

Proprio questi snodi concettuali, in cui la Corte sembra quasi perdere interesse per la qualificazione autonoma o subordinata del rapporto – e ancor più le riflessioni svolte in proposito dall'Avvocata Generale¹⁴ – sono stati valorizzati all'interno di un dibattito teso a rinsaldare il concetto di "lavoro personale" quale strada maestra per garantire l'universalismo di tutte (e non solo di alcune) protezioni lavoristiche¹⁵.

Un dibattito che, giustappunto, alimenta una questione assai più complessa, vale a dire, in estrema sintesi, la tenuta attuale della dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo; tematica che, a ben vedere, può essere solo menzionata in questa sede per ovvie ragioni a partire, ad esempio, dalla molteplicità di teorizzazioni elaborate anche nel corso degli anni più recenti¹⁶,

¹³ Il riferimento è alla Comunicazione della Commissione *Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2020) 711 final, 2 dicembre 2020. Nel documento, per l'appunto, si registra l'incremento di utilizzo della Carta da parte della Corte di giustizia che risulta invocata all'incirca nel 10% dei procedimenti pregiudiziali; con maggior precisione, si segnala che a fronte di 27 richiami nel corso del 2010 si sono registrate ben 371 occasioni di impiego nel 2019 (spec. p. 2, nota 6).

¹⁴ Nelle conclusioni dell'Avvocata Generale vi sono riferimenti espliciti e ricorrenti alla nozione di "lavoro personale" giungendo ad affermare che i diversi inquadramenti giuridici che il lavoro può avere non dovrebbero assumere rilievo ai fini dell'applicabilità o meno della direttiva 2000/78/CE, piuttosto ciò che acquista importanza ai fini della suddetta applicazione "è che una persona svolga un *lavoro personale*, indipendentemente dalla forma giuridica in cui tale lavoro è svolto" (§ 66).

¹⁵ COUNTOURIS, DE STEFANO, FREEDLAND, *op. cit.*

¹⁶ In via meramente esemplificativa si pensi alla c.d. teoria del "*personal work*" v. FREED-

che richiederebbe, già solo per una ricognizione critica, spazi incompatibili con queste riflessioni o, ancora, dalla precipua declinazione che le fattispecie che compongono la summenzionata dicotomia assumono nei singoli Paesi membri e finanche nell'ordinamento UE¹⁷.

Non è dunque possibile in poche battute dar conto di una diatriba che attraversa il diritto del lavoro e, in un certo senso, affonda nelle sue fondamenta teoriche, sottoponendole a un movimento tellurico significativo.

Indubbiamente assistiamo ad una profonda metamorfosi del lavoro, che si riverbera in un processo osmotico di trasformazione fenomenologica e ridefinizione regolativa tale da stressare le categorie giuridiche di riferimento e far sorgere più di qualche perplessità sulla attitudine della "logica dell'*aut*

LAND, COUNTOURIS, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, OUP, 2011 e, più di recente, COUNTOURIS, DE STEFANO, *New trade union strategies for new forms of employment*, ETUC, 2019, spec. p. 64 ss. In Italia, restando sempre al tempo attuale, si pensi alla tesi che, attraverso l'impiego dell'art. 35 Cost., propone una ridefinizione del sistema di tutele in chiave universalistica ma modulare; la proposta, in sostanza, si innerva su una distinzione tra forme, applicazioni e quindi tutele del lavoro non più dicotomica, bensì graduale cfr. PERULLI, TREU, "In tutte le sue forme e applicazioni". *Per un nuovo Statuto del lavoro*, Giappichelli, 2022, *passim*.

¹⁷ Sempre in via esemplificativa, ma altamente emblematica, basti pensare all'assimilazione operata dal diritto europeo nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia tra lavoratore autonomo e impresa. Il riferimento è a C. Giust. 4 dicembre 2014 causa C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Regno di Olanda* su cui si vedano i commenti di ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*, in *RIDL*, 2015, II, p. 573 ss.; ZITTI, *Contrattazione collettiva e concorrenza: il "prezzo" dell'armonia*, in *RGL*, 2015, II, p. 301 ss.; ARENA, *La "labor antitrust exemption" al vaglio della Corte di giustizia: quale contrattazione collettiva per i lavoratori c.d. falsi autonomi?*, in questa rivista, 2016, p. 144 ss. In tempi ancora più recenti, è possibile richiamare il dibattito sorto intorno alla nozione di subordinazione e alla sua presunzione legale contenuta nella *Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali* COM/2021/762 final, su cui BARBIERI, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in *LLI*, 2021, p. C.1 ss.; ALAIMO, *Lavoro e piattaforme tra subordinazione e autonomia: la modulazione delle tutele nella proposta della Commissione europea*, in *DRI*, 2022, p. 639 ss.; BIASI, *Lavoro tramite piattaforma e presunzione relativa di subordinazione: ABC-Test californiano e proposta di Direttiva europea a confronto*, in *LDE*, 2022, p. 1 ss.; BRONZINI, *La proposta di Direttiva sul lavoro nelle piattaforme digitali tra esigenze di tutela immediata e le sfide dell'"umanesimo digitale"*, in *LDE*, 2022, p. 1 ss.; DONINI, *Alcune riflessioni sulla presunzione di subordinazione della Direttiva Piattaforme*, in *LLI*, 2022, p. R.29 ss.; FERRANTE, *La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva euro rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT - 158/2022*; TULLINI, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in *LLI*, 2022, p. R.43 ss.; PASSALACQUA, *Qualificazione del rapporto di lavoro nella proposta di direttiva sul lavoro mediante piattaforme e spunti sul diritto interno*, in *www.federalimi.it*, 2023, p. 242 ss.

aut”¹⁸ a soddisfare le istanze contemporanee, empiriche e giuridiche. Basti pensare, ancora una volta in via meramente esemplificativa, a come e quanto il lavoro agile, per un verso, e l’esperienza dei *riders*, per altro verso, stiano interrogando “quel diritto che dal lavoro prende il nome”¹⁹ imponendo ai suoi studiosi profonde e radicali verifiche critiche dei paradigmi di riferimento e delle categorie tradizionali della materia.

Se questo elemento empirico e le sue ricadute giuridiche sono incontrovertibili, gli esiti del processo *in fieri* non paiono altrettanto nitidi, posto che l’evoluzione in atto non aggredisce, né tantomeno dissolve, l’asimmetrica relazione di potere che contraddistingue il rapporto di lavoro dipendente comportando, semmai, una modificazione delle forme e delle modalità attraverso cui quella relazione si manifesta o, spesso, prova a celarsi.

Tornando alla pronuncia in commento, e accantonando per un momento le proiezioni sistemiche da taluni evidenziate, il profilo a mio avviso meritevole di attenzione, e oramai direi acclarato, è l’esistenza di un legame strutturale, ai fini della definizione degli ambiti applicativi e non solo, tra “persona fisica” e “diritto antidiscriminatorio”²⁰. Le direttive antidiscriminatorie, invero, contengono un riferimento esplicito alla “persona”²¹ e, per l’appunto, anche la Corte di giustizia sembra muoversi in questa direzione. Quanto tutto ciò potrà (e saprà) influire sull’evoluzione della disciplina non è allo stato prevedibile, non foss’altro per le tendenze differenti e le tensioni, talora opposte, che si manifestano anche (e a volte ancor più) nel sistema giuridico europeo.

3. ...e confini “esterni”

La definizione dell’ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE non esaurisce il compito dei giudici europei che, nella parte conclusiva della pronuncia, sono chiamati a dirimere un’ulteriore questione.

Invero, dopo aver ribadito la competenza del giudice del rinvio nella valutazione della sussistenza o meno di una fattispecie discriminatoria, la

¹⁸ PERULLI, *Una critica del lavoro autonomo*, in *LD*, 2022, p. 207.

¹⁹ ROMAGNOLI, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in *il Mulino*, 2018, p. 690.

²⁰ V. BORELLI, RANIERI, *op. cit.*, spec. p. I.28 ss.

²¹ Così è negli artt. 3, comma 1, dir. 2000/43/CE e dir. 2000/78/CE; l’art. 1 della dir. 2006/54/CE contiene, similmente, un riferimento a “uomini e donne”.

Corte affronta la possibile ascrivibilità della previsione normativa polacca “incriminata” all’art. 2, paragrafo 5, dir. 2000/78/CE²²; una deroga che, si rammenta, va interpretata in modo restrittivo (§ 71), non foss’altro, verrebbe da aggiungere, per la sua intrinseca ambiguità applicativa²³.

I giudici riconnettono in modo agevole la disposizione interna ad uno degli obiettivi protetti dalla deroga europea, vale a dire la salvaguardia della libertà contrattuale (§ 73) riconducibile alla libertà di impresa prevista dall’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali. Ciò nonostante, precisano che tale libertà non è “prerogativa assoluta”, ma “deve essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione nella società” (§ 75).

Ebbene, la decisione del legislatore nazionale di prevedere talune eccezioni alla libertà di scegliere un contraente mostra, nel ragionamento dell’AG ripreso dalla Corte, che lo stesso legislatore ritiene non necessario operare una discriminazione al fine di assicurare la libertà contrattuale in un contesto democratico. Anzi, non vi è alcun indizio per sostenere una difformità di circostanze a seconda che la condotta discriminatoria sia fondata sull’orientamento sessuale o su un altro dei fattori protetti (§ 76).

Del resto se così non fosse, ovvero se si consentisse di scegliere, e dunque anche di rifiutare, un contraente in ragione del suo orientamento sessuale, si finirebbe per privare l’art. 3, paragrafo 1, lett. a), dir. 2000/78/CE di ogni “effetto utile” (§ 77). Ne consegue, perciò, che la previsione polacca non può giustificare l’esclusione della protezione discriminatoria ove, come nel caso di specie, tale esclusione non sia funzionale a preservare la tutela dei diritti e delle libertà all’interno di una società democratica (§ 78).

Il ragionamento svolto sul punto è tanto lineare quanto obbligato, forse però i giudici avrebbero potuto, anche in tal caso, impiegare in modo più proficuo la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione e gli strumenti interpretativi e applicativi messi a disposizione dall’ordinamento giuridico europeo. Basti riflettere sulla lettura congiunta dell’art. 16 e dell’art. 52, paragrafo

²² Vale la pena precisare che la normativa nazionale di trasposizione della direttiva esclude espressamente la sua applicazione alla libera “scelta della parte contrattuale, purché tale scelta non si fondi sul sesso, sulla razza, sull’origine etnica o sulla nazionalità”; secondo, poi, l’art. 2, paragrafo 5, dir. 2000/78/CE restano impregiudicate le disposizioni interne che “in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell’ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui”.

²³ In questi termini MILITELLO, STRAZZERI, *I fattori di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *op. cit.*, p. 94, nota 27.

1, della Carta ovvero sul combinato disposto della limitazione generale contenuta nella prima disposizione e del principio di proporzionalità previsto dalla seconda²⁴, un principio peraltro richiamato largamente nelle conclusioni dell'AG²⁵; senza poi tralasciare quello strumento di integrazione dei diversi sistemi giuridici rappresentato dalla clausola di salvaguardia *ex art.* 53²⁶.

Anche questi passaggi argomentativi, in verità, schiudono questioni più generali, prima fra tutte la relazione, a dir poco complicata, tra principio di non discriminazione e autonomia contrattuale, su cui non si può far a meno di riportare una atavica e diffusa ritrosia della dottrina civilistica²⁷ ricaduta, peraltro, di una *querelle* ben più risalente concernente la possibilità o meno di comporre la storica antinomia tra il principio di uguaglianza *ex art.* 3 Cost. e l'autonomia privata²⁸.

In estrema sintesi e al netto di un dibattito arricchito da molte e più articolate sfumature interpretative, da un lato, si pongono coloro che osteg-

²⁴ Ai sensi dell'art. 16, difatti, la libertà di impresa è accordata “conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”; ancora, nel primo paragrafo dell'art. 52, dopo aver affermato che eventuali limiti alle libertà e ai diritti riconosciuti dalla Carta devono essere disposti dalla legge e assicurare “il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”, si precisa che rispettando il principio di proporzionalità “possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Sul rapporto tra i due cfr. MALBERTI, *Sub art. 16. Libertà d'impresa*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 325 ss.

²⁵ Seppur senza richiami espliciti alla CDFUE, l'Avvocata Generale nelle conclusioni presentate pone il problema della verifica della appropriatezza e necessità della limitazione nazionale al fine della realizzazione dell'obiettivo posto dalla direttiva. Ebbene una società priva di discriminazione e che quindi aspiri ad essere realmente democratica – scrive l'AG – può realizzarsi solo se chi cerca lavoro altrui non prenda in considerazione i fattori protetti dalla dir. 2000/78/CE, altrimenti “le persone che presentano tali caratteristiche non godrebbero delle stesse possibilità di ottenere un lavoro”; se, viceversa, tali condizioni continuassero ad avere rilievo vietare queste scelte “e dissuaderle con sanzioni appropriate è il minimo necessario per raggiungere” l'obiettivo prefissato “dell'assenza di discriminazioni nel settore dell'occupazione e delle condizioni di lavoro” (punti 118–120).

²⁶ CONDINANZI, IANNUCELLI, *Sub art. 53. Livello di protezione*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 1097.

²⁷ Si è osservato come il diritto antidiscriminatorio “non si colloca all'interno delle coordinate istituzionali classiche del diritto privato, e non da sempre appartiene alle corde della scienza e della dottrina giuridica civilistica” HABERL, *Riflessioni sparse sul divieto di discriminazione nel diritto dei contratti*, in *PD*, 2011, p. 79.

²⁸ CHECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *NGCC*, II, 2012, p. 191.

giano la penetrazione delle regole antidiscriminatorie nel diritto privato, ipotizzando addirittura la dissolvenza dell'autonomia privata laddove si consentisse di scegliere *se* stipulare un contratto, con *chi* contrarre, come *determinare il contenuto* del rapporto contrattuale. Dall'altro lato, invece, si attestano coloro che, rimarcando la parzialità anche del diritto dei contratti contro una sua presunta e illusoria neutralità, ritengono oramai ineludibile l'introduzione di divieti civilistici discriminatori, trattandosi, va ricordato, non di mere istanze etiche, bensì di veri e propri obblighi giuridici di diritto positivo²⁹.

La complessità della questione non consente in questa sede di andar oltre qualche veloce osservazione stimolata dalla lettura delle ricostruzioni teoriche sul punto.

Innanzitutto, per quanto sia vero che non si può gravare il contratto di compiti che non gli appartengono³⁰, è forse altrettanto comprovata la constatazione per cui ogni regolamento contrattuale si inserisce in una cornice ordinamentale dalla quale non può prescindere e di cui non può (e non deve) disinteressarsi.

In particolare, ciò che pare a volte adombrato è il legame strutturale tra divieti discriminatori, principio di eguaglianza e dignità dell'individuo che diviene vero e proprio "crocevia" nella costruzione di un "modello di società democraticamente e costituzionalmente sostenibile"³¹. Un legame, dunque, cui devono orientarsi (e di cui possono arricchirsi) anche gli atti di auton-

²⁹ Per una ricostruzione recente, sintetica ma esaustiva, delle diverse posizioni cfr. HABERL, *Le discriminazioni nell'accesso al mercato di beni e servizi*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *op. cit.*, spec. p. 411 ss.; in precedenza, si veda anche LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, p. 289 ss. Più in generale sul tema si vedano FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996; MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 19 ss.; TROISI, *Profili civilistici del divieto di discriminazione*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale SISDIC, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 295 ss.; MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, 2007; GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in RCDP, 2009, p. 207 ss.; SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, 2011; CHECCHINI, *op. cit.*, p. 186 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in RDC, 2014, p. 547 ss.

³⁰ Ammonisce in tal senso NAVARRETTA, *op. cit.*, spec. p. 565 ss. se pur nell'ambito di una riflessione non preclusiva nei riguardi dell'operatività dei divieti discriminatori.

³¹ V. RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Wolters Kluwer – Cedam, 2017, spec. p. 316 ss.

mia privata, tenuti anch'essi a concorrere alla definizione di quel modello di società; per di più poi, come correttamente osservato, la diffusione di pratiche e condotte discriminatorie è pregiudizievole anche per il corretto funzionamento del mercato, inficiando l'efficienza stessa del sistema di scambi³².

Ciò che, piuttosto, pare a volte tuttora emergere è il radicamento di un approccio al tema tarato sulle categorie del diritto privato dei contratti che denota, quindi, una scarsa conoscenza e dimestichezza degli strumenti e delle tecniche del diritto antidiscriminatorio.

Le riflessioni intorno alla operatività del divieto di discriminazione indiretta, ad esempio, o alla necessaria presenza nella fattispecie discriminatoria di un elemento soggettivo sotto forma di intenzione dell'agente³³ alimentano l'impressione della persistenza di una tendenza che guarda al diritto antidiscriminatorio inforcando gli occhiali del civilista. Viceversa, ancora una volta evidentemente, è bene rammentare che, sia sul versante teorico che su quello applicativo, la tutela antidiscriminatoria “si pon(e) su un piano distinto tanto dalle tradizionali forme civiliste di controllo di liceità degli atti, quanto dagli usuali controlli di legittimità dell'esercizio di un potere pubblico”³⁴.

4. *Uno sguardo oltre la decisione...*

La sentenza che qui si commenta consente, in conclusione, di svolgere qualche breve riflessione sullo “stato di salute” del diritto antidiscriminatorio, e non solo.

In primo luogo, la pronuncia mette in luce la funzionalità di taluni meccanismi dell'ordinamento giuridico europeo, a partire dalla indiscutibile centralità che il rinvio pregiudiziale assume nell'ambito della tutela lavoristica quale “vettore” attraverso cui si è meglio definito il “campo essenziale dell'intervento regolatore sovranazionale”³⁵.

³² Cfr. HABERL, *Riflessioni sparse*, cit., spec. pp. 88 e 89.

³³ Sul primo aspetto una ricostruzione critica del dibattito è offerta da CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *RDC*, 2015, p. 1395 ss.; sul secondo cfr. SPATUZZI, *Autonomia contrattuale e principio di non discriminazione*, in *Notariato*, 2023, p. 70 ss.

³⁴ BARBERA, *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del lavoro de-gabile*, Ediesse, 2017, p. 24.

³⁵ BRONZINI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito lavorativo e sociale: verso un rapporto più chiaro tra Giudici nazionali e Corte di giustizia?*, in *LDE*, 2023, p. 5.

Peraltro, il contrasto evidente della disposizione nazionale con le prescrizioni europee spinge nella direzione della disapplicazione della norma interna potendo, in tal caso, avvalersi dell'effetto diretto verticale della direttiva, essendo l'autrice della condotta un'emittente televisiva pubblica. Sicché, nel caso di specie, gli strumenti della disapplicazione e dell'efficacia diretta verticale sono capaci di garantire e assicurare una protezione certa e immediata al lavoratore vittima di discriminazione.

In secondo luogo, e spostando ancora oltre lo sguardo, anche questa decisione si inserisce in un lavoro interpretativo incessante della Corte di giustizia. Un processo non sempre lineare, e a tratti altalenante, ma in cui è possibile rinvenire la conferma dell'importanza incarnata dal dialogo giurisdizionale³⁶, nonché, la tendenza ad un rafforzamento del principio di eguaglianza per il tramite dei divieti discriminatori e, altresì, in forza della sua qualificazione quale principio generale dell'Unione che, di conseguenza, lo sottrae al rigido criterio del riparto di competenze, conferendogli un'operatività che “taglia trasversalmente tutto l'ordinamento comunitario”³⁷.

Qualche movimento interessante si riscontra pure sul piano legislativo dopo anni scanditi invece da una certa riluttanza regolativa addebitabile ad una varietà di fattori e circostanze, molto più politici ed economici, per vero, che tecnici. Difatti, oltre ai frammenti di diritto antidiscriminatorio disseminati nei testi, legislativi non – ad esempio basti pensare a quanto inserito (o programmato di inserire) all'interno della Strategia digitale dell'Unione³⁸ –, vi sono state importanti novità anche attraverso l'adozione di provvedimenti organici, valga per tutti la direttiva 2023/970/CE in materia di applicazione del principio di parità retributiva di genere³⁹.

³⁶ V. RANIERI, *Directive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di Giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in *RGL*, 2012, I, spec. 210.

³⁷ BARBERA, *Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in BARBERA (a cura di), *op. cit.*, p. XLII.

³⁸ Cfr. BORELLI, RANIERI, *op. cit.*, spec. p. I.40 ss.

³⁹ Con maggior precisione la direttiva, adottata il 10 maggio 2023, è volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra uomini e donne per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore attraverso la trasparenza retributiva e i relativi meccanismi di applicazione; per un primo commento cfr. BELLO, MANCINI, *La discriminazione intersezionale nella Direttiva 2023/970/UE sulla parità retributiva uomo/donna*, in *www.italianequalitynetwork*, 25 maggio 2023. Si segnalano altresì le proposte di direttiva sulle norme relative agli organismi di parità (COM(2022) 688 e COM(2022) 689 del 7 dicembre 2022) e la risoluzione del Parlamento europeo sulla lotta alla discriminazione nell'UE dello scorso 19 aprile con cui, tra l'altro, si chiede espressamente che venga sbloccato l'iter di approvazione della c.d. direttiva orizzontale.

Ancora e in una più estesa prospettiva poi, per quanto il lavoro sia (e resti) l'area di applicazione privilegiata, "oltre che la sede originaria", in cui ha preso corpo e si è dopo sviluppata la tutela antidiscriminatoria⁴⁰, è acclamata oramai una sua diffusione oltre gli steccati pur decisivi del lavoro, subordinato e non, al punto da prefigurare l'esistenza di un "vero e proprio diritto *contrattuale* antidiscriminatorio"⁴¹.

In conclusione, e senza voler caricare il diritto antidiscriminatorio di funzioni e responsabilità eccessive nella piena consapevolezza della selettività della tutela da esso offerta⁴², il sentiero tracciato da questo sottosistema normativo è tutt'altro che compiutamente battuto e ciò in quanto, appare abbastanza evidente, il cammino verso il soddisfacimento delle istanze di eguaglianza, giustizia e libertà cui esso è funzionale è niente affatto consumato.

⁴⁰ CALAFÀ, *Teoria e pratica del diritto antidiscriminatorio del lavoro nel caso Abercrombie Fitch*, in BONARDI (a cura di), *op. cit.*, p. 349.

⁴¹ Così HABERL, *Le discriminazioni nell'accesso*, cit., p. 409.

⁴² In proposito si rinvia a quanto messo in risalto dalla migliore dottrina secondo cui proprio in ragione della "tutela diversa e selettiva" offerta dal diritto antidiscriminatorio non è ipotizzabile una interscambiabilità tra quest'ultimo e la norma inderogabile, cfr. BARBERA, *Il cavallo e l'asino*, cit., p. 26.

Keywords

Diritto antidiscriminatorio, lavoratori autonomi, condizioni di accesso al lavoro, condizioni di occupazione e lavoro, libertà di contrarre.

Anti-discrimination law, self-employed workers, conditions of access to employment, working and occupational conditions, freedom to contract.

Lucia D’Arcangelo
Diritti d’informazione e dati personali
nel lavoro automatizzato. Rilievi sistematici
sulla normativa applicabile

Sommario: **1.** Premessa. L’evoluzione del concetto di autodeterminazione informativa del lavoratore. **2.** Gli obblighi di informazione del datore di lavoro alla prova del Gdpr: il decreto trasparenza. **2.1.** *Segue* ... e le modifiche introdotte dal Decreto lavoro. **3.** La proposta di direttiva sulle piattaforme digitali. **4.** La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale. **5.** La prospettiva di un sistema di prevenzione e protezione dei rischi di automazione per la sicurezza del lavoratore algoritmico.

1. Premessa. L’evoluzione del concetto di autodeterminazione informativa del lavoratore

L’utilizzo di sistemi elettronici basati su meccanismi di automazione e intelligenza artificiale impatta sulla professionalità¹ e dignità dei lavoratori sin dal momento della instaurazione del rapporto di lavoro, con il rischio di lesione della sua sfera personale.

Basti pensare al cd. *recruitment* tecnologico che produce effetti discriminatori² quando non viene eseguito sotto il controllo umano e le funzioni

¹ L’impatto tecnologico determina “una sorta di digital divide tra i lavoratori, tra coloro che posseggono professionalità tradizionali, che non riescono ad adeguarsi alle nuove tecnologie, e coloro che vantano competenze digitali o comunque si rivelano in grado di apprenderle”: GARIGIULO, *Innovazione tecnologica e tutela della professionalità: potenzialità e limiti dell’autonomia collettiva*, in *federalismi.it*, n. 17/2022, p.133 ss., cui si rinvia anche per il nutrito corredo bibliografico.

² È il fenomeno dei cd. *bias*. Cfr. LO FARO, *Algorithmic Decision Making e gestione dei rapporti di lavoro: cosa abbiamo imparato dalle piattaforme*, in *federalismi.it*, n. 25/2022; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio ai test di intelligenza artificiale*, in *LLI*, vol. 7, n. 1, 2021, p. 50 ss. Vedi anche.

algoritmiche non risultano impostate nel rispetto dei principi di liceità e di finalità del trattamento di dati previsti dal regolamento Ue 2016/67, (d'ora in poi, Gdpr).

Analogamente, durante lo svolgimento della prestazione, è sufficiente ricordare che l'inosservanza dei principi in materia di protezione dei dati e dei requisiti stabiliti dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori può generare forme di controllo occulto con una raccolta illecita di informazioni che il datore di lavoro può utilizzare anche a fini disciplinari.

La pericolosità insita nei rischi connessi allo sviluppo della digitalizzazione determina la necessità che il lavoratore riceva informazioni complete e adeguate sulle condizioni e sulle caratteristiche del lavoro che deve svolgere. L'informazione, infatti, è diretta alla tutela del lavoratore quale contraente debole del rapporto e come tale rientra precisamente tra gli obblighi del datore di lavoro³.

Su questo aspetto ci soffermiamo nelle pagine che seguono, con particolare riguardo alla individuazione della normativa applicabile in materia di trasparenza del rapporto di lavoro⁴, rilevando come in tale ambito la disciplina sulla protezione dei dati abbia assunto una dimensione centrale e con essa il concetto di autodeterminazione informativa.

Più precisamente, a cavallo tra la Carta dei diritti fondamentali del 2000 e il d.lgs. n. 196/2003, come noto, il diritto alla protezione dei dati si è consolidato nel significato di “diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni”⁵, lungo la scia del concetto, di matrice tedesca, di diritto di

DAGNINO, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *DRI*, 2017, 1, p. 247 ss.

³ In tal senso, è opportuno, da un lato, valutare “se questi oneri siano idonei a incidere sull'ampiezza dei poteri del datore o del committente nella misura in cui (...) se ne preveda la formalizzazione e la correlata informazione alla persona che lavora”, da un altro lato, e nella medesima prospettiva, è altrettanto opportuno considerare che la trasparenza deve essere intesa come “funzionale alla prevedibilità e deve essere letta in uno con essa (...)”. Così, BROLLO, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori - Il rapporto individuale di lavoro*, Relazione (versione provvisoria, p. 67 ss.) alle Giornate di studio Aidlass, Campobasso, 25-26 maggio 2023.

⁴ Ampiamente, ZILLI, *La trasparenza nel lavoro subordinato. Principi e tecniche di tutela*, Pacini Giuridica, 2022.

⁵ Così, RODOTÀ, già in *Tecnologie e diritti*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 101; in *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 152-153: “La privacy (...) si specifica come diritto all'autodeterminazione informativa e, più precisamente, come diritto a determinare le modalità di costruzione della sfera privata nella loro totalità (...)”; in *Repertorio di fine secolo*, Bari-Roma, Laterza, 1999 (Nuova edizione interamente riveduta, a p.

autodeterminazione informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), inteso come libertà di disporre delle proprie informazioni e come potere di controllarne la circolazione, sulla base del principio del libero sviluppo della personalità di cui all'art. 2, comma 1, della Costituzione tedesca⁶.

Stefano Rodotà preconizzava così l'era digitale: “gli individui perderanno definitivamente il controllo sulle loro informazioni personali o l'età digitale darà loro opportunità nuove per la tutela della *privacy*?”. E affermava che “a tutti deve essere riconosciuto un diritto all'autodeterminazione informativa”, per mantenere, ciascuno, il potere sulle proprie informazioni e prevenire il rischio di frammentazione dell'unità della persona in tante “persone elettroniche”, “tante persone create dal mercato quanti sono gli interessi che spingono alla raccolta delle informazioni”⁷.

Il rapporto tra individui e informazioni, tra individui e modalità di circolazione delle informazioni, nel tempo si è evoluto verso un'idea di individuo “in tensione con la comunità sociale”, che deve adattarsi ad essa e in qualche modo assoggettarvisi, nel senso della possibilità di influenzare il processo di elaborazione dei dati in sinergia con gli altri soggetti coinvolti nel sistema della *privacy* (il legislatore, l'Autorità garante della protezione dei dati, il titolare del trattamento, l'interessato)⁸.

Nel rapporto di lavoro automatizzato, il diritto di informazione del la-

201-202: “Nella società dell'informazione tendono a prevalere definizioni funzionali della *privacy* che, in diversi modi, fanno riferimento alla possibilità di un soggetto di conoscere, controllare, indirizzare, interrompere il flusso delle informazioni che lo riguardano. (...). La *privacy* (...), si presenta come una dimensione della libertà esistenziale, costitutiva non solo della sfera privata, ma pure di quella pubblica”.

⁶ Il *Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, “consiste, in prima approssimazione, nella libertà accordata all'individuo – salva diversa chiara e dettagliata previsione normativa – di decidere se e in che misura rendere disponibili informazioni sul proprio conto nonché nel potere di controllarne la successiva circolazione (per far valere, se del caso, ulteriori pretese individuali ed eventualmente attivare il controllo pubblico sui trattamenti effettuati), senza però, come di recente ribadito con forza dalla Corte di giustizia, che ciò si traduca in una sorta di signoria dello stesso sui dati personali a sé riferiti, sì da orientarne (arbitrariamente o capricciosamente) la circolazione”, così, LATTANZI, *Diritto alla protezione dei dati di carattere personale: appunti di un viaggio non ancora concluso*, in AA.VV., *Diritto alla privacy e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, in *I quaderni europei*, aprile 2014, n. 63, pp. 103-142, spec. pp. 112-116, note 39, 40, 41, ivi anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷ RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, cit., p. 158.

⁸ LATTANZI, *Diritto alla protezione dei dati di carattere personale: appunti di un viaggio non ancora concluso*, cit., p. 114 e, prima, in *Dati sensibili: una categoria problematica nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 717.

voratore è (anche) diritto all'autodeterminazione inteso come controllo individuale sulle proprie informazioni che va ponderato con le ragioni dell'impresa, con quanto stabilito dal legislatore (Gdpr⁹ e Codice *privacy*) e dal Garante dei dati personali. Tuttavia, con l'automazione intelligente, al rapporto tra il lavoratore e il datore di lavoro si affiancano e si sostituiscono una moltitudine di altre relazioni che si estendono nella rete coinvolgendo soggetti indefiniti e indefinibili, sicché la circolazione dei dati del lavoratore, che fino a quel momento è rimasta nella sfera della sua persona, sotto il "dominio condiviso" con il datore di lavoro, si allarga tra le maglie di una infinità di altri titolari del trattamento dei dati, sparsi nel *web*, rendendo impossibile il controllo del flusso circolatorio dei dati (cd. *Big data*) e impraticabile la sua gestione.

Il problema dell'intelligenza artificiale, in sintesi, è la sua evoluzione *self learning* verso il *machine learning* e il *deep learning*¹⁰, difatti, essa "appare (...) capace di espandersi in misura proporzionale alla quantità di dati cui le è consentito di accedere e inversamente proporzionale al tasso di tutela della *privacy* caratterizzante ciascun ordinamento (...) "¹¹ e, quindi, al grado di prevedibilità del rischio.

La nostra indagine si basa sulla comparazione con la regolamentazione in materia di dati personali (Gdpr), con riguardo al decreto legislativo 27 giugno 2022, n. 104¹², che ha dato attuazione in Italia alla direttiva (UE) 2019/1152 sulla trasparenza delle condizioni di lavoro, alla proposta di direttiva COM(2021) 762 final sul lavoro mediante piattaforme digitali, alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale COM(2021)0206 final (ora: Legge sull'intelligenza artificiale)¹³.

⁹ Il Gdpr si basa sul "modello culturale, prima ancora che giuridico, dell'autodeterminazione", v. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 1677.

¹⁰ Si tratta di sottoinsiemi dell'intelligenza artificiale, il primo consiste in un modello algoritmico che può essere "supervisionato", nel senso che l'algoritmo apprende da set di dati e con un *output* definito oppure "non supervisionato", cioè, caratterizzato da un approccio indipendente, senza un *output* definito. Il secondo, cioè il *deep learning*, si caratterizza come sottoinsieme nel quale l'algoritmo genera reti neurali artificiali in grado di funzionare come il cervello umano. Cfr. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in GABRIELLI e RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e diritto*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1690, in particolare nota 1 per i riferimenti bibliografici.

¹¹ RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, cit., p. 1691.

¹² Da ultimo, GAROFALO, TIRABOSCHI, FILI, TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, Adapt, 2023.

¹³ Lo scorso 14 giugno 2023 sono stati approvati gli emendamenti del Parlamento europeo, (cd. Legge sull'intelligenza artificiale).

L'obiettivo consiste nel prospettare come opportuna e utile per affrontare le esigenze mutevoli del lavoro svolto in digitale o in automazione intelligente la realizzazione di una cornice regolatoria nazionale fondata sulla logica della prevenzione dei rischi di automatizzazione anche alla luce delle ultime novità in tema di semplificazione del regime di trasparenza del lavoro.

2. *Gli obblighi di informazione del datore di lavoro alla prova del Gdpr: il decreto trasparenza*

Muovendo dalla recente disciplina in tema di trasparenza delle condizioni di lavoro, con l'approvazione del decreto legislativo 27 giugno 2022, n. 104, il legislatore italiano è andato oltre le previsioni della direttiva (UE) 2019/1152 sulle condizioni applicabili al contratto e al rapporto di lavoro¹⁴, introducendo specifici e "ulteriori obblighi informativi" a carico del datore di lavoro "nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art. 4, comma 1, lett. b).

Tale disposizione contiene l'aggiunta del nuovo articolo 1-bis al decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, che disciplina gli obblighi di informazione a carico del datore di lavoro attribuendo al lavoratore un vero e proprio diritto alla trasparenza delle informazioni concernenti le modalità di utilizzo e di funzionamento dei sistemi di gestione algoritmica del lavoro¹⁵.

Dal raffronto dell'art. 1-bis, d.lgs. n. 152/1997 con la normativa sulla protezione dei dati, emerge qualche – isolato – riferimento a quest'ultima, e la necessità di distinguere tra sistemi automatizzati decisionali e di monitoraggio.

Con riguardo ai primi, l'art. 1-bis, d.lgs. n. 152/1997, non rappresenta una novità rispetto a quanto già previsto in materia di dati personali, in particolare dall'art. 13, par. 2, lett. f), che in tema di informativa dispone l'obbligo

¹⁴ La direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea, sostituisce e abroga la direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, che è stata attuata dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152.

¹⁵ Per tutti, cfr. FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 69 ss.; per il periodo anteriore v. GRAGNOLI, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 1996.

di comunicare al soggetto interessato l'esistenza di un processo decisionale automatizzato¹⁶.

Per quanto attiene invece all'utilizzo di sistemi elettronici di monitoraggio, l'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, al comma 1, introduce un generale obbligo di informazione relativo alla gestione complessiva del rapporto di lavoro, dal momento dell'assunzione a quello della cessazione, stabilendo che "resta fermo quanto disposto dall'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300".

Questa puntualizzazione conferma la validità dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori in materia di controlli sul lavoro, che tuttavia prevede, a sua volta, un generale obbligo di informazione del datore di lavoro in relazione alle "modalità d'uso degli strumenti" di lavoro "e di effettuazione dei controlli (...) nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196".

Quanto al contenuto di tale obbligo, l'art. 1-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 152/1997, si limita ad indicare solo alcune caratteristiche dei sistemi automatizzati, tra cui: la logica del loro funzionamento, le finalità perseguite, i parametri algoritmici utilizzati nei meccanismi di valutazione delle prestazioni. Non vi è nessun riferimento alla normativa sulla protezione dei dati, in particolare agli artt. 13 e 14, Gdpr, che disciplinano nel dettaglio le informazioni da fornire all'interessato, a seconda che i dati siano stati raccolti o meno presso l'interessato.

L'unico, esplicito, rinvio alla disciplina sulla protezione dei dati è contenuto nel comma 4 del medesimo articolo 1-*bis*, secondo il quale "al fine di verificare che gli strumenti utilizzati per la prestazione lavorativa siano conformi alle disposizioni previste dal Regolamento (UE) 2016/679 (...) il datore di lavoro o il committente effettuano un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto degli stessi trattamenti (...)” eventualmente anche tramite una consultazione svolta in via preventiva con il Garante italiano, ai sensi di quanto previsto dall'art. 36, Gdpr.

Anche in relazione al diritto da parte del lavoratore di accedere ai propri dati, il nuovo art. 1-*bis*, comma 3, d.lgs. n. 152/1997, omette di fare riferimento all'art. 15, Gdpr, che disciplina le modalità di esercizio del diritto di

¹⁶ L'art. 13, paragrafo 2, lett. f), Gdpr, obbliga il titolare del trattamento a fornire all'interessato informazioni circa "l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, (...)”, la quale è consentita, fra le varie ipotesi di trattamento di dati automatizzato, quando "sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento" (art. 22, par. 2, lett. a), Gdpr.

accesso ai dati personali indicando singolarmente le informazioni alle quali il lavoratore può accedere.

La novità più significativa riguarda invece l'attribuzione della titolarità di tale diritto oltre che al lavoratore interessato anche alle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali.

A queste ultime, infatti, è riconosciuto un ruolo di primo piano¹⁷ nel nuovo regime di trasparenza del lavoro, come risulta dal medesimo art. 1-bis, comma 6, d.lgs. n. 152/1997, secondo il quale, la comunicazione delle informazioni e dei dati deve essere effettuata “anche alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria e, in assenza delle predette rappresentanze, alle sedi territoriali delle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”¹⁸.

Tuttavia – è stato osservato – si tratta pur sempre di un coinvolgimento che avviene “al livello operativo e al più lambisce quello organizzativo”, ma non tocca quello “strategico delle decisioni in ordine all'innovazione tecnologica e organizzativa”, nonostante, non molto tempo fa, le parti sociali (Cgil, Cisl, Uil, Confindustria), con la stipula del cd. “Patto per la fabbrica”, il 9 marzo 2018, hanno definito come “un'opportunità la valorizzazione di forme di partecipazione nei processi di definizione degli indirizzi strategici dell'impresa” (punto 6, lett. e)¹⁹.

¹⁷ Così statuendo, il legislatore del 2022 ha dato attuazione all'art. 88, par. 1, 2, Gdpr, assegna un ruolo di primo piano alla contrattazione collettiva precisamente, nella parte in cui stabilisce che “Gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro (...) a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, (...) e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro”.

¹⁸ Il riconoscimento di un diritto di informazione ai sindacati in caso di utilizzo di meccanismi automatizzati non si traduce in “una vera e propria condivisione e compartecipazione nell'*algorithmic management* – ma – permette quantomeno di conoscere e comprendere il meccanismo e la codifica utilizzata nella gestione del personale”, al fine di ridurre il rischio di condotte datoriali potenzialmente discriminatorie. In tal senso, cfr. ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, Relazione (versione provvisoria, p. 37) alle Giornate di Studio Aidlass, *Le dimensioni spazio-temporali dei lavori*, Campobasso, 25-26 maggio 2023.

¹⁹ Sul punto, si veda CORTI, *Innovazione tecnologica e partecipazione dei lavoratori: un confronto tra Italia e Germania*, in *federalismi.it*, n. 17/2022, spec. p.122, e ivi, più ampiamente, sulla comparazione con il sistema tedesco, innovato di recente dalla legge tedesca sull'ordinamento aziendale del 18 giugno 2021 (*Betriebsrätemodernisierungsgesetz*), che in materia di partecipazione e

Invece, nella gestione dell'impatto delle nuove tecnologie nei luoghi di lavoro, ivi compresa l'intelligenza artificiale, in tema di informazione e consultazione dei lavoratori continua a trovare applicazione il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, il cui art. 4 stabilisce che "i contratti collettivi definiscono le sedi, i tempi, i soggetti, le modalità ed i contenuti dei diritti di informazione e consultazione riconosciuti ai lavoratori (...)" (comma 1) anche quando "l'informazione e la consultazione riguardano le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro" (comma 3, lett. c)²⁰.

Nella direzione di un rafforzamento delle prerogative sindacali in materia di trasparenza delle informazioni, si colloca, però, il decreto legge n. 48 del 4 maggio 2023 (cd. Decreto lavoro)²¹, che all'art. 26 introduce alcune modifiche, la prima delle quali attiene alle modalità semplificate di comunicazione delle informazioni che prevedono l'attribuzione ai lavoratori di diritti collettivi ad ottenere informazioni trasparenti (art. 1, d.lgs. n. 152/1997, commi 5-bis e 6-bis).

2.1. Segue. ... e le modifiche introdotte dal Decreto lavoro

Nello specifico, l'art. 1, comma 5-bis, d.lgs. n. 152/1997 dispone che il dovere di comunicazione del datore di lavoro si deve intendere comunque "assolto, con l'indicazione del riferimento normativo o del contratto collettivo, anche aziendale, che ne disciplina le materie"²².

consultazione sindacale ha previsto il rafforzamento dei diritti di partecipazione dei Consigli d'azienda "anche qualora il datore di lavoro utilizzi l'intelligenza artificiale (o, comunque, sistemi informatizzati che operano secondo criteri predeterminati) per scegliere i destinatari delle principali decisioni datoriali: assunzioni, trasferimenti, inquadramenti, licenziamenti" e in ogni altro caso di scelte attinenti all'organizzazione del lavoro che impattino sulla persona dei lavoratori.

²⁰ Con il decreto legislativo n. 25 del 6 febbraio 2007 il Governo dà attuazione alla direttiva 2002/14/CE, mediante la quale il legislatore comunitario istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

²¹ Il testo del d.l. n. 48/2023 è stato convertito con modificazioni dalla legge 3 luglio 2023, n. 85 (G.U. 03/07/2023, n. 153).

²² Nella medesima direzione di dare risalto all'autonomia collettiva in tale materia si colloca anche il successivo comma 6-bis dell'art. 1, d.lgs. n. 152/1997, che attribuisce ai lavoratori il diritto di conoscere i contratti collettivi nazionali, aziendali e territoriali che riguardano la propria posizione all'interno del rapporto di lavoro "anche mediante pubblicazione sul sito web".

La congiunzione disgiuntiva “o” sembrerebbe porre, almeno in senso letterale, l'alternativa tra il riferimento normativo e il contratto aziendale, ma in ogni caso, la formulazione legislativa appare valorizzare l'autonomia collettiva nel senso voluto dal legislatore europeo in materia di protezione dati (art. 88, Gdpr).

Così disponendo, il legislatore ha inteso ripristinare, in buona parte, l'assetto normativo in materia di trasparenza nel rapporto di lavoro precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2022, prevedendo – nuovamente – la possibilità di rinviare al contratto collettivo nazionale di lavoro per le informazioni a corredo del contratto di lavoro, sulla scia, peraltro, di quanto stabilito dalla circolare INL n. 4 del 10 agosto 2022, che ha dato indicazioni più flessibili rispetto alla scelta formalistica del legislatore, e come già previsto, del resto, dalla direttiva UE 2019/1152, del tutto trascurata, sotto questo aspetto, dal decreto trasparenza²³.

Ancora sul versante delle novità del decreto lavoro, va menzionata l'ulteriore modifica relativa all'utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio “integralmente” automatizzati finalizzati a fornire al lavoratore informazioni sulla sua posizione lavorativa (assunzione, gestione e cessazione del rapporto, indicazioni sui sistemi di videosorveglianza, valutazione della prestazione e altri obblighi contrattuali), (art. 1-bis, comma 1, d.lgs. n. 152/1997).

Il legislatore ha limitato l'obbligo di informazione alle sole ipotesi in cui i trattamenti siano “integralmente” automatizzati²⁴, escludendo, cioè, dall'ambito di applicazione tutte quelle aree in cui anche solo una delle fasi della gestione del rapporto di lavoro non sia automatizzata²⁵.

²³ In argomento – anche sulla circolare n. 19 del 20 settembre 2022 – v. CALCATERRA, *Eccezioni di trasparenza: la (im)possibilità di rinviare alla contrattazione collettiva per informare il lavoratore*, in GAROFALO, TIRABOSCHI, FILÌ, TROJSI (a cura di), *Trasparenza e attività di cura nei contratti di lavoro. Commentario ai decreti legislativi n. 104 e n. 105 del 2022*, cit.

²⁴ Il Ministero del lavoro (circolare n. 19 del 20 settembre 2022) aveva interpretato già in maniera restrittiva la norma affermando che essa trovava applicazione solamente nelle ipotesi in cui il sistema automatizzato assumeva autonomamente la decisione finale, prevedendo come eventuale e accessorio l'intervento umano. Sulla rilevanza del contributo umano nel processo decisionale automatizzato, in grado di esprimere capacità decisionali, e al contrario, nel processo decisionale interamente automatizzato, privo, cioè, di contributo umano, v. MARAZZA, D'AVERSA, *Dialoghi sulla fattispecie dei “sistemi decisionali di monitoraggio automatizzati” nel rapporto di lavoro (a partire dal decreto trasparenza)*, in *Giustiziacivile.com*, 2022.

²⁵ Si tratta di un “revirement” destinato a inibire le prerogative sindacali, legittimando rifiuti datoriali basati sul mero assunto che una sola fase (anche la più irrilevante da un punto di vista

Qualche chiarimento ulteriore viene dal raffronto con la regolamentazione sui dati personali. A questo riguardo, va precisato che il nuovo art. 1-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 152/1997 è da annoverare tra le eccezioni disciplinate dall'art. 22, par. 1, Gdpr, il quale stabilisce il divieto di sottoporre un soggetto a decisioni basate su trattamenti di dati “unicamente” automatizzati, salvo “quando la decisione sia necessaria per la conclusione ed esecuzione di un contratto tra l'interessato e il titolare del trattamento” (lett. *a*), qual è, appunto, nel nostro caso, il rapporto tra il datore di lavoro e il lavoratore, “o sia autorizzata (...) dal diritto dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento (...)” (lett. *b*), che, sempre nel nostro caso, è rappresentato dal d.lgs. n. 152/1997, così come modificato dal d.l. n. 48/2023.

Andando più nel dettaglio, con l'inserimento dell'avverbio “integralmente”, il nuovo art. 1-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 152/1997, allude a ipotesi di trattamento di dati interamente automatizzati, nel cui ambito sono da comprendere anche quelli che determinano il profilo del lavoratore²⁶. Il riferimento – evidentemente – è al citato art. 22, par. 1, Gdpr, che nel regolamentare l'ipotesi di “trattamento unicamente automatizzato (...)” vi comprende anche “la profilazione”, dove per profilazione si intende “una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute (...)” (Considerando 71).

Prima di chiudere questa parentesi sulle novità introdotte dal d.l. n. 48/2023, in tema di comunicazione degli obblighi informativi, occorre precisare che l'art. 1-*bis*, d.lgs. n. 152/1997, al comma 8, stabilisce una deroga all'applicazione della disciplina da esso prevista nelle ipotesi di sistemi protetti da segreto industriale e commerciale.

La modifica è piuttosto rilevante se consideriamo, ad esempio, che gran parte delle piattaforme, tenute ad adempiere agli obblighi di comunicazione sui sistemi decisionali adottati, sono basate su algoritmi protetti da segreto industriale e commerciale. A questo riguardo, va precisato, tuttavia, che l'art. 3, co. 2, della Direttiva 2016/943, in materia di segreto commerciale, stabilisce che “l'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione di un segreto commerciale

operativo) sia gestita dall'uomo: così, ESPOSITO, *La conformazione dello spazio e del tempo nelle relazioni di lavoro: itinerari dell'autonomia collettiva*, cit., p. 38.

²⁶ Su cui, v. TOPO, *Circolazione di informazioni, dati personali, profilazione e reputazione del lavoratore*, in PISANI, PROIA, TOPO, *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2022, spec. p. 406.

sono (...) leciti nella misura in cui siano richiesti o autorizzati dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale" v. anche art. 3, co. 1, lett. c), e art. 5, co. 1, lett. c) e d). Infatti, in capo ad enti ed imprese permangono gli obblighi informativi stabiliti dal Gdpr, con riguardo al diritto (dei lavoratori) di conoscere "l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione (...) e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato" (art. 13 par. 2 lett. f); art. 14 par. 2 lett. g); art. 15 par. 1 lett. h).

Ma dubbi analoghi riguardano, peraltro, le verifiche di *due diligence*, su cui va segnalata la recente proposta di direttiva che si propone di prevenire i potenziali impatti negativi sui diritti umani attraverso l'imposizione del dovere di diligenza alle imprese di grandi dimensioni (sono esonerate le imprese medio piccole e micro) per la tutela e la promozione dei diritti fondamentali²⁷.

È notorio, infatti, che i processi di *due diligence* possono determinare la violazione dei diritti umani fondamentali²⁸. La *cyber diligence*, ad esempio, che si basa sulla verifica del livello di *compliance* dell'impresa, in materia di dati personali, rispetto alla normativa nazionale, unionale e internazionale di riferimento, si rivela altamente pericolosa per la tutela del diritto dei lavoratori alla protezione dei dati: dalla possibile violazione del divieto di interferenza nella vita privata, alla sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, più in generale, al diritto di godere di condizioni favorevoli di lavoro.

In questa, come nelle altre ipotesi di *due diligence* (finanziaria, legale, fiscale, etc.), la non applicabilità del dovere di trasparenza datoriale per i sistemi protetti da segreto industriale o commerciale, ai sensi dell'art. 1-bis, comma 8, d.lgs. n. 152/1997, denota la scelta del legislatore italiano di anteporre l'interesse commerciale al diritto di trasparenza delle informazioni dei lavoratori lì dove maggiore è il rischio, per i lavoratori, di essere travolti dagli esiti di un'operazione commerciale.

In ogni caso, al di là di queste eccezioni, in cui non si applica il regime di trasparenza sul lavoro, di cui al citato art. 1-bis d.lgs. n. 152/1997, va sottolineato che nella fase di applicazione delle nuove regole sugli obblighi in-

²⁷ Nell'Allegato alla proposta di direttiva sono elencate le ipotesi di violazione dei diritti e dei divieti che figurano negli accordi internazionali sui diritti umani, che la proposta di direttiva mira a prevenire, tra cui la violazione del divieto di interferenze arbitrarie o illecite nella vita privata, del diritto di godere di giuste e favorevoli condizioni di lavoro, la sicurezza e l'igiene del lavoro (punti 5, 7).

²⁸ Cfr. i Principi Guida su Imprese e Diritti Umani, Cnr Edizioni, 2020.

formativi, il datore di lavoro incontra varie difficoltà di ordine operativo, dovendo districarsi nella girandola delle disposizioni legislative previste in ambito nazionale e a livello eurounitario. Egli deve adempiere, infatti, *ora* agli obblighi stabiliti dal Gdpr in materia di comunicazione di dati *ora* alla normativa italiana sulle informazioni al lavoratore, spesso ignorando, tra l'altro, che dato e informazione, benché siano utilizzati spesso come sinonimi, dal punto di vista informatico hanno significati diversi.

Più precisamente, l'informazione "è elaborazione del dato" ovvero "il dato è la fonte dell'informazione nel quale questa è contenuta e dal singolo dato o dall'insieme di dati l'informazione può essere estratta (...)"²⁹.

La distinzione non è priva di rilevanza pratica, essa incide sulla disciplina applicabile. Spesso, infatti, può risultare poco agevole ricavare informazioni dai dati trattati e quando un dato non è collegabile a nessuna persona fisica identificata o identificabile³⁰ significa che è anonimo e che da esso non può essere raccolta alcuna informazione, di conseguenza non sarà applicabile la regolamentazione europea.

In questa attività di riconduzione e associazione del dato alla persona che ne è titolare consiste il cd. principio di qualificazione dei dati: "un'attività dinamica (...) soggetta a verifica continua, conseguente all'evoluzione delle tecnologie (...)"³¹, essenziale ai fini dell'adempimento degli obblighi datoriali di informazione e per la gestione trasparente del rapporto di lavoro.

3. *La proposta di direttiva sulle piattaforme digitali*

Il principio di qualificazione dei dati governa la gestione di tutti i rapporti di lavoro che si basano sul funzionamento algoritmico. Anche in relazione ai sistemi automatizzati delle piattaforme digitali³², infatti, valgono i

²⁹ FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in GABRIELLI e RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, cit., pp. 1670-1677, spec. p. 1673.

³⁰ Si veda il considerando n. 26 del Gdpr, che definisce "anonime le informazioni che non si riferiscono a una persona identificata o identificabile (...)". La nozione di dato anonimo era prevista nel decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (cd. Codice *privacy*), art. 4, comma 1, lett. n), successivamente abrogato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, di adeguamento dell'ordinamento nazionale al Regolamento (UE) n. 2016/679.

³¹ *Id.*, pp. 1673-1674.

³² Cfr. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Padova 2018.

criteri generali appena enunciati in tema di trasparenza delle informazioni e delle condizioni di lavoro.

A questo riguardo, la “Proposta di Direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali COM(2021) 762 final”, nel Capo III, in apertura delle disposizioni in tema di gestione algoritmica del rapporto di lavoro, all’art. 6, comma 1, da un lato, conferma “gli obblighi e i diritti delle piattaforme digitali e dei lavoratori delle piattaforme digitali a norma della direttiva (UE) 2019/1152”, da un altro lato, sembrerebbe voler accentuare il raccordo con la disciplina sulla protezione dei dati, come emerge nella Relazione di presentazione dell’articolato, dove si legge che “il diritto alla trasparenza (...) specifica e integra i diritti esistenti in relazione alla protezione dei dati personali” e che le misure previste per la sua attuazione “svilupperanno e amplieranno le garanzie esistenti in materia di trattamento dei dati personali da parte di sistemi decisionali automatizzati stabilite nel regolamento generale sulla protezione dei dati (...)”³³.

Eppure, dalla lettura complessiva delle disposizioni del Capo III, dedicate alla gestione algoritmica, la percezione è tutt’altra.

Per esempio, l’art. 6, ai commi 1 e 2, disciplina gli obblighi di informazione con riferimento *sia* ai sistemi decisionali automatizzati *sia* a quelli di monitoraggio, in modo alquanto generico, e non rinvia all’art. 13, Gdpr, che, come già detto (par. 2), regola in maniera particolareggiata l’obbligo d’informativa. Mentre al comma 5 sancisce il divieto generale, in capo alle piattaforme digitali, di trattare i dati dei lavoratori “che non siano intrinsecamente connessi e strettamente necessari all’esecuzione del contratto tra il lavoratore delle piattaforme digitali e la piattaforma digitale”, omettendo di menzionare (o di rinviare ai) due principi fondamentali in materia di dati personali: il criterio di “limitazione della finalità”³⁴ e quello di “minimizzazione dei dati”³⁵.

Ancora, l’art. 8, comma 1, nell’attribuire al lavoratore il diritto di ottenere

³³ Relazione della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al mantenimento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali COM(2021) 762 final, p. 4. Cfr. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *LDE*, n. 2/2022.

³⁴ (...) che autorizza la raccolta “per finalità determinate, esplicite e legittime (...)” (art. 5, comma 1, lett. b), Gdpr).

³⁵ (...) secondo il quale i dati devono essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (art. 5, comma 1, lett. c), Gdpr).

una spiegazione dalla piattaforma di lavoro digitale in merito a decisioni del sistema decisionale automatizzato, sembra prevedere una tutela più rafforzata rispetto alle garanzie dell'art. 15, Gdpr, sul diritto di accesso ai dati personali. Sennonché, l'oggetto del diritto di spiegazione – come specificato dal medesimo art. 8, comma 1 – consiste in un riesame della decisione che deve essere eseguito dalla piattaforma, o meglio, da “una persona di contatto” designata dalla piattaforma stessa, la quale ha il compito di rettificare la decisione in caso di violazione dei diritti del lavoratore, o comunque, di offrire al lavoratore “una compensazione adeguata” nell'ipotesi in cui “la rettifica non sia possibile”.

Invece, l'art. 15, Gdpr, a tutela del soggetto che esercita il diritto di accesso ai dati che lo riguardano, prevede il diritto di ottenere la rettifica e finanche la cancellazione³⁶ dei dati trattati in modo inesatto, imparziale, incompleto, o comunque difforme dai principi generali applicabili al trattamento di dati di cui all'art. 5, Gdpr. Inoltre, è opportuno sottolineare che nel Gdpr né il diritto di rettifica né il diritto di cancellazione prevedono alcuna forma di compensazione.

Pertanto, si deve ritenere che l'alternativa posta dall'art. 8, comma 1, della proposta di direttiva, di offrire ai lavoratori una compensazione adeguata, evidentemente di natura economica, di fatto disattende le aspettative di tutela del lavoratore automatizzato, con la conseguenza che la tutela del lavoratore della piattaforma digitale appare fortemente ridimensionata nel confronto con la disciplina sulla protezione dei dati.

Generalmente, poi, le contestazioni dei lavoratori riguardano decisioni delle piattaforme digitali di “sospendere o chiudere l'account del lavoratore delle piattaforme digitali, (...)”, di “non retribuire il lavoro svolto dal lavoratore delle piattaforme digitali, qualsiasi decisione in merito alla situazione contrattuale del lavoratore (...) o qualsiasi decisione con effetti analoghi” (art. 8, comma 1, proposta di direttiva).

Da questo punto di vista, in un'ottica di garanzia dei diritti dei lavoratori, si deve tenere presente che l'art. 8, comma 1, cit., stabilisce come presupposto necessario ai fini alla individuazione del responsabile del monitoraggio, il possesso *ex lege* di specifici requisiti di “competenza, (...) formazione e (...) autorità necessarie per esercitare tale funzione”.

³⁶ Per rafforzare il “diritto all'oblio” nell'ambiente *on line*, il Considerando 66 del Gdpr, difatti, sottolinea l'opportunità che il diritto di cancellazione sia esteso anche a coloro che trattano indirettamente dati personali, attraverso la cancellazione dei *link* che consentono l'accesso, la copia e la riproduzione dei dati stessi.

Proprio in considerazione di ciò, si ritiene che la designazione del responsabile del monitoraggio – opportunamente – dovrebbe essere preceduta da una fase di consultazione delle rappresentanze dei lavoratori in sede aziendale o delle associazioni sindacali di categoria comparativamente più rappresentative sul territorio nazionale, dal momento, peraltro, che la codeterminazione sindacale costituisce un elemento imprescindibile delle dinamiche contrattuali del lavoro delle piattaforme digitali.

In tal senso, infatti, l'art. 9, con la rubrica intitolata “Informazione e consultazione”, lascia presagire l'*intentio legis* di promuovere il dialogo sociale sulla gestione algoritmica. La norma obbliga gli Stati membri ad assicurare l'informazione e la consultazione dei rappresentanti dei lavoratori su piattaforma o, in loro mancanza, dei lavoratori stessi in ordine alla introduzione o alla modifica sostanziale dell'utilizzo dei sistemi automatizzati di monitoraggio e decisione.

Da questa specifica angolazione, è evidente che il coinvolgimento delle rappresentanze sindacali deve riguardare ogni aspetto inerente all'utilizzo dei sistemi decisionali e di monitoraggio, sia all'atto della loro introduzione, sia nell'ipotesi di eventuali, successive, modifiche, con riferimento alla valutazione dei possibili rischi derivanti dalle decisioni automatizzate, presumibilmente di natura discriminatoria, oltre che, più in generale, con riguardo alla prevenzione dei rischi sulla salute psicofisica dei lavoratori prodotti dal monitoraggio elettronico, com'è stabilito dall'art. 7, della proposta di direttiva, che obbliga le piattaforme a monitorare periodicamente l'impatto sulle condizioni di lavoro delle decisioni prese dai sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati attraverso la valutazione dei possibili rischi di infortunio sul lavoro e i rischi psicosociali ed ergonomici, a tal fine menzionando espressamente la direttiva 89/391/CEE, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

4. *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*

La disciplina fin qui esaminata va coordinata con la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale della Commissione europea del 21 aprile 2021 (Artificial Intelligent Act)³⁷, con gli emendamenti approvati lo scorso

³⁷ La proposta definisce l'IA come una metodologia per definire i sistemi IA ad alto rischio e delinea un quadro normativo per i sistemi IA compatibile con i diritti umani e i valori europei.

14 giugno 2023 dal Parlamento europeo (cd. Legge sull'intelligenza artificiale).

In particolare, all'art. 1, par. 1, della legge sull'IA, vi è l'obiettivo di “promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale antropocentrica e affidabile e garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali (...)”. All'art. 4 bis (nuovo), i principi generali della *governance* dei dati e della trasparenza prevedono che i sistemi di IA siano “sviluppati e utilizzati nel rispetto delle norme vigenti in materia di protezione dei dati (...) e in modo da consentire un'adeguata tracciabilità e spiegabilità (...)”.

Quanto alla normativa in tema di dati personali, se ne sottolinea l'importanza³⁸, in modo particolare, nei vari emendamenti ai Considerando, in cui è stabilito che deve essere salvaguardata la sua applicazione nel rispetto del diritto fondamentale alla vita privata e alla protezione dei dati sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁹, dei diritti in materia di rapporti di lavoro e di negoziazione collettiva⁴⁰.

In tal senso, peraltro, si era espresso il Garante italiano *privacy* nella memoria prodotta alla Camera dei deputati sul *draft* di regolamento sull'IA, affermando che l'unica normativa al momento vigente in materia di intelligenza artificiale è quella di protezione dati, in cui si rinviene proprio la disciplina sul trattamento di dati personali, funzionale all'operatività di processi decisionali automatizzati⁴¹.

Più specificamente, la disciplina sull'IA, a partire dalla proposta di regolamento, si basa su una classificazione dei sistemi di IA in base ai rischi⁴² per

Le regole riguardano i requisiti di progettazione e di gestione per i sistemi IA ad alto rischio, gli obblighi specifici per i fornitori di IA e altri attori coinvolti, i requisiti di trasparenza per i sistemi IA specifici, e un quadro complesso per l'applicazione, che comprende la standardizzazione, la certificazione e l'autovalutazione, nonché un nuovo sistema di supervisione, incentrato sull'Artificial Intelligence European Board.

³⁸ Nel Considerando 2 bis (nuovo) è espressamente stabilito che “è opportuno basare il presente regolamento sull'articolo 16 TFUE, che sancisce il diritto alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e prevede l'adozione di regole sulla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”.

³⁹ Considerando 2 ter (nuovo).

⁴⁰ Considerando 2 quinquies (nuovo).

⁴¹ Camera dei deputati, Commissioni IX e X riunite, Memoria del Garante per la protezione dei dati personali sulla proposta di regolamento (Ue) sull'intelligenza artificiale – COM 2021(206), 9 marzo 2022.

⁴² Vi sono i sistemi ad alto rischio (Titolo III, Capo I, proposta di regolamento), con la

i diritti fondamentali, attraverso l'individuazione dei requisiti specifici a cui i sistemi di IA devono conformarsi e gli obblighi sia per i fornitori che per gli utenti.

Nella materia lavoristica la regolazione delle tecnologie intelligenti è essenzialmente legata alla fase di progettazione dei *software* per la gestione dei rapporti di lavoro, ovvero, dei sistemi ad elevato rischio di lesione dei diritti dei lavoratori, ivi comprese le piattaforme digitali o comunque tutti quei sistemi di IA, che, secondo quanto stabilito nell'Allegato III della proposta di regolamento, sono destinati alla selezione di persone fisiche tramite attività di "screening" o di "filtraggio delle domande", svolgono attività di "valutazione dei candidati nel corso di colloqui o prove", vengono utilizzati per "adottare o influenzare materialmente le decisioni riguardanti l'avvio, la promozione e la cessazione di rapporti contrattuali di lavoro, l'assegnazione di compiti sulla base di comportamenti individuali (..), delle caratteristiche personali, o il monitoraggio e la valutazione delle prestazioni (...)" (punto 4, lett. a-b).

Sotto questo aspetto non si evidenziano rilevanti modifiche da parte della Legge sull'IA, si tratta, per lo più, di attività automatizzate che disegnano il profilo umano del lavoratore e che possono fornirne una rappresentazione errata qualora alcune informazioni si rivelino non corrette. Neppure si ravvisa un richiamo esplicito all'art. 22, Gdpr, che, come si è accennato (par. 2), pone il divieto generale di adottare decisioni basate unicamente sul trattamento dati automatizzato, come la profilazione.

Qualche modifica ulteriore da parte della Legge sull'IA riguarda l'art. 10, par. 4, della proposta di regolamento, in materia di *governance* dei dati, dove è stabilito che i fornitori dei sistemi di IA, al fine di rilevare e correggere eventuali distorsioni (cd. *bias*) dei sistemi ad alto rischio, possono (anche) "trattare categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679, (...), fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, (...)", individuando una serie di presupposti al fine della liceità del trattamento dei dati, in tema di pseudonimizzazione e anonimizzazione, conservazione e cancellazione.

previsione di un uso condizionato al rispetto di determinati requisiti attraverso un meccanismo di *conformity assesment*, ovvero di valutazione di conformità *ex ante*. Poi abbiamo casi di *law risk* legati a rischio basso con obblighi di trasparenza. Infine, sono previsti i sistemi che presentano rischi minimi, il cui uso è consentito senza alcun tipo di restrizioni, ma che devono, comunque, conformarsi al Gdpr.

In sostanza, sembra di poter dire che il legislatore europeo interviene in maniera abbastanza incisiva nella fase di progettazione e realizzazione dei sistemi di IA, adottando il criterio della “prevenzione dei rischi alla fonte”, notorio principio introdotto in Italia dalla direttiva 95/46/CEE in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro (ma su questo torneremo nell’ultimo paragrafo).

Lo confermano anche alcune disposizioni del Titolo III, Capo 2, della proposta di regolamento sull’IA, in particolare gli artt. da 8 a 15, rimasti pressoché invariati a seguito dell’intervento della Legge sull’IA. Tali norme si occupano dell’aspetto relativo alla gestione dei sistemi di IA ad alto rischio, relativamente alla individuazione di precise misure di prevenzione che riguardano sia la fase di progettazione e realizzazione dei sistemi medesimi, sia i loro meccanismi di funzionamento, che devono essere portati a conoscenza degli utenti.

A tale riguardo, nella proposta di regolamento sull’IA, da un lato, l’art. 13, rubricato “Trasparenza e fornitura di informazioni agli utenti” stabilisce che “i sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l’*output* del sistema e utilizzarlo adeguatamente”, da un altro lato, l’art. 14 prevede che ogni sistema di IA ad alto rischio deve essere progettato e sviluppato, “anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati” (par. 1), e che la sorveglianza umana “mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali” garantendone l’utilizzo “conformemente alla sua finalità prevista” (par. 2) ed eventualmente la possibilità di “intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o di interrompere il sistema mediante un pulsante di “arresto” o una procedura analoga” (art. 14, par. 4, lett. e).

Tale sistema di regole si applica a tutti i sistemi di IA ad alto rischio, ivi compresi quelli elencati al citato punto 4 dell’Allegato III, riguardanti il reclutamento dei lavoratori, relativamente ai quali, l’emendamento all’art. 14, par. 1, della Legge sull’IA, sottolinea che la supervisione umana deve essere “proporzionale ai rischi associati a tali sistemi”.

In sintesi, dalla lettura del complesso delle disposizioni elencate dal Titolo III emerge che il funzionamento algoritmico è governato dai principi di: *conoscibilità*, in base al quale ciascuno ha diritto di conoscere l’esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e di ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; *non esclusività* della decisione algo-

ritmica – di cui si è detto, poc'anzi, a proposito dell'art. 22, Gdpr – riferito alle ipotesi di decisioni automatizzate che non devono basarsi unicamente su processi interamente automatizzati; *non discriminazione algoritmica*, che si collega al precedente ed esprime la regola, stabilita dal considerando n. 71 del Gdpr, per cui il titolare del trattamento è tenuto ad utilizzare procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, ponendo in essere misure tecniche e organizzative adeguate al fine di ridurre al minimo il rischio di errori allo scopo di garantire la sicurezza dei dati personali⁴³.

Il problema si pone, invero, quando le macchine cd. intelligenti si basano su processi algoritmici preordinati a sfuggire al controllo umano. La conseguenza è il venir meno della conoscibilità, da parte dell'uomo, del dato-fonte dell'informazione in quanto l'autoproduzione algoritmica è più veloce della possibilità di individuazione e selezione delle informazioni e quindi dei dati stessi.

A tal fine, si ritiene dirimente la pronuncia della terza Sezione del Consiglio di Stato, del 25 novembre 2021, n. 7891, che interviene per la prima volta sulla distinzione tra i concetti di algoritmo e di automazione, e i meccanismi di intelligenza artificiale⁴⁴, affermando che l'IA “costituisce un ulteriore passo evolutivo degli algoritmi. Questi ultimi “si compongono di passaggi individuabili *ex ante*”, mentre “le tecnologie di AI si caratterizzano per l'impiego di meccanismi di *machine learning* che non limitano la macchina ad eseguire regole predeterminate ma, al contrario, consentono di assumere decisioni efficienti sulla base di un processo di apprendimento automatico e autonomo (...)”⁴⁵.

⁴³ *Idem*, p. 12.

⁴⁴ Secondo i giudici amministrativi, la nozione comune e generale di algoritmo, va intesa come “sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato”, inoltre, il concetto di algoritmo, “quando è applicato a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegato al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano”. Invece, l'intelligenza artificiale si ha quando “l'algoritmo contempla meccanismi di machine learning e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole software e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo “tradizionale”) ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico”.

⁴⁵ Così, CAPPELLAZZO, *Algoritmi, automazione e macchinismi di intelligenza artificiale: la classificazione proposta dal Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 23 febbraio 2022, pp. 4-5. Vedi anche SITZIA e LOPEZ, *Le più avanzate modalità di controllo sul lavoratore: machine learning e social media*, in PISANI, PROIA, TOPO, *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, cit., p. 358 ss.

Ciò significa, dunque, che l'IA segue un procedimento di autoalimentazione che la induce a nutrirsi di grandi masse di dati, appunto, i *Big data*⁴⁶, ai quali, come si è detto nel paragrafo introduttivo, non può applicarsi il modello della cogestione e della condivisione dei dati personali del Gdpr, che si basa sul principio cd. di autodeterminazione informativa, cioè, della rappresentazione del singolo individuo che “controlla e, in alcuni casi, gestisce il suo dato seguendone la circolazione”⁴⁷.

Più specificamente, la gestione dei *Big data*, e quindi dei sistemi di IA, è incompatibile con il controllo individuale dei dati, e non c'è principio del consenso dell'interessato che possa garantire una tutela piena ed efficace. Come a dire che di fronte alle applicazioni di intelligenza artificiale la determinabilità apriori dei processi di elaborazione dei dati con indicazione e conseguente rispetto delle finalità dichiarate come perseguibili non è neppure astrattamente configurabile, almeno, per le tecniche di IA forte (*strong IA*)⁴⁸.

Sembra, allora, che quel diritto all'informazione del lavoratore ad ottenere condizioni di lavoro trasparenti, che nel nostro paese ha conosciuto un'evoluzione lunga quasi trent'anni, diventando, dal 1997 ad oggi, diritto alla autodeterminazione delle proprie informazioni, nella realtà odierna è destinato a soccombere di fronte alle dinamiche di automazione intelligente.

⁴⁶ Per i *Big data* non trova applicazione né il principio di qualità – già presente nella direttiva 95/46/CE, stabiliva che i dati dovevano essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati, esatti e aggiornati (art. 5, par. 1, lett. a-d, Gdpr) – che è essenziale affinché ogni trattamento di dati si svolga con modalità lecite e corrette, né il principio di minimizzazione (art. 5, par. 1, lett. e), secondo il quale ogni trattamento deve riguardare dati necessari e pertinenti rispetto alle finalità perseguite. Il principio di qualità dei dati influisce sulla prevedibilità del rischio algoritmico, sul punto, v. P. LOY, *Il rischio proporzionato nella proposta di regolamento sull'IA e i suoi effetti nel rapporto di lavoro*, in *federalismi.it*, n. 4/2023.

⁴⁷ Il modello statico di trattamento dei dati personali, che era delineato dalla direttiva 95/46/CEE e che si basava su un unico, unidirezionale, scambio di dati dall'interessato al titolare del trattamento, può oggi ritenersi pacificamente superato. Cfr. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, cit., p. 1677.

⁴⁸ Premesso il significato dell'espressione Intelligenza artificiale, intesa, secondo il linguaggio comune quale “sviluppo di sistemi hardware e software dotati di capacità tipiche dell'essere umano (...)”, si distingue tra “Intelligenza Artificiale debole (*weak AI*)” che comprende “sistemi in grado di simulare funzionalità cognitive dell'uomo senza tuttavia raggiungere le capacità intellettuali tipiche dell'uomo” e “Intelligenza Artificiale forte (*strong AI*) all'interno della quale si fanno rientrare i sistemi in grado di diventare sapienti (o addirittura coscienti di sé)”. Sul punto, v. URICCHIO, *Robot tax: modelli di prelievo e prospettive di riforma*, in *GI*, luglio 2019, p. 1751.

5. *La prospettiva di un sistema di prevenzione e protezione dei rischi di automazione per la sicurezza del lavoratore algoritmico*

Tuttavia, se la tecnologia intelligente delinea una prospettiva poco allettante per la sicurezza del lavoratore algoritmico e del suo diritto all'auto-determinazione informativa, il dato normativo può rappresentare un valido supporto. Qui, nel quadro delle fonti nazionali ed eurounitarie esaminate⁴⁹ in comparazione con il Gdpr, in tema, sia di condizioni di lavoro trasparenti, sia di piattaforme digitali e di intelligenza artificiale, rileva il criterio della prevenzione dei rischi di automazione come strumento di attuazione (e di tutela) del regime di trasparenza nel rapporto di lavoro.

In pratica, ci troviamo di fronte ad un tentativo di mutuazione di quella logica prevenzionale che il legislatore europeo ha adottato non solo per la materia dei dati personali, ma ancora prima, con riferimento alla sicurezza nei luoghi di lavoro.

In tale, specifico, ultimo ambito, autorevole dottrina ha definito la prevenzione con una duplice chiave di lettura: come riduzione ed evitabilità dei rischi alla fonte e come protezione dalle conseguenze dei rischi di per sé inevitabili⁵⁰.

⁴⁹ In tale direzione, in ambito europeo va pure menzionato il Regolamento (UE) 2022/2065 sul mercato unico dei servizi digitali, che introduce specifiche misure di prevenzione dei servizi digitali con l'obiettivo di ribadire l'importanza della valutazione dei rischi come momento essenziale del funzionamento del servizio digitale e il suo impatto sui diritti fondamentali dei lavoratori (art. 34, comma 1, lett. b). Per quel che qui interessa, i soggetti obbligati alla valutazione degli eventuali rischi sistemici derivanti "dalla progettazione o dal funzionamento dei servizi digitali e dei relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici" sono "i fornitori delle piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi" (art. 34, par. 1). Costoro devono individuare, analizzare e valutare tutti i potenziali rischi idonei a determinare, tra gli altri, "eventuali effetti negativi, (...), per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare i diritti fondamentali alla dignità umana sancito nell'articolo 1 della Carta di Nizza, al rispetto della vita privata e familiare sancito nell'articolo 7 della Carta, alla tutela dei dati personali sancito nell'articolo 8 della Carta, (...) alla non discriminazione sancito nell'articolo 21 della Carta, (...)" (art. 34, par. 1, lett. b).

⁵⁰ Può qui utilmente mutuari il concetto medico di "prevenzione primaria", vale a dire l'individuazione dei fattori di rischio che possono generare l'insorgenza della malattia e nella loro eliminazione o riduzione la protezione interviene là dove alla fonte non sia stato possibile eliminare radicalmente il rischio, ma al più solo ridurlo, essendo perciò necessario fronteggiarne gli inevitabili effetti in una logica di "prevenzione secondaria". Così, PASCUCCI *Infortunio sul lavoro, tra prevenzione, protezione, organizzazione ed effettività*, in CANAVESI, ALES (a cura di), *La tutela antinfortunistica oggi*, Editoriale Scientifica, 2020, p. 55 ss.

In pratica, la prevenzione allude ad un'attività che incide a monte sull'insorgenza del rischio, evitandolo del tutto se possibile, o altrimenti riducendolo, ma sempre intervenendo logicamente prima, all'atto della predisposizione dell'organizzazione⁵¹. Mentre la protezione ha riguardo alla individuazione delle misure da adottare in ogni caso, per una valutazione del rischio in atto, la cui insorgenza, cioè, non è stato possibile evitare attraverso un'adeguata prevenzione alla fonte.

Il criterio della prevenzione consiste nella individuazione, analisi e valutazione dei potenziali rischi insiti nelle tecniche di automazione del lavoro, che nel linguaggio della *privacy* si traduce nella valutazione d'impatto (art. 35, Gdpr) e nel *by design by default* ovvero nella progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita (art. 25, Gdpr).

A titolo esemplificativo, l'art. 1-bis, comma 4, d.lgs. n. 152/1997, nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio, obbliga il datore di lavoro a verificare che gli strumenti di lavoro siano conformi alle disposizioni del Gdpr attraverso un'analisi dei rischi e una valutazione d'impatto (v. *supra*, par. 1); l'art. 7, della proposta di direttiva sulle piattaforme digitali, obbliga le piattaforme stesse alla valutazione dei rischi di infortunio sul lavoro e dei rischi psicosociali ed ergonomici, al fine di monitorare l'impatto delle decisioni dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati sulle condizioni di lavoro, in tal senso menzionando espressamente la direttiva 89/391/CEE, in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (par. 2); la regolamentazione dei sistemi di intelligenza artificiale (artt. 8-15, Titolo III) introduce misure di prevenzione che riguardano sia la fase di progettazione e realizzazione dei sistemi medesimi, sia i loro meccanismi di funzionamento.

In tutte queste ipotesi la valutazione d'impatto serve a determinare l'origine, la natura, la particolarità e la gravità dei rischi che può comportare un trattamento automatizzato. Qualora, poi, l'esito consista in un rischio di grado elevato, il datore di lavoro, quale titolare del trattamento dei dati del lavoratore, ha l'obbligo di adottare misure opportune in termini di tecnologia disponibile e costi di realizzazione, idonee – come si legge nel Considerando 71 del Gdpr – a prevenire eventuali effetti discriminatori (sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale), nonché a rettificare i fattori che

⁵¹ *Ibidem*.

comportano inesattezze dei dati, oltre a più specifiche procedure matematiche o statistiche appropriate per le ipotesi di profilazione.

La tecnica della progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita (art. 25, Gdpr), che è esplicitamente prevista con riferimento ai sistemi di intelligenza artificiale, riguarda invece la prevenzione dei rischi alla fonte, cioè, il momento della progettazione e successiva creazione dei sistemi elettronici e consiste nella predisposizione di misure volte a ridurre al minimo il trattamento dei dati personali, come la pseudonimizzazione dei dati personali, ma soprattutto essa riguarda i produttori dei prodotti, dei servizi e delle applicazioni che dovrebbero essere incoraggiati a tenere conto del diritto alla protezione dei dati allorché sviluppano e progettano tali prodotti (Considerando 78, Gdpr).

In tale contesto, va menzionato anche l'art. 24 Gdpr, che esalta il valore della sicurezza attraverso la predisposizione di misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che ogni trattamento di dati risulti conforme alle disposizioni del Gdpr, nell'ottica della massima responsabilizzazione degli autori del trattamento e dell'attribuzione ad essi di un generale dovere di diligenza professionale.

Del resto, il binomio obblighi di trasparenza-principio di responsabilizzazione emerge anche nel recente intervento del Garante per la protezione dei dati che ha fornito un'interpretazione sistematica delle disposizioni del decreto legislativo n. 104/2022, alla luce della disciplina eurounitaria in materia di protezione dei dati, precisando che il principio di responsabilizzazione “impone – al titolare del trattamento – l'adozione di adeguate misure tecniche e organizzative atte a garantire, e consentire al titolare di dimostrare, che il trattamento avvenga in conformità alla normativa vigente; cfr. artt. 5, par. 3, 24 e 25 del Regolamento”⁵².

Ora, si ritiene, dunque, che i nuovi obblighi di informazione, possano costituire il punto di partenza per la costruzione di adeguati modelli di organizzazione e gestione dell'impresa che intende adottare tecnologie automatizzate, idonei a raggiungere standard di adeguatezza informativa cui deve adempiere l'imprenditore ai sensi dell'art. 2086 c.c., comma 2⁵³. Tuttavia, va

⁵² Il documento contiene “Questioni interpretative e applicative in materia di protezione dei dati connesse all'entrata in vigore del d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104 in materia di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili (c.d. “Decreto trasparenza”)", pubblicato e diffuso con la Newsletter del 24 gennaio 2023.

⁵³ Sul punto, v. DONINI, *Informazione sui sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati*:

anche osservato che essi non possono prescindere dagli obblighi procedurali previsti dal Gpdr, con riferimento a tutti i rapporti di lavoro le cui prestazioni si svolgono in modalità agile e/o automatizzata.

Ciò posto, in assenza di un sistema coeso di norme sulla sicurezza informativa del lavoratore algoritmico, se da un lato si potrebbe pensare ad incentivare la produzione di norme *soft law*⁵⁴ in aggiunta a quelle preesistenti, da un altro lato, esse “non appaiono sufficienti, dipendendo, come noto, la loro efficacia, dall’adeguamento spontaneo degli operatori, affatto scontato nel settore delle nuove tecnologie”⁵⁵ dove si confrontano attori diversi di diversa provenienza.

Se, infatti, l’obiettivo è di collocare il baricentro della responsabilità algoritmica sul piano della prevenzione dei rischi associati all’uso dei sistemi elettronici e di intelligenza artificiale, come prefigurato tra l’altro, dalle linee guida etiche sull’IA⁵⁶ – nelle quali la prevenzione del danno è compresa tra i quattro principi etici fondamentali – devono ritenersi necessarie norme autoritative organizzate in un quadro regolamentare coordinato in maniera sistematica anche con la regolamentazione europea sui dati personali, i cui principi hanno un valore assorbente nella regolazione dei processi algoritmici, come è stato messo in evidenza dalla giurisprudenza sia civile sia amministrativa in varie occasioni⁵⁷, secondo la prospettiva da ultimo delineata

poteri datoriali e assetti organizzativi, in *DLM*, 2023, 1, p. 14, sostiene la rilevanza del “collegamento virtuoso tra informazione e responsabilizzazione (...) anche al di fuori della disciplina a tutela della *privacy*” con la conseguenza che “diviene necessario promuovere lo sviluppo di un’organizzazione dell’impresa digitalizzata rispettosa delle regole per la gestione dei rapporti di lavoro”, in considerazione, peraltro, del fatto che “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”, così, L. ZOPPOLI già citato nel saggio di DONINI, in nota 41.

⁵⁴ “Confermano tale tendenza – secondo GAMBINI, *Algoritmi e sicurezza*, in GABRIELLI e RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, cit., p. 1739 – la Carta della robotica, il codice etico-deontologico degli ingegneri robotici e la licenza per progettisti, allegati alla Risoluzione del Parlamento europeo del febbraio 2017, e i recenti “Orientamenti etici sull’IA””.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Si tratta del documento redatto dal Gruppo di esperti ad alto livello sull’Intelligenza artificiale, denominato “Orientamenti etici per un’IA affidabile” (giugno 2018).

⁵⁷ Cass., Sez. I, 25 maggio 2021, n. 14381, in tema di *rating* reputazionale; Consiglio di Stato, sentenze del 13 dicembre 2019, n. 8472, e del 4 febbraio 2020, n. 881. Ma soprattutto, da ultimo, in tema di antisindacalità della condotta del datore di lavoro che non informa i sindacati sui trattamenti autorizzati, il Tribunale di Palermo, con pronuncia del 20 giugno 2023, ha affermato che “Non è dubbio che le normative sulla trasparenza nei confronti dei

nel testo della Legge sull'intelligenza artificiale di “prevedere misure per garantire lo sviluppo e l'utilizzo di un'intelligenza artificiale eticamente integrata che rispetti i valori dell'Unione e la Carta”⁵⁸.

lavoratori (...) debbano essere coordinate con quelle del Gdpr, cui il legislatore nazionale non può derogare perché contenute in un Regolamento UE”. Nello stesso senso, v. anche Tribunale Torino, 5 agosto 2023.

⁵⁸ Considerando 4 bis (nuovo).

Keywords

Diritti informazione e lavoro automatizzato, dati personali, piattaforme digitali, intelligenza artificiale, regolazione eurounitaria e nazionale.

Information rights and automated work, personal data, digital platforms, Artificial Intelligence, EU and national regulation.

Lorenzo Zoppoli

After Work. Sul valore del lavoro dopo il Lavoro

Attratto dal titolo, tanto sintetico quanto ambiguo, sono andato a vedere *After Work* (di Eric Gandini, un regista italo-svedese) in una di quelle salette per pochi fanatici che alcuni cinema cittadini di antica tradizione intellettuale si ostinano a conservare come vecchi gioielli di famiglia (mi riferisco al Modernissimo di fianco ad una centralissima piazza napoletana in cui troneggia il sommo poeta). Sapevo che si tratta più di un documentario che di un film, presentato alla mostra di Venezia 2009 nella rassegna *Videocracy*: infatti i pochissimi spettatori presenti (era anche l'ultimo spettacolo) quasi non osavano guardarsi l'un l'altro, non avendo con tutta evidenza chiara la ragione della propria presenza in quel luogo (e certo non poteva bastare l'esiguo costo del biglietto dovuto a una sorta di saldo di cinema estivo). Dopo circa 160 minuti, sbirciati distrattamente i titoli di coda, sono andato via non pentito del tutto, ma piuttosto sconcertato. Avevo assistito ad una carrellata, abbastanza disordinata o casuale anche se girata con molto mestiere, di pseudo-confessioni sul senso del lavoro nell'esistenza di vari soggetti, assai disparati tra loro. Da un giardiniere italiano ad un impiegato coreano, da una ricca ereditiera a una fattorina di Amazon, da un manager nero molto manageriale (che considera Hitler uno dei manager più efficienti della storia) a un formatore/motivatore di risorse umane impegnato soprattutto a promuovere/criticare l'etica del lavoro dominante negli States. In fondo si trattava di una carrellata ricca e tutt'altro che noiosa (però nemmeno divertente). Avevo addosso comunque una fastidiosa sensazione: non ero riuscito ad afferrare il senso dell'opera!

Il giorno dopo ho pensato che proprio lì era il trucco. Dopo il lavoro

cos'altro ha senso? Ma forse dovrei scrivere “dopo il Lavoro” su cosa può incentrarsi l'esistenza degli esseri umani?

Posta così qualunque lavorista della mia generazione penserebbe ad Aris Accornero che già tanti anni fa ci ha insegnato che il secolo del Lavoro è finito per cedere il posto a un mondo di “lavori”, poi rapidamente divenuti *gig jobs*. Da conoscere in modo accurato, approfondito e differenziato, ma da circondare di tutele adeguate proprio perché in grado di contendere al vecchio Lavoro la centralità del sistema socio-economico-politico. Le nostre riviste e le nostre biblioteche straboccano ormai di studi sul tema (senza peraltro che se ne sia venuti a capo in modo rassicurante).

Invece pare che il documentario sia ispirato agli scritti, meno noti, di Ronal Paulsen, giovane (nato nel 1981) sociologo svedese assai scettico proprio sul futuro del lavoro. Del resto non è il solo: in modo più piano ma non meno allarmante ce ne parla il recente libro di Susskind sulla dilagante (a suo parere) disoccupazione tecnologica (*Un mondo senza lavoro*, Bompiani, 2022), appena recensito da Elena Raffaella Melucci su *Il diario del lavoro* del 23 giugno 2023.

Quindi nemmeno i lavoretti disegnerebbero un futuro prevedibile. Piuttosto dovremmo attrezzarci per una vita senza lavoro.

Anche se questo non vuol dire affatto che non ci saranno ancora tanti lavoratori sfruttati. Ricorre nel documentario l'immagine di lavoratori impegnati nel lavaggio a mano di lussuose superfici con il più antico degli stracci (si parla di “schiavitù” modernizzata; e, in Italia, si dice, ci sarebbero il 15/20% di lavoratori in condizione di quasi schiavitù). Mentre qualcuno (non ricordo chi) puntualizza che nel mondo l'85% dei lavoratori rientra in due categorie: la prima, più numerosa (70%), dei lavoratori “non impegnati”, che cambierebbero in ogni momento il loro lavoro; la seconda (15%) di lavoratori “attivamente non impegnati” che vorrebbero solo scappare a gambe levate. Il restante 15% avrebbe un accettabile grado di coinvolgimento nel proprio lavoro. E Yuval Noah Harari, noto storico e futurologo, commenta: “essere irrilevanti è peggio che essere sfruttati”.

A chiosare questi dati due interviste a italiani molto soddisfatti del proprio equilibrio esistenziale: un'ereditiera che ogni giorno inventa la sua giornata, spesso imbarcandosi su un aereo che la porta in un luogo del mondo che in quel momento la attira; e suo marito, un sessantenne in carne ma ben curato, che invece dedica al lavoro (non si dice quale, ma di certo non al di sotto di un importante ceo) il 70% del suo tempo e che, mentre definisce

affettuosamente la moglie una privilegiata, sermoneggia contro il reddito di cittadinanza italiano ritenuto una mina potente per ogni equilibrio sociale.

Ma non sono solo questi i percorsi di realizzazione individuali, più o meno solidi, che *After Work* mette in scena. Anche la fattorina di Amazon parla dell'importanza sociale del suo lavoro, ma giurando che si sarebbe dimessa il giorno che fosse stata costretta, per i tempi di lavoro imposti, a pisciare in una bottiglia dopo aver accettato di pranzare guidando (afferma peraltro di aver trovato già più volte nel suo furgone bottigliette usate dai colleghi con quell'orrida finalità). Proprio all'inizio la voce di un vecchio saggio esorta a dare ai giovani un fondamentale consiglio: trovarsi un buon padrone (chiamato in inglese *Master*) presso cui lavorare tutta la vita. Quello che nel film manca però in modo drammatico è una dimensione collettiva del lavoro dopo il Lavoro. Sembra irrimediabilmente svanire ogni solidarietà etica o sociale, fatti salvi paradossali divieti (in Corea, dove per il troppo lavoro viene imposto un blackout forzato dell'elettricità alle 18 in punto di ogni giorno: una misura disperata di dovere di disconnessione, disposta dal Governo per arginare i drogati di lavoro) o l'opportunismo di Stato (il Kuwait, dove tutti sono dipendenti pubblici ben pagati ma autorizzati a lavorare poco o niente). Non mancano i soliti americani che ci danno dentro con un lavoro ormai privo di senso, ma comunque preferibile ad ore di tempo libero in cui perderebbero ogni bussola esistenziale (nel 2018 il 55% degli americani ha rinunciato a ferie corrispondenti a 768 milioni di giorni di vacanza).

Tutto viene raccontato da Gandini con la forma dell'intervista in lingua originale (molto italiano però, direi 2/3 interviste chiave, forse le più lunghe e significative) con sottotitoli in italiano nella versione per il nostro paese. Qualche intervistato più autorevole (esponenti governativi o le loro assistenti/interpreti; gli americani) sciorina dati o illustra filosofie (la calvinista a base dell'etica del lavoro statunitense pur essendo originariamente legata alla salvezza di un'anima che gli americani non sono più così certi di possedere). Si chiude sulla singolare figura di un giardiniere specializzato nel sagomare uno splendido giardino classicamente all'italiana – molto soddisfatto degli apprezzamenti che le forme di verde geometrico (tutt'altro che naturale) suscitano nei visitatori – che maneggia sorridendo le sue cesoie. Ti chiedi: allora il futuro sarà nel lavoro anche manuale ma con elevata creatività (qualcosa del genere sosteneva da anni il nostro De Masi da poco scomparso)? Però resta il dubbio che quel giardiniere non sia un lavoratore vero e proprio,

perché in un precedente passaggio aveva raccontato di essere il figlio/erede del proprietario della tenuta in cui modella aiuole e alberelli proprio in polemica col padre che irrideva e bandiva ogni forma di lavoro, in particolare per le pretese del figlio di curare il giardino (la frase è: "lascia fare le cose a chi sa farle"; e l'intervistato descrive il padre come un inguaribile egoista poco attento al figlio). Allora il dubbio è che un lavoro che dia senso e soddisfazione sia secondo Gandini solo quello svolto per scelta e non per necessità (se ho ben capito, questa è la tesi di Paulsen, non lontanissima da quelle di De Masi invero). Però un lavoro del genere, ci si chiede ancora, in cosa assomiglia a quelli del passato/presente e come può essere un collante diffuso di nuove coesioni sociali? Non si tratta solo di un'opzione individuale ed elitaria foriera di nuove atomizzazioni solipsistiche? Nella tenuta che comprende il bellissimo giardino all'italiana, splendidamente inquadrato da riprese aeree, si intravede infatti la classica foto di famiglia agiata in cui il capofamiglia è il giardiniere con sguardo e abiti perfettamente sovrapponibili a quelli del padre. Forse *After work* non è un documentario. Neanche un docu-film, credo. Forse è un cripto-film in bilico tra suggestioni filosofico-letterarie del secolo scorso (Sartre, Moravia) e sociologia di ieri (Weber) o di oggi (già citata). Qualunque cosa sia pone problemi seri anche ai giuslavoristi alla ricerca di altri sguardi intensi, originali, attuali sul lavoro in un mondo sempre più difficile da decifrare con logiche binarie o comunque semplificatorie.

notizie sugli autori

Edoardo Ales

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Parthenope

Domenico Carrieri

già Ordinario di Sociologia dei Processi Economici e del Lavoro, Sapienza Università di Roma

Carlo Cester

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Padova

Giovanni Guglielmo Crudeli

Dottore di Ricerca in Diritto del lavoro, Università "G. d'Annunzio" Chieti - Pescara

Lucia D'Arcangelo

Associata di Diritto del lavoro, Università Federico II

Pietro Lambertucci

Ordinario di Diritto del lavoro, Università dell'Aquila

Mariella Magnani

Emerito di Diritto del lavoro, Università di Pavia

Claudia Murena

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Salerno

Maura Ranieri

Associata di Diritto del lavoro, Università "Magna Graecia" di Catanzaro

Lorenzo Zoppoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Federico II

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [http://www.dd.ll.mm.eu/sezione Rivista](http://www.dd.ll.mm.eu/sezione%20Rivista).

Finito di stampare nel mese di novembre 2023
dalla Grafica Elettronica (Na)